

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Konsultation-14-20@bafin.de

Deutsche Bundesbank
B30_MaRisk@bundesbank.de

4. Dezember 2020

**Entwurf der Neufassung des Rundschreibens 09/2017 (BA) -
Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk**

Stellungnahme zur Konsultation 14-2020

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Veröffentlichung und Zusendung des Entwurfs der Neufassung der MaRisk im Rahmen der Konsultation 14-2020. Die damit verbundene Gelegenheit zur Stellungnahme nehmen wir gerne wahr.

Wir begrüßen, dass Sie auch bei dieser Überarbeitung der MaRisk wieder den Weg gewählt haben, sich ausführlich mit den betroffenen Instituten, Verbänden und Wirtschaftsprüfern auszutauschen. Aus unserer Sicht hat sich die Vorbereitung der Novelle im Fachgremium MaRisk deutlich darin niedergeschlagen, dass der vorliegende Entwurfstext als bereits weit fortgeschritten bezeichnet werden kann. Insofern können wir Sie nur darin bestärken und ermutigen, diesen Weg des Austauschs weiterhin zu gehen, und wir werden uns gerne auch weiterhin konstruktiv einbringen.

Im Rahmen der öffentlichen Konsultation traten auch wir noch einmal mit einem größeren Kreis unserer Mitgliedsinstitute in den Austausch. Naturgemäß kamen dabei noch einige Stellen des Entwurfs zum Vorschein, die aus unserer Sicht noch weiter klargestellt werden könnten.

Wir haben unsere Vorschläge anliegend chronologisch anhand der Reihenfolge der MaRisk-Textstellen, auf die sie sich beziehen, für Sie zusammengefasst und

Wolfgang Vahldiek

Verband der Auslandsbanken
Weißfrauenstraße 12-16
60311 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 975850 0
Fax: +49 69 975850 10
wolfgang.vahldiek@vab.de
www.vab.de

Interessenvertretung
ausländischer Banken,
Kapitalverwaltungsgesellschaften,
Finanzdienstleistungsinstitute
und Repräsentanten

Eingetragen im Transparenzregister
der Europäischen Kommission,
Registrierungsnummer:
95840804-38

begründet. Dabei würden wir die folgenden Punkte Ihrer besonderen Aufmerksamkeit empfehlen:

- Die Novelle bietet die Gelegenheit, das Verhältnis der MaRisk zu den Leitlinien der EBA klarzustellen. (Vorschlag 1)
- Die Anforderungen an die eigenständige Compliance-Einheit großer komplexer Institute sollten nicht auf die Compliance-Organisation anderer Institute ausgeweitet werden. (Vorschlag 3)
- Die Vorgaben an die Behandlung von Auslagerungen, die in absehbarer Zeit für das Institut wesentlich werden, scheinen noch nicht ausgereift zu sein. (Vorschlag 8)
- An die hierarchische Stellung des zentralen Auslagerungsbeauftragten sollten keine unverhältnismäßigen Anforderungen gestellt werden. (Vorschlag 12)
- Wenn bei kleinen nichtkomplexen Instituten die Funktion des Auslagerungsbeauftragten von einem Geschäftsleiter wahrgenommen wird, sollten keine Anforderungen an Funktionstrennungen gestellt werden, die diese Institute im Ergebnis mehr belasten als mittlere und große Institute. (Vorschlag 13)
- Beim zentralen Auslagerungsmanagement in Gruppen sollte auf die Erfüllung der EBA-Leitlinien zu Auslagerungen durch das Institut, bei dem es angesiedelt ist, abgestellt werden. Denn falls dieses Institut im EU-Ausland die genannten EBA-Leitlinien erfüllt, sind materiell die Vorgaben des AT 9 MaRisk ebenfalls gewahrt. (Vorschlag 14)

Wir hoffen, dass sich unsere Hinweise für Ihre weitere Arbeit an dem Entwurf als hilfreich erweisen.

