

# Inhaltsverzeichnis

<b>Teil 1 Einleitung .....</b>	<b>1</b>
A. Problemstellung.....	1
I. Die deutsche Bankenlandschaft im Umbruch.....	1
II. Der Trend zu Funktionsauslagerungen bei Banken.....	2
III. Rechtliche Fragestellungen und Probleme .....	3
B. Ziele der Arbeit.....	5
C. Gang der Untersuchung .....	7
<b>Teil 2 Grundlagen: Funktionsauslagerung als Kooperationsmodell .....</b>	<b>9</b>
A. Begriffsdefinition und unterschiedliche Erscheinungsformen.....	9
I. Definitionen.....	9
II. Erscheinungsformen .....	11
B. Betriebswirtschaftliche Hintergründe.....	13
I. Motive und Vorteile von Auslagerungen.....	13
II. Risiken und Gefahren .....	15
C. Funktionsauslagerungen bei Kreditinstituten.....	17
<b>Teil 3 Gesellschaftsrechtliche und konzernrechtliche Rahmenbedingungen .....</b>	<b>21</b>
A. Das Erfordernis der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand als Grenze für Auslagerungsmaßnahmen.....	21
I. Das Verhältnis von Leitung und Geschäftsführung.....	22
1.) Leitung und Geschäftsführung im Text des Aktiengesetzes.....	22
a.) Leitung als herausgehobener Teilbereich der Geschäftsführung.....	22
b.) Identität von Leitung und Geschäftsführung im Innenverhältnis .....	23

c.) Stellungnahme.....	24
2.) Ergebnis.....	25
II. Inhalt der Leitungsaufgaben .....	25
1.) Leitungsaufgaben aufgrund ausdrücklicher Zuweisung im Aktiengesetz.....	26
2.) Abstrakte Bestimmung des Inhalts der Leitungsaufgaben.....	27
a.) Die Definition der Leitung durch die herrschende aktienrechtliche Literatur.....	27
b.) Die Aufstellung „echter Führungsentscheidungen“ bei Gutenberg .....	28
c.) Weiterentwicklung in der modernen Betriebswirtschaftslehre.....	29
d.) Vier Verantwortungsbereiche als unübertragbare Leitungsaufgaben bei Fleischer.....	30
e.) Stellungnahme.....	31
3.) Zwischenergebnis: Leitung der Gesellschaft nach dem Aktiengesetz.....	33
III. Folgerungen für die Übertragbarkeit von Tätigkeiten im Rahmen der Geschäftsführung.....	33
1.) Innerhalb der Gesellschaft.....	34
a.) Delegation innerhalb des Vorstands .....	34
b.) Delegation auf nachgeordnete Ebenen .....	37
2.) Übertragung auf Externe .....	39
a.) Übertragung im Beherrschungsvertrag.....	39
b.) Übertragung im Betriebsführungs- bzw. Managementvertrag.....	40
aa.) Die „Holiday Inn“-Entscheidung des BGH .....	41
bb.) Billigung oder Ablehnung des Wirtschaftsplans ausreichend?.....	41
cc.) Notwendigkeit kontinuierlichen Zusammenwirkens? .....	42
dd.) Stellungnahme.....	43
ee.) Ergebnis.....	45
c.) Einfacher Geschäftsbesorgungsvertrag.....	45

