

// Rechtsanwaltskanzlei Görtz

{ IT-Recht · Wettbewerbsrecht · Gesellschaftsrecht · Wirtschaftsstrafrecht }

Mittlerer Schafhofweg 22
60598 Frankfurt am Main
Telefon: 069 6708870
Telefax: 03212 1280318
E-Mail: web@goertz.net
Internet: www.goertz.net

Mandanteninfo 3/2010

Die Bedeutung des § 25a KWG für IT-Outsourcing-Verträge

Von Rechtsanwalt Michael Görtz, MBA (Wales)

I. Rechtlicher Rahmen

Kreditinstitute (Unternehmen, die Bankgeschäfte betreiben) und Finanzdienstleistungsinstitute (Unternehmen, die Finanzdienstleistungen erbringen, ohne Kreditinstitute zu sein) haben gemäß § 25a in Verbindung mit § 1 Absatz 1b Kreditwesengesetz (KWG) besondere organisatorische Pflichten zu erfüllen. Falls sie Aktivitäten und Prozesse auslagern, die für die Durchführung ihrer institutstypischen Dienstleistungen wesentlich sind, müssen sie gemäß § 25a Absatz 2 KWG Vorkehrungen zur Vermeidung übermäßiger zusätzlicher Risiken treffen. Ausgestaltet wird die gesetzliche Grundlage durch die von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) aufgestellten MaRisk (Mindestanforderungen an das Risikomanagement). Die für ein Outsourcing relevanten Regelungen und die Anforderungen an Outsourcing-Verträge finden sich in Teil AT 9 der MaRisk.

II. Die Interessenlage der Vertragsparteien

Während die Institute dazu neigen, den Anwendungsbereich des § 25a Absatz 2 KWG weit zu definieren, die von Gesetzes wegen sie selbst treffende Pflicht zum Risikomanagement stark auf die Outsourcing-Dienstleister zu verlagern und sehr weitgehende Rechte (zum Beispiel Kündigungsrechte, Audit-Rechte und einseitige Leistungsbestimmungsrechte) mit der Begründung einzufordern, § 25a KWG verlange dies, sind die Outsourcing-Dienstleister darauf bedacht, die Rechte der Institute auf die gesetzlich beschriebenen Fälle und das gesetzlich geforderte Maß zu beschränken und die Institute nicht aus ihrer Verantwortung zu entlassen.

III. Lösungen für die Vertragsgestaltung

§ 25a Absatz 2 KWG ist nur insoweit anwendbar, als der Outsourcing-Dienstleister Aktivitäten übernimmt, die für die Durchführung **institutstypischer Dienstleistungen wesentlich** sind. **Institutstypisch** sind nur Dienstleistungen, die das Institut sonst selbst erbrächte, nicht also ein dauerhafter oder vorübergehender Fremdbezug sonstiger Leistungen wie beispielsweise Kauf oder Catering. **Wesentlich** sind alle Tätigkeiten, die für die Geschäfte des Instituts im Sinne des § 1 Absatz 1 KWG unmittelbar notwendig sind und operationelle oder rechtliche Risiken begründen, beispielsweise Callcenter-Leistungen. Dazu dürften auch die Wartung von Server-Hardware, die Pflege von Server-Software sowie Hosting gehören. Nicht wesentliche sondern bloß untergeordnete Hilfstätigkeiten sind reine Beratungsleistungen, Geldautomatenversorgung und wohl auch die Wartung und Pflege einzelner Client-Arbeitsplätze sowie das Housing, bei dem lediglich Mietfläche zur Aufstellung von IT-Systemen überlassen und Strom- und Datenanbindung sowie Klimatisierung geschuldet werden. Aus § 25a Absatz 2 KWG abgeleitete Rechte des Instituts sollten sich nur auf solche Tätigkeiten erstrecken, die auch tatsächlich in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen, so dass in Vertragsentwürfen Bezüge auf die „geschuldete Leistung“ regelmäßig durch solche auf die „ausgelagerte Tätigkeit“ ersetzt werden sollten.

Gemäß § 25a Absatz 2 Sätze 4 und 5 KWG darf die Auslagerung nicht zu einer Delegation der Verantwortung an das Auslagerungsunternehmen führen, sondern es bleibt das Institut bei einer Auslagerung für die **Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen** verantwortlich. Demzufolge sollten Klauseln, wonach der Outsourcing-Dienstleister die Leistungen „unter Einhaltung der bankenspezifischen Regelungen“ zu erbringen hat, vom Outsourcing-Dienstleister nicht akzeptiert werden, da er nicht Normadressat des Bankenrechts ist. Diese Klauseln setzen voraus, dass er die juristische Kompetenz besäße, das jeweils aktuelle Bankenrecht zu kennen, zutreffend auszulegen und in technische Anforderungen umzusetzen. Diese wird allenfalls bei Branchenanbietern vorhanden sein. Falls nicht, sollte vertraglich geregelt sein, dass es die Pflicht der Bank ist, die Bankenspezifika derart zu konkretisieren und technisch zu beschreiben, dass sie vom Outsourcing-Dienstleister umgesetzt werden können. Wenn die Bank demgegenüber argumentiert, sie kenne zwar das Bankenrecht, aber nicht die IT-Umgebung, aus der heraus die Leistungen nach der Verlagerung an sie erbracht werden, weshalb es der Outsourcing-Dienstleister sei, der das Recht zu konkretisieren hätte, widerspricht das nicht nur der klaren gesetzlichen Anforderung an das Institut, die IT-Umgebung kennen zu müssen, sondern auch der Vertragswirklichkeit, die zumeist sehr detaillierte technische Vorgaben der Bank mit starker Einschränkung der Designhoheit des Outsourcing-Dienstleisters vorsieht.