Für Rückfragen und den weiteren Austausch stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Andreas Prechtel

Wolfgang Vahldiek

- Anlage

Vorschläge und Anmerkungen zum Entwurf der Neufassung der MaRisk – Konsultation 14-2020 –

Vorschlag 1 (zu AT 1)

Wir schlagen vor, in AT 1 Tz. 1 zukünftig das Verhältnis der MaRisk zu europäischen Vorgaben, insbesondere aus den Leitlinien der EBA, zu beschreiben, zum Beispiel durch folgende Formulierung:

„Dieses Rundschreiben gibt auf der Grundlage des § 25a Abs. 1 des Kreditwesengesetzes (KWG) einen flexiblen und praxisnahen Rahmen für die Ausgestaltung des Risikomanagements der Institute vor. Es präzisiert ferner die Anforderungen des § 25a Abs. 3 KWG (Risikomanagement auf Gruppenebene) sowie des § 25b KWG (Auslagerung). **Dabei berücksichtigt das Rundschreiben die Leitlinien der EBA, die es für den Zuständigkeitsbereich der BaFin umsetzt. Sofern eine Compliance-Erklärung der BaFin zu einer Leitlinie der EBA vorliegt, kann diese, soweit erforderlich und angemessen, für die weitere Auslegung der Anforderungen aus diesem Rundschreiben herangezogen werden. [...]**“

Begründung:

Das Verhältnis der MaRisk zu den zugrundeliegenden Leitlinien der EBA war verschiedentlich bereits Gegenstand der Gespräche im Fachgremium MaRisk. Unserem Eindruck nach besteht inzwischen ein Konsens darüber, dass die MaRisk, soweit sie auslegungsbedürftig sind, im Lichte derjenigen Leitlinien der EBA interpretiert werden sollen, für die die BaFin eine Compliance-Erklärung abgegeben hat und die sie in den MaRisk umsetzt.

Das ist eine unseres Erachtens zentrale Weichenstellung, die außerdem hinreichend konkret und handhabbar ist, um sie in den MaRisk selbst wiederzugeben.

Vorschlag 2 (zu AT 1 Tz. 6)

In AT 1 Tz. 6 sollte eine Klarstellung aufgenommen werden wie folgt:

„Als große und komplexe Institute im Sinne dieses Rundschreibens gelten in der Regel Institute, deren Bilanzsumme auf Einzelinstitutsebene oder konsolidiert auf Gruppenebene 30 Milliarden Euro erreicht oder überschreitet; **falls vom Regelfall abgewichen werden soll, teilt die Bundesanstalt dies dem Institut mit.**“

Begründung:

Die MaRisk müssen im täglichen Geschäft von den Instituten und deren Wirtschaftsprüfern eigenständig und nach bestem Wissen interpretiert und umgesetzt werden, ohne dass die BaFin jeweils in allen Einzelfragen um eine Entscheidung gebeten werden kann.

Dies ist mit der neuen Textziffer 6 in der Entwurfsfassung nicht möglich, da der Schwellenwert nur im Regelfall, aber nicht immer, entscheidet. Es resultiert eine erhebliche Unsicherheit.

Institute sollten in die Lage versetzt werden, anhand des Schwellenwerts (und in Ermangelung weiterer Kriterien) eigenverantwortlich entscheiden zu können, ob sie für Zwecke der MaRisk groß und komplex sind. Zweifelsfälle sollten zu Lasten der Institute nur ex ante, nicht aber ex post, entschieden werden. Jedenfalls aber sollte Klarheit herrschen, dass ein Institut, das sich unterhalb des Schwellenwerts bewegt, nur dann und erst ab dem Zeitpunkt von einer Einstufung als groß und komplex ausgehen muss, wenn die BaFin ihm dies mitteilt.

Vorschlag 3 (zu AT 4.2.2 Tz.4 – Erläuterungen)

Wir regen eine Klarstellung in der Formulierung an, für die wir folgendes vorschlagen möchten:

„Eigenständige Compliance-Einheit

In der eigenständigen Einheit für die Compliance-Funktion dürfen auch weitere, Compliance-nahe Bereiche angesiedelt sein (z. B. WpHG-Compliance, Geldwäschebeauftragter, Datenschutz). Andere Bereiche (z. B. Auslagerungsbeauftragter und -management, Informationssicherheitsbeauftragter und -management, Business Continuity Management), insbesondere Bereiche, die dem Risikocontrolling zuzuordnen sind, dürfen nicht in ~~der~~ **einer eigenständigen** Compliance-Einheit angesiedelt werden.“

Begründung:

Wir verstehen die zitierte Entwurfspassage so, dass es sich um Erläuterungen dazu handelt, wie eine in großen und komplexen Instituten erforderliche eigenständige Compliance-Einheit gestaltet werden muss. Hinsichtlich des zweiten Satzes der Erläuterungen ergibt sich das jedoch bisher nur aus dem Zusammenhang der Formulierung.

