

## Geschäftsstelle

Wallstrasse 8  
Postfach  
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66  
Telefax 061 206 66 67  
E-Mail [vskb@vskb.ch](mailto:vskb@vskb.ch)



**Verband Schweizerischer Kantonalbanken**  
**Union des Banques Cantionales Suisses**  
**Unione delle Banche Cantionali Svizzere**

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht  
FINMA  
Herr Michael Brügger  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Bern

Datum	31. Januar 2017
Kontaktperson	Marilena Corti
Direktwahl	061 206 66 21
E-Mail	<a href="mailto:m.corti@vskb.ch">m.corti@vskb.ch</a>

## **Stellungnahme der Kantonalbanken zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer»**

Sehr geehrter Herr Brügger

Am 6. Dezember 2016 hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) die Anhörung zur Totalrevision des FINMA-Rundschreibens «Outsourcing – Banken und Versicherer» eröffnet. Wir danken Ihnen für die Erarbeitung des Revisionsentwurfes (im Folgenden «Entwurf» oder «FINMA-RS 17/xx») und die uns gebotene Gelegenheit, uns einbringen zu können.

Gerne nutzen wir die Möglichkeit, Ihnen unsere Argumente darzulegen. Zusätzlich haben unsere Sichtweise in die Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) einfließen lassen, welche wir unterstützen.

### **A. GENERELLE BEMERKUNGEN**

Die Kantonalbanken begrüssen, dass die FINMA in Bezug auf das Thema «Outsourcing» mehr Klarheit und Rechtssicherheit schaffen will. Sie darf sich dabei jedoch nicht vom Prinzip der «Übervorsicht» leiten lassen und Regelungen aufstellen, die gewisse Geschäftstätigkeiten faktisch verhindern. Regeln müssen prinzipienbasiert, bedarfsorientiert und differenziert ausgestaltet sein. Bewährte Regulierungsgrundsätze sind konsequent anzuwenden, um eine effiziente und kostenschonende Umsetzung zu gewährleisten. Beim Erlass eines Rundschreibens oder bei dessen Totalrevision sollte bereits verankerten aufsichtsrechtlichen Grundanforderungen – sei es in Gesetzen, Verordnungen oder Rundschreiben – Rechnung getragen werden. Insbesondere sollte vermieden werden, prinzipienorientierte Grundsätze unnötig zu verschärfen.

Folgende Punkte sind für die Kantonalbanken zentral:

## 1. **Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes stärken**

Die FINMA hat Entwicklungen, denen sich die ihr unterstellten Finanzdienstleister nicht entziehen können, durch geeignete Regulierung positiv zu unterstützen. Dies entspricht dem **gesetzlichen Auftrag der FINMA**, u.a. die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu **fördern** (Art. 5 Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1).

Das bestehende FINMA-RS 2008/7 Outsourcing Banken stammt im Wesentlichen aus dem Jahr 2008. Seither hat sich der Trend zur Globalisierung und zu arbeitsteiligen Produktions- und Vertriebsketten zusehends akzentuiert. Die fortschreitende Digitalisierung im Finanzbereich hat neue digitale Geschäftsfelder eröffnet, dies sowohl für Fintech-Unternehmen wie auch für traditionelle Universalbanken. Gleichzeitig sind die Finanzdienstleister mit einem zusehends kritischeren Verhältnis zwischen laufend sinkenden Erträgen einerseits und steigenden Kosten, u.a. wegen zunehmender Komplexität der Regulierung, andererseits konfrontiert. Daraus ergibt sich ein zunehmendes Bedürfnis nach standardisierten Dienstleistungen mit positiven Skaleneffekten sowie vermehrt ein **erhöhtes Bedürfnis nach Kooperationen**.

Zeitgemässe Rahmenbedingungen und Rechtssicherheit im Hinblick auf die Auslagerung von Dienstleistungen sind in diesem Zusammenhang wichtig, damit die Finanzakteure den geschäftspolitischen Spielraum gerade auch im Bereich von Fintech voll ausschöpfen können. Im Einklang mit der Initiative des Bundesrates im Bereich Fintech kommen die Bemühungen der FINMA zum richtigen Zeitpunkt, was die Kantonalbanken begrüssen. Es muss aber darauf geachtet werden, dass der Entwurf diesen Bemühungen letztlich nicht zuwiderläuft.

Die Modernisierung des FINMA-RS 2008/7 ist deshalb notwendig. Um genannten Bedürfnissen gerecht zu werden müssen die **Regeln flexibler statt strenger** werden. Andernfalls werden insbesondere **kleine und mittelgrosse Banken** ihre Dienstleistungspalette in den kommenden Jahren laufend redimensionieren müssen und werden teilweise ganz verschwinden («too small to survive»). Damit wären mittelfristig die auf dem Finanzplatz Schweiz etablierten und bewährten Eckpfeiler des **Universalbankenprinzips** und einer grossen **Vielfalt vieler Banken unterschiedlicher Grösse und Geschäftsmodelle gefährdet**, dies mit unabsehbaren Folgen für die gesamte Volkswirtschaft der Schweiz.

Wir bitten Sie um die Berücksichtigung dieser Überlegungen im Entwurf. Verschärfungen von Regulierungen sollen zu Gunsten der Fintech-Förderung überdacht werden.
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## 2. Konsequente Umsetzung des Proportionalitätsprinzips

Zu begrüßen ist die grundsätzliche Beibehaltung des bewährten Ansatzes der **prinzipienbasierten Regulierung sowie des Grundsatzes der Proportionalität**. Damit wird sichergestellt, dass jedes Institut die Anforderungen entsprechend der Grösse, Komplexität, Struktur und Risikoprofil seines konkreten Geschäftsmodells vernünftig umsetzen kann.

