

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

---

**Band 41**

# **Funktionsauslagerung bei Kreditinstituten**

**Rechtliche Fragen des Outsourcing**

**Von**

**Henning Bergmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

HENNING BERGMANN

Funktionsauslagerung bei Kreditinstituten

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 41

# Funktionsauslagerung bei Kreditinstituten

Rechtliche Fragen des Outsourcing

Von

Henning Bergmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die juristische Fakultät der Universität Göttingen hat diese Arbeit  
im Wintersemester 2005/2006 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union, Berlin

Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-12503-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2005/2006 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen.

Für die Veröffentlichung wurden insbesondere die nach Fertigstellung der Arbeit zum 1. November 2007 in Kraft getretenen Modifizierungen des Kreditwesengesetzes berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Spindler, dem wichtigsten Geburts- helfer der Schrift, gilt mein herzlicher Dank für die kontinuierliche Betreuung meiner Arbeit und wertvolle Hinweise, aber auch darüber hinaus für die stets fordernde, aber erkenntnisreiche Tätigkeit an seinem Lehrstuhl in Göttingen. Ich danke auch Herrn Professor Dr. Bruns für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie den Herausgebern für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Dem Land Niedersachsen und der Universität Göttingen danke ich für die Bewilligung eines Stipendiums nach dem Niedersächsischen Graduiertenförderungsgesetz. Dank schulde ich auch der Wissenschaftsförderung der Sparkassen-Finanzgruppe e. V. für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Der vorderste Dank für die Begleitung bei der Dissertation gilt aber meiner Ehefrau und meinen Eltern! Sie haben das Ende der Arbeit geduldig erwartet.

Berlin, im Dezember 2009

*Henning Bergmann*



## **Inhaltsverzeichnis**

<b>A. Einleitung .....</b>	31
<b>B. Begriff und Abgrenzung .....</b>	34
I. Grundsätzliche Definition .....	34
II. Uneinheitliche Verwendung .....	35
III. Ausgliederung .....	36
IV. „Outsourcer“ und „Insourcer“ .....	37
V. Abgrenzungen .....	38
VI. Situationsgebundenheit einer Definition .....	39
<b>C. Entwicklung, Gründe für Funktionsauslagerungen, Vorteile und Risiken</b> .....	40
I. Bisherige Entwicklung .....	40
1. Weitgehendes Outsourcing in der Industrie .....	40
2. Übertragung auf Kreditinstitute .....	41
a) Besonderheiten von Bankdienstleistungen .....	41
b) Hohe Leistungstiefe bei Kreditinstituten .....	43
3. Veränderungen in der Kreditwirtschaft .....	43
4. Teil der Rationalisierung und Konzentration auf „Kernkompetenzen“ .....	46
II. Formen der Funktionsauslagerung .....	47
1. Tochtergesellschaft, Bildung aus ehemaligen Abteilungen .....	48
2. Gemeinschaftsunternehmen mit anderen Instituten .....	49
3. Auslagerungen innerhalb des Verbundes .....	49
4. Auslagerung an einen externen Dritten .....	50
5. Gestaltung der Auslagerung von Betriebsteilen, Umwandlungs- gesetz .....	51
a) Umwandlungsgesetz .....	51
aa) Formen der Spaltung .....	51
bb) Spaltungsverfahren .....	52
cc) Haftung, Besonderheiten .....	53
dd) Verschmelzung .....	53
b) Umstrukturierungsoptionen außerhalb des UmwG .....	53
aa) Einzelübertragung von Vermögensgegenständen .....	54
bb) Anwachsung bei Personengesellschaften .....	54
III. Entscheidungsaspekte .....	55

1.	Allgemeine Vorteile und Gründe für Auslagerungen .....	55
a)	Kostensparnisse .....	55
b)	Nutzung von externem Know-how .....	58
c)	Verbesserung des Angebotes .....	58
d)	Vereinfachte Steuerung, erleichtertes Management .....	59
e)	Risikoverlagerung .....	59
2.	Generelle Nachteile und Risiken von Auslagerungen .....	60
a)	Verlust von eigenem Know-how .....	60
b)	Abhängigkeit von externem Dienstleister .....	60
c)	Kundenakzeptanz .....	62
d)	Erhöhter Aufwand durch Suche des Partners und Anpassung .....	63
e)	Spezifische Risiken .....	64
f)	Einblicke Dritter in interne Abläufe und Geschäftsverbindungen .....	64
g)	Erschwerung der Steuerung und Kontrolle .....	65
3.	Bestimmung der für eine Auslagerung in Frage kommenden Bereiche .....	65
a)	Transaktionskostenansatz .....	65
b)	Strategische Bedeutung und Kernkompetenzen .....	68
4.	Grenzen und Zusammenfassung .....	69
IV.	Weitere Entwicklungen .....	70
1.	Zunehmende Verselbständigung .....	70
2.	Gemeinsame Entwicklung .....	71
3.	Trennung von Vertrieb und Abwicklung .....	71
4.	Netzwerke .....	72
a)	Charakter von Unternehmensnetzwerken allgemein .....	73
b)	Finanznetzwerke .....	74
5.	Virtuelle Bank .....	76
a)	Unterschiedliche Begriffe und Konzepte der virtuellen Bank .....	76
aa)	Virtuelle Bank ohne physische Präsenz .....	76
bb)	Virtuelle Banken als Kooperation von spezialisierten Unternehmen .....	77
cc)	Virtuelle Bank als Finanzintermediär .....	79
b)	Perspektiven .....	79
aa)	Virtuelle Bank als Organisation .....	79
bb)	Virtuelle Bank als Intermediär .....	81
c)	Praktische Ansätze .....	82
aa)	Virtuelle Organisation bei Direktbanken .....	82
bb)	Finanzplattformen .....	83
V.	Zusammenfassung und Ausblick .....	84

<b>D. Gesellschaftsrechtliche Grenzen und Anforderungen .....</b>	86
I. Unternehmensgegenstand und Auslagerungen .....	86
1. Festschreibung in der Satzung .....	86
2. Pflicht zur Tätigkeit im Rahmen des Unternehmensgegenstandes? ..	87
a) Unternehmensgegenstand ausschließlich als Begrenzung .....	87
b) Entscheidungsbefugnis der Anteilseigner .....	88
c) Ausfüllung des Unternehmensgegenstandes durch Tochtergesellschaften? .....	89
d) Einschränkung wegen Unverbindlichkeit .....	90
3. Folgerungen für Auslagerungen bei Kreditinstituten .....	90
a) Änderung des Unternehmensgegenstandes bei Auslagerungen? ..	90
b) Spezifika bei Kreditinstituten .....	91
II. Schranken und Anforderungen für Auslagerungen .....	93
1. Allgemeine Grenzen – unabhängig von der Gesellschaftsform .....	93
a) Verbandssovereinheit .....	93
b) Ordnungsgemäße Unternehmensorganisation und Corporate Governance .....	95
c) Depotstimmrecht .....	97
2. Auslagerungsbeschränkungen bei der Aktiengesellschaft .....	97
a) Spezielle Regelungen .....	98
b) Pflicht des Vorstandes zur Leitung in eigener Verantwortung gemäß § 76 Abs. 1 AktG .....	98
aa) Ausschluss einer Delegation der Leitungsentscheidungen ..	99
bb) Grundlegende Führungentscheidungen .....	99
(1) Planung, Steuerung, Kontrolle .....	100
(2) Verantwortungsbereiche .....	101
(3) Bedeutende Einzelentscheidungen .....	101
(4) Aktive und passive Unternehmensleitung? .....	101
cc) Entscheidung .....	102
(1) Vorbereitung, Ausführung und Tagesentscheidungen ..	102
(2) Unternehmenstiefe oder Organisationsstruktur? .....	104
dd) Betriebsführungsverträge als Auslagerung der Führungentscheidungen .....	104
ee) Keine Vorgaben für die Organisation der Gesellschaft .....	107
c) Unzulässige Abhängigkeit der Gesellschaft? .....	107
aa) Notwendige Abhängigkeiten .....	108
bb) Sicherung der Unabhängigkeit nur durch eigene Mitarbeiter? .....	108
(1) Einwirkungsmöglichkeiten des Vorstandes .....	109
(2) Grundlegende Unternehmensbereiche, insbesondere Datenverarbeitung .....	109