d.) Auslagerung von Aufgaben mit engem Bezug zur Führung des Unternehmens am Beispiel der EDV .....	46
aa.) Betriebswirtschaftliche Bedeutung der Information .....	46
(1) Relevanz der Information für die Unternehmensorganisation.....	46
(2) Bedeutung der Informationstechnologie speziell für die Unternehmensführung.....	48
(3) Informationsmanagement als eigenständige Unternehmensfunktion.....	49
bb.) Gesellschaftsrechtliche Bedeutung der Information, vor allem im Zusammenhang mit der „business judgment rule“ .....	50
(1) Inhalt der „business judgment rule“ im US-amerikanischen Recht .....	51
(2) Die business judgment rule nach „ARAG/Garmenbeck“ .....	52
(3) Kodifizierung der business judgment rule durch das UMAG.....	53
(4) Das Erfordernis der „angemessenen Information“ als mögliches Auslagerungshindernis .....	54
cc.) Die Opel/EDS-Entscheidung des LG Darmstadt .....	54
dd.) Die Diskussion in der Literatur.....	55
(1) Zwingende Vorstandskompetenzen bei der Informationstechnologie .....	56
(2) Grundsatz der Verbandsautonomie als Maßstab für die Zulässigkeit? .....	56
(a) Die unterschiedlichen Konzepte von Stein und Mülbert .....	56
(b) Mülberts Grundannahme von § 76 AktG.....	58
(c) Methodische Voraussetzungen der Anwendbarkeit eines Grundsatzes .....	60
(d) Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verbandsautonomie bei Auslagerungsmaßnahmen .....	61
(e) Ergebnis .....	63
(3) Auswahl und Kontrolle des Dienstleisters.....	64
(4) Qualität der erbrachten Leistungen.....	65

(5) Reversibilität der Auslagerung .....	66
(6) Technologische und wirtschaftliche Abhängigkeit.....	68
ee.) Fazit .....	69
IV. Ergebnis.....	70
B. Verpflichtung zur Einrichtung eines Frühwarnsystems .....	70
I. Der Inhalt der gesetzlichen Verpflichtung .....	70
II. Auswirkungen auf Auslagerungsmaßnahmen .....	73
1.) Auslagerung von Unternehmensfunktionen außerhalb von Interner Revision und Controlling .....	73
2.) Auslagerung der Internen Revision oder des Controllings .....	74
3.) Ergebnis .....	74
C. Verwahrung von Aktien und Ausübung des Vollmachtsstimmrechts .....	75
D. Funktionsauslagerungen und Konzernrecht .....	77
I. Zentralisierung von Funktionen innerhalb eines bereits bestehenden Unternehmensverbunds und qualifiziert faktischer Konzern.....	77
1.) Die Entwicklung der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns im Recht der GmbH bis zur „TBB“-Entscheidung des BGH .....	77
2.) Zulässigkeit des qualifiziert faktischen Konzerns im Aktienrecht .....	80
3.) Folgen von „Bremer Vulkan“ und „KBV“ für das Konzernrecht der Aktiengesellschaft .....	83
4.) Voraussetzungen des qualifiziert faktischen Aktienkonzerns.....	86
a.) Konzern oder Abhängigkeitsverhältnis? .....	86
b.) Objektiver Missbrauch der Gesellschafterstellung.....	87
5.) Qualifiziert faktischer Konzern durch Konzernintegration.....	87
a.) Allgemeines.....	87
b.) Der Sonderfall der EDV .....	91
c.) Ergebnis.....	94
II. Ausgründung auf Tochterunternehmen .....	95

III. Konzernrechtliche Folgen einer Funktionsausgliederung? .....	95
1.) Auslagerungsvereinbarung als fehlerhafter Beherrschungsvertrag.....	95
2.) Faktischer Konzern durch Funktionsauslagerung .....	96
a.) Abhängigkeit aufgrund bloßer schuldrechtlicher Vereinbarung? .....	97
aa.) Abhängigkeit aufgrund wirtschaftlicher Machtposition .....	97
bb.) Abhängigkeit aufgrund konkreter Vertragsbestimmungen .....	98
(1) Das Beispiel Franchising .....	98
(2) Das Beispiel „just-in-time“-Lieferverträge.....	99
cc.) Verbindung zwischen beiden Fallgruppen.....	100
dd.) Folgerungen für Auslagerungsmaßnahmen .....	100
b.) Notwendigkeit einer gesellschaftsrechtlich vermittelten Abhängigkeit .....	101
aa.) Wortlaut, Entstehung und Systematik des § 17 AktG.....	101
bb.) Zweck des § 17 AktG .....	102
c.) Ergebnis.....	106
<b>Teil 4 Bankaufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen .....</b>	<b>107</b>
A. Entstehungsgeschichte und Schutzrichtung des § 25a Abs. 2 KWG.....	108
I. Europäische Wurzeln der Vorschrift.....	108
II. Gesellschaftsrechtliche und bankaufsichtsrechtliche Entwicklungslinien .....	109
III. Vergleichbare Regelungen in anderen Aufsichtsrechten .....	112
1.) Wertpapierhandel, Börsenwesen und Kapitalanlagegesellschaften.....	112
2.) Versicherungen .....	113
a.) Höhere Planungssicherheit.....	114
b.) Weitere Unterschiede.....	115
B. Die Bedeutung des Rundschreibens des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen Nr. 11/2001 vom 06.12.2001 .....	116
I. Aufbau, Inhalt und Entstehungsgeschichte.....	117

