



Per E-Mail  
Konsultation-02-16@bafin.de; banken-3@bundesbank.de

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Deutsche Bundesbank

Deutsche Börse AG

Financial Accounting &  
Controlling

Mergenthalerallee 61  
65760 Eschborn

26. April 2016

Postanschrift  
60485 Frankfurt am Main

**Konsultation 02/2016 – MaRisk-Novelle 2016**  
**Geschäftszeichen BA 54-FR 2210-2016/0008**

Telefon  
+49-(0) 69-2 11-15561

FAC / JH

Fax  
+49-(0) 69-2 11-13315

Sehr geehrte Damen und Herren,

Internet  
Deutsche-Boerse.com

am 19. Februar 2016 haben Sie eine überarbeitete Fassung der MaRisk zur Konsultation gestellt. Mit der überarbeiteten Fassung sollen vor allem einzelne Themengebiete des Risikomanagements – insbesondere Risikodatenaggregation und Risikoberichterstattung sowie Risikokultur – und das Regelwerk für Auslagerungen angepasst werden.

E-Mail  
Juergen.Hillen@  
Deutsche-Boerse.com

Wir begrüßen grundsätzlich den vorgelegten Entwurf und damit einhergehende größere Rechtssicherheit. Die Verwaltungspraxis hat sich in der Vergangenheit weiterentwickelt und u.a. im Rahmen aufsichtlicher Prüfungen wurden Maßstäbe angelegt, die den geprüften Instituten so bisher nicht kommuniziert wurden.

Auch der unverändert fortgeführte modulare Ansatz unter Einbindung des Proportionalitätsprinzips findet unsere Zustimmung.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, im Rahmen der Konsultation weitere Anregungen vorzutragen und einzelne Sachverhalte mit Klarstellungsbedarf adressieren zu können.

Vorsitzender des  
Aufsichtsrats  
Dr. Joachim Faber

Vorstand  
Carsten Kengeter  
(Vorsitzender)  
Andreas Preuß  
(stv. Vorsitzender)  
Gregor Pottmeyer  
Hauke Stars  
Jeffrey Tessler

Wir möchten daher zunächst einige grundlegende Erwägungen vorzutragen und uns abschließend zu einzelnen Fragestellungen äußern.

Aktiengesellschaft  
mit Sitz in  
Frankfurt am Main  
HRB Nr. 32232  
USt-IdNr. DE114151950  
Amtsgericht  
Frankfurt am Main

## A. Grundsätzliche Anmerkungen

### 1. Rundschreiben versus Rechtsverordnung

Mit dem Gesetz zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe (Abwicklungsmechanismusgesetz – AbwMechG) wurde im KWG in den §§ 25a und 25b die Möglichkeit des Erlasses einer Rechtsverordnung verankert. Ausweislich der Regierungsbegründung erfolgte dies, um die MaRisk durch eine entsprechende Rechtsverordnung zur Schaffung der notwendigen Rechtsklarheit ablösen zu können. Konkret formuliert die Regierungsbegründung wie folgt:

„Der neugefasste § 25a Absatz 4 KWG trägt der Notwendigkeit einer verbesserten rechtlichen Grundlage für Anforderungen an das Risikomanagement der Institute Rechnung. § 25a Absatz 1 KWG enthält derzeit neben dem allgemeinen Grundsatz, dass ein Institut über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen muss, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten gewährleistet, lediglich einige Grundelemente des Risikomanagements von Instituten. Die nähere Konkretisierung dieser gesetzlichen Anforderungen erfolgt bislang durch die Mindestanforderungen an das Risikomanagement von Kreditinstituten (MaRisk (BA)). Die MaRisk haben als Rundschreiben jedoch keinen Rechtsnormcharakter. Sie können daher direkt weder als Grundlage für Verwaltungsakte noch für die Verhängung von Bußgeldern herangezogen werden.“