(3) Begrenzung aus Sorgfaltsanforderungen? .....	110
(4) Risikoabwägung .....	111
(5) Überwachung .....	112
cc) Keine grundsätzliche Begrenzung von Auslagerungen .....	112
d) Sorgfaltspflichten des Vorstandes .....	113
aa) Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters .....	113
bb) Konkrete Pflichten bei Auslagerungen .....	114
cc) Unternehmerisches Ermessen und Haftung .....	116
dd) Spezielle Anforderungen .....	119
e) Besondere Begrenzung von Auslagerungen im Konzern? .....	120
aa) Gesetzlich normierte Formen der Konzernierung .....	120
bb) Konzernrechtlicher Präventivschutz, qualifizierte faktischer Konzern .....	121
cc) Autonomieverlust bei Auslagerung innerhalb eines Konzernverbundes? .....	122
dd) Maßgeblicher Vergleich mit unabhängiger Gesellschaft .....	124
f) Überwachungssystem .....	126
3. Auslagerungsbeschränkungen bei der GmbH? .....	128
4. Schranke bei Genossenschaften .....	129
a) Beteiligungserwerb .....	129
b) Eigener Geschäftsbetrieb? .....	129
c) Leitungspflicht des Vorstandes .....	130
5. Grenzen bei Personengesellschaften .....	131
6. Zusammenfassung .....	134
<b>E. Bankaufsichtsrecht .....</b>	<b>135</b>
I. Entstehung, Bedeutung und Einordnung des § 25a Abs. 2 KWG .....	135
1. Überblick .....	135
2. Entstehung .....	136
a) Rechtslage vor Inkrafttreten des § 25a KWG .....	136
b) Initiative der Bankenaufsicht .....	138
3. Stärker qualitative Ausrichtung der Bankenaufsicht .....	138
4. Neuregelung der Eigenkapitalanforderungen nach dem Baseler Ausschuss .....	140
5. Einfluss des Europäischen Rechts, Internationale Grundsätze .....	142
a) Aufsichtsrecht in der Europäischen Union .....	142
b) Einführung des § 25a KWG zur Umsetzung von EU-Richt- linien? .....	144
c) Entwicklung der Finanzmarktrichtlinie (MiFID) .....	146
aa) Verhaltensregeln des CESR im Jahr 2002 .....	146

bb) Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente .....	148
(1) Genehmigungspflicht im ursprünglichen Vorschlag .....	148
(2) Anforderungen der Richtlinie 2004/39/EG .....	149
cc) Konkretisierung durch MiFID-Durchführungsrichtlinie 2006/73/EG .....	151
(1) Vorbereitung durch CESR .....	151
(2) Regelung in Art. 13 und 14 der MiFID-Durchführungs- richtlinie 2006/73/EG .....	152
d) CEBS-Outsourcing-Leitlinien .....	153
aa) Konsultation durch CEBS .....	153
bb) Outsourcing-Leitlinien vom 14. Dezember 2006 .....	154
(1) Charakter der CEBS-Outsourcing-Leitlinien .....	155
(2) Outsourcing-Grundsätze im Überblick .....	155
e) Harmonisierte europäische Vorgaben .....	156
6. Outsourcing-Grundsätze des <i>Joint Forum</i> .....	157
a) Definition .....	157
b) Anforderungen .....	158
c) Vorreiterfunktion des § 25a Abs. 2 KWG .....	159
7. Modifizierung des § 25a Abs. 2 KWG zum 1. November 2007 .....	159
8. Verhältnis des § 25a KWG zu anderen Normen .....	160
a) Ähnlichkeit zu § 91 Abs. 2 AktG? .....	160
b) Verhältnis § 25a Abs. 1 und Abs. 2 KWG .....	161
aa) Anforderungen des § 25a Abs. 1 KWG .....	161
bb) Weitergehende Anforderungen des § 25a Abs. 2 KWG .....	164
c) Parallelvorschrift § 33 Abs. 2 WpHG .....	165
aa) Einführung des § 33 Abs. 2 WpHG zusammen mit § 25a Abs. 2 KWG .....	165
bb) Neufassung des § 33 Abs. 2 WpHG zum 1. November 2007 .....	166
II. Kompetenzen und Rechtfertigung der Bankenaufsicht .....	167
1. Bankenaufsicht als Eingriffsverwaltung .....	168
a) Überblick über die Entwicklung der Bankenaufsicht .....	168
b) Schutz der unternehmerischen Betätigung durch das Grund- gesetz .....	168
c) Ziele der Bankenaufsicht .....	169
d) Einordnung und Beurteilung des § 25a Abs. 2 KWG .....	170
e) „Umgekehrte Diskriminierung“ der deutschen Institute? .....	172
f) Bindung der Bankenaufsicht .....	173
2. Sanktionsmöglichkeiten der Bankenaufsicht .....	173
a) Anordnungskompetenz gemäß § 6 Abs. 3 KWG .....	174
b) Entgegenwirken bei Missständen gemäß § 6 Abs. 2 KWG .....	175
c) Spezielle Anordnungsbefugnis nach § 25a Abs. 3 KWG .....	176

d) Abberufung eines Geschäftsführers .....	178
e) Aufhebung oder Versagung der Bankerlaubnis .....	179
f) Zwangsmittel .....	180
g) Adressaten .....	180
3. Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen durch die Verwaltung ..	181
a) Rundschreibenentwürfe der Bankenaufsicht zum Outsourcing ..	181
b) Verwaltungsrechtliche Einordnung der Rundschreiben .....	182
c) Problematik dieser Verwaltungspraxis .....	183
aa) Norminterpretierende Funktion .....	183
bb) Faktische Bindung .....	183
cc) Flexibilität .....	184
dd) Bindung an gesetzliche Handlungsformen, Umgehung des VwVfG? .....	185
(1) Formauswahlermessungen der Behörde .....	185
(2) Rechtsunsicherheit .....	186
(3) Gesetzliche Grundlage in § 6 KWG .....	187
(4) Beachtung der wesentlichen Vorschriften für den Verwaltungsakt .....	188
(5) Ergebnis .....	189
ee) Beurteilung der Entwürfe .....	190
ff) Rechtsschutzmöglichkeiten .....	191
III. Nicht auslagerungsfähige Bereiche? .....	193
1. Entwicklung der Auffassung der Bankenaufsicht .....	193
a) Rundschreibenentwurf 1998 .....	193
b) Rundschreibenentwurf 1999 .....	194
c) Kritik .....	194
d) Einschätzung im Rundschreibenentwurf 2000 .....	195
e) Rundschreibenentwurf 2001 und Rundschreiben 11/2001 .....	196
f) Weitgehende „Liberalisierung“ in den MaRisk ab dem 1. November 2007 .....	198
g) Stark gewandelte Auffassung der Bankenaufsicht .....	199
2. Begründung von nicht der Auslagerung zugänglichen Bereichen ..	199
a) Überblick .....	199
b) Spezielle gesetzliche Regelungen für Groß- und Organkredite ..	200
c) Herleitung von Auslagerungsbeschränkungen .....	201
aa) Gesellschaftsrechtliche Vorgaben .....	201
bb) Herleitung aus Normen für Spezialkreditinstitute? .....	202
cc) Nichtausübung der Geschäfte nach § 35 Abs. 2 Nr. 1 KWG? ..	202
dd) Schluss aus § 32 Abs. 1 KWG? .....	203
ee) Transparenz nach § 33 Abs. 3 KWG .....	204
ff) Konzeption des KWG .....	204