Das Proportionalitätsprinzip wird im Entwurf jedoch **nicht konsequent umgesetzt**. Dass generelle Ausnahmen und Erleichterungen nur für Banken der Kategorie 4 und 5 vorgesehen sind, reicht aus Sicht der Kantonalbanken klar nicht aus. Ausnahmen und Erleichterungen müssen zwingend auch Banken der Kategorie 3 gewährt werden, sofern diese ein konservatives, wenig komplexes und risikoarmes Geschäftsmodell verfolgen. Es ist weder sachgerecht noch vereinbar mit dem Grundsatz der Proportionalität, wenn die FINMA an solche Banken die gleichen Anforderungen stellt wie international agierende, systemrelevante Grossbanken. Im Übrigen wird dies auch in einschlägigen internationalen Empfehlungen nicht vorausgesetzt.

Wir fordern, dass Kategorie-3-Banken angemessene Erleichterungen und Ausnahmen ähnlich der Banken der Kategorien 4 und 5 in Bezug auf die Auslagerung von (gesamten) Geschäftsfeldern gewährt werden. Wo dies aufgrund der Grösse, Komplexität, Struktur und Risikoprofil gerechtfertigt ist, kann die FINMA im Einzelfall Verschärfungen verfügen.

## 3. Unnötige Einschränkung des konzerninternen Handelsspielraumes

Ein klarer Mangel ist auch die gegenüber der aktuellen Fassung vorgesehene Ausweitung des Anwendungsbereiches und damit die **ersatzlose Streichung der Konzernprivilegierung** (vgl. FINMA-RS 2008/7, Rz 6 ff.). Darunter fällt auch das Verbot der Auslagerung kritischer Dienstleistungen an Banken derselben Finanzgruppe. Diese Regelung **verkennt die Realität des Konzerns** sowie das dazu in rechtlicher Hinsicht bestehende Gesamtkonzept. Dabei wird offenbar vergessen, dass ein Konzern typischerweise gerade dafür geschaffen wird, um gewisse, für den Konzern relevante Dienstleistungen in bestimmten Konzerneinheiten zu konzentrieren, die diese Dienstleistungen dann funktional für den ganzen Konzern erbringen (funktionale Differenzierung).

Wir regen deshalb an, die Regelung von FINMA-RS 2008/7, Rz 6 ff. ins neue FINMA-RS zu überführen (vgl. im Einzelnen unten Kommentar zu Rz 8 ff.).

## 4. Regelung des Verhältnisses Bank / Kunden

Wir möchten darauf hinweisen, dass der Bundesrat am 21. Dezember 2016 den Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG) und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz in die Vernehmlassung gegeben hat. Die Revision hat gemäss Bundesrat zum Ziel, den Schutz von Personendaten zu stärken und Entwicklungen im Bereich des Datenschutzes in der Europäischen Union und auf Ebene Europarat

Rechnung zu tragen. Wir sind sehr besorgt darüber, dass unüberlegte Verschärfungen des DSG bei Beibehaltung der Absicht der FINMA, sämtliche Bestimmungen mit datenschutzrechtlichem Gehalt aus dem bestehenden Rundschreiben Outsourcing zu streichen, den Handlungsspielraum der Banken unnötig einschränken könnte. Die Banken brauchen v.a. zeitnah greifbare und einfach anwendbare Regelungen.

So sehen wir im gänzlichen Verzicht auf die Regelung des **Verhältnisses zwischen Outsourcingern und seinen Kunden einen klaren Mangel** gegenüber der aktuellen Fassung von FINMA-RS 2008/7 (Rz 37 ff.). Dies ist der nötigen **Klarheit und Rechtssicherheit klar abträglich**, zumal die gesetzlichen Geheimhaltungspflichten der Banken gemäss Bankkundengeheimnis (Art. 47 BankG) wesentlich strenger sind als die Regeln gemäss DSG. Dieses Thema darf deshalb auch nicht mangels Regelung durch die FINMA de facto dem EDöB überlassen werden.

Der beste Ansatz, um Divergenzen und Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem Bankkundengeheimnis (Art. 47 BankG) und den Regeln gemäss DSG zu verhindern (vgl. FINMA-Erläuterungsbericht, S. 6 Ziff. 2), ist die ausdrückliche Statuierung einer **Koordinationspflicht der FINMA mit dem EDöB**.

Wir empfehlen, eine ausdrückliche Koordinationspflicht der FINMA mit dem EDöB zu statuieren und aus Gründen der Rechtssicherheit die Regeln von FINMA-RS 2008/7, Rz 37-39 ins neue FINMA-RS zu überführen (begrenzt auf den Anwendungsbereich des Bankkundengeheimnisses nach Art. 47 BankG). Gleichzeitig ist wünschenswert, dass dabei die Rechtslage für die in der Praxis relevanten Fragestellungen geklärt wird (bspw. Auslandstransfer von Client Identifying Data (CID) d.h. Kundenidentifikationsdaten).

## 5. Outsourcing ins Ausland

**Die Vorgaben betr. Outsourcing ins Ausland** sind im Ergebnis zu einschränkend geraten. Insbesondere können etliche Anforderungen nicht in der vom FINMA-RS 17/xx geforderten Absolutheit «nachgewiesen» bzw. «gewährleistet» werden. Solche allzu rigiden Einschränkungen werden den Trends zu immer mehr Globalisierung und Arbeitsteiligkeit der Produktions- und Vertriebsketten nicht gerecht. Vielmehr werden diese Trends, welchen sich die betroffenen Unternehmen nicht verschliessen können, durch faktische Outsourcing-Verbote geradezu torpediert. Zudem sollte beim Erlass dieser Regelung bereits bestehenden Regeln Rechnung besser getragen werden. Konkret sollten sich Regelungen betreffend Outsourcing ins Ausland möglichst nahe bei den Vorgaben des revidierten **FINMA-RS 2008/21 Operationelle Risiken Banken** (mit Wirkung ab 1. Juli 2017, Rz 136.2 ff.) bewegen sowie sich am Positionspapier der FINMA zu den Risiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungs-geschäft orientieren.