Hinsichtlich der Einräumung der Rechtsverordnungsermächtigung in § 25 b KWG argumentiert der Regierungsentwurf: „Daher ist es folgerichtig, dass auch diese Anforderungen zukünftig auf der Basis einer Rechtsverordnung gestellt werden und somit den gleichen Rechtscharakter erhalten wie die allgemeinen Anforderungen an das Risikomanagement. Die diesbezüglichen Ausführungen zu § 25a haben auch im Kontext des § 25b gleichermaßen Gültigkeit.“

Die Spitzenverbände der Kreditwirtschaft haben Zweifel hinsichtlich der Notwendigkeit einer Rechtsverordnung geäußert. Ungeachtet dieser Zweifel und nach unserer Kenntnis unter anderem auf ausdrücklichen Wunsch der BaFin wurden die Verordnungsermächtigungen aber im KWG verankert.

Wir fragen uns daher, warum die aktuelle Überarbeitung der Ausführungsbestimmungen erneut in Form eines BaFin-Rundschreibens vorgelegt wird und nicht in der Form eines Verordnungsentwurfs. Wir möchten insbesondere vermeiden wissen, dass zeitnah nach einer Anpassung der MaRisk zur Schaffung der Rechtssicherheit die mögliche – und offensichtlich gewollte (siehe Regierungsbegründung) – Rechtsverordnung auf den Weg gebracht wird. Wir bitten daher

sicherzustellen, dass die aktuell vorgetragenen inhaltlichen Änderungen in einer angemessenen und zukunftssträchtigen sowie für alle Beteiligten (Aufsicht und beaufsichtigte Institute) rechtssicheren Form erfolgen und dem Willen des Gesetzgebers (s.o.) Rechnung tragen.

## 2. Anwenderkreis

Ausweislich der Vorbemerkungen in AT 1 Tz.1 ist die Basis der MaRisk § 25a Absatz 1 i.V.m. §§ 25a Absatz 3 und 25b KWG. Ergänzend führt AT 1 Tz. 2 aus, dass mit der MaRisk auch ein qualitativer Rahmen für einzelne Artikel der CRD IV vorgegeben wird. Schließlich wird in AT 1 Tz. 4 auch § 33 Absatz 1 WpHG i.V.m. § 25a Absatz 1 KWG und der Finanzmarktrichtlinie (2004/39/EG) bzw. der Durchführungsrichtlinie zur Finanzmarktrichtlinie (2006/73/EG) als Rechtsbasis genannt.

AT 2.1 Tz. 1 bestimmt, dass das Rundschreiben für alle Institute im Sinne des § 1 Absatz 1b KWG gilt. AT 2.1 Tz. 2 stellt die Anwendung insbesondere für Finanzdienstleistungsinstitute und Wertpapierhandelsbanken ausdrücklich unter das Proportionalitätsprinzip. Eine weitere Einschränkung des Anwenderkreises erfolgt nicht.

Ungeachtet dessen kennt § 2 KWG einige Fälle, bei denen die Anwendung von §§ 25a und 25b KWG auf Institute nach § 1 Absatz 1b KWG **explizit ausgeschlossen ist**. Für eine Reihe dieser Institutstypen kommt auch § 33 WpHG sowie die CRD IV und die Finanzmarktrichtlinie nicht zur Anwendung.

Der vom Gesetzgeber festgelegte Ausschluss bestimmter Institute von der Anwendung der Regelungen, die nach AT 1 Tz. 1, 2 und 4 MaRisk die Basis für die MaRisk sind, kann jedoch nicht durch die MaRisk (und im Übrigen auch nicht durch eine nach § 25a bzw. § 25b KWG erlassenen Rechtsverordnung) aufgehoben werden. **Von daher ist der Anwenderkreis in der MaRisk auch zielgerichtet zu beschränken**. Insbesondere zentrale Gegenparteien, die nach § 2 Absatz 9a KWG nicht unter die Anwendung der §§ 25a und 25b KWG fallen, können nach AT 1 MaRisk rechtssystematisch auch nicht in den Regelungsumfang der MaRisk fallen. Dies gilt zukünftig in analoger Weise auch für bestimmte Zentralverwahrer, für die vergleichbare Ausnahmenregelungen im Rahmen des 1. FiMaNoG eingeführt werden (sollen).