d) Einschränkung aus § 25a Abs. 1 KWG .....	205
aa) Keine abschließende Regelung .....	205
bb) Keine Vorgabe aus ordnungsgemäßer Geschäftsorganisation ..	206
e) Grenze für Auslagerungen aus § 25a Abs. 2 KWG .....	207
aa) Wortlaut des § 25a Abs. 2 KWG .....	207
bb) Umkehrschluss aus § 25a Abs. 2 KWG? .....	207
cc) § 25a Abs. 2 KWG: Vergleich der Einwirkungsmöglichkeiten und Interessen .....	208
(1) Unzulässigkeit einer Totalauslagerung nach § 25a Abs. 2 KWG a.F. ....	210
(2) Beurteilung nach § 25a Abs. 2 KWG n.F. ....	211
(3) Richtlinienkonforme Auslegung .....	212
dd) Entsprechende Bewertung im Versicherungsaufsichtsrecht ...	212
f) Bestimmung einer Totalauslagerung .....	213
aa) „Bankhülse“ .....	213
bb) Bestimmung aus Größe der Risiken? .....	214
cc) Nach individueller Schwerpunktsetzung der Institute? .....	215
dd) Verhältnis der verbleibenden und ausgelagerten Bereiche ...	216
g) Ergebnis .....	217
3. Überlegungen zur Zulässigkeit von möglichen weiteren Entwicklungen .....	217
a) Trennung von Produktion und Vertrieb .....	217
b) „Virtuelle Bank“ und Finanznetzwerke .....	219
4. Ergebnis .....	221
IV. Anwendungsbereich des § 25a Abs. 2 KWG .....	221
1. Persönlicher Anwendungsbereich .....	221
2. Anderes Unternehmen .....	223
a) Eigene Rechtspersönlichkeit .....	223
b) Auslagerung im Konzern .....	224
c) Grenzüberschreitende Auslagerung .....	227
d) Räumliche Trennung .....	228
3. Nachhaltigkeit beziehungsweise Dauerhaftigkeit .....	228
4. Auslagerung institutstypischer Dienstleistungen .....	229
a) Grundsätzliche Definition .....	229
b) Einführung des Kriteriums der institutstypischen Dienstleistung mit dem FRUG .....	230
c) Auszunehmende Tätigkeiten .....	232
aa) Einschaltung Dritter umganglich .....	232
bb) Weitere „Ausnahmen“? .....	233
d) Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen .....	234
e) Sonstige institutstypische Dienstleistungen .....	234

aa) Generelle oder individuelle Bestimmung? .....	235
bb) Wertpapiernebendienstleistungen gemäß § 2 Abs. 3a WpHG .....	235
cc) Nebendienstleistungen gemäß § 1 Abs. 3c KWG .....	237
dd) Tätigkeiten der Finanzunternehmen nach § 1 Abs. 3 KWG ..	238
ee) Weitere Funktionen .....	239
(1) Verwaltung eigenen Vermögens .....	239
(2) Allgemeine Kriterien für weitere Tätigkeiten? .....	239
(a) Nachhaltigkeit? .....	239
(b) Betriebsnotwendigkeit der Leistung? .....	240
(c) Anlehnung an aufsichtsrechtliche definierte Tätigkeiten und situationsbezogene Bestimmung .....	240
5. Wesentliche und unwesentliche Bereiche .....	241
a) Bestimmung wesentlicher Bereiche nach § 25a Abs. 2 KWG a.F. .....	241
aa) Sonderregelung für vertraglich gebundene Vermittler in § 2 Abs. 10 KWG .....	242
bb) Alte Bereichseinteilungen bis zum Rundschreibenentwurf 2000 .....	242
(1) Kernbereich .....	242
(2) Wesentliche Funktionen .....	243
(a) Teilakte .....	243
(b) Wesentliche Hilfsfunktionen .....	243
(c) Unwesentliche Hilfsfunktionen .....	244
cc) Aufgabe der weiteren Differenzierung .....	244
dd) Ursprünglich weite Bestimmung des wesentlichen Bereiches	245
ee) Eingrenzung durch Notwendigkeit der Begründung von Risiken .....	246
ff) Auslegung an der Zielsetzung des § 25a Abs. 2 KWG? .....	249
gg) Individuelle Bestimmung des wesentlichen Bereichs? .....	250
hh) Zweistufige Bestimmung .....	251
ii) Wesentlichkeit des Arbeitsablaufes .....	251
(1) Ausschluss bestimmter Stadien im Arbeitsablauf? .....	251
(2) Berücksichtigung des Entscheidungsspielraums .....	252
jj) Zusammenfassung zu § 25a Abs. 2 KWG a.F. .....	253
b) Bestimmung des wesentlichen Bereiches nach § 25a Abs. 2 KWG n.F. .....	253
aa) Neufassung des § 25a Abs. 2 KWG .....	253
bb) Ausschließlich individuelle Risikoanalyse? .....	254
cc) Bestimmung der wesentlichen Aktivitäten und Prozesse ..	255
dd) Kriterien für die Analyse der relevanten Aktivitäten und Prozesse .....	256

6.	Vergleichender Überblick zum Versicherungsaufsichtsrecht .....	256
a)	Generelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede .....	256
aa)	Marktannäherung, „Allfinanz“ und Konsequenzen für das Aufsichtsrecht .....	256
bb)	Spezifika der Versicherungs- und Bankenaufsicht .....	257
b)	Vergleich der Regelungen zum Outsourcing im KWG und VAG ..	259
aa)	Genehmigungs- und Anzeigeverfahren .....	259
bb)	Betroffene Bereiche .....	260
cc)	Zusammenfassung .....	262
V.	Einordnung einzelner Bereiche .....	262
1.	Allgemeine Tätigkeiten .....	262
a)	Rechtliche Einordnung grundlegender Tätigkeiten .....	262
aa)	Auslagerung der elektronischen Datenverarbeitung .....	263
bb)	Risikomanagement .....	266
b)	Nicht institutsspezifische Bereiche .....	266
c)	„Banknahe“ Tätigkeiten .....	266
d)	Rechtliche und steuerliche Beratung .....	267
2.	Kontoeröffnung und -führung .....	268
a)	Kontoeröffnung .....	268
b)	Insbesondere Legitimationsprüfung .....	269
c)	Kontoführung .....	271
3.	„Marktnahe Bereiche“ .....	271
a)	Tatsächliche Entwicklung .....	271
aa)	Vertrieb/Franchising .....	271
bb)	Call-Center .....	273
cc)	Vermögensverwaltung .....	274
b)	Grundsätzliche Zuordnung zum wesentlichen Bereich .....	275
c)	Einordnung im Einzelnen: Auslagerung des stationären Vertriebs, Franchising .....	277
aa)	Betrieb einer Zweigstelle .....	277
bb)	Franchising .....	279
d)	Call-Center, Telefonbanking .....	280
e)	Anlageberatung und Vermögensverwaltung .....	280
4.	Kreditgeschäft .....	281
a)	Entwicklung und Abläufe von Auslagerungen im Kreditgeschäft ..	281
b)	Entscheidung über die Kreditvergabe .....	283
aa)	Zulässigkeit von Auslagerungen .....	283
bb)	Auslagerung im wesentlichen Bereich .....	286
c)	Kreditbearbeitung .....	286
d)	Risikoklassifizierung/Ratings .....	286