Wir fordern einerseits eine Harmonisierung des Entwurfs mit bereits bestehenden Regelungen sowie, aus Gründen der Übersichtlichkeit, die Regelung des Bereichs «Outsourcing ins Ausland» in einem separaten Abschnitt.

## 6. Keine unbegründeten (Extra-)Vorgaben für systemrelevante Banken

**Spezialregeln zu systemrelevanten Instituten** können begründet sein. Diese Regeln sollten der Übersicht und Klarheit wegen in einem einzigen Abschnitt konzentriert werden. Zudem sind die Regeln teilweise unklar, **zu streng** und sogar kontraproduktiv. Überdies fehlt in Anwendung des **Proportionalitätsprinzips** eine angemessene Differenzierung zwischen Instituten mit unterschiedlichem Grad von Systemrelevanz (national vs. international systemrelevante Banken). Die Richtlinien des Financial Stability Board (vgl. FSB «Guidance on Arrangements to Support Operational Continuity in Resolution», 18. August 2016; FSB-Richtlinien) als Rechtfertigung für (über-)vorsichtige und nicht sachgemässe Regelungen für systemrelevante Banken heranzuziehen ist verfehlt. Denn diese sehen etwa kein **Auslagerungsverbot** von kritischen Dienstleistungen **an Banken derselben Finanzgruppe vor**. Stattdessen wird vernünftigerweise eine klare vertragliche Regelung solcher Verhältnisse (bspw. mittels Service Level Agreements; SLA's) angeregt.

Wir bitten Sie, diese Argumente mit Blick auf die Ausgestaltung der Regeln für systemrelevante Banken zu berücksichtigen.

## 7. Gleichbehandlung von Banken und Versicherungen

Die **Regulierung von Banken und Versicherungen** in einem RS macht grundsätzlich Sinn und ist vom Prinzip her nicht zu beanstanden. Das Zusammenspiel der Regeln für Banken und derjenigen für Versicherungen muss aber noch verbessert werden. Einerseits sind grundsätzlich identische Pflichten teilweise unterschiedlich geregelt. Andererseits werden Versicherungen teilweise sanfter reguliert, was zu ungerechtfertigten Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Banken und zu unnötigem zusätzlichem Regulierungsaufwand im Bereich Fin-Tech führt.

Bei den **Übergangsbestimmungen** (Entwurf, Rz 47 ff.) ist eine **Rückwirkungsklausel** für bereits etablierte Outsourcing-Verhältnisse von Banken nicht angemessen. Dass dies gleichzeitig bei Versicherungen nicht für notwendig erachtet wird, produziert zudem Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von Banken (vgl. im Einzelnen unten Kommentar zu Rz 46 f.).

Wir fordern die Gleichbehandlung von Versicherungen und Banken hinsichtlich der an sie gestellten Anforderungen.

## B. DETAILLIERTE BEMERKUNGEN ZU EINZELNEN RANDZIFFERN

### 1. Rz 2 ff.: französische Version: Einheitliche Verwendung von Anführungszeichen

Wir möchten Sie darauf hinweisen, dass in der französischen Version für feststehende Begriffe Anführungszeichen einheitlich verwendet werden sollen (entweder immer oder nie).

Bitte nehmen Sie diese formellen Änderungen vor und streichen sie zudem den Begriff «commerciale» aus der Rz 4 der französischen Fassung, da er keinen Mehrwert bringt.

### 2. Rz 4: Negativkatalog in den Entwurf integrieren

Zu begrüssen ist das **Festhalten an den drei Grundvoraussetzungen** für Outsourcing, nämlich (1) Beauftragung eines Dienstleisters, mithin eines Dritten, (2) zur selbständigen und dauernden Erfüllung (3) einer für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentlichen Dienstleistung.

Aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit schlagen wir vor, im Sinne eines Negativkatalogs ergänzend **Konstellationen** aufzuführen, welche aufgrund ihrer spezifischen Rahmenbedingungen **kein Outsourcing** im Sinne des RS darstellen, da dem Unternehmen bspw. aufgrund der spezifischen Umstände keinerlei Ermessen zusteht. Zu denken ist insbesondere an folgende Konstellationen:

(a) Das Unternehmen ist aufgrund von **zwingendem Recht** verpflichtet, gewisse Dienstleistungen nicht selbst zu erbringen, sondern von Dritten erbringen zu lassen. Dies gilt z.B. beim Fondsgeschäft (gesetzliche Pflicht der rechtlichen Unabhängigkeit der Fondsleitung von Depotbank; Art. 28 Abs. 5 KAG) oder bei Bezug von Telekommunikationsdienstleistungen (Pflicht zum Bezug bei konzessionierten Anbietern; vgl. Werner W. Wyss, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Datenschutzrecht, Hrsg. Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür, Basel 2015, § 11 N 11.118).

(b) Bei vorübergehenden **Ausnahme- und Störfällen** ist das Unternehmen legitimiert, unter Zeitdruck ums Überleben zu kämpfen. Dies erfolgt nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch im öffentlichen Interesse funktionierender Finanzmärkte und -systeme und im privaten Interesse von Partnern und Kunden zum Schutz von deren Vermögen. Unabhängig von der Qualifikation als Outsourcing muss das Unternehmen in diesem Fall zur Schadensbehebung berechtigt sein, falls nötig unverzüglich geeignete externe Dienstleister beizuziehen und dabei gestützt auf eine sorgfältige Interessenabwägung und unter strikter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips von festgelegten Rechtsgrundsätzen (z.B. keine vorgängige Information der Kunden vorzunehmen) abzuweichen. Outsourcing im eigentlichen Sinn liegt 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 (Wyss, a.a.O., § 11 N 11.119).

