

Per Mail zugestellt an:

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern
regulation@finma.ch

Basel, 31. Januar 2017
J.22.4/AER/LWI

Stellungnahme der SBVg: FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“

Sehr geehrter Herr Brügger
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die Einladung vom 6. Dezember 2016 zur Stellungnahme betreffend das revidierte Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“ (nachfolgend „FINMA-RS 2017/xx“).

Wir bedanken uns bestens für die Konsultation in dieser für die Finanzbranche sehr wichtigen Angelegenheit. Gerne nehmen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme wahr und unterbreiten Ihnen nachfolgend unsere Anliegen.

Allgemeine Bemerkungen

- Wir unterstützen die grundsätzliche Beibehaltung des bewährten Ansatzes der prinzipienbasierten Regulierung. Damit wird sichergestellt, dass jedes Institut die Anforderungen entsprechend der Grösse, Komplexität, Struktur und Risikoprofil seines konkreten Geschäftsmodells vernünftig umsetzen kann.
- Die Abwicklungsfähigkeit systemrelevanter Banken sollte nicht Gegenstand dieses Rundschreibens sein, sondern in der Notfallplanung der betroffenen Finanzinstitute festgelegt werden. Nur wenn die Abwicklungsfähigkeit durch die Auslagerung berührt ist, besteht vorliegend ggf. Handlungsbedarf und zwar ausschliesslich im Rahmen von wesentlichen Auslagerungen.
- Die Regelung bzgl. Auslagerungen ins Ausland ist zu restriktiv. Insbesondere können etliche Anforderungen nicht in der geforderten Absolutheit „nachgewiesen“ bzw. „gewährleistet“ werden. Müssten diese Anforderungen in der Praxis mit der geforderten Strenge erfüllt werden, würde dies praktisch auf ein Verbot von Outsourcing hinauslaufen. Es sind daher einzelne sprachliche Anpassungen nötig.

- Wir können den Verzicht auf die Regelung der datenschutzrechtlichen Aspekte nachvollziehen. Dieser Verzicht hat zur Folge, dass der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) bezüglich datenschutzrechtlicher Aspekte im Rahmen des Outsourcings eine noch zentralere Rolle spielen wird. Es ist deshalb wichtig, dass sich die FINMA mit dem EDÖB koordiniert, zumal dieser zukünftig allenfalls auch Verfügungen erlassen soll. Unterschiedliche Standards von EDÖB zum Datenschutz und FINMA zum Bankkundengeheimnis sind möglichst zu verhindern. Die geltenden Ausführungen zum Bankgeheimnis wären aber auch im neuen Rundschreiben relevant und sind auch von den datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu unterscheiden. Daher wären Rz 37 – 39 des FINMA-RS 2008/7 auch in das FINMA-RS 2017/xx zu übernehmen.
- Zudem sollte die Konzernprivilegierung, wie sie im geltenden Recht besteht (vgl. FINMA-RS 2008/7, Rz 6 ff.) auch im neuen Recht Eingang finden. Die absolute Gleichstellung von gruppeninternen Auslagerungen und Auslagerungen an Drittunternehmen bringt einen hohen und unnötigen administrativen Aufwand (insbesondere bei der Vertragsausgestaltung und der Aktualisierungen der Verträge).
- Für systemrelevante Banken muss die Auslagerung kritischer Dienstleistungen auch an Banken derselben Gruppe zulässig bleiben. Das vorgeschlagene Verbot widerspricht klar dem Willen des Gesetzgebers, der organisatorische Vorgaben nur für den Fall eines ungenügenden Notfallplanes vorsieht (vgl. parlamentarische Diskussion zu Art. 10 Abs. 2 lit. d, wobei der Gesetzgeber in Abweichung vom Vorschlag des Bundesrates gerade keine organisatorischen Anforderungen vorschreiben wollte: Ständerat, AB 2011 S 636 oder Nationalrat, AB 2011 N 1451). Es widerspricht damit dem Gesetz und der Wirtschaftsfreiheit. Rz 16 ist daher ersatzlos zu streichen.
- Die Statuierung einer Rückwirkungsklausel für bereits etablierte Outsourcing-Verhältnisse von Banken, wie sie in den Übergangsbestimmungen vorgesehen ist, ist nicht angemessen und sollte in dieser Form fallengelassen werden. Auf jeden Fall ist aber die Übergangsfrist zur Anpassung bestehender Verträge zu verlängern.

**Stellungnahme zu einzelnen Randziffern des FINMA-RS 17/xx
„Outsourcing – Banken und Versicherer“**

Ad Adressatentabelle:

Gemäss unserem Verständnis ist der Inhalt des FINMA-RS 2017/xx weder anwendbar (i) auf Gruppengesellschaften, die nach den Eigenmittel-Unterlegungsvorschriften konsolidierungspflichtig sind, noch (ii) auf konsolidierungspflichtige ausländische Gruppengesellschaften und Zweigniederlassungen von Schweizer Unternehmungen. Folglich müssten auf dem Titelblatt des Rundschreibens, in der Adressatentabelle, die jeweiligen Kreuze bei (i) BankG: Finanzgruppen und -kongl. und (ii) VAG: Vers.-Gruppen und -Kongl. entfernt werden.

Ad Rz 1:

In Rz 1 sollte mittels einer entsprechenden Ergänzung klargestellt werden, dass das FINMA-RS 2017/xx nicht die Abwicklungsfähigkeit als solches, die bereits gesetzlich und aufsichtsrechtlich geregelt ist, bezweckt. Weitergehende Zielsetzungen (z.B. die Erstellung der Abwicklungsfähigkeit durch Auslagerung) wären ohnehin vom Gesetz nicht abgedeckt, welches in diesem Bereich explizit keine Anforderungen an Organisation vorsieht und auch keine Ermächtigung enthält, eine solche vorzuschreiben. Die Abwicklungsfähigkeit ist somit Thema der Notfallplanung nach Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG und kann nicht Gegenstand dieses Rundschreibens sein.

Wir schlagen Ihnen deshalb vor, Rz 1 wie folgt anzupassen:

Rz 1

Das vorliegende Rundschreiben legt die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Outsourcing-Lösungen von Banken, Effektenhändlern und Versicherungsunternehmen dar. Für diese enthält es Anforderungen an eine angemessene Organisation und bezweckt deren Risikobegrenzung **und Abwicklungsfähigkeit**.

Ad Rz 4:

Unabhängig von der Qualifikation als Outsourcing muss bei vorübergehenden Ausnahme- und Störfällen das Unternehmen zur Schadensbehebung berechtigt sein, falls nötig unverzüglich geeignete externe Dienstleister beizuziehen und dabei falls notwendig von gewissen Grundsätzen abzuweichen (z.B. keine vorgängige Information der Kunden). Outsourcing im eigentlichen Sinn liegt in solchen Fällen schon deshalb nicht vor, weil solche Fälle nicht ordentliche Geschäftstätigkeit i.S.v. Rz 4 darstellen und der Einbezug Dritter der Natur der Sache nach in zeitlicher Hinsicht nur vorübergehend und jedenfalls kurz erfolgt.

Sodann ist der Begriff der Geschäftstätigkeit zu umfassend und sollte eingeschränkt werden. Wären auch Bereiche vom FINMA-RS 2017/xx erfasst, die keinerlei Zusammenhang mit bewilligungspflichtigen Tätigkeiten aufwiesen, ginge dies zu weit und würde eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen bewilligungspflichtigen Banken und Versicherer und anderen, nicht bewilligungspflichtigen Unternehmen her-

beiführen. Eine gesetzliche Grundlage für eine so umfassende Regelung besteht nicht. Dienstleistungen wie z.B. ein "Digital Safe" (Vergleichbar mit Dropbox, eine eigentlich bank- bzw. finanzinstitutsfremde Dienstleistung) oder "eID" (Identifizierung von Personen für andere Anbieter von Leistungen, wie z.B. Steuerbehörden) dürfen vom Rundschreiben nicht erfasst sein.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, wenn nur diejenigen Geschäftstätigkeiten vom FINMA-RS 2017/xx erfasst werden, welche zumindest einen unmittelbaren Zusammenhang für die Erbringung von bewilligungspflichtigen Dienstleistungen aufweisen.

Problematisch, ist ferner der Zusatz "oder teilweise". Bei der vorliegenden Definition wird sich die oftmals schwierig zu beantwortende Frage stellen, was Teil der Auslagerung einer Dienstleistung ist und was als periphere Leistung nicht zum ausgelagerten Bereich gehört (bzw. gehören soll). Unseres Erachtens sollte die Gesamtwürdigung der Umstände entscheiden, ob ein relevantes Outsourcing im Sinne des FINMA-RS 2017/xx vorliegt. Eine entsprechende Beurteilung kann zum Ergebnis führen, dass eine für sich genommen unbedeutende Teildienstleistung als Teil eines ausgelagerten Bereichs dennoch wesentlich ist. Umgekehrt sollte eine Dienstleistung, welche nur im Verbund mit anderen Dienstleistungen als wesentlich erscheint, für sich allein genommen (und ausgelagert) nicht als wesentlich im Sinne des Rundschreibens qualifizieren.