Auch trägt eine Auslegung dergestalt nicht, dass eine Einschränkung per Gesetz ohnehin nicht durch ein BaFin-Rundschreiben oder eine nachgelagerte Rechtsverordnung aufgehoben werden kann und somit eine explizite Einschränkung in den nachgelagerten Regelwerken nicht notwendig ist, da diese ohnehin nur deklaratorisch sei. In der täglichen Praxis der laufenden Aufsicht, der Auslegung in den Instituten, der Prüfung durch den Abschlussprüfer und bei aufsichtlichen

Prüfungen führt dies immer wieder zu unterschiedlichen Auslegungen und steht einer Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Wege. Zur Vermeidung derartiger unterschiedlicher Auslegungsmöglichkeiten bitten wir daher um Schaffung von rechtlich eindeutigen, konsistenten und vollständigen Formulierungen. Dieser Wunsch gilt im Übrigen nicht nur für das aktuell zur Konsultation gestellte Rundschreiben, sondern darüber hinaus auch für andere BaFin-Regelwerke, Verordnungen und im Zweifel für die Gesetzestexte selbst. Das Abstellen auf implizite Regelungszusammenhänge wird in der Praxis immer zu unterschiedlichen Auslegungen führen und hat damit eine permanente Rechtsunsicherheit zur Folge. In derart eindeutigen Fällen wie dem hier diskutierten Sachverhalt sollte dies daher durch eindeutige und rechtlich konsistente Formulierungen ohne Auslegungsspielräume ausgeschlossen werden.

Der Anwenderkreis ist daher durch Modifikation des AT 2.1 Tz. 1 MaRisk sinngemäß wie folgt zu beschränken:

„1 Die Anforderungen des Rundschreibens sind von allen Instituten im Sinne von § 1 Absatz 1b KWG beziehungsweise im Sinne von § 53 Abs. 1 KWG zu beachten, **die den Regelungen des § 25a Absatz 1 KWG unterliegen**. Sie gelten auch für die Zweigniederlassungen deutscher Institute im Ausland. Auf Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach § 53b KWG finden sie keine Anwendung. Die Anforderungen in Modul AT 4.5 des Rundschreibens sind von übergeordneten Unternehmen beziehungsweise übergeordneten Finanzkonglomeratsunternehmen einer Institutsgruppe, einer Finanzholdinggruppe oder eines Finanzkonglomerats auf Gruppenebene zu beachten.“

### 3. Definitionen

Das Aufsichtsrecht kennt mittlerweile eine Vielzahl von Begrifflichkeiten und Definitionen, um die Bedeutung, Größe oder Systemrelevanz von Instituten zu bestimmen:

- Global systemrelevante Institute im Sinne des § 10f Absatz 2 KWG;
- Anderweitig systemrelevante Institute im Sinne des § 10g Absatz 2 KWG;
- Potenziell systemgefährdende Institute im Sinne des § 20 Absatz 1 Satz 3 SAG;
- Bedeutendes Institut im Sinne des § 17 InstitutsVergV;
- Bedeutendes beaufsichtigtes Unternehmen im Sinne der SSM-Rahmenverordnung (auch als bedeutendes Institut oder Significant Institution [SI] bezeichnet);
- Institute von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 25c Absatz 2 bzw. § 25d Absatz 3 KWG.

Es erscheint daher nicht zielführend, in der MaRisk eine weitere (eher unbestimmte) Abgrenzung von wichtigen / komplexen Instituten vorzuhalten. Die MaRisk benutzt allerdings an verschiedenen Stellen derartige Umschreibungen. Wir haben nachfolgend die wesentlichen Stellen zusammengetragen:

- AT 1 Tz. 3: „Institute, die besonders groß sind oder deren Geschäftsaktivitäten durch besondere Komplexität, Internationalität oder eine besondere Risikoexponierung gekennzeichnet sind“;
- Erläuterung zu AT 4.2 Tz. 1: „Große und komplexe Institute“;
- AT 4.3.4 Tz. 1: „große und komplexe Institute“;
- Erläuterung zu AT 4.3.4, Tz. 1: Definition: „In der Regel gelten Institute mit einer Bilanzsumme von mehr als 30 Milliarden Euro als große und komplexe Institute“;
- AT 4.4.1. Tz. 5: „große und komplexe Institute“;
- AT 4.4.2. Tz. 4: „große und komplexe Institute“.
- BTR 4: Erläuterung zu Tz. 3: „Größere Institute“

Im Sinne einer Harmonisierung der Definitionen, der Schaffung von Rechtssicherheit und eines geschlossenen Regelwerkes erachten wir eine klare Definition unter Verwendung vorhandener Definitionen aus dem Gesetzestext für zwingend. Wir bitten daher, folgende Anpassung von AT 1 Tz. 3 zu erwägen:

„3 Der sachgerechte Umgang mit dem Proportionalitätsprinzip seitens der Institute beinhaltet in dem prinzipienorientierten Aufbau der MaRisk auch, dass Institute im Einzelfall über bestimmte, in den MaRisk explizit formulierte Anforderungen hinaus weitergehende Vorkehrungen treffen, soweit dies zur Sicherstellung der Angemessenheit und Wirksamkeit des Risikomanagements erforderlich sein sollte. Insofern haben **große und komplexe** Institute, ~~die besonders groß sind oder deren Geschäftsaktivitäten durch besondere Komplexität, Internationalität oder eine besondere Risikoexponierung gekennzeichnet sind~~, weitergehende Vorkehrungen im Bereich des Risikomanagements zu treffen **als die übrigen Institute** ~~weniger große Institute mit weniger komplex strukturierten Geschäftsaktivitäten, die keine außergewöhnliche Risikoexponierung aufweisen.~~ **Große und komplexe Institute sind global systemrelevante Institute nach § 10f Absatz 2 KWG, anderweitig systemrelevante Institute nach § 10g Absatz 2 KWG und Institute, die nach Artikel 6 Absatz 4 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (ABL. L 287 vom 29.10.2013, S. 63) von der Europäischen Zentralbank beaufsichtigt werden.** ~~Große und komplexe~~ ~~Erstgenannte~~ Institute haben dabei auch die Inhalte einschlägiger Veröffentlichungen zum Risikomanagement des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht und des Financial Stability

Board in eigenverantwortlicher Weise in ihre Überlegungen zur angemessenen Ausgestaltung des Risikomanagements einzubeziehen.“

Die Definition in der Erläuterung zu AT 4.3.4 Tz. 1 könnte dann entfallen. Darüber hinaus ist ggf. eine Definition für „kleine“ Institute zu ergänzen.

## **B. Detailanmerkungen**

### **1. MiFID und MiFID II**

Ungeachtet der Tatsache, dass sich die Umsetzung der Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II) verzögert, bitten wir zu prüfen, inwieweit nicht bereits zum jetzigen Zeitpunkt zumindest Verweise auf die Richtlinie 2004/39/EG (MiFID) durch Verweise auf die entsprechenden Stellen von MiFID II ersetzt werden sollten oder ergänzende Hinweise auf die künftigen Regelungen der MiFID II ergänzt werden sollten.