1.) Aufbau und Inhalt.....	117
2.) Entstehungsprozess.....	118
3.) Ergänzung des Rundschreibens durch die „Zusammenstellung“ vom 10. Juni 2005 .....	120
II. Das Rundschreiben als Handlungsform der Bankenaufsicht .....	121
1.) Das ursprüngliche System der bankenaufsichtsrechtlichen Handlungsformen.....	121
2.) Weiterentwicklung.....	123
3.) Kritik an der Veröffentlichungspraxis und Versuch einer neuen Systematisierung durch die BaFin .....	125
III. Handlungsform des Rundschreibens .....	126
1.) Das Rundschreiben als Verwaltungsakt .....	128
a.) Einzelfall .....	128
b.) Auf unmittelbare Außenwirkung gerichtete Regelung.....	129
2.) Vergleich mit dem Versicherungsaufsichtsrecht.....	130
3.) Das Rundschreiben als Verwaltungsvorschrift .....	132
a.) Typisierung von Verwaltungsvorschriften .....	133
b.) Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen Typen.....	134
c.) Der Adressat als entscheidendes Kriterium .....	135
d.) Adressaten des Auslagerungsrundschreibens.....	136
4.) Ergebnis .....	140
IV. Die Bindungswirkung des Rundschreibens .....	140
1.) Bindung durch Verwaltungspraxis: Rechtsprechung und herrschende Literatur.....	141
a.) Der Weg zur Anerkennung einer rechtlichen Außenwirkung .....	142
b.) Bindung beim „ersten Fall“ .....	143
c.) Relativierung der rechtlichen Außenwirkung.....	143
aa.) Eingeschränkte Bindungswirkung durch Art. 3 Abs. 1 GG.....	143
bb.) Differenzierung nach Typen von Verwaltungsvorschriften .....	144
(1) Norminterpretierende und ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften.....	144

(2) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften als Sonderfall .....	145
d.) Zwischenergebnis .....	146
2.) Alternative Begründungsversuche der Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften .....	147
a.) Bindungswirkung wegen Vertrauensschutzes durch Publikation.....	147
b.) Ossenbühl: Verwaltungsvorschriften als verlautbarter Willensakt der Verwaltung.....	148
c.) Walter Schmidt: Die Bindung an die Auslegungsmaxime .....	149
d.) von Bogdandy: Bindungswirkung aufgrund der Verwaltungsvorschrift als Handlungsform .....	152
3.) Stellungnahme .....	154
a.) Auslegung von Gesetzen und Notwendigkeit eines „Vollzugsprogramms“ .....	155
b.) Zuständigkeit von Exekutive oder Judikative?.....	156
c.) Präsumtive Verbindlichkeit von Verwaltungsvorschriften.....	158
4.) Ergebnis .....	161
C. Anwendungsbereich von § 25a Abs. 2 KWG .....	161
I. Persönlicher Anwendungsbereich.....	161
1.) Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute.....	161
2.) Unselbständige Zweigstellen ausländischer Institute.....	162
3.) Zweigniederlassungen und Zweigstellen deutscher Institute im Ausland.....	163
II. Sachlicher Anwendungsbereich.....	163
1.) Erlaubnispflichtigkeit des Geschäftsbereichs.....	164
2.) Begriff der Auslagerung .....	165
a.) Wahrnehmung eines wesentlichen Bereichs.....	165
aa.) Die Fassungen der Entwürfe aus den Jahren 1998 und 1999.....	165
bb.) Kritik aus Verbänden und der Literatur .....	168
cc.) Die Fassung des BAKred-Rundschreibens 11/2001 .....	170