Wir haben hierzu bereits verunsicherte Nachfragen aus dem Mitgliederkreis gehört, ob dieser zweite Satz vielleicht doch Auswirkungen auf kleinere und mittlere Institute hätte. Unser Hinweis auf den Zusammenhang, der auf eine Anwendung nur auf eigenständige Compliance-Einheiten großer und komplexer Institute schließen lässt, wurde teilweise als nicht ausreichend klar angesehen, weil der Wortlaut eine darüber hinausgehende Wirkung nicht explizit ausschließt. Hintergrund dürfte sein, dass die Kombination von Compliance-Aufgaben mit z. B. Auslagerungsmanagement in kleineren und mittleren Instituten durchaus üblich und häufig, sowie aufgrund der überschaubaren Zahl von Mitarbeitern auch sachgerecht ist.

Daher würden wir eine Klarstellung in dem Sinne befürworten, dass auch der zweite Satz der Erläuterungen Anforderungen an eigenständige Compliance-Einheiten beschreibt, so wie sie große und komplexe Institute umzusetzen haben.

Vorschlag 4 (AT 4.5 Tz. 1 – Erläuterungen)

In den Erläuterungen zu AT 4.5 Tz. 1 sollte folgendes klargestellt werden:

„Die Anforderungen des Moduls AT 9 sind auf Ebene des Einzelinstituts und auf Gruppenebene einzuhalten. Für die Einhaltung auf Gruppenebene ist das übergeordnete Unternehmen **in Bezug auf nachgeordnete Institute, die den Anforderungen des § 25b KWG unterliegen**, verantwortlich.“

Begründung:

Aktuell kommt es in einigen Gruppen zu Missverständnissen. Übergeordnete Unternehmen sind teilweise der Auffassung, dass sie für die gruppenweite Umsetzung von Anforderungen zuständig sind, und beziehen auch Nicht-Institute (z. B. Kapitalverwaltungsgesellschaften) mit in diese Pflichten ein. Dadurch kommt es zu Widersprüchen aus unterschiedlichen Regulierungskreisen.

In unserem Beispiel einer nachgeordneten Kapitalverwaltungsgesellschaft unterliegt diese somit bei weiter Interpretation neben den Anforderungen aus AIFM-Richtlinie und KAGB einerseits, auch solchen aus CRD, KWG und MaRisk andererseits. Diese doppelte unterschiedliche Regulierung ist nie vom Gesetzgeber intendiert worden.

Um solche Missverständnisse auszuräumen und zu vermeiden, wäre eine Klarstellung sehr wünschenswert, dass gruppenweite Anforderungen aus AT 9 MaRisk von übergeordneten Unternehmen lediglich auf die Unternehmen in der Gruppe bezogen werden sollen, die auch auf Einzelebene Institute sind und den Anforderungen des § 25b KWG und der MaRisk unterliegen.

Vorschlag 5 (AT 9 Tz. 2 – Erläuterungen)

In den Erläuterungen zu AT 9 Tz. 2 findet sich ein Satz, für den wir eine redaktionelle Modifizierung vorschlagen:

„Insbesondere ist in der Risikoanalyse zu berücksichtigen, inwiefern eine auszulagernde Aktivität oder ein auszulagernder Prozess innerhalb der Prozesslandschaft des Instituts als **wesentlich bedeutsam** einzustufen ist.“

Begründung:

In AT 9 Tz. 2 werden zwei verschiedene Sachverhalte mit demselben Begriff bezeichnet, was zu Verwirrung führen kann. Einerseits wird als Ergebnis einer Risikoanalyse gefordert, dass die Wesentlichkeit einer Auslagerung beurteilt wird. Andererseits wird hierzu als ein maßgeblicher Gesichtspunkt angesehen, ob ein betroffener Prozess innerhalb der Prozesslandschaft eine Wesentlichkeit aufweist. Insofern wird begrifflich sowohl beim Tatbestand als auch bei der Rechtsfolge auf Wesentlichkeit abgestellt, was die Analyse zirkelschlüssig machen kann.

An anderer Stelle der MaRisk ist dies begrifflich geschickter gelöst. Wir vermuten, dass es sich bei beiden „Wesentlichkeiten“ um eine Übersetzung des englischen „materiality“ handelt. Letzteres kann man aber je nach Sachzusammenhang entweder als Wesentlichkeit (im Sinne einer Bewertung) oder als Bedeutung (im Sinne einer zentralen Wichtigkeit) verstehen. Im Englischen ist daher sowohl von „material outsourcing“ als auch von „material process“ die Rede. Dagegen hat man im Deutschen die Möglichkeit, zwischen Wesentlichkeit und Bedeutsamkeit auch sprachlich zu unterscheiden. Daher sollte man bei der Bewertung der Wichtigkeit einer Aktivität oder eines Prozesses präziser von einer bedeutsamen Aktivität oder einem bedeutsamen Prozess sprechen.