### **2. Definition des Kreditgeschäftes**

AT 2.3 Tz. 1 definiert das Kreditgeschäft im Sinne der MaRisk. Dabei wird eine sehr weite Definition des Kreditgeschäfts zugrunde gelegt. § 1 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 KWG definiert das Kreditgeschäft als ein Bankgeschäft und § 32 Absatz 1 KWG verlangt für das Betreiben des Kreditgeschäfts eine entsprechende Erlaubnis. Institute, die nicht über eine Erlaubnis nach dem KWG zum Betreiben des Kreditgeschäfts verfügen, bieten somit bei Einhaltung ihrer Erlaubnis auch keine Kreditgeschäfte an. § 19 KWG definiert Bilanzsachverhalte nunmehr (nach Umsetzung der CRD IV in deutsches Recht) ausschließlich für die Zwecke der Meldung von Forderungen im Millionenkreditmeldewesen. Der Anknüpfungspunkt an Bilanzpositionen weist hier nur einen sehr indirekten Bezug zu „Geschäften“ auf. Insbesondere Finanzdienstleistungsinstitute und Wertpapierhandelsbanken, aber auch zentrale Kontrahenten und künftig Zentralverwahrer (sofern diese beiden Institutsgruppen künftig noch in den Regelungsbereich der MaRisk fallen sollten), betreiben kein Kreditgeschäft im Sinne des KWG (es sei denn, sie verfügen über eine ergänzende / erweiterte Erlaubnis / Zulassung). Die Bestimmungen für das Kreditgeschäft sollten daher grundsätzlich nur auf Institute Anwendung finden, die auch über eine Erlaubnis zum Betreiben des Kreditgeschäfts verfügen. Die Ausdehnung einzelner Vorschriften auf andere Institute für bestimmte Geschäfte erscheint uns selektiv denkbar, sollte aber – auch unter Berücksichtigung des grundsätzlichen modularen und proportionalen Ansatzes der MaRisk – spezifischer erfolgen. Forderungen aus noch nicht beglichenen Entgeltforderungen, Forderungen gegenüber der Finanzverwaltung auf Steuerrückerstattung usw. erfordern nach unserer Auffassung nicht die Anwendung des Regelwerkes für das Kreditgeschäft. Wir bitten daher, den aus unserer Sicht an dieser Stelle zu generisch ausgestalteten Ansatz kritisch zu überprüfen.

### 3. Definition Geldmarktgeschäft

AT 2.3 Tz. 3 definiert Handelsgeschäfte und zählt dazu Abschlüsse in sieben unterschiedlichen Geschäftsarten auf.

Die Geschäftsarten werden teils im Text selber ergänzend erläutert und teils in den Erläuterungen näher beschrieben. Allerdings werden weder **alle** sieben genannten Geschäftsarten beschrieben, noch gibt es eine einheitliche Vorgehensweise für alle Geschäftsarten, noch wird eine klare Definition für die Geschäftsarten vorgenommen.

Diese Vorgehensweise erzeugt Rechtsunsicherheit und ist insbesondere hinsichtlich der Geldmarktgeschäfte aus unserer Sicht unzureichend. Wir haben diesen Umstand in der Vergangenheit bereits mehrfach kritisiert und bitten daher erneut um eine Definition oder zumindest eine Eingrenzung. Dies erscheint uns insbesondere hinsichtlich der an die Einstufung als „Handelsgeschäft“ im Sinne des AT 2.3 Tz. 3 anknüpfenden Folgen notwendig. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf die sinngemäß unveränderten Aussagen aus unserem Schreiben vom 10. März 2009 im Kontext der Konsultation 3/2009, das auch auf der Homepage der BaFin zu finden ist.<sup>1</sup> Sofern die BaFin unverändert und abweichend von der von uns vertretenen Auffassung an ihren Aussagen aus ihrem in unserer o.g. Stellungnahme zitierten Schreiben vom 15.01.2009 an uns festhält, so würden wir zumindest die Veröffentlichung dieser BaFin-Position in der Neufassung der MaRisk gegenüber allen betroffenen Instituten begrüßen.

In AT 4.4.1 Tz. 1 wird in den Erläuterungen eine Unterscheidung zwischen Handel und Treasury vorgenommen. Es erschließt sich uns nicht, was in diesem Zusammenhang mit „Treasury“ gemeint ist. Beabsichtigt die BaFin hiermit implizit, bei Instituten, die keinen Eigenhandel sondern lediglich ein Liquiditätsmanagement betreiben, von den Bestimmungen zum „Handel“ auszunehmen? Ist somit auch die Definition der Handelsgeschäfte auch nur anzuwenden, wenn diese durch Eigenhandel betreibende Institute abgeschlossen werden bzw. kommen die entsprechenden Folgen der MaRisk nur dann zum Tragen? Schließlich stellt sich dann die Frage, welche KWG-/ CRR-Abgrenzung für das Betreiben von Handelsgeschäften hierzu herangezogen werden soll.