Wir schlagen aus den dargelegten Gründen vor, im Sinne eines Negativkatalogs ergänzend **Konstellationen** explizit aufzuführen, welche aufgrund ihrer spezifischen Rahmenbedingungen **kein Outsourcing** im Sinne des RS darstellen.

Zum Punkt der «Selbständigkeit» ist eine klärende Begriffserläuterung erwünscht.

### 3. **Rz 5: Zu allgemeine Dienstleistungsaufzählung ersetzen durch den bewährten Anhang**

Der Anhang im bestehenden Rundschreiben hat mit seinen Beispielen Klarheit darüber geschaffen, welche Dienstleistungen in den Regelungsbereich des FINMA-RS «Outsourcing» fallen. Die vorgeschlagene Aufzählung wesentlicher Dienstleistungen gemäss Rz 5 ist demgegenüber zu allgemein gefasst und deckt mit den gewählten pauschalen Formulierungen de facto sämtliche Tätigkeiten einer Bank ab. Beispielweise wird ganz allgemein die «Datenaufbewahrung» oder die «IT» erwähnt, ohne nach dem Grad der Sensibilität von Daten oder der mit IT-Systemen betriebenen Geschäftsabläufe zu unterscheiden. Dies ist nicht praktikabel, zumal das **RS Outsourcing** sachlogisch nur **Ausnahmen von der Regel** erfassen will. Mit den gewählten Formulierungen wird demgegenüber **fälschlicherweise die Ausnahme zur Regel** gemacht. Dies macht als Grundprinzip keinen Sinn und müsste wenn schon konsequenterweise dazu führen, dass die Systematik von FINMA-RS 17/xx ganz anders strukturiert werden oder – noch konsequenter – FINMA-RS 2008/7 ersatzlos aufgehoben und der wesentliche Inhalt stattdessen ins bestehende FINMA-RS 2008/21 Operationelle Risiken integriert werden müsste.

Aufgrund der gewählten pauschalen Formulierungen wird überdies auch nicht klar, ab welcher Intensität von Auslagerung ein Outsourcing im Sinne des Rundschreibens vorliegt. Die Aufzählung ist zudem in sich unklar abgegrenzt. Beispielsweise ist die interne Geldwäschereifachstelle per definitionem Teil der Compliance. Auch solche Doppelnennungen machen die Aufzählung keineswegs klarer.

Teilweise bestehen ferner Widersprüche zwischen FINMA-RS 2017/xx und dazugehörigem FINMA-Erläuterungsbericht, z.B. in 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 Begriff «CID» müsste folglich, wenn es als Anwendungskriterium verwendet werden soll, griffiger formuliert und in seiner Materialität geklärt werden.

Nach dem Gesagten ist in der Formulierung von Rz 5 vorab klarzustellen, dass die aufgezählten Themen nicht «generell», sondern nur in einer, für den betreffenden Finanzdienstleister **unter Risikoaspekten wesentlichen Ausprägung**, Outsourcing-relevant sind.

Aus Risikoüberlegungen sollten zudem rein **operative Tätigkeiten** generell und ausdrücklich vom Anwendungsbereich des FINMA-RS ausgenommen sein. Umgekehrt sollten «wesentlich» im Sinne von RZ 5 sachlogisch nur **bewilligungspflichtige Tätigkeiten** sein. Dies alles

gilt umso mehr, als der FINMA-Erläuterungsbericht ebenfalls in diese Richtung geht (vgl. S. 7 f., Ziff. 4.1.1).

Richtig ist, dass sich die für Outsourcing relevanten Geschäftstätigkeiten insbesondere auf die **Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Risiken** auswirken (Rz 5 erster Halbsatz). Gestützt auf die dauernden Organisations- und Gewährspflichten (für Banken gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a u. c BankG) haben die von der FINMA beaufsichtigten Unternehmen geeignete Massnahmen zu implementieren, um das einwandfreie Funktionieren des Geschäftsbetriebs zu gewährleisten. Zur Etablierung des Ausnahmecharakters von Outsourcing können davon nur diejenigen Ausprägungen Outsourcing-relevant sein, welche **für den einwandfreien Geschäftsbetrieb des Unternehmens von erheblicher Bedeutung** sind. Bei Ausfall einer Outsourcing-Dienstleistung ist folgerichtig das einwandfreie Funktionieren des Unternehmens *als Ganzes* in Frage gestellt, mithin das **Unternehmen in existentiellen Bereichen beeinträchtigt** (zum Ganzen: Wyss, a.a.O., § 11 N 11.107 ff. m.w.V.).

Die detaillierte Aufzählung der konkret betroffenen Geschäftstätigkeiten ist zudem aus Rz 5 herauszulösen und stattdessen in einem Anhang 1, analog zum bisherigen Anhang 1 von FINMA-RS 2008/7, vorzunehmen. Dies wäre in doppelter Hinsicht zielführender: Zum einen werden dort die relevanten Tätigkeiten nicht nur pauschal erwähnt, sondern **konkret umschrieben und zudem übersichtlich und sachlogisch gegliedert**. Zum andern definiert Anhang 1 von FINMA-RS 2008/7 konkret die **relevanten kritischen Grenzen**, ab welcher Intensität von Auslagerung Outsourcing im Sinne des Rundschreibens vorliegen soll. Beispielsweise stellt richtigerweise (nur) die Auslagerung «des gesamten Zahlungsverkehrs» (vgl. Anhang 1, Ziff. III, Bullet 1) ein Outsourcing dar. Diese Struktur der Regelung schafft **Beurteilungs- und Planungssicherheit** für die wichtige Frage, ob überhaupt ein Outsourcing vorliegt.