So wird es sprachlich auch in den MaRisk an anderer Stelle bereits ausgedrückt, nämlich in den Erläuterungen zu AT 9 Tz. 1. Dort heißt es: „Dies gilt nicht für Software, die zur Identifizierung, Beurteilung, Steuerung, Überwachung und Kommunikation der Risiken eingesetzt wird oder die für die Durchführung von bankgeschäftlichen Aufgaben von wesentlicher **Bedeutung** ist; bei dieser Software sind Unterstützungsleistungen als Auslagerung einzustufen.“

Um die im Entwurf bestehende Zirkelschlüssigkeit in AT 9 Tz. 2 zu vermeiden, sollte man unseres Erachtens also bei der Beurteilung der Wichtigkeit von Aktivitäten und Prozessen für die Prozesslandschaft im Institut auf deren Bedeutsamkeit abstellen, während das Endergebnis der Risikoanalyse bezüglich der Auslagerung dieser Aktivitäten und Prozesse eine Einschätzung der Wesentlichkeit der Auslagerung ist.

Vorschlag 6 (zu AT 9 Tz. 4 – Erläuterungen)

In den Erläuterungen zu AT 9 Tz. 4 sollte eine redaktionelle Anpassung zur Vermeidung von Missverständnissen an folgender Stelle vorgenommen werden:

„[...] Bei Auslagerungen an Unternehmen mit Sitz außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) hat das Institut, sofern es sich um ausgelagerte ~~Aktivitäten oder Prozesse von Bankgeschäften~~ **Funktionen des Bankgeschäfts** in einem Umfang handelt, der innerhalb des EWR eine Zulassung oder Registrierung durch die zuständigen Aufsichtsbehörden erfordern würde, [...]

Begründung:

Die geänderte Textstelle soll Textziffer 63 der EBA-Leitlinien zu Auslagerungen umsetzen. Hierfür ist im Entwurf der Weg gewählt worden, die in den Leitlinien vorhandene Formulierung „Auslagerung von Funktionen des Bankgeschäfts“ durch die an AT 9 Tz. 1 angelegte Wendung „ausgelagerte Aktivitäten oder Prozesse von Bankgeschäften“ zu ersetzen.

Dies ist jedoch etwas missverständlich, da es zwar Prozesse von Bankgeschäften gibt, aber keine Aktivitäten „von“ Bankgeschäften.

Daher empfehlen wir, bei dem Originalwortlaut der EBA-Leitlinien zu bleiben. Hilfsweise könnte man auch auf „Aktivitäten und Prozesse im Zusammenhang mit der Durchführung von Bankgeschäften“ abstellen.

Vorschlag 7 (zu AT 9 Tz. 7)

In AT 9 Tz. 7 sollte der Einleitungssatz wie folgt präzisiert werden:

„Bei wesentlichen Auslagerungen ist im schriftlichen, **das heißt in Textform dokumentierten**, Auslagerungsvertrag insbesondere Folgendes zu vereinbaren:“

Begründung:

Die bisherige Formulierung lädt eindeutig zu dem Missverständnis ein, dass hier ein echtes Schriftformerfordernis im Sinne des § 126 BGB aufgestellt wird.

Der Austausch von mit handschriftlichen Unterschriften versehen Papierdokumenten ist jedoch im Geschäftsverkehr mehr und mehr unüblich. Das war auch schon vor der Corona-Pandemie und der ESG-Diskussion so, wird aber durch diese beiden Entwicklungen aktuell noch verstärkt.

Ebenfalls hat sich international die (nur) im deutschen Recht vorgesehene qualifizierte Signatur im Geschäftsverkehr nicht durchgesetzt. In der Regel wird heute eine einfache elektronische Signatur genutzt (z.B. DocuSign). Sie entspricht der im § 126b BGB vorgesehenen Textform. Die entsprechenden Dokumentationen werden auf dauerhaften Datenträgern gespeichert.