Schliesslich ist erst das Tätigwerden aufgrund der Beauftragung eine Auslagerung. Die blossе Beauftragung bzw. Erstellung einer vertraglichen Regelung ist per se noch keine Auslagerung. Die Unterscheidung ist nicht zuletzt im Hinblick auf Rz 37 relevant. Es wäre wünschenswert, wenn die FINMA klarstellen würde, dass die FINMA nicht bereits vor Vertragsabschluss beigezogen werden muss, sondern eine Prüfung vor Aufnahme der effektiven Auslagerung genügt.

Wir schlagen Ihnen deshalb vor, Rz 4 wie folgt zu ändern:

Rz 4

Ein Outsourcing (Auslagerung) im Sinne dieses Rundschreibens liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt hat, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Tätigkeit Dienstleistung, die unmittelbar im Zusammenhang mit einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit steht, ganz oder teilweise zu erfüllen.

Ad Rz 5:

Die Aufzählung von wesentlichen Dienstleistungen ist zu allgemein gefasst und erfasst de facto sämtliche Geschäftstätigkeiten. Es wird z.B. allgemein die „Datenaufbewahrung“ oder die „IT“ erwähnt, ohne nach dem Grad der Sensibilität von Daten oder der mit IT-Systemen betriebenen Geschäftsabläufe zu unterscheiden, wie dies im FINMA-RS 2008/7 mit dem Terminus „wesentliche Daten bzw. Risiken“ der Fall ist. Die vorgeschlagene Formulierung würde beispielsweise bedeuten, dass auch die Aufbewahrung von nicht kritischen Unternehmensdaten sowie der Betrieb des Servers, auf welchem die Inhalte von POI-Bildschirmen auf den Geschäftsstellen gespeichert werden, unter

die „Datenaufbewahrung“ zu subsumieren wäre. Dies kann nicht richtig sein, zumal das FINMA-RS 2017/xx sachlogisch nur Ausnahmen von der Regel erfassen will.

5

Teilweise bestehen zudem Widersprüche zwischen FINMA-RS 2017/xx und dazugehörigem FINMA-Erläuterungsbericht, z.B. mit Bezug auf die Bedeutung von CID. Gemäss FINMA-Erläuterungsbericht (S. 8, Ziff. 4.1.1) soll eine Auslagerung mit CID immer als Outsourcing-relevant qualifizieren. Dies ergibt sich aber nicht aus dem Wortlaut von FINMA-RS 2017/xx. Der Schluss ist überdies falsch (vgl. Ausführungen zu Rz 37).

Wir schlagen Ihnen deshalb vor, Rz 5 wie folgt zu ändern und im Sinne der Rechtssicherheit den Anhang aus dem bestehenden Rundschreiben mit gewissen Präzisierungen (vgl. Anhang) zu übernehmen:

Rz 5

Wesentlich sind bei Banken jene ~~Dienstleistungen-Tätigkeiten~~, welche sich auf das Risikoprofil der Bank in bedeutendem Mass auswirken können, ~~die sich auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts-, oder Reputationsrisiken sowie generell auf operationelle oder rechtliche Risiken auswirken können~~, wie namentlich die Wertschriftenverwaltung bzw. die Zahlungsverarbeitung, die Datenaufbewahrung, die IT (Informations- und Datenverarbeitung), das Risikomanagement, die Compliance, die Stammdatenverwaltung und das Rechnungswesen (Finanzbuchhaltung und -controlling), die interne Geldwäschereifachstelle sowie der Druck und Versand von Bankdokumenten.

Ad Rz 6:

Der Begriff «kritische Dienstleistungen» wird zwar mit Wirkung ab 1. Juli 2017 auch im revidierten FINMA-RS 2008/21 Operationelle Risiken Banken (Rz 136.1) verwendet; in der aktuellen Detailregulierung der Notfallplanung kommt der Begriff aber weiterhin nicht vor. Beispielsweise werden in den Anleitungen der FINMA an die betroffenen systemrelevanten Banken zur Erstellung des Notfallplanes unter Berücksichtigung der Sanierungs- und Abwicklungsplanung sämtliche Dienstleistungen systemrelevanter Banken in Kategorien eingeteilt. Der Begriff „kritische Dienstleistungen“ taucht in dieser Systematik nirgends auf. Offen ist z.B., ob der neue Begriff „kritische Dienstleistungen“ den dort verwendeten „kritischen Operationen“ (CO) entspricht oder ob es sich um „Hilfsfunktionen“ im Sinne der derzeit etablierten Notfallplanung handeln soll. Die Kompatibilität zwischen Anforderungen muss durch konsequente Verwendung derselben Begriffe und Systematik sichergestellt werden. Der im Zusammenhang mit Outsourcing neu verwendete Begriff „kritische Dienstleistungen“ darf insb. nicht zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs über den Status Quo hinaus führen. Die Verwendung des Begriffs „kritische Dienstleistungen“ ist deshalb zu überdenken und, soweit daran festgehalten werden sollte, mit der bestehenden Systematik samt Begrifflichkeit zu koordinieren. Wir schlagen vor, statt den Begriff „kritische Dienstleistungen“ zu verwenden, aus Gründen von Klarheit und Einfachheit besser von „systemrelevanten Funktionen“ zu sprechen.

Dazu ist festzuhalten, dass zwischen dem Begriffspaar keine Schnittmenge besteht. Die vorliegend geregelten kritischen Funktionen (oder nach der FSB Terminologie "cri-

tical shared services") sind nach unserem Verständnis lediglich unterstützende Dienstleistungen, die für den Betrieb systemrelevanter Funktionen eine besondere Bedeutung haben. Der Erhalt der kritischen Dienstleistung darf deshalb nicht als Selbstzweck gesehen werden, letztlich geht es ausschliesslich um den Erhalt der systemrelevanten Funktionen. Sind kritische Funktionen unerlässlich im Sinne der Systemrelevanz, müssten sie von der FINMA formell als systemrelevante Funktionen bezeichnet werden. Die nachstehende von uns vorgeschlagene Definition lehnt sich schliesslich eng an die Definition des FSB in ihrer Guidance on Identification of Critical Functions and Critical Shared Services an (vgl. S. 12).

Letztlich bleibt zu erwähnen, dass die konkrete institutspezifische Definition von kritischen Dienstleistungen nicht auf generell-abstrakter Ebene vorgenommen werden kann. Welche Dienstleistungen letztlich dazu gehören, kann nur im Einzelfall für das jeweilige Institut beurteilt werden.

Rz 6

Ebenfalls wesentlich sind bei Banken Dienstleistungen, ~~die für das Fortführen systemrelevanter Funktionen im (drohenden) Insolvenzfall notwendig~~ deren plötzlicher und unwillkürlicher Ausfall die Fortführung der systemrelevanten Funktionen erheblich gefährden oder beeinträchtigen würde (kritische Dienstleistungen).

Ad Rz 8 ff.

Der Entwurf verzichtet auf die bewährten Gruppen- bzw. Konzernprivilegien. Das Argument, dass konzerninterne Auslagerungen sonst mit weniger Sorgfalt durchgeführt werden, sticht unseres Erachtens nicht. In einer Bankengruppe greifen Steuerung, Überwachung und Kontrolle per se wesentlich besser als bei Outsourcing an Externe, auch wenn die Vorgänge weniger formalisiert sind. Die Streichung dieser Privilegien für konzerninterne Outsourcing-Lösungen verkennt die Realität im Konzern und das dazu in rechtlicher Hinsicht bestehende Gesamtkonzept.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist zudem weitergehend als in FINMA-RS 2008/7, Rz 8 und 9, klarzustellen, dass mit Gruppe (nur) ein Konzern im Sinne von Art. 3c BankG gemeint ist, d.h. eine Konzernstruktur mit einheitlicher Leitung infolge Aktienmehrheit und/oder Stimmenmehrheit in den Verwaltungsräten der Töchter. Aus dieser Klarstellung folgt, dass im Verhältnis zu Gemeinschaftsunternehmen kein Konzernprivileg besteht. Dies ist schon deshalb richtig, als an Outsourcing-Lösungen, welche ein Gemeinschaftsunternehmen als Dienstleister einsetzen, naturgemäss mehrere Finanzdienstleister beteiligt sind. Auch bei Einsatz solcher Gemeinschaftsunternehmen muss es aber möglich sein, dass ein bestimmter Finanzdienstleister in einer bestimmten vorübergehenden Phase, z.B. in der Gründungs- und Einführungsphase, eine kontrollierende Funktion, z.B. qua Aktienmehrheit, innehat. Daraus entsteht wegen der bewusst vorübergehenden Natur solcher Verhältnisse noch kein Konzern im vorbeschriebenen Sinn. Ohne diese Möglichkeit würden zahlreiche Outsourcing-Vorhaben zum Vornherein unnötigerweise verhindert. Überdies würden dadurch auch als Outsourcing-Dienstleister geeignete Gemeinschaftsunternehmen wie z.B. SIX-SIS wesentlicher Geschäftsfelder beraubt und in ihrer Existenz gefährdet.