e) Kreditvermittlung .....	287
f) Inkassowesen und Sicherheitenverwertung .....	288
5. <i>Back-office</i> Tätigkeiten .....	289
a) Abwicklungstätigkeiten allgemein .....	289
b) Wertpapiere .....	291
c) Zahlungsverkehr .....	293
6. Interne Revision und Kontrolle .....	294
a) Bedeutung der Internen Revision .....	295
b) Besondere Vorteile und spezifische Risiken einer Auslagerung ..	295
c) Zulässigkeit der Auslagerung der Innenrevision .....	296
aa) § 25a Abs. 2 KWG a.F. ....	297
bb) § 25a Abs. 2 KWG n.F. ....	298
d) Laufende interne Kontrollen .....	299
7. Funktionen nach dem Geldwäschegesetz und §§ 24c, 25c KWG .....	300
a) Bedeutung des Geldwäschebeauftragten .....	300
b) Auslagerung der Funktion des Geldwäschebeauftragten? .....	302
aa) Rechtsentwicklung .....	302
bb) Änderung des GwG: Auslagerung mit Zustimmung der Aufsicht .....	303
c) Behandlung im Hinblick auf § 25a Abs. 2 KWG .....	305
d) Einrichtung einer Kontendatei nach § 24c KWG .....	305
e) Stark gewandelte Beurteilung .....	306
8. Pflichten nach dem WpHG, Compliance .....	306
a) Begriff des Compliance .....	306
b) Rechtliche Einordnung .....	307
c) Auslagerung der Finanzportfolioverwaltung .....	309
VI. Anforderungen an Auslagerungen .....	310
1. Überblick .....	310
2. Proportionalitätsklausel (Risikoanalyse) nach § 25a Abs. 2 KWG n.F. ....	312
a) Eigenverantwortliche Risikoanalyse .....	312
b) Heranziehung der MaRisk VA? .....	313
c) Berücksichtigung der relevanten Risiken, Stresstests .....	314
3. Keine Beeinträchtigung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäfte .....	314
a) Begriff der Ordnungsmäßigkeit der Geschäfte und Dienstleistungen .....	314
b) Auswahl und Beurteilung des Insourcers .....	315
c) Durchführung der Tätigkeiten .....	315
aa) Verantwortung des auslagernden Institutes .....	315
bb) Gleiche Sorgfaltspflichten beim Insourcer .....	316
d) Einzelfragen .....	316

aa)	Anforderungen an die Mitarbeitergeschäfte .....	316
(1)	Generelle Regeln nach der Bekanntmachung der Aufsicht .....	316
(2)	Neuregelung in § 33b WpHG .....	317
(3)	Behandlung der Mitarbeiter des Auslagerungsunternehmens .....	318
bb)	Geldwäschegesetz .....	321
(1)	Weisungsrecht des Geldwäschebefragten .....	321
(2)	Einhaltung der GwG-Pflichten durch den Insourcer .....	322
cc)	Konsortialkredite .....	323
4.	Keine Beeinträchtigung der Geschäftsorganisation .....	325
a)	§ 25a Abs. 2 KWG a.F.: Steuerungs- oder Kontrollmöglichkeiten der Geschäftsleitung .....	325
b)	§ 25a Abs. 2 KWG n.F.: Geschäftsorganisation .....	326
c)	Sicherheits- und Notfallmaßnahmen .....	327
d)	Möglichkeit zu Anpassungen im Auslagerungsvertrag .....	327
e)	Kontrolle des Outsourcers .....	328
f)	Einbeziehung in das Risikomanagement .....	329
aa)	Interne Kontrollverfahren .....	329
bb)	Interne Revision des auslagernden Unternehmens .....	331
cc)	Prüfung von Mehrmandantendienstleistern .....	332
g)	Zulässige Auslagerung der Internen Revision .....	332
h)	Kündigungsmöglichkeiten .....	334
i)	Weitere Verlagerung auf Dritte (mehrstufiges Outsourcing) .....	334
5.	Sicherung der Weisungsmöglichkeiten .....	336
a)	Reichweite und Ausgestaltung des Eingriffsrechtes .....	337
aa)	Eingriffsmöglichkeiten wie bei einer eigenen Abteilung? .....	337
bb)	Intention des Gesetzgebers .....	337
cc)	Wirtschaftliche Gesichtspunkte .....	338
dd)	Vorgabe von Qualitätsstandards .....	338
ee)	Durchsetzung der vereinbarten Standards .....	339
ff)	Substitution der Weisungsrechte, insbesondere bei Mehrmandantendienstleistern? .....	341
b)	Adressat der Weisungsbefugnisse .....	342
c)	Gesellschaftsrechtliche Verankerung des Weisungsrechts? .....	343
aa)	Intention des Gesetzgebers .....	343
bb)	Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten .....	344
(1)	Organschaftliches Weisungsrecht .....	344
(2)	Beherrschungsvertrag .....	345
(3)	Restriktionen .....	346
cc)	Wortlaut des § 25a Abs. 2 KWG .....	347

dd) Ausgestaltung der Weisungsbefugnis .....	348
d) Trennung beim Insourcer .....	349
e) Einschränkungen der Weisungsbefugnis aus rechtlichen Gründen .....	350
6. Sicherung der Prüfungsrechte der Bankenaufsicht .....	350
a) Anzeigepflicht .....	350
aa) § 25a Abs. 2 KWG a.F.: Absichts- und Vollzugsanzeige .....	350
bb) § 25a Abs. 2 KWG n.F. .....	351
b) Zugangsmöglichkeiten und Kontrollrechte .....	353
aa) Rechte der Bankenaufsicht gegenüber Instituten .....	353
bb) Ursprünglicher Ansatz des KWG: Sicherstellung der Rechte durch Vertrag mit dem Insourcer .....	353
(1) Konsolidierte und andere Unternehmen nach § 44 Abs. 2 und 3 KWG .....	353
(2) Vergleich mit den Einwirkungsmöglichkeiten der Aufsicht nach dem VAG .....	355
cc) Rechte gegenüber Insourcern nach § 44 Abs. 1 und 2 KWG .....	356
dd) Auslagerung an ein anderes Institut .....	359
ee) Wertpapierdienstleistungsunternehmen .....	359
c) Intensität der zu vereinbarenden Prüfungs- und Kontrollrechte .....	360
d) Einbeziehung des Auslagerungsunternehmens in die Prüfung des Instituts .....	361
aa) Abschlussprüfer .....	361
bb) Sicherungseinrichtungen .....	363
e) Mögliche Erschwerung der Bankenaufsicht .....	363
7. Gegenseitige Beeinflussungen des Bank- und Versicherungs- aufsichtsrechts .....	364
a) Entwicklung der Anforderungen im Versicherungsaufsichts- recht .....	364
aa) Anforderungen des Rundschreibens R 6/76 .....	364
bb) Besondere Problematik der Vereinbarung von Weisungs- rechten .....	366
b) Neuregelung in § 64a Abs. 4 VAG in Anlehnung an § 25a Abs. 2 KWG .....	367
c) Weitgehende Annäherung der materiellen Anforderungen .....	368
8. Besonderheiten in Gruppen und Finanzverbünden .....	368
a) Konzerne .....	368
aa) Erfüllung der Anforderungen des § 25a Abs. 2 KWG durch das Konzernrecht? .....	368
bb) Auswirkungen der Proportionalitätsklausel des § 25a Abs. 2 KWG n.F. .....	370
cc) Weisungsrechte .....	370
dd) Verpflichtung des übergeordneten Unternehmens .....	371