Für bankaufsichtliche Zwecke ist die beschriebene Textform unseres Erachtens ausreichend. Sie ist beweissicher und prüfungs- und revisionsfest und sorgt dafür, dass die Inhalte der Vereinbarung verschriftlicht und dokumentiert werden.

Vor dem Hintergrund allgemeinen Entwicklungen zu Themen wie Digitalisierung und Nachhaltigkeit, die ja auch bereits Eingang in die Regularien gefunden haben, sowie dem Interesse an der Erhaltung der Handlungsfähigkeit der Institute im aktuellen COVID 19 – Umfeld sollte daher in Tz. 7 klargestellt werden, dass die Textform, verbunden mit einer ordnungsgemäßen Dokumentation, gemeint ist.

Vorschlag 8 (zu AT 9 Tz. 7 – Erläuterungen)

Die Erläuterungen zu AT 9 Tz. 7 sollten an folgender Stelle klargestellt werden:

~~„Informations- und Prüfungsrechte gem. Tz. 7 h) und i) sollten möglichst auch für nicht wesentliche Auslagerungen vereinbart werden, sofern abzusehen ist, dass diese Auslagerungen, **bei denen konkret absehbar ist, dass sie** in naher oder mittlerer Zukunft wesentlich im Sinne der Tz. 2 werden könnten, **können von Anfang an als wesentlich eingestuft werden.**“~~

Da dies gegenüber dem Entwurfstext eine durchaus tiefgreifendere Veränderung ist, stellen wir alternativ anheim, hierzu erneut die Expertise des Fachgremiums MaRisk einzuholen (z.B. im schriftlichen Verfahren).

Begründung:

Die Vorgabe, dass eine Auslagerung als nicht wesentlich angesehen werden kann, obwohl sie in absehbarer Zeit wesentliche Bedeutung erlangt, ist nicht praktikabel. Eine Änderung von nicht wesentlich zu wesentlich erfordert tiefgreifende Anpassungen an Verträgen und operationeller Behandlung. Es ist nicht empfehlenswert, ein Auslagerungsverhältnis bewusst als „vorläufig nicht wesentlich“ einzugehen, um dann umfangreiche Anpassungen nachträglich vorzunehmen.

Des Weiteren ist unklar, wie es absehbar sein kann, dass eine nicht wesentliche Auslagerung in naher/mittlerer Zukunft eine wesentliche Auslagerung werden könnte. Soweit nach dem Ergebnis einer Risikoanalyse eine nicht wesentliche Auslagerung vorliegt, ist es im Zeitpunkt der Risikoanalyse gerade nicht absehbar, ob diese Auslagerung in naher/mittlerer Zukunft wesentlich wird.

Daher sollte unseres Erachtens klargestellt werden, dass die Aufsicht die Einstufung von Auslagerungen als wesentlich von Anfang an akzeptiert, wenn konkrete Umstände darauf schließen lassen, dass die Auslagerung in absehbarer für das Institut wesentlich wird.

Dagegen sollte das Vorgehen über zeitlich gestaffelte Trippelschritte beim sog. Onboarding weder gefordert noch nahegelegt werden.

Vorschlag 9 (zu AT 9 Tz. 7 – Erläuterungen)

In den Erläuterungen zu AT 9 Tz. 7 sollte folgende Passage modifiziert werden:

„Regelungen ~~zu datenschutzrechtlichen Bestimmungen~~ und zu sonstigen Sicherheitsanforderungen sollten für alle, also auch nicht wesentliche Auslagerungen, vertraglich vereinbart werden.“

Begründung:

Es ist unklar, welchen Mehrwert die Regelung zu datenschutzrechtlichen Bestimmungen haben soll. Der Datenschutz ist aufgrund der DSGVO ohnehin immer zu beachten. Es ist keine Besonderheit, die nur für Auslagerungsverträge gilt.

Da die BaFin grundsätzlich nicht zur Durchsetzung des Datenschutzrechts beauftragt ist – sie ist keine zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde – sollte der doch recht konturlose Verweis an dieser Stelle entfallen. Er bringt gegenüber den datenschutzrechtlichen Anforderungen tatsächlich auch keinen Mehrwert, denn dass Institute diese beachten, versteht sich ohnehin von selbst.