Aufgrund dieser Argumente wären die Konzernprivilegien gemäss aktuellem FINMA-RS 2008/7, Rz 6 ff. ins revidierte FINMA-RS 17/xx zu überführen.

7

In Bezug auf schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Banken und Effekthändler gehen wir zudem davon aus, dass eine Auslagerung im Sinne des FINMA-RS 2017/xx nur dann vorliegt, wenn eine andere Rechtseinheit zur Dienstleistungserbringung beigezogen wird, nicht aber im Falle einer Leistungserbringung innerhalb derselben rechtlichen Einheit (wie beispielsweise im Innenverhältnis zwischen Mutterhaus und Zweigniederlassung).

Dies ist in der Formulierung des FINMA-Erläuterungsberichts im S. Abschnitt auf S. 9 ergänzend klarzustellen:

In Bezug auf schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Banken und Effekthändler liegt eine Auslagerung im Sinne des FINMA-RS 2017/xx nur dann vor, wenn eine andere Rechtseinheit zur Dienstleistungserbringung beigezogen wird, nicht aber bei einer Leistungserbringung innerhalb derselben rechtlichen Einheit.

Ad Rz 12:

Das FINMA-RS 2017/xx bezeichnet Entscheide über die Aufnahme und den Abbruch von Geschäftsbeziehungen als nicht auslagerbar. Die Regelung kann im Rahmen der technischen Möglichkeiten und der Automatisierung zu einem Hindernis werden. Beispielsweise ist denkbar, dass eine bei einem Drittanbieter genutzte Software über die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen automatisiert entscheidet. Zumindest sollte auch hier der Begriff "Geschäftsbeziehungen" eingeschränkt werden. Es kann sich hier nur um Geschäftsbeziehungen mit "Bank- bzw. Versicherungskunden" handeln. Geschäftsbeziehungen ausserhalb des bewilligten Bereiches oder solche, die nicht im direkten Zusammenhang damit stehen, sind vom Geltungsbereich des FINMA-RS 2017/xx auszunehmen.

Wir schlagen Ihnen deshalb folgende Anpassung der Rz 12 vor:

Rz 12

Nicht auslagerbar sind die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle durch das Oberleitungsorgan, zentrale Führungsaufgaben der Geschäftsleitung sowie Funktionen, die das Fällen von strategischen Entscheiden umfassen. Dies gilt ebenso für Entscheide über die Aufnahme und den Abbruch von Geschäftsbeziehungen [bei bewilligungspflichtigen Tätigkeiten oder solchen, die unmittelbar damit zusammenhängen](#).

Ad Rz 13:

Bei der Zulässigkeit ist es notwendig, explizit zwischen gruppeninternen Auslagerungen sowie externen Auslagerungen zu unterscheiden. Im gruppeninternen Verhältnis ist es nicht nur sinnvoll, sondern zuweilen gar notwendig, dass gewisse Funktionen

zentralisiert werden, was je nach juristischer Struktur einer Bankengruppe eine Auslagerung nötig macht. Soweit die Bankengruppe, welche bei gruppeninterner Auslagerung per definitionem beide Seiten der Auslagerung umfasst, unter konsolidierter Aufsicht der FINMA steht, sehen wir keine Gründe, dass vollständige gruppeninterne Auslagerungen - z.B. im Bereich der Compliance oder des Risikomanagements - nicht zulässig sein sollten.

Operative, also untergeordnete, repetitive Aufgaben sollen insgesamt für alle Banken und Versicherungen auslagerbar sein. Für eine Einschränkung ist kein Grund ersichtlich, sofern, wie dies das Rundschreiben verlangt, eine reibungslose Erbringung dieser Aufgaben sichergestellt ist. Die Beschränkung auf "einzelne" solcher Aufgaben geht damit zu wenig weit. Es sollte auch hier gelten: Alles was rein operationell ist, soll ausgelagert werden dürfen.

Wir schlagen Ihnen deshalb vor, Rz 13 wie folgt anzupassen:

Rz 13

Als zentrale Kontroll- und Führungsaufgaben nicht vollständig [an gruppenexterne Dienstleister](#) ausgelagerbar sind das Risikomanagement und die Compliance. Vorbehalten sind **einzelne**, rein operative Aufgaben, ~~welche die Identifikation, die Analyse, die Bewertung, die Steuerung oder die Überwachung unternehmensindividueller Risiken zum Gegenstand haben.~~

Ad Rz 14:

Da die Auslagerung rein operationeller Tätigkeiten nach Rz 13 für sämtliche Banken möglich sein soll, wird Rz 14 obsolet. Es braucht in diesem Fall keine Ausnahmeregelung für Bankengruppen 4 und 5, weshalb Rz 14 ersatzlos zu streichen ist.

Ad Rz 15:

Die Regelung ist zu apodiktisch. Dies ist umso heikler, als die befürchteten „Nachteile auf die Fortführung“ in keiner Weise spezifiziert werden. Dazu ist zu bemerken, dass sich eine gute Notfallplanung nur im Verbund mit griffigen Massnahmen zum Themenkreis Auswahl des Dienstleisters, Behandlung allfälliger Konzentrationsrisiken, Vertragsgestaltung und angemessenem IKS ergeben. Überdies können systemrelevante Banken generell zwar mit geeigneten Massnahmen darauf hinwirken, dass das Outsourcing möglichst keine Nachteile auf die Fortführung systemrelevanten Dienstleistungen hat. „Sicherstellen“ können (auch) systemrelevante Banken dies aber nicht.

Zudem geht es hier letztlich im Kern um die Fortführung der systemrelevanten Funktionen und nicht von kritischen Dienstleistungen. Der Umweg über den Begriff der kritischen Dienstleistungen bringt keinerlei Mehrwert (vgl. Ausführungen zu Rz 6). Wesentlich ist, dass sich durch das Outsourcing keine Nachteile im Falle einer (drohenden) Insolvenz ergeben.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 15 vor:

Rz 15

Systemrelevante Banken treffen die notwendigen Massnahmen ~~stellen sicher~~, dass das Outsourcing keine Nachteile auf die Fortführung systemrelevanter Funktionen ~~kritischer Dienstleistungen~~ im (drohenden) Insolvenzfall der systemrelevanten Bank selbst oder einer Gesellschaft derselben Finanzgruppe bewirkt. Sie treffen im Rahmen ihrer Notfallplanung die dafür nötigen Massnahmen (Art. 9 Abs. 2 Bst. d BankG i.V.m. Art. 60–63 BankV).

Ad Rz 16:

Bei der parlamentarischen Beratung der TBTF-Vorlage war einer der tragenden Pfeiler der Gesetzgebung, dass die FINMA nur im äussersten Fall regulatorisch auf die Organisation der Finanzdienstleister einwirken darf.¹ Dies ist nur dann möglich, wenn der Nachweis gemäss Art. 10 Abs. 2 BankG nicht gelingt. Ausserhalb des Anwendungsbereichs nach Art. 10 Abs. 2 BankG sind organisatorische Vorgaben im TBTF-Regime nicht nur gesetzlich nicht vorgesehen, sondern solche Massnahmen wurden vom Gesetzgeber explizit verworfen. Demnach ist es mit der Wirtschaftsfreiheit, mangels gesetzlicher Grundlage, nicht vereinbar, wenn nun das FINMA-RS 2017/xx exakt solche organisatorischen Massnahmen generell-abstrakt im Rahmen von TBTF (da letztlich nur systemrelevante Banken betroffen sind) vorsieht. Da die Regelungen zu TBTF hier das speziellere Recht darstellen, ist auch der Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften zur angemessenen Organisation nicht zweckdienlich.