ee) Prüfungsrechte .....	373
b) Verbünde .....	373
aa) § 25a Abs. 2 KWG a.F. ....	374
bb) Proportionalitätsklausel des § 25a Abs. 2 Satz 1 KWG n.F. ....	375
c) Leitbild eines „autarken Instituts“ .....	376
9. Besonderheiten bei Auslagerungen ins Ausland .....	376
a) Vergleichsmaßstab hinsichtlich der Beeinträchtigung der Einwirkungsmöglichkeiten .....	376
b) Grundlegende Schwierigkeit der Sicherung der Prüfungsrechte ....	377
aa) Durchsetzung der Prüfungsrechte im Ausland .....	378
bb) Auslegung des § 25a Abs. 2 KWG .....	379
cc) Übernahme des Vorbehalts der Zulässigkeit nach § 44 Abs. 3 Satz 1 KWG? .....	380
dd) Grenzüberschreitende Auslagerungen im Versicherungsaufsichtsrecht .....	381
c) Vorgaben der Bankenaufsicht .....	382
aa) Verlautbarung zur grenzüberschreitenden Datenfernverarbeitung .....	382
bb) Rundschreiben und vorhergehende Entwürfe .....	382
d) Sicherung der Kontrollmöglichkeiten der Bankenaufsicht .....	383
aa) Keine Beeinträchtigung der Prüfungsrechte? .....	383
bb) Kontrolle im Rahmen der regulären Prüfung .....	384
cc) Vereinbarkeit mit Verwaltungspraxis .....	384
(1) Zur grenzüberschreitenden Datenfernverarbeitung .....	384
(2) Tätigkeiten der Zweigstellen ausländischer Unternehmen .....	385
e) Verbleibende grundsätzliche Probleme .....	386
10. Anforderungen für Bereiche, die nicht von § 25a Abs. 2 KWG erfasst werden .....	387
VII. Banklizenz für das Auslagerungsunternehmen? .....	388
1. Allgemeine Definition und Ausnahmen .....	388
a) Ausnahmen von der Erlaubnispflicht .....	389
b) Abgrenzung zwischen Zweigstelle und Repräsentanz ausländischer Institute .....	390
2. Ursprüngliche Position der Bankenaufsicht zur Erlaubnispflicht bei Auslagerungen .....	391
3. Kritik .....	392
a) Teilaktsdefinition .....	393
b) Mangelnde Bestimmbarkeit .....	393
4. Alternative Abgrenzungsmerkmale .....	393
a) Abgrenzung nach Handeln für fremde Rechnung? .....	393

b) Unterscheidung Innen- und Außenverhältnis oder Abschlussteilakte .....	394
c) Vergleich mit dem Versicherungsaufsichtsrecht .....	395
5. Begrenzte Erlaubnisfreiheit für den Insourcer .....	395
a) Erlaubnisfreiheit bei offener Stellvertretung? .....	395
b) Wettbewerbsverzerrung .....	396
c) Privilegierung des Insourcers .....	396
d) „Doppelte Zugriffsmöglichkeit“ der Aufsicht .....	397
6. Grenzen der Erlaubnisfreiheit .....	398
7. Erlaubnispflicht der kontrahierenden Gesellschaft .....	399
VIII. Handhabung in anderen Ländern, Harmonisierung des Aufsichtsrechts ..	400
1. Überblick über die Rechtslage in ausgewählten anderen europäischen Ländern .....	400
a) Österreich .....	400
b) Schweiz .....	401
c) Liechtenstein .....	403
d) Großbritannien .....	404
2. Grundlegende Fragen der internationalen Harmonisierung .....	405
a) „Wettbewerb der Aufsichtsbehörden“ und Sicherung des Aufsichtsstandards .....	405
b) Problematik der Regelung von Mindeststandards .....	407
c) Einheitliche Gruppenaufsicht .....	408
d) Vorschläge zur Neuordnung der europäischen Aufsicht .....	409
IX. Zusammenfassende Betrachtung .....	409
<b>F. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen .....</b>	<b>413</b>
I. Konzernrechtliche Haftung des auslagernden Instituts? .....	413
1. Vertragskonzern §§ 291 ff. AktG .....	413
2. Verlustausgleichspflicht .....	414
a) Verlustausgleichsanspruch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ..	414
b) Figur des „verdeckten Beherrschungsvertrages“ .....	414
c) Qualifiziert-faktischer Konzern .....	415
d) Kriterien .....	416
e) Folgerungen für Auslagerungen im Allgemeinen .....	417
f) Einfluss der Weisungsbefugnisse des § 25a Abs. 2 KWG im Speziellen .....	418
3. Faktischer Konzern .....	419
a) Relevanz für Auslagerungen .....	419
b) Outsourcing als konzernbegründender Faktor? .....	419
aa) Begriff der Abhängigkeit .....	419
bb) Offener Wortlaut des § 17 Abs. 1 AktG .....	420

cc) Systematik: Erfordernis einer gesellschaftsrechtlichen Vermittlung .....	420
dd) Umfangreiche Steuerung und Kontrolle durch Austauschverträge .....	421
ee) Bewertung im Hinblick auf Auslagerungen .....	421
ff) Schutzzweck der §§ 311 ff. AktG .....	423
gg) Angemessener Schutz durch das Zivilrecht .....	424
hh) Verstärkender Einfluss .....	425
ii) Faktische Konzernhaftung durch § 25a Abs. 2 KWG? .....	426
c) Nachteilszufügung durch Strukturveränderungen bei Auslagerungen? .....	427
aa) Begriff des Nachteils .....	427
bb) Auslagerung als Nachteil .....	427
cc) Weisung nach 25a Abs. 2 KWG keine Nachteilszufügung ..	430
d) Haftung bei der GmbH und bei Personengesellschaften .....	431
4. Zusammenfassung .....	432
II. Mitwirkungskompetenzen .....	432
1. Aktiengesellschaft: Zustimmung der Hauptversammlung? .....	432
a) Betriebsführungsvertrag .....	433
b) Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz? .....	433
aa) Zustimmungspflicht bei grundlegenden Geschäftsführungsentscheidungen .....	433
bb) Dogmatische Einordnung .....	434
cc) Andere Ansätze .....	435
dd) Erforderliche Hauptversammlungsmehrheit .....	436
c) Relevanz für Auslagerungen .....	436
d) Zustimmung zur Ausgliederung eines wesentlichen Vermögensteils .....	437
aa) Definition der grundlegenden Geschäftsführungsentscheidungen .....	437
bb) Größenkennzahlen .....	438
cc) Klarstellung durch das „Gelatine“-Urteil .....	438
dd) Kein festes Kriterium .....	439
ee) Behandlung der Aufteilung in mehrere Teilakte .....	440
e) Änderung der Struktur der Gesellschaft durch Auslagerungen ..	440
aa) Organisation als Vorstandsaufgabe .....	441
bb) Beschränkung auf Konzernsachverhalte? .....	441
cc) Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht? .....	443
dd) Auslagerung eines bedeutenden Bereiches .....	443
ee) Weitreichende „Outsourcing-Strategie“ .....	445
ff) Abhängigkeit .....	446