(1) Definitionen des wesentlichen und des unwesentlichen Bereichs.....	171
(2) Bezug zu den Unternehmen mit bankbezogenen Hilfsdiensten .....	174
(3) Nicht auslagerungsfähiger Kernbereich und zentrale Leitungsfunktionen .....	176
(4) Funktionale Zurechenbarkeit zum Geschäftsbetrieb des Instituts? .....	178
(5) Abgrenzung von wesentlichem und unwesentlichem Bereich .....	179
b.) Wahrnehmung durch ein anderes Unternehmen.....	182
c.) Auf Dauer oder zumindest auf längere Zeit.....	184
d.) Räumliche Trennung und erstmalige Geschäftsaufnahme .....	186
e.) Gegensatz von Auslagerung und gesellschaftsrechtlicher Ausgliederung bzw. Abspaltung?.....	188
3.) Keine Verlagerung innerhalb des Instituts .....	190
D. Grundsätzliche Zulässigkeit der Auslagerung.....	191
I. Rein quantitative Grenze - Verbot der „virtuellen Bank“? .....	191
1.) Das Geschäftsmodell der „virtuellen Bank“ .....	192
2.) Wortlaut des § 25a Abs. 2 KWG.....	193
3.) Systematische Erwägungen .....	193
4.) Zweck des § 25 a Abs. 2 KWG .....	196
a.) Dienstleister mit Sitz im Inland .....	197
b.) Dienstleister mit Sitz im Ausland .....	198
II. Zulässigkeit offener Stellvertretung.....	204
1.) Der eigene Entscheidungsspielraum des Dienstleisters .....	204
2.) Auslagerung notleidender Kredite.....	205
3.) Zulässigkeit des „White Labelling“ .....	208
III. Auslagerung von Interner Revision und strategischem Controlling.....	209
1.) Bedeutung der Internen Revision .....	210
2.) Verbot der Totalauslagerung .....	212



3.) Übertragung auf rechtlich selbständige Tochtergesellschaft .....	212
4.) Ausnahmen für kleine Institute und Neugründungen .....	213
5.) Teilauslagerung einzelner Bereiche der Internen Revision.....	214
6.) Revisionsbeauftragter .....	215
<b>E. Zulässigkeitsvoraussetzungen grundsätzlich erlaubter Auslagerungsmaßnahmen .....</b>	<b>216</b>
<b>I. Anforderungen an den Auslagerungsvertrag .....</b>	<b>216</b>
1.) Bedeutung des Auslagerungsvertrags für die BaFin .....	217
2.) Form des Vertrags und Bestimmung des Projekts .....	218
3.) Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters.....	220
a.) Erfordernis einer Bankerlaubnis des Auslagerungsunternehmens.....	220
aa.) Gesetzesbegründung und Rundschreibentexte.....	220
bb.) Schwelle für das Betreiben von Bankgeschäften bzw. Finanzdienstleistungen.....	222
(1) Uneingeschränkter Teilaktsbegriff als möglicher Ansatzpunkt.....	222
(2) Risikoträchtigkeit der Auslagerung .....	223
(3) Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis .....	224
cc.) Sonderfälle.....	225
(1) Faktische Bindungen.....	225
(2) Verdeckte Stellvertretungen.....	226
dd.) Qualifikation als Zweigstellen .....	227
ee.) Ergebnis.....	227
b.) Keine Beeinträchtigung gesetzlicher und vertraglicher Pflichten des Instituts .....	228
c.) Auswahlverfahren; Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence? .....	229
d.) Erfordernis einer Patronatserklärung.....	232
e.) Laufende Überwachung und Steuerung.....	234
aa.) Die Bedeutung des „Outsourcing-Beauftragten“ des Instituts.....	235

