

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	31
B. Begriff und Abgrenzung	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
C. Entwicklung, Gründe für Funktionsauslagerungen, Vorteile und Risiken	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) Kostenersparnisse	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

D. Gesellschaftsrechtliche Grenzen und Anforderungen	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) Verbandssouveränität	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 Führungsentscheidungen	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 Führungsentscheidungen	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, qualifiziert- 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
E. Bankaufsichtsrecht	135
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 <i>CESR</i> 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 <i>CESR</i>	151
(2) Regelung in Art. 13 und 14 der MiFID-Durchführungs- richtlinie 2006/73/EG	152
d) <i>CEBS</i> -Outsourcing-Leitlinien	153
aa) Konsultation durch <i>CEBS</i>	153
bb) Outsourcing-Leitlinien vom 14. Dezember 2006	154
(1) Charakter der <i>CEBS</i> -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) Anordnungscompetenz 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)	„Bankhülle“	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 unumgänglich	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 Geldwäschebeauftragten	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 Versicherungsaufsichtsrechts	364
a) Entwicklung der Anforderungen im Versicherungsaufsichtsrecht	364
aa) Anforderungen des Rundschreibens R 6/76	364
bb) Besondere Problematik der Vereinbarung von Weisungsrechten	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 Finanzverbänden	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) Verbände	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 Versicherungs- aufsichtsrecht	381
c) Vorgaben der Bankenaufsicht	382
aa) Verlautbarung zur grenzüberschreitenden Datenfernver- arbeitung	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
F. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen	413
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 Austausch- verträge	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 Geschäftsführungs- entscheidungen	433
bb) Dogmatische Einordnung	434
cc) Andere Ansätze	435
dd) Erforderliche Hauptversammlungsmehrheit	436
c) Relevanz für Auslagerungen	436
d) Zustimmung zur Ausgliederung eines wesentlichen Vermögens- teils	437
aa) Definition der grundlegenden Geschäftsführungs- entscheidungen	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
G. Besonderheiten für bestimmte Institute	465
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) Hypothekendarlehenbankengesetz	480
b) Pfandbriefbankengesetz	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 Bausparkkassengesetz	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
H.	Auswirkungen des § 25a Abs. 2 KWG auf Bankgeheimnis und Datenschutz	504
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 Bank- geheimnis	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
II. Datenschutz	521
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) Parallele 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
I. Einfluss des § 25a Abs. 2 KWG auf das Zivilrecht	550
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
J. Zusammenfassung der Ergebnisse	571
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
Literaturverzeichnis	576
Stichwortverzeichnis	636