Vorschlag 10 (zu AT 9 Tz. 9)

AT 9 Tz. 9 Sätze 2 und 3 sollten wie folgt angepasst werden:

„Das Institut hat die mit Auslagerungen verbundenen Risiken angemessen zu steuern und die Ausführung der ausgelagerten Aktivitäten und Prozesse ordnungsgemäß zu überwachen. Dies umfasst bei wesentlichen Auslagerungen auch die laufende Überwachung der Leistung des Auslagerungsunternehmens anhand vorzuhaltender Kriterien (z. B. Key Performance Indicators, Key Risk Indicators) und vertraglich vereinbarter Informationen des Auslagerungsunternehmens-~~Die; die~~ Qualität der erbrachten Leistungen ist regelmäßig zu beurteilen.“

Alternativ könnte man den Satz 3 auch streichen.

Begründung:

In seiner heutigen Fassung betrifft Textziffer 9 lediglich wesentliche Auslagerungen, so dass es keinen Bedarf gibt, innerhalb der Textziffer nach Teilen zu differenzieren, die für wesentliche und/oder nicht wesentliche Auslagerungen gelten. Dies wird sich nach der Entwurfsfassung zukünftig ändern.

Im Entwurf enthält die angepasste Textziffer 9 drei Sätze, bei denen der erste Satz eindeutig auf alle Auslagerungen, der zweite Satz aber lediglich auf wesentliche Auslagerungen anzuwenden ist. In Satz 3 ist weder aus dem Wortlaut, noch aus dem Zusammenhang eindeutig ersichtlich, auf welche Fälle er angewendet werden soll.

Unseres Erachtens ist Satz 3 im Verhältnis zu Satz 2 redundant. Denn die Überwachung der Leistung des Auslagerungsunternehmens anhand von KPI etc. umfasst eindeutig auch die Qualität der Leistung. Einer gesonderten Klarstellung bedarf es dazu nicht. Insofern schlagen wir alternativ vor, den Satz aus dem Entwurf zu streichen.

Falls man ihn jedoch beibehalten will, sollte er eindeutig gefasst werden. Es sollte aus der Textziffer hervorgehen, dass bei allen Auslagerungen als allgemeiner Grundsatz eine angemessene Steuerung und Überwachung notwendig ist (Satz 1). Soweit es nicht wesentliche Auslagerungen betrifft, sollte es auch dabei bleiben und im Übrigen Methodenfreiheit gelten. Für wesentliche Auslagerungen kann im Satz 2 hinsichtlich bestimmter Aspekte ein Mindestumfang an Maßnahmen konkretisiert werden. Wir verstehen auch den bisherigen Satz 3 in diesem Sinn als Ausdifferenzierung des allgemeinen Grundsatzes für den Bereich wesentlicher Auslagerungen, indem für die Qualitätskontrolle eine Regelmäßigkeit von Qualitätskontrollen angeordnet wird, während es bei nicht wesentlichen Auslagerungen risikoorientiert bei anlassbezogenen Vorgehensweisen bleiben könnte. Unser Formulierungsvorschlag soll dies auch im Wortlaut der Textziffer klar ausdrücken.

Vorschlag 11 (AT 9 Tz. 11)

Textziffer 11 sollte wie folgt angepasst werden:

„Mit Ausnahme der Anforderungen an die Vertragsgestaltung (s. hierzu Textziffer 8) sind die Die Anforderungen an die Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen ~~sind~~ auch bei der Weiterverlagerung ausgelagerter Aktivitäten und Prozesse zu beachten.“

Begründung:

Textziffer 11 und Textziffer 8 widersprechen sich, indem Textziffer 11 alle Anforderungen an Auslagerungen auch bei Weiterverlagerungen für anwendbar erklärt. Textziffer 8 dagegen stellt klar, dass für die Weiterverlagerung auf vertraglicher Ebene besondere Anforderungen an die Vertragsgestaltung gelten, die nicht mit denen identisch sind, die für Auslagerungen gelten.

Die Unterschiede auf vertraglicher Ebene sind ohne Weiteres nachvollziehbar und richtig, weil das Institut bei der Weiterverlagerung nicht vertragschließende Partei mit dem die Weiterverlagerung annehmenden Subunternehmen ist. Infolgedessen hat das Institut nach Textziffer 8 mit dem Auslagerungsunternehmen vertraglich sicherzustellen, dass die Vereinbarungen des Auslagerungsunternehmens mit Subunternehmen im Einklang mit den vertraglichen Vereinbarungen des originären Auslagerungsvertrags stehen.

Der Widerspruch zwischen Textziffer 11 und Textziffer 8 kann durch unseren Formulierungsvorschlag aufgelöst werden.