Demgegenüber überlässt die vorgeschlagene Neuregelung gemäss Rz 5 jegliche Feinabstufung ausschliesslich dem betroffenen Institut. Damit schwebt gerade der **zentrale Teil der vom RS gewünschten Regulierung** quasi «in der Luft» und bietet bei der Beurteilung, ob ein bestimmtes Auslagerungsprojekt Outsourcing-relevant ist oder nicht, nur sehr wenig Hilfestellung. Mangels notwendiger Klarheit müsste ein sorgfältiger Finanzdienstleister wegen dem umfassenden Anwendungsbereich der aktuellen Formulierung von Rz 5 grundsätzlich **in jedem Fall von Auslagerung vorgängig die FINMA anfragen** und um Einschätzung der Outsourcing-Frage bitten. Solches kann nicht Sinn und Zweck eines RS sein. Es würde das RS vielmehr gänzlich überflüssig machen.

Aufgrund all dieser Argumente fordern wir eine Totalüberarbeitung von Rz 5 sowie die Eingrenzung des Anwendungsbereichs im Sinne der Ausführungen. Statt Rz 5 soll wiederum ein Anhang analog Anhang 1 zu FINMA-RS 2008/7 ins neue Rundschreiben aufgenommen wird. Dabei sollte der neue Anhang 1 nicht ohne Not von **Struktur und Inhalt des bestehenden und bewährten Anhangs 1** abweichen.



Zudem erachten wir, wie oben dargelegt eine Begriffsklärung von «CID» als angezeigt und regen die Übernahme des Konzeptes zum **Umgang mit elektronischen Kundendaten aus dem FINMA-RS 2008/21** an.

Wir regen zudem an, den Begriff «saisie» in der französischen Version durch den Begriff «détection» zu ersetzen.

#### 4. Rz 6: Umschreibung kritischer Dienstleistungen in einem zweiten Anhang

Diese Regelung ist nur relevant, soweit über ohnehin «wesentliche» Dienstleistungen i.S.v. Rz 5 hinaus zusätzlich bestimmte kritische Dienstleistungen i.S.v. Rz 6 auf ein bestimmtes Unternehmen anwendbar sind. Bei der derzeit pauschalen und umfassenden Formulierung von Rz 5 ist ein **selbständiger Anwendungsbereich von Rz 6** nicht möglich.

Nach Konkretisierung von Rz 5 bzw. Schaffung des Anhangs 1 ist folgerichtig in Rz 6 aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit **zu präzisieren, welche Dienstleistungen als «kritisch» zu beurteilen** sind. Im Gesamtgefüge einer Bank bilden letztlich sämtliche Systeme und Abläufe ein in sich stimmiges Gesamtkonzept. Rz 6 kann aber vernünftigerweise nicht «sämtliche Systeme und Abläufe» meinen. Im Hinblick auf eine vernünftige **Beurteilungs- und Planungssicherheit** muss deshalb in einem **Anhang 2 für typische Fälle von systemrelevanten Funktionen** (z.B. Zahlungsverkehr) in generischer Form dargestellt werden, welche Dienstleistungen in diesem Zusammenhang typischerweise «kritisch» i.S.v. Rz 6 zu qualifizieren sind (z.B. Systeme zur Erfassung von Zahlungsaufträgen und Systeme zur Ausführung des Zahlungsverkehrs).

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) entsprechen 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.

Wir fordern den Verzicht auf den neuen Begriff «kritische Dienstleistungen» und stattdessen die Verwendung des Begriffs «systemrelevante Funktionen». Im Eventualfall soll Kompatibilität des Begriffs mit der derzeit etablierten Begrifflichkeit und Systematik hergestellt werden.

## 5. Rz 7: Gleichbehandlung von Banken und Versicherungen

Nicht einsehbar ist, weshalb die **Umschreibung «wesentlicher Geschäftstätigkeit» für Banken** nach Rz 5 **anders als für Versicherungen** nach Rz 7 sein soll. Beispielsweise ist nicht nachvollziehbar, weshalb bei Versicherungen Themen wie «Daten» oder «Geldwäschereifachstelle» im Gegensatz zur Formulierung für Banken keinerlei eigenständige Bedeutung haben sollen oder weshalb das Thema «Risiken» völlig unterschiedlich formuliert wird – bei den Banken unter Erwähnung zahlreicher Risikokategorien sowie einer Umschreibung wesentlicher Aktivitäten eines guten Risikomanagements («Erfassung, Begrenzung und Überwachung»), während bei Versicherungen fast schon nebenbei pauschal von «Risikomanagement» gesprochen wird. Die Aufzählung ist auch für Versicherungen zu pauschal und zu weit gefasst. Sie sollte – analog zu den Banken – nachgeschärft werden. Resultat muss eine formal und inhaltlich weitestgehend gleiche Formulierung für Banken und für Versicherungen sein, unter Anwendung der oben bei Rz 5 skizzierten Grundsätze.

Eine Angleichung der Umschreibung «wesentlicher Geschäftstätigkeiten» für Banken und Versicherungen ist vorzunehmen.