(1) Beeinträchtigung der Autonomie oder Kontrollverlust ..	447
(2) Problem „atypischer“ Gestaltungen .....	448
f) Auswirkungen des § 25a Abs. 2 KWG .....	449
g) Ergebnis .....	449
2. Beteiligung des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft? .....	449
a) Überwachungsaufgabe .....	450
b) Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG .....	451
c) Vorlagepflicht .....	454
3. Kompetenzen bei der GmbH .....	455
a) Satzungsregelungen .....	455
b) Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung ohne entsprechende Regelung? .....	456
aa) Festlegung der grundsätzlichen Unternehmenspolitik .....	456
bb) Vorlagepflicht bei ungewöhnlichen Geschäften .....	456
c) Bedeutung für die Entscheidung über Auslagerungen .....	458
d) Heranziehung der Wesentlichkeit als Kriterium .....	459
4. Entscheidungsbefugnisse bei Genossenschaften .....	460
5. Zustimmungen zu Auslagerungen bei Personengesellschaften .....	461
a) Zustimmung aller Gesellschafter .....	461
b) Ungewöhnliche Geschäfte, Wesentlichkeit nach § 25a Abs. 2 KWG als Kriterium .....	462
6. Materielle Berechtigung? .....	463
<b>G. Besonderheiten für bestimmte Institute .....</b>	<b>465</b>
I. Sparkassen .....	465
1. Grundlegende Kennzeichen der Organisation der Sparkassen .....	465
2. Einschränkungen für Auslagerungen .....	466
a) Regionalprinzip .....	467
b) Verbundprinzip .....	470
c) Kommunales Bankbetriebsverbot .....	471
d) Begrenzung von Beteiligungen .....	473
aa) Regelung in § 3 Abs. 4 Buchst. c) SpkG NW .....	474
bb) Einhaltung der sparkassenrechtlichen Prinzipien .....	475
3. Beschlussfassung und Verantwortung .....	477
II. Spezialkreditinstitute und Kapitalanlagegesellschaften .....	479
1. Pfandbriefbanken (zuvor Hypothekenbanken) .....	479
a) Hypothekenbankgesetz .....	480
b) Pfandbriefbankgesetz .....	482
2. Bausparkassen .....	482
a) Insbesondere Auslagerung durch Finanzierung aus einer Hand ..	483

b) Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Auffassung der Bankenaufsicht .....	483
c) Einfluss von § 25a Abs. 2 KWG .....	484
aa) Feststellung des Beleihungswertes .....	484
bb) Anordnungsbefugnis aus § 3 Abs. 1 Satz 2 BSpKG .....	484
cc) Rechtsverordnungsermächtigung in § 10 BSpkG .....	485
dd) Keine spezielle Beschränkung aus Bausparkassengesetz .....	485
ee) § 25a Abs. 2 KWG als Grundlage .....	485
d) Aufnahme von Tätigkeiten: Geschäfte nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 BSpKG .....	485
3. Zahlungsinstitute .....	486
4. Kapitalanlagegesellschaften .....	489
a) Betreiben des Investmentgeschäftes .....	489
b) Grundsätzliche Aspekte von Auslagerungen bei KAG .....	490
c) Keine Auslagerung an die Depotbank .....	491
d) Regelung von Auslagerungen nach dem KAGG .....	491
aa) Auslegung des § 10 Abs. 1 KAGG .....	492
bb) Praxis der Aufsicht zum KAGG .....	493
e) Ausdrückliche Regelung von Auslagerungen in der OGAW-Richtlinie .....	494
f) Regelung im Investmentgesetz .....	495
aa) Bestimmungen zu Auslagerungen in § 16 InvG .....	495
bb) Modifiziertes Regelungskonzept durch das Investmentänderungsgesetz 2007 .....	497
cc) Ordnungsgemäße Geschäftsorganisation nach § 9a InvG .....	498
dd) Investmentaktiengesellschaft .....	498
ee) Anwendung der MaRisk? .....	499
ff) MaRisk für Investmentgesellschaften .....	499
gg) Wohlverhaltensregeln .....	500
g) Bedeutung der Regelungen und Vergleich zu § 25a Abs. 2 KWG	500
<b>H. Auswirkungen des § 25a Abs. 2 KWG auf Bankgeheimnis und Datenschutz .....</b>	<b>504</b>
I. Bankgeheimnis .....	504
1. Grundlage des Bankgeheimnisses .....	504
2. Umfang des Bankgeheimnisses .....	506
3. Bankgeheimnis und Funktionsauslagerungen .....	506
a) Keine Analogie zu gesetzlich normierten Berufsgeheimnissen .....	507
b) Wille des Kunden als Beurteilungsmaßstab .....	508
c) Auslagerung als grundsätzlicher Vertrauensverstoß? .....	508
aa) Verstoß gegen Bankgeheimnis? .....	508

bb) „Inneres Bankgeheimnis“ .....	509
cc) Allgemeine Einschränkungen des Bankgeheimnisses .....	510
d) Verpflichtung des aufnehmenden Unternehmens auf das Bankgeheimnis .....	511
aa) Schutz der Vertraulichkeit der Kundendaten .....	511
bb) Wahrung des Bankgeheimnisses durch Dritte? .....	512
e) Ausreichender Schutz durch Verpflichtung des Insourcers? .....	512
aa) Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht nach § 383 ff. ZPO .....	513
bb) Schutz von Bankkunden nach § 30a Abgabenordnung .....	514
f) Ablehnung von Auslagerungen aufgrund eingeschränkten Schutzes? .....	515
aa) Interesse der Bank .....	515
bb) „Funktionseinheit“, Erwartung des Kunden .....	516
cc) Interessenabwägung .....	517
dd) Wertung aus § 25a Abs. 2 KWG .....	518
ee) Information des Kunden .....	519
ff) AGB-Regelung .....	520
4. Ergebnis .....	521
<b>II. Datenschutz .....</b>	<b>521</b>
1. Weitergabe von Daten bei Auslagerungen .....	522
a) Personenbezogene Daten .....	522
b) Weitergabe .....	523
2. Auftragsdatenverarbeitung oder Funktionsübertragung? .....	524
a) Auftragsdatenverarbeitung § 11 BDSG .....	524
b) Auslagerungen als Datenverarbeitung im Auftrag .....	525
aa) Nur Übertragung von Hilfsfunktionen .....	525
bb) Weite Auslegung des § 11 BDSG? .....	527
(1) Offener Wortlaut: Veranlassung durch andere Stelle? ..	527
(2) Bestimmung nach Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer? .....	527
(3) Aufgabe der Differenzierung? .....	528
(4) Schutz des Betroffenen .....	529
cc) Ausschluss einer Auftragsdatenverarbeitung? .....	529
dd) Einfluss der Weisungsrechte nach § 25a Abs. 2 KWG .....	529
3. Rechtfertigung bei Annahme einer Funktionsübertragung .....	531
a) Rechtfertigung durch Einwilligung .....	531
aa) Möglichkeit einer formularmäßigen Einwilligung .....	532
bb) Praktische Realisierbarkeit .....	533
b) Rechtfertigung nach § 28 BDSG .....	534
aa) § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG .....	534