Zudem ist unter bewährten Grundsätzen eines effizienten Risikomanagements nicht nachvollziehbar, weshalb das Outsourcing an eine andere Bank des eigenen Konzerns zum Vornherein schlechter sein soll als die Auslagerung an ein anderes Konzern-Unternehmen, das keinen Bankstatus hat. Jeder Bankkonzern ist gesellschafts- und aufsichtsrechtlich verpflichtet, ein effizientes, konzernweites Risikomanagement zu implementieren. Nur schon deshalb und auch nach allgemeinen bewährten Risikomanagement-Grundsätzen ist es deshalb effizienter, Outsourcing innerhalb des Konzerns vorzunehmen anstatt ohne sachlich erkennbare Notwendigkeit dafür zwingend Dritte einbeziehen zu müssen. Ein Konzern wird typischerweise gerade dafür geschaffen, dass bestimmte Konzern-Unternehmen mit gewissen für den gesamten Konzern relevante Dienstleistungen betraut werden, welche solche Dienstleistungen für den ganzen Konzern erbringen. Zu denken ist etwa an eine konzernweite Personalabteilung. Damit werden Synergien erzielt und Kosten eingespart. Deshalb darf Outsourcing innerhalb desselben Konzerns unabhängig von einem allfälligen Bankenstatus des Outsourcing-Dienstleisters zumindest nicht schlechter gestellt werden als Outsourcing an Dritte ausserhalb des Konzerns und sogar mit Domizil im Ausland.

Aus diesen Gründen ist Rz 16 ersatzlos zu streichen.

¹ Vgl. parlamentarische Diskussion zu Art. 10 Abs. 2 lit. d, wobei der Gesetzgeber in Abweichung vom Vorschlag des Bundesrates gerade keine organisatorischen Anforderungen vorschreiben wollte: Ständerat, AB 2011 S 636 oder Nationalrat, AB 2011 N 1451.

Ad Rz 21:

10

Das Erfordernis, dass das Inventar die Nennung sämtlicher beigezogenen Hilfspersonen enthalten muss, geht zu weit. Die beigezogenen Hilfspersonen können schnell ändern, was die Nachführung des Inventars kaum praktikabel machen würde und den Aufwand unverhältnismässig ansteigen liesse. Zudem hat die Unternehmung auch nicht immer Kenntnis von sämtlichen noch so untergeordneten beigezogenen Hilfspersonen.

Das Inventar sollte aus unserer Sicht primär die ausgelagerte Tätigkeit und den dafür engagierten Dienstleister benennen. Damit kann die Unternehmung den geforderten Überblick über die Auslagerungen aufrechterhalten.

Aus diesem Grund schlagen wir in Analogie zum „Geschäftsplanformular J“ für Versicherungen folgende Formulierung vor:

Rz 21

Über die ausgelagerten Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses ~~enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer~~ benennt die ausgelagerte Dienstleistung, den Dienstleister (inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen, die einen wesentlichen Anteil am Arbeitsergebnis beitragen) sowie die jeweils unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27).

Ad Rz 23:

Für die Dokumentationspflicht der Analysen dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Es gilt zu vermeiden, dass dies zu einem übermässigen administrativen und personellen Aufwand führt. Es sollen daher nur entscheidende Faktoren aufgeführt werden müssen. Ausserdem muss es genügen, wenn die wesentlichen Risiken und Chancen dokumentiert werden, weitergehende Informationen sind für die Auslagerung nicht von derartiger Relevanz, als dass sie dokumentiert werden müssten.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 23 vor:

Rz 23

Entsprechend den mit der Auslagerung verfolgten Zielen sind die Anforderungen an die Leistungserbringung vor Vertragsschluss festzulegen und zu dokumentieren. Dies beinhaltet eine Risikoanalyse, welche die entscheidenden ökonomischen und operativen Überlegungen und die damit verbundenen wesentliche Risiken und Chancen einschliesst.

Ad Rz 24:

Der für eine spezifische Geschäftstätigkeit besonders kompetente Outsourcing-Dienstleister wird der Natur der Sache nach typischerweise nicht nur einmal, sondern auch für allfällige Folgeprojekten als möglicher Partner sehr interessant sein. Dies

muss nicht zwingend zu einem schädlichen Konzentrationsrisiko führen. Die Konzentration verschiedener Outsourcing-Verhältnisse bei demselben Partner verringert Kosten und Aufwand und kann im Rahmen einer strategischen Partnerschaft sogar bewusst bezweckt sein. Insbesondere im Bereich Cyber-Security ist die Auslagerung von mehreren Dienstleistungen an denselben Outsourcing-Partner im Sinne einer Komplexitätssenkung wünschenswert.

Die Handhabung von allenfalls hohen Konzentrationsrisiken, die bei gruppeninternen Outsourcings bestehen können, wird bereits in Art. 2^{bis} Abs. 1 lit. b BankG sowie den Vorschriften in Bezug auf eine entsprechende Notfallplanung bei den systemrelevanten Banken adressiert. Entsprechend gehen wir davon aus, dass gemäss dieser Randziffer keine zusätzlichen Anforderungen anfallen. Die Bestimmung sollte sich folglich lediglich auf externe Dienstleister beziehen.

Schliesslich ist festzuhalten, dass in der Ausformulierung der für die Risikoanalyse notwendigen Angaben keine unnötigen oder unrealistischen zwingenden Elemente vorgegeben sein dürfen. So kann es im Rahmen einer Risikoanalyse durchaus ausreichend sein, Aspekte wie die personelle oder vor allem finanzielle Situation des Dienstleisters summarisch zu bewerten, umso mehr als detaillierte Zahlen wohl im Normalfall nicht zur Verfügung stehen werden.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 24 vor:

Rz 24

Die Auswahl des externen Dienstleisters hat unter Berücksichtigung und Prüfung seiner professionellen Fähigkeiten ~~sowie finanziellen und personellen Ressourcen~~ zu erfolgen. Werden mehrere Dienstleistungen an den gleichen Dienstleister ausgelagert, so ist ~~dem~~ das Konzentrationsrisiko ~~Rechnung~~ zu ~~tragen~~ beachten und falls notwendig sind angemessene Massnahmen zu treffen, die diesem Risiko Rechnung tragen.

Ad Rz 25:

In Bezug auf die ökonomischen Gesichtspunkte, die bei der Auswahl des Dienstleisters berücksichtigt werden, ist eine aufsichtsrechtliche Aufforderung, bestimmte ökonomische Kriterien zu beachten, nicht sachgerecht. Anders als bei der Prüfung der professionellen Fähigkeiten, bei der die Sicherstellung der Dienstleistungserbringung im Vordergrund steht, geht es hier um rein unternehmerische Entscheidungskriterien des Unternehmens, welche in der Regel keinen Einfluss auf die Stabilität des Unternehmens haben. Für letzteres ist ein öffentliches Regulierungsinteresse nicht ersichtlich.

Die Forderung in Bezug auf die Ermöglichung der Rückführung von ausgelagerten Dienstleistungen verstehen wir so, dass in den jeweiligen Outsourcing-Verträgen eine entsprechende Klausel aufgenommen werden soll. Hingegen kann es nicht darum gehen, einen Notfallplan für den möglichen Ausfall eines Dienstleisters zu erstellen. Eine solche Pflicht besteht gemäss Gesetz nur für systemrelevante Banken mit Bezug auf ihre systemrelevanten Funktionen. Eine Rückführung kann zudem nicht "sichergestellt" werden.

Darüber hinaus kann anstatt einer Rückführung an das Unternehmen auch die Weiterübertragung an einen andern Outsourcing-Partner erfolgen.

Während der Dauer einer Auslagerung ist es nicht sinnvoll, die geordnete Rückführung bereits „sicherzustellen“. Dies würde gemäss Wortlaut bedeuten, dass ein konkreter Plan ausgearbeitet und regelmässig getestet werden müsste. Sinnvoll ist vielmehr, dass die Rückführung der ausgelagerten Dienstleistungen umsetzbar ist und innert angemessener Frist erfolgen kann, was vertraglich vereinbart werden muss.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 25 vor:

Rz 25

Ferner ~~sind beim Entscheid über das Outsourcing und bei der Auswahl des Dienstleisters die Aspekte der Transitions- und Wechselkosten zu berücksichtigen.~~ ~~hat~~ Der Dienstleister ~~hat~~ Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung zu bieten. Die geordnete Rückführung/Überführung der ausgelagerten Dienstleistung muss vertraglich vorgesehen werden und innert angemessener Frist möglich sichergestellt sein.

Ad Rz 28:

Ein Vertrag, der auf operativer Ebene ein Weisungsrecht beinhaltet, das u.U. in die interne Organisation des Dienstleisters eingreift, wird mit dem jeweiligen Vertragspartner kaum zu verhandeln sein. Richtigerweise geht es um die Überwachung und Kontrolle des vertraglichen Leistungsumfangs sowie - wenn diese Kontrollen Abweichungen aufzeigen – die Weisungserteilung zur Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustandes. Praktikabler wäre eine Regelung, die vom Unternehmen verlangt, dass der Dienstleister für Vertragsanpassungen, welche für die Einhaltung aller regulatorischen Vorgaben notwendig sind, Hand bieten muss.