bb.) Kontrolle durch den Dienstleister .....	236
cc.) Einbeziehung in das interne Kontrollsystem des Instituts .....	237
dd.) Streitbeilegung .....	238
f.) Insbesondere: Das Weisungsrecht des Instituts.....	238
aa.) Inhalt.....	239
bb.) Adressaten.....	241
(1) Der Unternehmensträger des Dienstleisters als Adressat ....	241
(2) Delegation der Empfangszuständigkeit .....	243
(a) Aktienkonzernrecht als Ausgangspunkt.....	243
(b) Arbeitsrechtliche Aspekte einer Delegation.....	244
(c) Vergleichbare Lösungen in Konzernrecht und Arbeitsrecht .....	245
(d) Übertragung der Wertungen auf Weisungen außerhalb eines Beherrschungsvertrags .....	246
(e) Delegationsmöglichkeit im Auslagerungsvertrag .....	246
4.) Vertragsanpassung.....	247
5.) Möglichkeit zu Kündigung und Beendigung des Vertrags .....	248
a.) Strukturelle Voraussetzungen des Auslagerungsprojekts.....	249
b.) Kündigungsrecht des Instituts.....	250
II. Interne Revision, Abschlussprüfung und Aufsicht.....	253
1.) Einsichts- und Prüfungsrechte des Instituts, seiner Prüfer und der BaFin .....	254
a.) Rechtsgrundlage der BaFin für Prüfungen beim Auslagerungsunternehmen .....	254
b.) Auskünfte und Unterlagen .....	255
c.) Außerordentliches oder anlassbezogenes Prüfungsrecht der BaFin beim Dienstleister? .....	257
d.) Jederzeitige Prüfung des ausgelagerten Bereichs? .....	259
2.) Prüfung durch Innenrevision und Abschlussprüfer des Instituts ....	260
3.) Rückgriff auf standardisierte Prüfungsverfahren? .....	261
F. Sonderfälle .....	262

I. Besonderheiten bei bestimmten Instituten .....	262
1.) Privilegierung kleiner Institute .....	262
2.) Spezialinstitute, vor allem Kapitalanlagegesellschaften .....	264
II. Auslagerung im Konzern / Verbund .....	267
1.) Konzerninterne Maßnahmen als Auslagerung im Sinne des § 25a Abs. 2 KWG .....	267
2.) Privilegierung der konzerninternen Auslagerung? .....	269
3.) Weisungsrechte nach oben? .....	270
4.) Ergebnis .....	273
III. Mehrmandantendienstleister .....	273
IV. Einschaltung von Subunternehmern .....	276
V. Grenzüberschreitende Projekte .....	278
<b>Teil 5 Wechselwirkungen zwischen Gesellschaftsrecht und Aufsichtsrecht? .....</b>	<b>283</b>
A. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben für das Aufsichtsrecht .....	283
B. Einwirkungen des Aufsichtsrechts auf das Gesellschaftsrecht .....	284
I. Die „Sandwich-Lage“: Überlagerung des Gesellschaftsrechts durch das Aufsichtsrecht .....	284
II. Das Aufsichtsrecht als Schrittmacher für das Gesellschaftsrecht .....	286
1.) Ausführungen in Rechtsprechung und Literatur .....	286
a.) Funktionsauslagerung .....	286
b.) Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft .....	287
c.) Risikomanagementsystem .....	287
aa.) Die Entscheidung des LG Berlin vom 3. Juli 2007 und ihre Rezeption durch Preußner/Zimmermann .....	288
bb.) Preußner: Rückwirkungen auf die aktienrechtliche Legalverfassung .....	289
cc.) Die „Bruderhilfe“-Entscheidung des VG Frankfurt .....	291
dd.) Die Rezeption der „Bruderhilfe“-Entscheidung durch Bürkle und Dreher .....	291

d.) Analyse.....	294
2.) Methodische Begründung einer Schrittmacherrolle des Aufsichtsrechts.....	295
a.) Beeinflussung des Gesellschaftsrechts durch Auslegung.....	295
b.) Legitimation durch Hierarchie? .....	296
c.) Legitimation durch qualitative Überlegenheit .....	297
aa.) Vorhandensein einer detaillierten Regelung als Legitimationsgrund? .....	298
bb.) Laufende Aufsicht als Legitimationsgrund .....	298
cc.) Kriterien für die Übernahme aufsichtsrechtlicher Regelungen.....	299
d.) Ergebnis .....	301
3.) § 25a Abs. 2 KWG und das Rundschreiben als Schrittmacher.....	302
<b>Teil 6 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit.....</b>	<b>305</b>