## 6. Rz 8 ff.: Beibehaltung der Konzernprivilegien

Die Funktion eines Konzerns besteht gerade darin, einzelne Funktionen in bestimmten Konzern-Unternehmen zu bündeln, welche diese Dienstleistungen funktionsgemäss für den ganzen Konzern erbringen (vgl. u.a. A. Generelle Bemerkungen). Deswegen ist es unverständlich, weshalb die sehr knapp gehaltenen Vorgaben in Rz 8 ff. ohne überzeugende Begründung auf die bewährten **Konzernprivilegien verzichten** (vgl. unten Kommentar zu Rz 16 sowie Erläuterungsbericht zum Entwurf). Insbesondere kann nicht argumentiert werden, dass konzerninterne Privilegien zu einer weniger sorgfältigen Behandlung von konzerninternen Outsourcing-Projekten führen würde (so aber FINMA-Erläuterungsbericht, S. 9 Ziff. 4.2). Ein FINMA-RS kann per definitionem kein neues Recht schaffen, sondern bloss gesetzliche Pflichten erläutern. Es ist mithin strengrechtlich nur eine Meinungsäusserung der FINMA zum Zweck einheitlicher Rechtsanwendung ohne direkt verbindlichen Charakter und insofern nur eine Auslegungshilfe (illustrativ EBK in: Performance Fee und EBK-RS Bezeichnung von kollektiven Kapitalanlagen, Erläuterungsbericht für Anhörung, November 2007, S. 7 Ziff. 2.1). Auch Gerichte sind nicht daran gebunden (BGE 117 Ib 225, 231 E 4b = Pra 1992 750, 754; Urs Zulauf, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz - Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, ZSR 1994 II 259 ff., 404).

Unabhängig vom Bestehen eines FINMA-RS zum Outsourcing bestehen die **gesetzlichen Pflichten nach BankG und DSG** ohnehin, z.B. die Pflicht zur Implementierung eines gesamtheitlichen Sicherheitskonzepts (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG u. Art. 7 DSG i.V.m. Art. 8 ff. VDSG; FINMA-RS 2008/21, Anhang 3). Von der FINMA beaufsichtigte Finanzdienstleister sind verpflichtet, diese Regeln mit oder ohne FINMA-RS zum Outsourcing in Nachachtung ihrer jederzeitigen Organisations- und Gewährspflichten effizient umzusetzen (für Banken vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a u. c BankG). Letztgenannte Pflichten sind Bewilligungsvoraussetzungen, welche dauernd einzuhalten sind. Ein von der FINMA beaufsichtigter Finanzdienstleister kann es sich somit gar nicht leisten, konzerninterne Outsourcing-Projekte «mit weniger Sorgfalt zu behandeln», nur weil diese vom Anwendungsbereich des FINMA-RS ausgenommen sind (zum Ganzen Wyss, a.a.O., § 11 N 11.56 u. 11.121 ff.). Zudem verpflichtet auch die einschlägigen **Pflichten** u.a. **gemäss Gesellschafts- und Konzernrecht** sowie **Steuerrecht**, konzernintern Aufgaben, Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten klar zuzuweisen und gleich wie bei einem «klassischen» Verhältnis zwischen Provider und Kunde vertraglich zu regeln. Solche Pflichten bilden zusammen ein **in sich stimmiges Gesamtkonzept**.

Mit der Streichung der Konzernprivilegierung wird auch das bis heute **zwischen BankG und DSG bestehende Gesamtkonzept** zerstört, kennt doch auch das DSG das Konzernprivileg, z.B. in Zusammenhang mit Datenfluss ins Ausland (Art. 6 Abs. 2 lit. g DSG). Selbstverständlich besteht (auch) unter Art. 6 Abs. 2 lit. g DSG die Pflicht, einen **angemessenen Schutz zu gewährleisten**, was in Anwendung von konzernintern festgelegten und konzernweit geltenden Regelwerken geschehen kann (David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum DSG, Zürich 2008, Art. 6 DSG N 78 ff.). Unter dem BankG ist Letzteres nicht zwingend nötig, da sich solche Pflichten wie vorstehend dargelegt bereits direkt aus den aufsichtsrechtlichen Anforderungen nach dem BankG ergeben.

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 (**Kontrollprinzip**; vgl. Benedikt Maurenbrecher/Stefan Kramer, in: Basler Kommentar Bankgesetz, Hrsg. Rolf Watter/Nedim P. Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler, 2. A., Basel 2013, Art. 3c BankG, N 7 ff.; vgl. auch Art. 663c OR betr. bedeutende Aktionäre u. dazu Rolf Watter/Karin Maizar, in: Basler Kommentar OR II, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Rolf Watter, 4. A., Basel 2012, Art. 663c OR N 6 ff.).

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 Na-

tur 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 schlagen wir vor, die Konzernprivilegien gemäss aktuellem FINMA-RS 2008/7, Rz 6 ff. ins revidierte FINMA-RS 17/xx zu überführen, den Begriff «Konzern» im Sinne der Ausführungen ausdrücklich zu präzisieren und gleichwohl vorübergehende Kontrollrechte in Zusammenhang mit der Etablierung von Gemeinschaftsunternehmen als Outsourcing-Dienstleister ausdrücklich zuzulassen.

## 7. Rz 13 f.: Konsequenterer Umsetzung des Proportionalitätsprinzips

Die Regelung ist zu eng gefasst. **Kleine und mittlere Banken** (nicht nur solche der Aufsichtskategorien 4 und 5) müssen befugt sein, Funktionen wie **Risikomanagement oder Compliance vollständig auszulagern**, sofern im Unternehmen eine Funktion mit der notwendigen Sach- und Fachkompetenz verbleibt, um die Qualität der Outsourcing-Dienstleistungen zu beurteilen. Diese interne Funktion muss ferner nicht zwingend ebenfalls Risikomanagement oder Compliance heissen. Dahingehend fiel der Entscheid des Ständerates vom 14. Dezember 2016 zum E-FINIG bezüglich des Formulierungsvorschlags für die Organisation des Risikomanagements und der internen Kontrolle (inkl. Compliance) durch bisher nicht umfassend beaufsichtigte unabhängige Vermögensverwalter aus (Art. 18b Abs. 1-3 E-FINIG).

Es besteht keine Notwendigkeit, das vollständige Outsourcing nur den Unternehmen der Aufsichtskategorien 4 und 5 zuzugestehen (vgl. oben Kommentar zu Rz 13).