Zudem steht das Weisungsrecht in einem gewissen Widerspruch zur Definition von Outsourcing unter dem FINMA-RS 2017/xx ("selbständige" und dauernde Aufgabenerfüllung, was Handlungsspielraum impliziert) und bietet Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Verantwortlichkeiten innerhalb des Outsourcing-Verhältnisses (insb. Gewährleistungs- und Haftungsfragen).

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 28 vor:

Rz 28

Das Unternehmen hat sich die dazu nötigen ~~Weisungs- und~~ Kontrollrechte vom Dienstleister vertraglich einräumen zu lassen. Für den Fall, dass das Unternehmen bei Kontrollen Mängel feststellt, welche die Einhaltung der anwendbaren regulatorischen Vorgaben gefährdet, lässt es sich eine Nachbesserungspflicht vom Dienstleister zusichern.

Ad Rz 31:

13

Diese Regelung ist allzu apodiktisch. Insbesondere geht die Formulierung der „Gewährleistung“ der Weiterführung „in sämtlichen vorhersehbaren Fällen“ zu weit und beinhaltet keinen echten Mehrwert. Selbst im Voraus erkennbare Notfälle sind typischerweise nicht in allen Details voraussehbar. Vor Eintritt eines konkreten Notfalles kann daher niemand zum Voraus „gewährleisten“, dass die Weiterführung der vom Notfall betroffenen Dienstleistung ohne Einschränkung weiterhin möglich ist. Der Fokus muss richtigerweise auf einer „effizienten Notfallorganisation“ liegen, welche eingetretene Notfälle strukturiert bearbeitet.

Mit der vorgeschlagenen Wortwahl wird zudem eine Nähe zu Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG suggeriert, der einen Notfallplan nur bei systemrelevanten Banken und nur mit Bezug auf deren systemrelevante Funktionen verlangt. Nur im Rahmen der oben erwähnten Vorschrift ist gefordert, dass der Plan die Weiterführung dieser Funktionen gewährleisten soll. Eine Ausdehnung dieser strengen Anforderung auf alle Fälle von Outsourcing bei sämtlichen Banken lehnen wir ab. Die FINMA scheint eine solche auch nicht zu beabsichtigen.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 31 vor:

Rz 31

Das Unternehmen und der Dienstleister erarbeiten ein Sicherheitsdispositiv samt einer effizienten Notfallorganisation, gemäss welcher eingetretene Notfälle strukturiert bearbeitet werden mit dem Ziel der möglichst raschen uneingeschränkten Weiterführung der durch den Notfall beeinträchtigten Dienstleistung. ~~das die Weiterführung der ausgelagerten Dienstleistung in sämtlichen vorhersehbaren Notfällen gewährleistet. Bei Errichtung und Anwendung des Sicherheitsdispositivs gilt für das Unternehmen derselbe Sorgfaltsmassstab, wie wenn es die ausgelagerte Dienstleistung selber erbringen würde.~~

Ad Rz 32:

Die Anforderung könnte mit allfälligen entgegenstehenden zwingenden Rechtsregeln vor Ort oder besonderen Umständen, welche sich aus dem konkreten Sachverhalt ergeben können, kollidieren. Möchten z.B. zahlreiche Unternehmen für vergleichbare oder sogar identische Sachverhalte denselben Outsourcing-Partner einsetzen, kann dieser aus Effizienzgründen nicht jedem einzelnen Unternehmen ein „jederzeitiges, vollumfängliches und uneingeschränktes Einsichts- und Prüfrecht“ zugestehen. Bei Cloud-Infrastrukturen handelt es sich häufig um geographisch verteilte, sehr grosse Rechenzentren, die hochgradig automatisiert betrieben und von vielen Kunden gleichzeitig genutzt werden. Unter diesen Bedingungen wäre beispielsweise das Erfordernis einer vor Ort-Inspektion durch das einzelne Unternehmen, dessen Prüfgesellschaft und die FINMA weder zielführend noch praktikabel, sowohl aufgrund der technischen Gegebenheiten als auch aus Sicherheitsüberlegungen. Richtigerweise sollte deshalb Einsicht und Prüfung durch das Unternehmen, seine Prüfgesellschaft und die FINMA unter marktgängigen Vertraulichkeitspflichten ausgeübt werden können. Dazu gehört auch, dass ein direktes Einsichtsrecht vertraglich ausschliessbar sein und z.B. durch eine

Einsicht und Prüfung durch die für den Dienstleister zuständige Prüfgesellschaft ersetzbar sein muss.

14

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 32 vor:

Rz 32

Das Unternehmen und dessen Prüfgesellschaft sowie die FINMA müssen in der Lage sein, die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen durch den Dienstleister zu prüfen. Zu ihren Gunsten ist vertraglich ein ~~jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes~~ Einsichts- und Prüfrecht einzuräumen, das ihnen ermöglicht, die in diesem Rundschreiben vorgesehene Aufsichtstätigkeit wahrzunehmen.

Ad Rz 33:

Diese Bestimmung greift unnötig in die Prüfstrategie des aufsichtsrechtlichen Prüfers ein und verlangt über das FINMA-RS 03/13 „Prüfwesen“ hinausgehende Prüfungs-handlungen. Wir sind der Ansicht, dass die Prüfgesellschaft auf Basis ihrer Risikobeurteilung frei sein muss abzuschätzen, inwieweit sie eigene Prüfungen auch beim Dienstleister durchführen soll respektive inwieweit sie sich bereits auf das bankinterne Kontrollsystem abstützen kann und dieses im Rahmen ihrer Prüfung beurteilt. Die ausschliessliche Möglichkeit, auf die Prüfstelle des Dienstleisters abzustützen, schränkt die Prüfvarianten der aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaft unnötig ein.

Zudem ist für uns die Begründung für die Notwendigkeit einer „nach schweizerischem Recht organisierten Revisionsstelle“ nicht nachvollziehbar. Wesentlich ist ausschliesslich, dass eine Delegation (und Instruktion) durch die aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft der Bank erfolgt.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 33 vor:

Rz 33

~~Prüftätigkeiten können an die nach schweizerischem Recht organisierte Revisionsstelle des Dienstleisters delegiert werden, sofern diese über die notwendigen fachlichen Kompetenzen verfügt. Erfolgt eine solche Delegation, kann die Prüfgesellschaft des Unternehmens auf die Prüfungsergebnisse der Revisionsstelle des Dienstleisters abstellen.~~

Prüftätigkeiten erfolgen gemäss den Vorgaben des FINMA-RS 03/13 „Prüfwesen“. Die aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft kann eigene Prüfhandlungen beim Dienstleister vornehmen, Prüftätigkeiten an die Revisionsstelle des Dienstleisters delegieren, sofern diese über die notwendigen fachlichen Kompetenzen verfügt, und/oder auf Berichte von Kontrolleinheiten (inklusive interne Revision) des Unternehmens und des Dienstleisters abstellen. Bei gruppeninternen Outsourcings können die Prüfungen gemäss Vorgabe des FINMA-RS 03/13 durch die interne Konzernrevision wahrgenommen werden.

Ad Rz 34:

15

Die Anforderung ist zu streng. Jedes Outsourcing bringt, insbesondere, aber nicht nur bei Auslandsachverhalten, naturgemäss eine erhöhte Komplexität und als Folge davon eine gewisse Erschwerung der FINMA-Aufsicht mit sich. Um ein faktisches Verbot von Outsourcing ins Ausland zu verhindern, ist deshalb die Formulierung abzuschwächen.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 34 vor:

Rz 34

Die Auslagerung einer Dienstleistung darf die Aufsicht durch die FINMA nicht [in einem Masse](#) erschweren, [dass sie die in diesem Rundschreiben vorgesehene Aufsichtstätigkeit nicht mehr oder nicht mehr ausreichend wahrnehmen kann](#), insbesondere bei einer Auslagerung ins Ausland.

Ad Rz 36:

Die Erfahrungen von Banken und Kollektivgesellschaften (letztere sind gemäss Art. 66 Abs. 5 KKV-FINMA der gleichen Regelung unterworfen) haben gezeigt, dass diese Bestimmung in zahlreichen Konstellationen nicht eingehalten werden kann und folglich Auslagerungen ins Ausland de facto unmöglich gemacht haben. Die Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsbehörden wird durch die jeweiligen Aufsichtsbehörden im Rahmen von bilateralen Vereinbarungen getroffen. Dieses Prinzip folgt aus dem Souveränitätsprinzip der einzelnen Staaten. Für in der Schweiz beaufsichtigte Unternehmen ist es mitunter mit grossen Schwierigkeiten verbunden oder gar unmöglich, von einer ausländischen Aufsichtsbehörde die Bestätigung zu erhalten, dass die FINMA Vor-Ort-Kontrollen durchführen kann, da die lokale Aufsichtsbehörde dadurch auf einen Teil ihrer Hoheitsrechte verzichtet.