bb) § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG .....	536
(1) Wirtschaftliches Interesse der Bank .....	536
(2) Geänderte Kundenerwartung .....	537
(3) Berücksichtigung von Schutzmechanismen .....	538
(4) Gesetzgeberische Wertung nach § 25a Abs. 2 KWG ..	539
(5) Parallel Beurteilung zum Bankgeheimnis .....	540
cc) Unterrichtungspflicht nach § 4 Abs. 3 Satz 1 BDSG .....	541
4. Auslagerung ins Ausland .....	541
a) Übermittlung in Drittstaaten nach § 4b Abs. 2 BDSG .....	542
b) Zulässige Übermittlung in einen Drittstaat .....	542
aa) Angemessenes Datenschutzniveau nach § 4b Abs. 2 Satz 2 BDSG .....	542
bb) Ausnahme nach § 4c BDSG .....	543
cc) Safe Harbour Privacy Principles .....	543
dd) Standardvertragsklauseln der EU-Kommission .....	544
ee) Zusammenfassende Bewertung .....	546
c) Einhaltung der allgemeinen Voraussetzungen .....	547
aa) Berücksichtigung einer Auftragsdatenverarbeitung .....	547
bb) Eingeschränkte Zulässigkeit von Auslagerungen in Drittstaaten .....	548
III. Besonderheiten bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten .....	548
IV. Zusammenfassung .....	549
<b>I. Einfluss des § 25a Abs. 2 KWG auf das Zivilrecht .....</b>	<b>550</b>
I. Überblick über die zivilrechtliche Gestaltung von Outsourcing- Verträgen .....	550
1. Vertragsart .....	550
2. Grundlegende Aspekte .....	551
3. Übersicht Vertragsinhalt .....	551
a) Vertragsgegenstand und Bestimmung der Leistung .....	551
b) Information und Kontrolle .....	552
c) Prüfungsrechte .....	553
d) Vergütung und Haftung .....	553
e) Vertragsdauer und Kündigung .....	554
f) Anwendung von Mustervereinbarungen .....	555
II. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 25a Abs. 2 KWG .....	555
1. Verbotsgesetz nach § 134 BGB? .....	555
2. Vertragliche Bindung .....	557
III. Zivilrechtliche Haftung gegenüber Kunden .....	559
1. Grundsatz: Insourcer als Erfüllungsgehilfe .....	559
a) Spezielle Regelung in § 33 Abs. 2 Satz 2 WpHG .....	559

b) Regress des Instituts gegenüber dem Auslagerungsunternehmen ..	560
2. Besonderheiten der Geschäftsbesorgungsverträge .....	561
a) Anwendung von § 664 BGB .....	561
b) Weitergeleiteter Auftrag? .....	562
c) Regelungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	562
d) Anwendbarkeit auf Auslagerungen? .....	563
3. Ergebnis .....	564
IV. Wissenszurechnung .....	564
1. Grundlage der Wissenszurechnung .....	564
2. Besonderer Vertrauenstatbestand .....	565
3. Zurechnung in arbeitsteiligen Strukturen .....	566
4. Auswirkung des § 25a Abs. 2 KWG? .....	567
V. Kündigungsrecht des Bankkunden? .....	568
<b>J. Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>571</b>
I. Entwicklung des Outsourcing .....	571
II. Gesellschaftsrecht .....	571
III. Bankaufsichtsrecht .....	572
IV. Besondere Regelungen für bestimmte Institute .....	574
V. Bankgeheimnis und Datenschutz .....	574
VI. Auswirkungen auf das Zivilrecht .....	575
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>576</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>636</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), Art. 2 des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl. C 306 vom 17. Dezember 2007, S. 1 ff.; konsolidierte Fassung vom 9. Mai 2008, ABl. Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47 ff.
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
AnzV	Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Gesetz über das Kreditwesen – Anzeigenverordnung
AO	Abgabenordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BSpKG	Gesetz über Bausparkassen
BT	Deutscher Bundestag
CEBS	<i>Committee of European Banking Supervisors</i>
CESR	<i>Committee of European Securities Regulators</i>
EAG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz vom 16. Juli 1998
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957
EU	Europäische Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EZB	Europäische Zentralbank
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FinDAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsgesetz)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fußnote
FRUG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission vom 16. Juli 2007
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewO	Gewerbeordnung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GO NW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegegesetz)
HBG	Hypothekenbankgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
InvG	Investmentgesetz
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KG	Kommanditgesellschaft
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
MaRisk	Mindestanforderungen für das Risikomanagement, zuletzt geändert mit Rundschreiben 15/2009 (BA) der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vom 14. August 2009
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
n. F.	neue Fassung
NSpG	Niedersächsisches Sparkassengesetz
Ö-BWG	Österreichisches Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
PfandBG	Pfandbriefgesetz
PrüfbV	Verordnung über die Prüfung der Jahresabschlüsse und Zwischenabschlüsse der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstite und über die Prüfung nach § 12 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften sowie die darüber zu erstellenden Berichte – Prüfungsberichtsverordnung
Rn.	Randnummer
SpkG NW	Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen vom 18. November 2008
StGB	Strafgesetzbuch
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. September 2005
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
vgl.	vergleiche
WpDVerOV	Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
ZAG	Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz)
z. B.	zum Beispiel

Weitere Abkürzungen sind im Literaturverzeichnis definiert.

## A. Einleitung

Die Kreditwirtschaft befindet sich in einem Umbruch. Dies ist keine „neue“ Feststellung, die sich aus der im Jahr 2007 begonnenen und im Jahr 2008 mit dem Zusammenbruch der US-Investmentbank Lehman Brothers kulminierenden Finanzkrise (oder Finanzmarktkrise) ergibt, sondern eine länger andauernde Entwicklung. Neue Technologien wie das Internet mit E-Commerce und Online-Banking, verstärkter Wettbewerb, Globalisierung, veränderte Ansprüche der Kunden erfordern tiefgreifende Umwandlungen.<sup>1</sup> Auch wenn – wie aus der Branche selbst befürchtet – die Banken zunächst nicht die „Stahlindustrie“ der neunziger Jahre geworden sind,<sup>2</sup> so haben sich die Rahmenbedingungen in den letzten Jahren erheblich verändert.<sup>3</sup> Auf diese Herausforderungen wird mit Veränderungen in der Struktur der Kreditinstitute reagiert. Auf der einen Seite zeigt sich, ebenso wie in anderen Wirtschaftszweigen, der Trend zur Größe. Übernahmen und Fusionen wie Commerzbank und Dresdner Bank, Deutsche Bank und Postbank oder Unicredito und HypoVereinsbank – zuvor Bayerische Vereinsbank und Bayerische Hypotheken- und Wechselbank – sind anschauliche Beispiele. Gleiches geschieht in kleinerem Rahmen durch Zusammenschlüsse von Sparkassen und Genossenschaftsbanken. Auf der anderen Seite gibt es eine Entwicklung zur Spezialisierung: Nur bestimmte, lukrative Geschäftsfelder werden fortgeführt; andere Bereiche werden zurückgefahren oder abgestoßen. Nicht notwendig ist hiermit ein völliger Rückzug verbunden: Leistungen werden bloß nicht mehr selbst angeboten, sondern am Markt eingekauft, das heißt, Funktionen werden ausgelagert. Begünstigt wird dies durch eine zunehmende Standardisierung von Bankangeboten, zumindest im Bereich des Massengeschäfts. Entscheidendes Ziel ist die Kostenersparnis. „Funktionsauslagerung“ beziehungsweise „Outsourcing“ kann in sehr unterschiedlichen Formen auftreten. Eine vor Jahren noch nicht vorstellbare Konzentration von ursprünglich ausschließlich von den Instituten selbst erbrachten Leistungen ist mittlerweile zu beobachten, dies gilt insbesondere für die Auslagerung der Datenverarbeitung, erfasst aber mit der Zahlungsverkehr- und Wertpapierabwicklung sowie der

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu nur Beilage Juni 2001 zur Sparkassen-Zeitung Nr. 22 vom 8. Juni 2001, S. 20; *Lamberti/Volland*, Die Bank 2000, 444 ff.; *Kirmße*, Organisches Wachstum und Rentabilitätsmanagement, 1 ff.