Wie bereits oben festgehalten fordern wir den Einbezug von Kategorie-3-Banken in die Ausnahmeregelung bezüglich Auslagerungen.

## 8. Rz 15 f.: Sicherstellung der Weiterführung von kritischen Dienstleistungen ist zu strikt formuliert

Die Regelungen sind vorab in formaler Hinsicht unklar und werden auch unter Mitberücksichtigung des FINMA-Erläuterungsberichts (S. 10, Ziff. 4.3.2) nicht klarer. Wir gehen davon aus, dass mit «**Gruppe**» lediglich eine **Konzernstruktur unter einheitlicher Leitung** infolge Aktienmehrheit und/oder Stimmenmehrheit in den Verwaltungsräten der Töchter (vgl. Formulierung von Art. 6 Abs. 2 lit. g DSG u. vorne zu Rz 8-10) gemeint ist, was für den Eventualfall im Wortlaut von Rz 15 und 16 **klarzustellen** ist (soweit diese Rz überhaupt notwendig ist; vgl. nachstehend lit. a u. b). Eine weite Auslegung von «Gruppe» würde demgegenüber völlig sachfremd sämtliche Banken einer bestimmten Bankengruppe, z.B. sämtliche Kantonalbanken, erfassen. Eine solche Regelung kann aber weder beabsichtigt noch sinnvoll sein, zumal damit ohne erkennbaren sachlichen Grund zahlreiche potentielle Outsourcing-Lösungen zum Vornherein verunmöglicht würden.

Diese Klärung stellt sicher, dass e contrario in Zusammenhang mit Outsourcing-Vorhaben wichtige Strukturen wie insb. **Gemeinschaftsunternehmen** von der Regelung jedenfalls nicht erfasst wären (vgl. oben zu Ziff. 8-10).

Darüber hinaus fordern wir aber im Hauptstandpunkt weitergehend Folgendes:

- (a) Zu **Rz 15**: Die Regelung ist **zu kategorisch**. Dies ist umso heikler, als die befürchteten «Nachteile auf die Fortführung» in keiner Weise spezifiziert werden. Auf derart vager Basis ist es sehr schwierig und wenig zielführend, «geeignete Massnahmen» festlegen zu müssen. Gleiches gilt für die gleichermassen offenen Anforderungen an die Notfallplanung. Auch eine noch so gute Notfallplanung kann überdies für sich allein wenig bewirken. Ein Erfolg kann sich zum Vornherein 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 kritischer Dienstleistungen hat. «Sicherstellen» können (auch) systemrelevante Banken dies aber nicht. Absolute Sicherheit gibt es nicht, auch nicht im Bereich systemrelevanter Banken. Aus dem FINMA-Erläuterungsbericht (S. 10, Ziff. 4.3.2) ergibt sich zudem, dass von der Regelung jedenfalls **nur konzerninterne Dienstleistungsgesellschaften** erfasst sein sollen.

Die Formulierung von Rz 15 ist entsprechend vorstehender Ausführungen zu präzisieren und abzuschwächen. Andernfalls wäre die apodiktische Formulierung ein – nicht beabsichtigtes – faktisches Verbot.

- (b) Zu **Rz 16**: Die Regelung ist **in doppelter Hinsicht nicht nachvollziehbar**. Zum einen ist unter bewährten Grundsätzen eines effizienten Risikomanagements nicht einsehbar, weshalb das **Outsourcing an eine andere Bank des eigenen Konzerns** zum Vornherein schlechter sein soll als an ein anderes Konzern-Unternehmen ohne Bankstatus. Gleichzeitig ist nicht einsehbar, weshalb das Outsourcing an eine andere Bank ausserhalb des eigenen Konzerns, welche – mangels Einschränkung – sogar im Ausland und sogar an einem sehr liberal oder sogar «exotisch» regulierten Domizil sein dürfte, unter Risikoaspekten besser sein soll als an eine Bank innerhalb desselben Konzerns. Gerade unter **TBTF**-Aspekten ist diese Regelung, wie sie FINMA-RS 17/xx, Rz 16 vorsieht, kontraproduktiv. (Auch) bei kritischen Dienstleistungen systemrelevanter Banken muss das bewährte Prinzip eines erfolgreichen Risikomanagements gelten, dass die Verteilung auf mehrere «Schultern» wegen der dadurch realisierten **Diversifikation** der Sache vom Prinzip her besser dient. 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 statt ohne sachlich erkennbare Notwendigkeit dafür zwingend Dritte einbeziehen zu müssen. Mit solchen nicht nachvollziehbaren Einschränkungen wird im Gegenteil die Realität des Konzerns

und das dazu in rechtlicher Hinsicht bestehende Gesamtkonzept verkannt (vgl. oben Kommentar zu Rz 8 ff. sowie A. Generelle Bemerkungen). 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 an Dritte mit Domizil im Ausland.

Gänzlich unverständlich ist die Regelung nach dem Gesagten mit Bezug auf Konzerngesellschaften, welche als **reine Dienstleistungsgesellschaften ohne Banklizenz** gerade dafür geschaffen wurden, bestimmte Dienstleistungen konzernweit aus einer Hand anzubieten.

Mit Blick auf den immer härteren **Konkurrenz- und Kostendruck** müssen **auch systemrelevante Banken von konzerninternen Outsourcing-Lösungen profitieren** können. Andernfalls sind sie national und international ungerechtfertigten Wettbewerbsverzerrungen ausgesetzt. Zudem kann das Verbot konzerninterner Outsourcing-Vorhaben indirekt **auch für kleinere und mittelgrosse, nicht systemrelevante Banken nachteilig** sein, könnten doch systemrelevante Banken auf der Zeitachse und unter Aufwand- und Kostenerwägungen attraktive, auf Basis bereits bestehender Konzernstrukturen geschaffene Outsourcing-Vorhaben zum Vornherein nicht anbieten.