Für den Fall, dass die ausgelagerten Tätigkeiten keiner lokalen Aufsicht unterstellt sind (z.B. IT, Personalwesen), ist es dem auslagernden Unternehmen nicht möglich, den Nachweis zu erbringen, dass die FINMA Vor-Ort-Kontrollen durchführen kann. Ausländische Rechtsanwaltskanzleien stellen ihre Rechtsgutachten in der Regel unter den Vorbehalt, dass ein Gericht die vertragliche Klausel, die der Prüfgesellschaft und der FINMA Prüfungsrechte einräumt, nach dem anwendbaren Recht des Vertrages für durchsetzbar erklärt, so dass dann dieses Urteil zivilrechtlich durchsetzbar wäre (z.B. über das LugÜ). Die Nachweisbarkeit richtet sich nach den allgemeinen Regeln der Durchsetzbarkeit von Gerichtsurteilen.

Es ist nicht Aufgabe eines Unternehmens der Privatwirtschaft, mit einer ausländischen Aufsichtsbehörde die Kontrollrechte der FINMA auszuhandeln. Um für die betroffenen Unternehmen Rechtssicherheit zu gewährleisten, müsste diese Anforderung entweder über Vereinbarungen über die Zusammenarbeit und Informationsaustausch der jeweiligen Aufsichtsbehörden oder, sofern derartige Vereinbarungen nicht bestehen, durch Einzelfallbeurteilungen und -entscheide seitens der FINMA, unter Anwendung von realistischen Kriterien, gelöst werden. Es ist nicht zielführend, im Rundschreiben eine Bestimmung aufrechtzuerhalten, die in der Praxis nicht umzusetzen ist.

Wir schlagen daher vor, Rz 36 analog zu Art. 31 Abs. 4 KAG dahingehend anzupassen, dass der Nachweis für ein Prüfrecht der FINMA nur dann zu erbringen ist, wenn das relevante ausländische Recht eine Vereinbarung zur Zusammenarbeit und Informationsaustausch zwischen der FINMA und der jeweiligen ausländischen Aufsichtsbehörde verlangt und eine solche auch besteht.

16

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 36 vor:

Rz 36

Auslagerungen ins Ausland sind erst zulässig, nachdem das Unternehmen ausdrücklich nachgewiesen hat, dass es selber, seine Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können. ~~Dieser Nachweis kann mittels Rechtsgutachten oder Bestätigungen der zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörde erbracht werden. Die Prüfgesellschaft des Unternehmens hat den Nachweis vor der Auslagerung zu beurteilen.~~ Der Nachweis in Bezug auf die Prüfrechte der FINMA muss nur dann erbracht werden, wenn das relevante ausländische Recht eine Vereinbarung über Zusammenarbeit und Informationsaustausch mit ausländischen Aufsichtsbehörden verlangt und zwischen der FINMA und der relevanten ausländischen Aufsichtsbehörde eine solche Vereinbarung besteht.

Ausserdem erachten wir es als wenig zielführend, wenn jedes einzelne Bankinstitut für u.U. dasselbe Land den Nachweis zu erbringen hat, dass es selbst, seine Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können. Viel sinnvoller wäre es, wenn die FINMA eine Länderliste publiziert, auf der diejenigen Staaten aufgelistet sind, für welche der entsprechende Nachweis durch ein Institut bereits erbracht wurde. Dadurch könnte sowohl seitens FINMA als auch seitens Banken ein erheblicher Mehraufwand vermieden werden. Eine analoge bewährte Regelung besteht bereits im Datenschutzrecht, nämlich die Pflicht des EDÖB zur Publikation einer Liste der Länder mit angemessenem Datenschutz i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSGVO.

Ad Rz 37:

Die Statuierung der Pflicht, wonach bei der Auslagerung von Massen-CID die FINMA vorgängig zu informieren ist, lehnen wir ab. Hierbei würde ein zusätzlicher und neuer unnötiger administrativer Aufwand anfallen, der in der Sache nicht begründet und unverhältnismässig ist. Solange die Anforderungen des FINMA-RS 2017/xx eingehalten werden (und bspw. die Auditrechte gewahrt bleiben), entstehen weder für Kunden noch für den Finanzplatz Vorteile aus dieser Informationspflicht.

Die Definition von Massen-CID gemäss FINMA-RS "Operationelle Risiken" ist wenig aussagekräftig. Je nach Grösse des Kundenportfolios ergeben sich für die Banken unterschiedliche absolute Schwellenwerte, so dass es schwierig ist zu beurteilen, ob in einem konkreten Fall von Massen-CID auszugehen ist. Diese Grenze könnte sich auch während der Dauer des Outsourcings verschieben, was diese Bestimmung in der Praxis nur sehr schwer umsetzbar macht.

Wann ein solcher Sachverhalt meldepflichtig ist, beurteilt sich allgemein am Massstab von Art. 29 Abs. 2 FINMAG und beinhaltet entsprechend auch ein qualitatives Element.

Aus diesen Gründen ist Rz 37 ersatzlos zu streichen.

17

Sollte die Streichung der Rz 37 nicht erfolgen, muss klargestellt werden, dass nicht sämtliche Outsourcing-Verhältnisse, die auch CID zum Gegenstand haben, per se unter das FINMA-RS 2017/xx fallen. Das Bankgeschäft ist Massengeschäft, weshalb praktisch jede Geschäftstätigkeit einer Bank u.a. auch CID betrifft. Soweit der Begriff CID als Anwendungskriterium beibehalten werden soll, müsste er griffig definiert werden (analog Glossar-Begriff in FINMA-RS 2008/21, Anhang 3) bzw. mittels Quantifizierung durch die FINMA, ab welcher messbaren, relativen Menge von CID (z.B. in Prozent o.ä.) davon auszugehen ist, dass sie im Vergleich zur Gesamtzahl der Konten/Gesamtgrösse des Kundenportfolios bedeutend ist.

Zudem sei folgende Anmerkung erlaubt: Auf Seite 8, 2. Absatz des FINMA-Erläuterungsberichts wird erwähnt, dass ein Outsourcing als wesentlich gilt, wenn ein Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu CID erhält. In der Fussnote 4, welche den Terminus „CID“ erklären soll, wird jedoch der Begriff „Massen-CID“ definiert. Wir gehen deshalb davon aus, dass sich der Text des 2. Absatz auf Seite 8 ebenfalls auf „Massen-CID“ bezieht. Dies ist in der Formulierung des FINMA-Erläuterungsberichts klarzustellen:

Erhält der Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu Massen-CID , gilt ein Outsourcing als wesentlich.
--

Ad Rz 38:

Mit der Sanier- und Abwickelbarkeit integriert die FINMA einen Begriff der Grossbankenregulierung in das FINMA-RS 2017/xx. Gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG haben systemrelevante Banken einen Notfallplan zu erstellen, der aufzeigt, wie die systemrelevanten Funktionen weitergeführt werden können. Zusätzlich verlangen Art. 64-66 BankV von systemrelevanten Banken die Vorlage eines Stabilisierungsplanes sowie die Einreichung der für einen Abwicklungsplan der FINMA notwendigen Informationen. Die Rz 38 scheint diese Anforderungen von Gesetz und Verordnung nun aber in verschiedener Hinsicht massiv auszudehnen. Erstens sollen alle Banken ihre Sanier- und Abwickelbarkeit gewährleisten. Dies war vom Gesetzgeber explizit nicht gewollt. Zweitens soll die Pflicht zur Sanier- und Abwickelbarkeit alle Bereiche betreffen, nicht nur die systemrelevanten Funktionen. Schliesslich soll die Bank die Sanier- und Abwickelbarkeit "gewährleisten". Wie bereits bei Rz 31 wird damit zum Notfallplan und dem dortigen Nachweismassstab eine Nähe geschaffen. Dies lehnen wir klar ab. In der Schweiz besteht für nicht systemrelevante Banken keine Pflicht zur Erstellung eines Notfallplans und eine solche kann nicht über ein Rundschreiben der FINMA eingeführt werden.

Es ist unbestritten, dass die Abwicklung von Banken eine Kernaufgabe der FINMA ist. Dafür benötigt sie entsprechende Informationen. Im Fall eines Outsourcings sind die Daten vom Outsourcing-Dienstleister zur Verfügung zu stellen.

Dienstleister behalten sich in der Regel das Recht vor, einen Vertrag zu kündigen, falls ein Unternehmen in Konkurs fällt. Dies ist Marktstandard, da jedes Unternehmen sich dagegen schützen möchte, an ein konkursites Unternehmen Dienstleistungen erbrin-

gen zu müssen, die nicht mehr bezahlt werden. Es wird sehr schwierig wenn nicht sogar unmöglich sein, derartige Vertragsklauseln aus den Verträgen zu entfernen.