Vorschlag 12 (AT 9 Tz. 12 – Erläuterungen)

In den Erläuterungen zu AT 9 Tz. 12 sollte eine Anpassung wie folgt vorgenommen werden:

„Der zentrale Auslagerungsbeauftragte ~~ist~~ **berichtet** der Geschäftsleitung unmittelbar ~~unterstellt.~~“

Begründung:

Zur Erreichung des intendierten Zwecks einer unmittelbaren Berichtslinie des Auslagerungsbeauftragten zur Geschäftsleitung ist es nicht erforderlich, zusätzlich eine disziplinarische direkte Unterstellung zu normieren. Diese würde auch eine erhebliche praktische Erschwernis für die Institute darstellen. Der hierarchische Bedeutungsgewinn, den die Position des Auslagerungsbeauftragten damit erfahren würde, dürfte in den meisten Fällen auch nicht verhältnismäßig sein.

Daher bitten wir Sie, ernsthaft zu prüfen, ob dem Regulierungsziel durch eine direkte Berichtslinie des zentralen Auslagerungsbeauftragten an die Geschäftsleitung nicht ebenso genügt werden kann wie durch eine unmittelbare Unterstellung. Bitte beachten Sie dabei auch, dass es sich ganz im Sinne der MaRisk dabei um die Vorgabe einer Mindestanforderung handelt, die für alle Institute verhältnismäßig sein muss.

Vorschlag 13 (AT 9 Tz. 12 – Erläuterungen)

AT 9 Tz. 12 sollte wie folgt angepasst werden:

„Kleinere, weniger komplexe Institute können diese Funktion auch einem Mitglied der Geschäftsleitung des Instituts übertragen, ~~sofern mindestens eine klare Trennung von Aufgaben und Zuständigkeiten für das Management und die Kontrolle von Auslagerungsvereinbarungen sichergestellt ist.~~“

Begründung:

Die zur Streichung empfohlene Passage widerspricht dem Haupttext von Textziffer 12. Dort ist eindeutig und richtigerweise festgelegt, dass das zentrale Auslagerungsmanagement, das dem Auslagerungsbeauftragten zuarbeitet, sowohl Managementaufgaben als auch Kontrollaufgaben für den Bereich der Auslagerungen übernimmt (deshalb auch die Bezeichnung „Auslagerungsmanagement“).

Daher macht es keinen Sinn, in den Erläuterungen dazu nur für kleine, weniger komplexe Institute eine Verschärfung vorzunehmen, die erstens für mittlere und große Institute gar nicht gilt, und zweitens eine Funktionstrennung innerhalb des Auslagerungsmanagements zwischen Managementaufgaben und Überwachungs- und Kontrollaufgaben vorsieht.

Dies wäre auch nicht umsetzbar, ohne mindestens zwei Auslagerungsbeauftragte zu schaffen (Auslagerungsbeauftragter A für Management der Auslagerung, Auslagerungsbeauftragter B für Kontrollen der Auslagerungen), was davon gehen wir fest aus, nicht beabsichtigt ist.

Daher wird in der Industrie und in der Beraterschaft momentan diskutiert, ob der Auslagerungsbeauftragte und das ihm zuarbeitende Auslagerungsmanagement eher der „first line of defense“ oder der „second line of defense“ zuzuordnen ist. Die praxiserrechte und den Anforderungen am besten gerecht werdende Antwort geht dahin, dass die Funktion – ausnahmsweise – Aspekte beider Kontrollebenen in sich vereint.

Dies sollte auch dann akzeptiert werden, wenn bei einem kleinen und nichtkomplexen Institut ein Geschäftsleiter die Funktion des Auslagerungsbeauftragten übernimmt. Denn sonst würde, wie oben geschildert, die beabsichtigte Erleichterung zu einer Benachteiligung der kleinen und nichtkomplexen Institute.

Vorschlag 14 (AT 9 Tz. 14)

AT 9 Tz. 14 sollte wie folgt formuliert werden:

„b) Für Auslagerungen mehrerer Institute einer Gruppe bzw. eines Verbundes an ein bzw. mehrere gemeinsame Auslagerungsunternehmen, besteht die Möglichkeit, ein zentrales Auslagerungsmanagement auf Gruppen- bzw. Verbundebene einzurichten, sofern das zentrale Auslagerungsmanagement den Anforderungen des Moduls AT 9 oder der EBA-Leitlinien zu Auslagerungen (EBA/GL/2019/02) genügt.