Auch diese Fragen bitten wir durch Präzisierung in der Endfassung angemessen aufzugreifen.

In diesem Kontext verweisen wir auch darauf, dass die Legaldefinition eines „Nichthandelsbuchinstituts“ in § 2 Absatz 11 KWG a.F. mit dem CRD IV-Umsetzungsgesetz entfallen ist und von daher die MaRisk hier ggf. anzupassen ist.

---

<sup>1</sup> [http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Konsultation/2009/dl\\_kon\\_0309\\_stellungnahme\\_boerse\\_ba.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Konsultation/2009/dl_kon_0309_stellungnahme_boerse_ba.html)

Analog der offenen Fragen zur Definition des Bereichs „Treasury“ insbesondere auch in der Abgrenzung zum Bereich „Handel“ in AT 4.4.1 stellen sich die Fragen auch hinsichtlich des BT 3.4.

#### **4. Datenmanagement und Aggregation von Risikodaten**

Die Erläuterung zu AT 4.3.4 Tz. 3 zählt einzelne Kategorien auf, nach denen die Risikodaten auswertbar sein sollen. Die Formulierung der Erläuterung erweckt den Eindruck, dass diese Kategorien unabhängig vom Geschäftsmodell sowie der der Kunden- und Produktstruktur in jedem Fall als Mindestanforderung anzusehen sind. Wir erachten diesen Ansatz als unvereinbar mit dem Proportionalitätsansatz, da einzelne dieser Kategorien abhängig vom Geschäftsmodell ggf. keine Relevanz haben. Dies gilt z.B. für das Kriterium Region und u.a. für Finanzmarktinfrastrukturen auch für das Kriterium Branche oder Art des Vermögensgegenstandes. Wir bitten daher klarzustellen, (i) ob es sich hier um Mindestanforderungen handeln soll und (ii) dass unter Berücksichtigung des Geschäftsmodells und Verwendung des Proportionalitätsprinzips davon abgewichen werden kann, falls die Kriterien nicht sinnvoll auf das Institut anwendbar sind.

#### **5. Auslagerung**

Wir begrüßen ausdrücklich die Mehrzahl der vorgenommenen Anpassungen und Klarstellungen im AT 9. Ungeachtet dessen haben wir einige Anmerkungen, die wir nachfolgend vortragen.

##### **5.1 Anwendungsentwicklung**

Die Erläuterungen zu AT 9 Tz. 1 grenzt den „sonstigen Fremdbezug von Leistungen“ von der Auslagerung gem. § 25b KWG i.V.m. AT 9 MaRisk ab. Zum sonstigen Fremdbezug wird ausdrücklich der einmalige oder gelegentliche Fremdbezug von Gütern und Dienstleistungen gezählt.

Nach unserem Verständnis kann der Bezug von Gütern grundsätzlich keine Auslagerung sein, da Güter keine „Aktivitäten und Prozesse“ im Sinne des § 25b KWG sind. Davon abzugrenzen ist sicherlich der Bezugsvorgang als solches, der jedoch nach unserem Verständnis der Beschreibung in den Erläuterungen hier nicht gemeint ist. Wir bitten daher, die Wörter „Gütern und“ zu streichen. Analog gilt dies auch für den Bezug von Software als solches (also den reinen Kauf der Software), da auch immaterielle Vermögensgegenstände weder Aktivitäten noch Prozesse im Sinne des § 25b KWG darstellen. Wir bitten daher darum, die entsprechende Passage wie folgt anzupassen: „... sind jedoch ~~vom Institut bezogene Software und diesbezügliche~~ fachliche Unterstützungsleistungen für vom Institut bezogene Software, die zur Identifizierung,...“.