<sup>2</sup> So *Cartellieri*, Die Bank 1990, 366 (367 f.) bezogen auf einen Kapazitätsabbau im Kreditgewerbe.

<sup>3</sup> Vgl. bereits *Adam*, F.A.Z. Nr. 19 vom 23. Januar 2003, S. 17, der vom „schwersten Geschäftsjahr der Nachkriegszeit mit aufgestautem Handlungsdruck in Bezug auf Kosten-, Ertrags- und Eigenkapitalstärkung“ für die Finanzbranche spricht.

Konzentration der Darlehensbearbeitung in „Kreditfabriken“ auch klassische Bereiche kreditwirtschaftlicher Tätigkeit. Die Entwicklung verläuft so dynamisch, dass fast alle Geschäftsbereiche zur Disposition gestellt werden bis hin zu der Idee einer virtuellen Bank, die keines ihrer Geschäfte mehr selbst ausführt. Damit stellen sich Fragen der rechtlichen Beurteilung der Funktionsauslagerung: In welchen Grenzen ist die Funktionsauslagerung zulässig? Können alle Bereiche ausgelagert werden? Wie erfolgt die konkrete rechtliche Ausgestaltung? Ergeben sich besondere Haftungsrisiken, die unter Umständen die wirtschaftlichen Zielsetzungen konterkarieren? Auch der Gesetzgeber hat hierauf 1998 reagiert und in § 25a Abs. 2 KWG besondere Anforderungen an die Funktionsauslagerung bei Kreditinstituten gestellt. Die einzelnen Voraussetzungen sowie Folgen dieser Norm sind in der Diskussion und bedürfen eingehender Betrachtung.

Die Probleme der Funktionsauslagerung werden in dieser Arbeit insbesondere hinsichtlich des Gesellschaftsrechts und des Bankaufsichtsrechts mit seinen Auswirkungen auf das allgemeine Zivilrecht und den Datenschutz behandelt. Neben den bankbetrieblichen Fragen ist zu untersuchen, inwiefern sich aus dem Gesellschaftsrecht Einschränkungen der Outsourcing-Möglichkeiten ergeben, ob bestimmte, wesentliche Funktionen vielleicht gar nicht ausgelagert werden dürfen. Durch § 25a Abs. 2 KWG ergeben sich Einschränkungen für die Funktionsauslagerung bei Kreditinstituten, sowohl im Hinblick auf die Möglichkeit der Auslagerung, als auch in Bezug auf die Anforderungen, die erfüllt sein müssen. Die Vorgehensweise des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen,<sup>4</sup> die weiteren Details der Vorschrift durch Rundschreiben zu regeln, ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit für die beaufsichtigten Unternehmen zu problematisieren.<sup>5</sup> Einer Prüfung bedarf des Weiteren, inwiefern überhaupt Sanktions-

---

<sup>4</sup> Seit dem 1. Mai 2002 ist das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen mit den Bundesaufsichtsämtern für das Versicherungswesen und für den Wertpapierhandel in der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zusammengefasst worden; Stellungnahmen vor diesem Zeitpunkt werden im Folgenden somit noch den selbständigen Aufsichtsämtern zugeordnet.

<sup>5</sup> Vgl. Rundschreiben 11/2001 des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen zur Auslagerung von Bereichen auf ein anderes Unternehmen gemäß § 25a Abs. 2 KWG vom 6. Dezember 2001, Geschäftsnr. I 3 – 272 A – 2/98, ZBB 2002, 66–70 sowie die vorhergehenden Rundschreibenentwürfe; der Entwurf 2000 wurde veröffentlicht in ZBB 2000, 282–286. Auf den Rundschreibenentwurf 1998 wurde zwar vielfach Bezug genommen, er ist aber – soweit ersichtlich – nur im Schreiben an die kreditwirtschaftlichen Verbände verbreitet, aber sonst nicht veröffentlicht worden. Gleichfalls erfolgte keine Veröffentlichung eines Rundschreibenentwurfes aus dem Jahr 1999. Das Rundschreiben 11/2001 des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen wurde durch das Rundschreiben 5/2007 (BA) der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen Geschäftszahlen BA 17-K 3106-2007/0010 vom 30. Oktober 2007, veröffentlicht im Internet unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de), zum 1. November 2007 aufgehoben; die Regelungen zum Outsourcing finden sich nunmehr in den Mindestanforderungen für das Risikomanagement (MaRisk), die zuletzt mit Rundschreiben 15/2009 (BA) vom

möglichkeiten für die Bankenaufsicht bestehen und wie Besonderheiten bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten zu handhaben sind. Es bietet sich ein Vergleich mit der Versicherungsaufsicht und der Handhabung in anderen Ländern an. Schließlich werden Auswirkungen des § 25a Abs. 2 KWG auf andere Rechtsgebiete untersucht. Zunächst sind die gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen zu behandeln; einerseits kann sich aus dem Konzernrecht bei bestimmten Gestaltungen eine Haftung des auslagernden Unternehmens ergeben und andererseits stellt sich die Problematik der innerverbändlichen Beschlussfassung an: Welche Organe müssen bei einer Outsourcing-Entscheidung beteiligt werden? Daneben ist insbesondere auf die für Banken äußerst sensiblen Themen des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes einzugehen, weiterhin werden Einflüsse auf das Zivilrecht behandelt. Die Auslagerung von Funktionen wirft über den Gegenstand dieser Arbeit hinaus vielfältige Fragestellungen in weiteren Rechtsbereichen auf. Hingewiesen sei an dieser Stelle nur auf die steuerrechtlichen<sup>6</sup> und arbeitsrechtlichen Implikationen, die maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung und die Realisierbarkeit von Auslagerungen nehmen können.

---

14. August 2009 der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht geändert wurden, veröffentlicht im Internet unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de). Im Anhang 1 des Rundschreibens 15/2009 (BA) finden sich Erläuterungen zu den MaRisk.

<sup>6</sup> Einen Überblick über die mit einer Auslagerung verbundenen Fragen hinsichtlich der Körperschafts- und Einkommensteuer, Gewerbesteuer, Umsatzsteuer sowie der Grunderwerbsteuer gibt Mettenheimer, Outsourcing in Banken und Sparkassen, 153 ff.; vgl. auch allgemein Köhler-Frost-Staudacher, Outsourcing, 301 (302 ff.). Zu steuerlichen Aspekten bei der Verlagerung von Funktionen: Burkert, IStR 2003, 320 ff., 356 ff.