18

Letztendlich bedeutet diese Regelung, dass das Unternehmen die Daten zusätzlich bei sich selbst speichern und ständig aktualisieren muss. Dies wird es Unternehmen über weite Strecken erschweren wenn nicht gar verunmöglichen, Dienstleistungen aus einer (public) Cloud zu beziehen und entspricht aus unserer Sicht nicht mehr dem im FINMA-Erläuterungsbericht erwähnten Ziel, das FINMA-RS 2017/xx technologieneutral auszugestalten (siehe dazu Abschnitt 4.4.6 S. 13 des Erläuterungsberichts).

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 38 vor:

Rz 38

Das Unternehmen sieht im Outsourcingvertrag vor, dass die notwendigen Informationen auch im Fall einer Sanierung oder Abwicklung ~~Die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit~~ des Unternehmens in der Schweiz zur Verfügung stehen. muss gewährleistet sein. ~~Der Zugriff auf die dafür notwendigen Daten muss jederzeit in der Schweiz möglich sein.~~

Ad Rz 40:

Gerade im IT-Bereich ist die Anforderung zur vorgängigen Genehmigung des Bezugs von Unterakkordanten höchst problematisch und nicht praktikabel. Jedes IT-Dienstleistungsunternehmen benötigt eine Vielzahl von Unterakkordanten, um die IT-Dienstleistungen erbringen und sicherstellen zu können. Die Einholung der Zustimmung eines jeden Unternehmens für jeden Fall, in dem der IT-Dienstleister neue Unterakkordanten bezieht, ist nicht möglich und würde die Erbringung, Stabilität und Sicherheit der durch den IT-Dienstleister zu erbringenden Leistungen gefährden und eine Auslagerung allenfalls verunmöglichen. Wir empfehlen deshalb die ersatzlose Streichung des ersten Satzes. Ansonsten ist auf den Terminus „vorgängige“ zwingend zu verzichten.

Der Begriff des Subakkordanten (Hilfsperson) und die Kriterien, ab wann das Zustimmungserfordernis greift, sollten aus Klarheitsgründen definiert werden. Vorzuziehen wäre, dass das Erfordernis der Genehmigung nur dann gilt, wenn die Unterakkordanten Dienstleistungen erbringen, die wiederum selbst eine wesentliche Auslagerung im Sinne des FINMA-RS 2017/xx darstellen. Dies würde verhindern, dass von dieser Bestimmung Unterakkordanten erfasst sind, deren Dienstleistungen nicht unter dieses FINMA-RS 2017/xx fallen würden, wenn sie vom Unternehmen direkt beauftragt würden.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 40 vor:

Rz 40

~~Das Unternehmen hat den Beizug von Unterakkordanten (Hilfspersonen) von seiner vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen.~~ Werden Hilfspersonen, welche eine wesentliche Dienstleistung erbringen, beigezogen, sind ihnen die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, zu überbinden.

Ad Rz 43 ff.

Die vorgeschriebenen vertraglichen Abreden sollten ihre Wirkung erst auf den Zeitpunkt der drohenden Insolvenz entfalten müssen. Eine allgemeine Pflicht zur Übertragung von Vertragsverhältnissen oder zur Fortführung der vertraglichen Pflichten ist nicht sachgerecht bzw. für den letzteren Fall eine Selbstverständlichkeit (die Leistungspflicht besteht während der Vertragsdauer grundsätzlich immer, soweit sie verabredet wurde und die Gegenleistung erbracht wurde). Rz 43 ist damit zu präzisieren. Rz 43 ff. sind sodann zu absolut formuliert. Eine Bank wird kaum "Gewähr" dafür bieten können, dass die Übertragbarkeit möglich ist, noch wird sie die Fortführung der Dienstleistung gewährleisten können. Sie kann sich dies vertraglich zusichern lassen. Das Verhalten des Vertragsgegners kann die Bank aber weder voraussehen noch im Ernstfall beeinflussen. Dies ist in Rz 43 ff. entsprechend zu reflektieren. Schliesslich kann das ordentliche Kündigungsrecht auch im Zeitpunkt der drohenden Insolvenz kaum vertraglich ausgeschlossen werden. Eine vertraglich vorgesehene ordentliche Kündigung, unter Einhaltung der dafür vorgeschriebenen Kündigungsfrist, soll weiterhin möglich sein.

Ad Rz 45:

Outsourcing-Lösungen sind i.d.R. auf Dauer ausgelegt. Das von Rz 45 statuierte Bedürfnis trifft deshalb sachlogisch typischerweise auch auf Outsourcing-Verhältnisse ausserhalb von systemrelevanten Dienstleistungen zu. Die systemrelevante Bank kann allerdings lediglich gestützt auf sorgfältige Due Diligence und Vertragsgestaltung die optimalen Voraussetzungen für die Mandatierung des „richtigen“ Outsourcing-Partners fördern. Ob ein noch so sorgfältig ausgewählter Outsourcing-Partner trotz sorgfältig redigierten Verträgen gleichwohl aus irgendeinem Grund wider Erwarten früher als geplant ausfällt, kann die systemrelevante Bank naturgemäss nicht verhindern. Zudem wäre eine zeitlich nicht beschränkte Pflicht zur Weiterführung der Leistungen des Dienstleisters vertraglich nicht durchzusetzen und somit realitätsfremd. Grundsätzlich gelten die vertraglichen Kündigungsfristen. Eine Anpassung der bereits bestehenden Verträge würde einen im Verhältnis zum Risiko unverhältnismässigen Aufwand auslösen. Im Übrigen wurde im Rahmen der Notfallplanung die Rückführung ausgelagerter Dienstleistungen abgehandelt. Insofern bringt diese Anforderung im operativen Alltag wenig Zusatznutzen.

Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet würde diese Bestimmung bedeuten, dass ein Dienstleister das Vertragsverhältnis nicht kündigen darf. Gemeint ist sicherlich, dass im Falle einer (drohenden) Insolvenz der systemrelevanten Bank, der Dienstleister seine Leistungen nicht einstellen darf. Rz 45 muss deshalb dahingehend präzisiert wer-

den, dass der Dienstleister seine Leistungen nach vertraglichen Bestimmungen, ordentlich kündigen kann, dass er jedoch in einer Krisensituation, z.B. einer drohenden Insolvenz des Unternehmens die Leistungen weiterhin anzubieten hat, solange die systemrelevante Bank ihre vertraglichen Verpflichtungen erfüllt.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 43 ff. vor:

Rz 43 ff.

Zusätzlich müssen systemrelevante Banken bei der Auslagerung von ~~kritischen systemrelevanten~~ Dienstleistungen folgende Punkte für den Zeitpunkt der (drohenden) Insolvenz vertraglich festhalten:

- Im Falle eines Outsourcings ist ~~Die~~ Übertragbarkeit der ~~kritischen systemrelevanten~~ Dienstleistung oder eines Teils davon resp. des entsprechenden Vertragsverhältnisses durch die systemrelevante Bank ~~ist im Falle von Sanierungsanordnungen durch die FINMA und mit Bezug auf Auffanggesellschaften~~ zu gewährleisten;
- ~~Der Pflicht des~~ Dienstleisters, ~~hat Gewähr dafür zu bieten, dass er~~ seine Leistung ~~fortzuführen nicht einstellt~~, solange das Unternehmen seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt. Ein allenfalls vorgesehenes ordentliches Kündigungsrecht kann vorbehalten werden.

Ad Rz 46:

Diese Regelung ist im Sinne erwünschter Flexibilisierung im begründeten Einzelfall zu begrüßen. Zu begrüßen wäre zusätzlich die Verpflichtung der FINMA, entsprechende Anträge zeitnah zu beurteilen und zu entscheiden. Dazu gehört gegebenenfalls auch die Einschätzung zur Frage, ob ein konkretes Vorhaben als Outsourcing unter dem FINMA-RS 2017/xx zu qualifizieren ist.

Ad Rz 47:

Die Rückwirkung auf bereits vollzogene und in die Systeme und Abläufe der betroffenen Banken integrierte Outsourcing-Verhältnisse ist nicht angemessen. Solche vertraglichen Verhältnisse wurden gestützt auf das aktuelle FINMA-RS 2008/7 sowie die - unabhängig vom FINMA-RS 2017/xx ohnehin anwendbaren - Gesetze, insb. BankG und DSG, umgesetzt, von den zuständigen Prüfgesellschaften periodisch reviewt und, soweit eine Beanstandung festzustellen war, nachgebessert (FINMA-RS 2008/7, Rz 54). Bei dieser Sachlage spricht nichts dagegen, die Grundregel der Nichtrückwirkung uneingeschränkt zur Anwendung zu bringen. Andernfalls ist nicht ausgeschlossen, dass bei zahlreichen bereits operativen Outsourcing-Verhältnissen im Nachhinein grössere Umbauarbeiten oder Vertragsanpassungen anfallen. Damit verbunden wäre das nicht unerhebliche Risiko, dass verschiedene Outsourcing-Verhältnisse mit Blick auf solchen Aufwand oder mangels Einverständnis einzelner Beteiligter zu den notwendigen Anpassungen im Nachhinein sogar aufgelöst werden müssten. Dies stünde in ungerechtfertigtem Gegensatz zum erwünschten Trend und zum gesetzlichen Auftrag der FINMA, die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu fördern (Art. 5 FINMAG).