Weitgehend besteht jedoch Klärungsbedarf hinsichtlich des Bezugs von Dienstleistungen im Kontext der Softwareentwicklung als solches. Der neu eingefügte Absatz in den Erläuterungen, dass „fachliche Unterstützung [für vom Institute bezogene Software], die zur Identifizierung, Beurteilung, Steuerung, Überwachung und Kommunikation der Risiken eingesetzt werden oder für die Durchführung von bankgeschäftlichen Aufgaben von wesentlicher Bedeutung sind (Kernbanksysteme), sofern sie [...] mit entsprechenden Dienstleistungen durch Dritte verbunden sind“, schafft nicht ausreichend Klarheit, wie mit der einmaligen / gelegentlichen Programmierung / Anwendungsentwicklung derartiger Software durch Dritte umzugehen ist.

Der Begriff der „entsprechenden Dienstleistungen“ ist in diesem Kontext zu unbestimmt und bedarf weiterer Präzisierung. Wir haben wiederholt gegenüber der BaFin unsere Auffassung vertreten, dass für Softwareentwicklung, vor allem bei einmaligem oder gelegentlichem Bezug von Anwendungsentwicklungsleistungen, die Anwendung der einschlägigen Regelungen zu § 25b KWG angesichts der besonderen, mit solchen Konstellationen einhergehenden Abläufe und Verfahren sowie der zeitlich begrenzten Dienstleistung, regelmäßig nicht angemessen ist. Dessen ungeachtet sind selbstverständlich die Anforderungen des § 25a KWG in diesen Fällen vollumfänglich einzuhalten. Wir erachten insbesondere die Anwendungen der Vorschriften des § 25b KWG i.V.m. AT 9 MaRisk im Kontext von Werkverträgen für problematisch. Abweichend davon sehen wir die Beauftragung eines Dritten die Anwendungsentwicklung für weite Teile der in der Erläuterung zu AT 9 Tz. 1 MaRisk genannten Systeme langfristig zu übernehmen oder aber die Entwicklung, Pflege und Weiterentwicklung einzelner IT-Systeme in Form einer dauerhaften oder wiederkehrenden Beauftragung nicht als von den Auslagerungsregelungen abzugrenzenden sonstigen Fremdbezug an. Dies widerspricht bereits der Definition in den Erläuterungen zu AT 9 Tz. 1 MaRisk. Da der dauerhafte oder wiederkehrende Fremdbezug aber bereits generell nicht von der Auslagerungsdefinition ausgeschlossen ist, wäre diese auch nicht als Rückausnahme darzustellen sondern lediglich als Klarstellung.

Nach unserer Erkenntnis möchte die BaFin aber auch bestimmte Aspekte der Spezifikation, der Steuerung, der Kontrolle, des Testens und der Qualitätssicherung der Softwareentwicklung und –pflege unabhängig von der Dauerhaftigkeit als Auslagerung behandelt wissen. Wir möchten an dieser Stelle unsere grundsätzliche Skepsis gegenüber dieser Auslegung erneut zum Ausdruck bringen und verweisen auf viele schwierige Abgrenzungsfragen. Unter Zugrundelegung der oben dargestellten Sichtweise der BaFin erscheint uns daher folgende Formulierung für zielführender, als der bisher vorgeschlagene Text:

*„Als sonstiger Fremdbezug gilt auch die einmalige oder gelegentliche Entwicklung von Software, die zur Identifizierung, Beurteilung, Steuerung, Überwachung und Kommunikation der Risiken (Risikosysteme) eingesetzt werden oder für die*

*Durchführung von bankgeschäftlichen Aufgaben von wesentlicher Bedeutung sind (Kernbanksysteme), sofern sie individuell an die Bedürfnisse eines Instituts oder mehrerer Institute angepasst ist und die Entwicklung auf Basis klarer inhaltlicher Vorgaben des Instituts sowie von Programmierungsrichtlinien des Instituts erfolgt sowie die Einhaltung der Vorgaben durch entsprechende Maßnahmen des Instituts sichergestellt wird und Testabnahme, Softwareabnahme und Inbetriebnahme nicht Teil der Dienstleistung ist.*