Dementsprechend ist es das Institut, das dazu verpflichtet ist, Weisungen und sonstige **Vorgaben der BaFin**, zum Beispiel nach § 25a Absatz 3 KWG, umzusetzen, wenngleich es diese

Pflicht gerne in Verträgen direkt an den Outsourcing-Dienstleister weitergibt, etwa mit der Klausel, dass dieser „die jederzeitige Umsetzung und vertragliche Anpassung an aufsichtsbehördliche Weisungen sicherzustellen“ habe.

Eine ausgleichende Lösung für neue Anforderungen aus (geändertem) Bankenrecht oder neue Vorgaben der Aufsichtsbehörde lässt sich durch Verweis auf das Change Management-Verfahren finden. Weil die Umsetzung im Einzelfall für den Outsourcing-Dienstleister unmöglich, extrem teuer oder geschäftspolitisch unerwünscht sein kann, sollten **bankaufsichtsrechtliche Bestimmungen sowie Vorgaben der BaFin nie unmittelbar im Verhältnis zwischen Institut und Outsourcing-Dienstleister** gelten und auch **kein einseitiges Vertragsanpassungsrecht des Instituts** gestatten. Vielmehr sollte das Institut in diesen Fällen einen Change verlangen, dessen Umsetzbarkeit und Kostenrelevanz im **Change Management-Verfahren** geprüft werden. Dem Einwand, das Verfahren dauere oft lang, kann mit einem beschleunigten Verfahren für bankaufsichtsrechtliche Changes begegnet werden, in dem zunächst umgesetzt und erst dann das weitere Change Management-Verfahren durchlaufen wird. Bei fehlender Umsetzbarkeit oder fehlendem Willen des Instituts zur Kostenübernahme darf der Vertrag keine Pflicht zur Vollziehung des Changes vorsehen; in diesem Fall könnte dem Institut die Kündigung des Vertrages gestattet werden, allerdings nur gegen Zahlung eines Ablösebetrages, da der Outsourcing-Anbieter nicht vertragsbrüchig geworden ist und die Nichtumsetzbarkeit der neuen Anforderung oder der Unwille zur Übernahme der Kosten in der Sphäre des Instituts liegt. Außerdem sollte sich das Kündigungsrecht aus Sicht des Outsourcing-Dienstleisters möglichst nur auf die vom Change betroffenen und mit ihm unmittelbar im Zusammenhang stehenden Leistungsteile erstrecken.

Dynamische **Verweisungen auf interne Institutsrichtlinien** („in ihrer jeweils gültigen Fassung“) sollten durch statische, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende ersetzt werden. Spätere Änderungen müssen dem Change Management-Verfahren unterliegen.

Auskunfts-, Prüfungs- und Kontrollrechte der BaFin dürfen gemäß § 25a Absatz 2 Satz 6 KWG durch das Outsourcing nicht beeinträchtigt werden. Dann brauchen aber dem Institut auch keine weitergehenden Rechte eingeräumt zu werden, so dass der Outsourcing-Dienstleister auf Prüfungen der BaFin Bezug nehmen und einen Zusammenhang mit den ausgelagerten Tätigkeiten fordern kann. Deren Ausübung sollte rechtzeitig angekündigt werden müssen. Übliche Bürozeiten und die Zutrittsbestimmungen des Outsourcing-Dienstleisters müssen eingehalten werden. Es kann versucht werden, hierfür eine Kostenerstattungspflicht des Instituts aufzunehmen. Die Regelungen sind mit der Internen Revision des Outsourcing-Dienstleisters abzustimmen.

Falls **Nearshore- oder Offshore-Leistungen** erbracht werden, muss das Institut Vorkehrungen treffen, damit die BaFin ihre Prüfungen auch bei Auslagerung ins Ausland vornehmen kann (§ 25a Absatz 2 Satz 6 KWG). In der Regel möchte das Institut genau wissen, welche konkreten

Leistungen an welchem Ort durch wen (Vertragspartner, konzernangehöriges Unternehmen oder externer Subdienstleister) erbracht werden. Diese Darstellung kann in Form einer Tabelle erfolgen, die dem Vertrag als Anlage beigefügt wird. Im Vertragstext wird dann geregelt, dass für die aufgeführten Leistungsorte und Subunternehmer die Zustimmung des Instituts mit Vertragsunterzeichnung erteilt ist. Eine solche Konkretisierung wird zumeist auch für aus Deutschland leistende Subdienstleister gefordert.

§ 25a Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 KWG verlangt die Festlegung von **Notfallkonzepten**. Regelmäßig hat der Outsourcing-Dienstleister seine Konzepte zu beschreiben und auch mindestens einmal jährlich zu testen. Für die Dauer der Tests sollten Ausnahmen von den Service Levels vereinbart werden. Außerdem sollten die Tests mit dem Institut abgestimmt werden, damit Auswirkungen etwaiger unvorhergesehener Ausfälle begrenzt werden.