Solche Folgen wären umso bedauerlicher, als bei Versicherungen eine Rückwirkung nicht als notwendig erachtet wird (vgl. Rz 49). Zwar unterstehen Versicherungen dem derzeitigen FINMA-RS 2008/7 nicht. Unter dem massgeblichen risikobasierten Ansatz (vgl. FINMA-RS 17/xx, Rz 5) wäre es gleichwohl sachlogisch, wenn auch materiell bestehende Outsourcing-Verhältnisse von Versicherungen der Rückwirkungsklausel von Rz 47 zu unterwerfen. Dass dies nach Ansicht der FINMA nicht geschehen soll, ist ein Zusatzargument dafür, dass dies auch bei Banken nicht notwendig ist.

Aus diesen Gründen fordern wir die ersatzlose Streichung von Satz 2 von Rz 47.

Sollte die FINMA auf die ersatzlose Streichung des Satz 2 von Rz 47 verzichten, ist die Übergangsfrist für die Anpassung der bestehenden Outsourcing-Verhältnisse auf fünf Jahre zu erweitern, da die nötigen (vertraglichen) Anpassungen einen enormen Aufwand nach sich ziehen und innert zwei Jahren nicht zu bewerkstelligen wären. Zudem muss klargestellt werden, dass die Übergangsfrist von fünf Jahren ab Inkrafttreten des Rundschreibens auch für die Fertigstellung des Inventars betreffend die ausgelagerten Dienstleistungen gilt. Weiter ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mit der derzeitigen Formulierung praktisch eine Vorwirkung erzielt wird für sich in der Verhandlung bzw. Ausarbeitung befindliche Outsourcing-Projekte, bei denen es erst nach Inkrafttreten des FINMA-RS 2017/xx zum eigentlichen Vertragsabschluss kommt. Vor diesem Hintergrund erachten wir es als sinnvoll, dass die Übergangsfrist generell auf sämtliche neuen oder bestehenden Outsourcing-Verhältnisse anwendbar sein sollte.

Für den Fall, dass Satz 2 von Rz 47 nicht gestrichen wird, schlagen wir folgende Anpassung vor:

Rz 47

Das Rundschreiben findet unmittelbar Anwendung auf Outsourcingverhältnisse von Banken und Effektenhändlern, die nach dessen Inkrafttreten abgeschlossen oder geändert werden. Outsourcingverhältnisse von Banken und Effektenhändlern, ~~die bei Inkrafttreten des Rundschreibens bereits bestehen,~~ sind innerhalb einer Übergangsfrist von ~~zwei~~ fünf Jahren ab Inkrafttreten so anzupassen, dass die Anforderungen des Rundschreibens eingehalten sind.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen für die weiteren Arbeiten. Gerne stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Andrew Ertl



Andreas Barfuss

Beilage: Überarbeiter Anhang des FINMA-RS 2008/7

Anhang

Prüfschema

Daraus ergibt sich folgendes Prüfschema für die Anwendbarkeit des Rundschreibens:

1. Liegt die Auslagerung im Anwendungsbereich des Rundschreibens (Rz. 4)?
2. Kann eine Verletzung des Outsourcing Vertrags üblicherweise zur Verwirklichung nachfolgender Risiken im beschriebenen Umfang führen?

Wenn beide Fragen mit "Ja" beantwortet werden müssen, ist die Wesentlichkeit einer Auslagerung zu bejahen.

Allgemeine Formulierung der Wesentlichkeitskriterien

Die Wesentlichkeit von Auslagerungen beurteilt sich danach, ob eine Verletzung eines bestimmten Outsourcing Vertrags voraussichtlich zur Verwirklichung folgender Risiken führen kann:

- Potentieller finanzieller Schaden von [X%] von Jahresumsatz bei der auslagernden Rechtseinheit
- Erheblicher Reputationsschaden (zu erwartende breite Berichterstattung in den Medien; zu erwartende Kündigungen von Bankkunden in grossem Ausmass)
- Substantielle Verletzung von rechtlichen oder regulatorischen Pflichten durch Verletzung des Outsourcing Vertrags (Offenlegung von CID in erheblichem Umfang)
- Beeinträchtigung der Reputation oder Interessen Dritter
 - Zu erwartende Medienberichterstattung über Dritte
 - Mögliche Schadenersatzforderungen von Dritten in erheblichem Ausmass.
 - Erhebliche Störung des Betriebs durch den Ausfall von Dienstleistungen.
- Voraussehbare und bedeutende negative Marktreaktionen
 - Massgebender Beitrag zu einer operationellen Fehlfunktion innerhalb eines Marktes;
 - Beeinträchtigung des Vertrauens der Investoren
 - Störung des Marktes verursacht durch den Ausfall von Dienstleistungen und Systemen.
- Störung der IT mit beträchtlichen Auswirkungen auf das Business oder Prozesse, welche erfordern, dass alternative Möglichkeiten entwickelt werden und eine Anpassung erfordern

Beispiele

Bei den hier als "wesentliche Auslagerungen" geführten Beispielen dürfte die Prüfung nach dem oben aufgeführten Prüfschema in der Regel zur Bejahung der Wesentlichkeit führen. Bei den unter "nicht-wesentliche Auslagerungen" genannten Beispielen ist die Wesentlichkeit regelmässig nicht gegeben. Es gilt allerdings jedenfalls eine Würdigung der gesamten Umstände vorzunehmen, woraus sich eine abweichende Beurteilung ergeben kann.

Die nachfolgende Tabelle enthält Beispiele aus der Praxis von Auslagerungen, die vom RS erfasst werden und solchen, die nicht erfasst werden. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

Erklärung der in der nachstehenden Tabelle verwendeten Symbole:

- Outsourcing im Sinne des Rundschreibens bejaht
- Outsourcing im Sinne des Rundschreibens verneint

I. Wertschriftenhandel und -verwaltung

- Gesamte Wertschriftenverwaltung an einen einzigen Dienstleister
- Teilnahme an Effektenabwicklungssystemen

II. Zahlungs- und Notenverkehr

- Abwicklung des gesamten Zahlungsverkehrs über einen einzigen Dienstleister oder eine einzige Korrespondenzbank;
- physische Geldlieferungen und Werttransporte;
- Geldautomatenversorgung
- Teilnahme an Zahlungssystemen;
- das Aufbauen von Korrespondenzbankenbeziehungen

III. Informationstechnologiesysteme und Unterhalt

- Datenaufbewahrung;
- Betrieb und Unterhalt von Datenbanken;
- Betrieb von Informationstechnologie-Systemen;
- Support von Software;
- Wartung technischer Geräte, von Systemen (Informationstechnologie usw.) und von Software
- Ausarbeitung eines Informationstechnologie-Projektes zur anschliessenden Integration in den Betrieb der Bank;
- Auftrag zur Software-Entwicklung;
- Erwerb von Software-Lizenzen

IV. Riskmanagement

- Compliance-Funktionen;
- interne Geldwäschereifachstelle;
- Funktionen im Bereich der Kreditrisikoüberwachung sowie der Kreditanalyse;
- Überwachung von Handels- und Kreditlimiten

V. Stammdatenverwaltung und Rechnungswesen

- Finanzreporting;
- Nachführung und Erstellung von Kundenadressen oder Kundenprofilen (ausgenommen einmalige oder untergeordnete Tätigkeiten)

VI. Back-/Mid-Office-Funktionen

- Druck und Versand von Bankdokumenten mit CID (ausgenommen sind einmalige oder untergeordnete Tätigkeiten)

VII. Human Resources

- Lohn-, Gehalts- und Bonusabrechnungen für Mitarbeiter;
- Beschäftigung von ausgeliehenen (temporären) Arbeitskräften;
- Betreuungsdienstleistungen für ins Ausland entsandte Mitarbeiter (Expatriates)

VIII. Logistik

- Kantine- und Restaurationsbetriebe;
- Allgemeine Service- und Unterstützungsleistungen wie beispielsweise Reinigungsdienst, Unfallverhütung, Brandschutz usw.;
- Massnahmen für die technische und physische Sicherheit von Bankgebäuden;
- Verwaltung, Unterhalt und Verkauf bankeigener Gebäude

IX. Diverses

- Kreditkartengeschäft;
- Inkassowesen;
- Rechts- und Steuerberatung für Kunden oder die Bank