*Nicht als sonstiger Fremdbezug, sondern als Auslagerung einzustufen sind jedoch hinsichtlich der Risiko- und Kernbanksysteme unabhängig von der Häufigkeit und der Dauer der Leistung die Festlegung der Software-Spezifikation, die Qualitätssicherung der Softwareentwicklung, die Testabnahme, die Softwareabnahme und die Inbetriebnahme von Software, sofern diese individuell an die Bedürfnisse eines Instituts oder mehrerer Institute angepasst ist.*

*Der Einsatz von Personen, die nicht Arbeitnehmer oder Organe des Instituts sind, jedoch z.B. im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassungen oder ähnlichen Vertragsverhältnissen weisungsgebunden im Institut Aufgaben verrichten, ist weder als Auslagerung noch als sonstiger Fremdbezug einzustufen.“*

## **5.2 Auslagerung der Risikocontrolling-Funktion**

Finanzdienstleistungsinstitute verfügen oft nur über eine geringe Größe und bedienen sich externer Dienstleister zur Erbringung der Kontrollfunktionen. Wir erachten es unter Berücksichtigung des Proportionalitätsprinzips nicht für sachgerecht, bei allen Finanzdienstleistungsinstituten die vollständige Auslagerung der Risikocontrolling-Funktion zu untersagen. Wir bitten daher darum, AT 9 Tz. 5 hierzu mit einer Öffnungsklausel sinngemäß wie folgt zu versehen:

*„Eine vollständige Auslagerung der Risikocontrolling-Funktion ist grundsätzlich nicht zulässig. Ausnahmen sind lediglich bei kleinen Finanzdienstleistungsinstituten möglich, sofern des Umfangs, der Komplexität und des Risikogehalts der betriebenen Geschäftsaktivitäten nicht angemessen erscheint.“*

## **6. Liste der zugelassenen Börsen**

Die Erläuterung zu BTO 2.2.2 Tz. 5 verweist auf eine „Liste der zugelassenen Börsen und der anderen organisierten Märkte gemäß § 193 Abs. 1 Nr. 2 und 4 KAGB“ und verweist dazu auf ein Schreiben der BaFin.<sup>2</sup> Die Liste dürfte jedoch

---

<sup>2</sup> An anderer Stelle wird lediglich auf „Schreiben von ...“ verwiesen ohne den Autor des Schreibens (die BaFin) zu benennen. Wir bitten hierzu um einen einheitliche Formulierung und ggf. auch Verwendung eines eindeutigeren Begriffs als „Schreiben“. Schreiben können aktuell auf der Homepage der BaFin in der Dokumentensuche nicht ausgewählt werden. Die Dokumente befinden sich unter unterschiedlichen aber anderen Kategorien wieder.

auch in Zukunft Änderungen unterliegen und wir bitten daher um eine angemessene „Dynamisierung“ des Verweises („in der jeweils gültigen Fassung“, „Liste wie aktuell auf der BaFin-Homepage hinterlegt“, etc.).

#### **7. Risikoberichterstattung**

BT 3.1 und BT 3.2 Tz. 1 und 2 weisen unserer Ansicht nach massive Redundanzen auf. Eine Dopplung erscheint nicht notwendig und von daher sollten ggf. ergänzende Regelungen des BT 3.2 Tz. 1 und 2 in den Text des BT 3.1 integriert werden.

#### **8. Anwendbarkeit und Übergangsfristen**

Die überarbeitete Version der MaRisk implementiert eine Reihe neuer Funktionen und Sachverhalte. Es ist daher notwendig, sowohl ein Datum für das Inkrafttreten der erweiterten Regelungen festzusetzen als auch für angemessene Übergangsfristen zu sorgen. So kann beispielsweise die erweiterte Aufbewahrungsfrist des AT 6 Tz. 1 nach unserem Verständnis keine Rückwirkung entfalten.

Wir bitten daher, einen Abschnitt mit Schluss- und Übergangsvorschriften vorzusehen und angemessene Regelungen dazu zu treffen.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

p.p.a.   
Marcus Thompson

  
Jürgen Hillen