Begründung:

Die zitierten EBA-Leitlinien sehen die Möglichkeit des gemeinsamen Auslagerungsmanagements auf Gruppenebene vor; dies war letztlich ein Grund dafür, warum die MaRisk mit Blick auf gruppeninterne Auslagerungen überarbeitet werden.

Für unseren Verband ist es sehr wichtig, dass dabei die EBA-Leitlinie 1:1 umgesetzt wird. Dies bedeutet konkret, dass ein zentrales Auslagerungsmanagement, mit dem in der EBA-Leitlinie beschriebenen Aufgabenumfang, in Gruppen ermöglicht wird. Dabei geht die EBA-Leitlinie vom Gruppenbegriff der CRD und CRR aus (s. Tz. 23 der EBA-Leitlinie), welcher Gruppen innerhalb der EU umfasst. Das bedeutet, dass die EBA ein zentrales Auslagerungsmanagement auch für grenzüberschreitende Gruppen innerhalb der EU vorsieht.

In einem Beispiel, in dem in Deutschland ein Tochterinstitut einer Gruppe mit Mutterinstitut in einem anderen EU-Staat ansässig ist, wäre es also zukünftig möglich, ein zentrales Auslagerungsmanagement beim Mutterinstitut anzusiedeln. Dieses jedoch unterliegt nicht dem KWG und nicht den MaRisk, wohl aber den nationalen Vorschriften zur Umsetzung der EBA-Leitlinie zu Auslagerungen.

Nun dürften die Anforderungen aus der EBA-Leitlinie im Einzelnen zwar identisch zu den Anforderungen aus AT 9 MaRisk sein; die EBA-Leitlinien sind sogar detaillierter bzw. preskriptiver und insofern in einigen Aspekten durchaus „strenger“ als AT 9 MaRisk. Man könnte also argumentieren, dass eine Umsetzung der EBA-Leitlinien beim Mutterinstitut im Ausland den Anforderungen des Moduls AT 9 MaRisk ebenfalls genügt. Rechtstechnisch aber sind die MaRisk beim Mutterinstitut nicht anwendbar, und deshalb rechtsformal auch nicht „erfüllbar“.

Daher erscheint uns eine Klarstellung geboten, dass ein zentrales Auslagerungsmanagement in Gruppen zulässig ist, wenn an dessen Standort die EBA-Leitlinien zu Auslagerungen eingehalten werden. Denn die Anforderungen aus AT 9 MaRisk sind damit inhaltlich mindestens mit abgedeckt.

Vorschlag 15 (zu AT 2.1 Tz. 1 – Erläuterungen)

In den Erläuterungen zu AT 2.1 Tz. 1 sollte folgender Satz präzisiert werden:

„Einige Anforderungen des Rundschreibens sind nur für Institute mit einer Quote notleidender Kredite (brutto) von 5 % oder mehr auf Einzelinstitutsebene oder teilkonsolidiert bzw. konsolidiert auf Gruppenebene zu beachten. Die Aufsichtsbehörde kann die Einhaltung dieser Abschnitte auch von Instituten verlangen, deren Quote notleidender Kredite die 5 %-Schwelle zwar nicht übersteigt, die aber z. B. einen wesentlichen Anteil an notleidenden Risikopositionen in einem einzelnen Portfolio aufweisen. **Institute müssen solche Einzelportfolien nur bilden, wenn sie von der Aufsichtsbehörde dazu aufgefordert werden.**“

Begründung:

Die jetzige Entwurfsfassung lässt den Grundsatz, dass Institute bestimmte Anforderungen des Rundschreibens nur bei einer Quote notleidender Kredite (brutto) von 5 % oder mehr haben, weitgehend leerlaufen. Denn auf der Basis der Entwurfsfassung müssten Institute proaktiv Unter-Portfolien bilden, und zwar so, dass es ausgeschlossen erscheint, dass Unter-Portfolien gebildet werden können, die einen wesentlichen Anteil an notleidenden Positionen aufweisen. Da diese Möglichkeit bei hinreichend proaktiver und kreativer Segmentierung eher die Regel sein wird als die Ausnahme, besteht unsere Sorge, dass die 5%-Grenze letztlich ausgehöhlt und durch deutlich niedrigere Schwellen ersetzt wird.

Daher und um den Vorgaben der EBA sinnvoller gerecht zu werden, sollte die Bildung von Einzelportfolios nur erfolgen müssen, wenn die Aufsichtsbehörde dazu aufgrund bankaufsichtlicher Notwendigkeiten auffordert.