Dies ändert Nichts daran, dass eine systemrelevante Bank die **TBTF-Anforderungen** – wie jede andere gesetzliche Pflicht auch – **ohnehin zu erfüllen** hat, mit oder ohne FINMA-RS Outsourcing (vgl. oben Kommentar zu Rz 8 ff.). Demzufolge wäre es sinnvoller, die Regelung ersatzlos zu streichen statt Einschränkungen und Verbote zu statuieren, welche u.a. unter TBTF sogar kontraproduktiv sein können.

Aus all diesen Gründen ist Rz 16 ersatzlos zu streichen.

## 9. Rz 17 ff.: Gleichbehandlung von Banken und Versicherungen

(Auch) hier ist nicht einzusehen, weshalb für Banken und Versicherungen sowohl formal als auch inhaltlich völlig unterschiedliche Regelungen getroffen werden. Beispielsweise regelt Rz 12 für Banken eine zentrale Grundanforderung eines funktionierenden Gesellschafts- und Aufsichtsrechts ebenso wie einer, etablierten internationalen Standards entsprechenden Corporate Governance (oben Kommentar zu Rz 12). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Regel nicht auch auf Versicherungen anwendbar sein soll.

Auch hier hat deshalb so weit wie sachlich sinnvoll eine weitestgehende Angleichung der Formulierungen für Banken und für Versicherungen zu erfolgen.

## 10. Rz 21 f.: Forderung nach Inventar ist zu weitgehend; Ersatz durch «Pflicht geeigneter Dokumentation»

Die **Anforderung eines Inventars** geht zu weit und widerspricht dem von der FINMA festgelegten Grundsatz der Prinzipienbasiertheit. Wichtig ist, dass die Unternehmung (1) ihre Outsourcing-Projekte vernünftig strukturiert, (2) deren Integration in die unternehmensinternen Systeme und Abläufe vollzieht, (3) bestehende Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten soweit nötig ergänzt bzw. anpasst und (4) gestützt auf geeignete **Dokumentation jederzeit** den Überblick über sämtliche Outsourcing-Verhältnisse hat. All dies ergibt sich indes bereits aus den aufsichtsrechtlichen Grundanforderungen, für Banken z.B. aus den allgemeinen Organisations- und Gewährspflichten (Art. 3 Abs. 2 lit. a u. c BankG). **Bereits heute unter FINMA-RS 2008/7** muss jede Bank über eine geeignete Dokumentation verfügen, allein zwecks Dokumentierung der Prüfgesellschaft im Rahmen von deren periodischen Reviews (vgl. FINMA-RS 2008/7, Rz 54).

Auf welche Weise die einzelne Unternehmung diese aufsichtsrechtlichen Anforderungen sicherstellt, muss sie selbst in Anwendung **vernünftigen Ermessens** festlegen und umsetzen können. Eine ausdrückliche Inventar-Pflicht ist nach dem **Gesagten weder nötig noch in jedem Fall sinnvoll**. Neben der Führung eines Inventars sind andere Massnahmen denkbar, welche je nach Art und Umfang des Outsourcings unterschiedlich ausfallen können.

Wichtiger als eine Inventar-Pflicht ist ohnehin, dass die vom Unternehmen umgesetzten, mit hin in die unternehmensinternen Systeme und Abläufe integrierten, Outsourcing-Lösungen in jeder Hinsicht korrekt funktionieren und die damit zusammenhängenden Risiken angemessen gesteuert werden. Dies kann auch das beste Inventar nicht sicherstellen. Damit sind keinerlei Vorteile einer Inventar-Pflicht gegenüber anderen Formen einer geeigneten Dokumentation erkennbar. Die Inventar-Pflicht ist damit **unnötiger Zusatzaufwand** und deshalb durch die **Pflicht geeigneter Dokumentation** zu ersetzen.

Sinnvoll ist es, für jede integrierte Outsourcing-Lösung eine **unternehmensintern verantwortliche Stelle** zu bezeichnen. (Auch) dies muss aber nicht in jedem Fall dieselbe Stelle sein. Die Bezeichnung der verantwortlichen Stelle je Outsourcing-Lösung muss ebenfalls dem vernünftigen Ermessen der Unternehmung obliegen. Weder sinnvoll noch notwendig ist eine zentrale Stelle, welche sämtliche Outsourcing-Lösungen überwacht. Dies ergibt sich bereits aus den i.d.R. je Outsourcing-Projekt völlig unterschiedlichen Fachkenntnissen, welche als Basis für eine effiziente Beurteilung nötig sind. Vielmehr wird typischerweise diejenige unternehmensinterne Funktion die verantwortliche Stelle sein, welche auch das betroffene Geschäftsfeld unter sich hat. Die sinnvolle verantwortliche Stelle für die Integration einer Outsourcing-Lösung im Bereich Zahlungsverkehr ist deshalb typischerweise der Leiter Zahlungsverkehr.

Die Inventar-Pflicht ist durch die **Pflicht geeigneter Dokumentation** zu ersetzen. Zudem soll der Begriff «unternehmensinterne verantwortliche Stelle» gemäss den oben skizzierten Grundsätzen präzisiert werden.

## 11. Rz 23 f.: Anforderung an Konzentrationsrisiko kann sinnvolles Outsourcing verhindern

Vorgaben bezüglich des Konzentrationsrisikos werden erstmalig im Zusammenhang mit Outsourcing von der FINMA stipuliert. Was genau damit gemeint ist und bezweckt wird, geht aus dem Erläuterungsbericht nicht hervor und kann aus ökonomischer Sicht auch nicht nachvollzogen werden. In Bezug auf die Frage, ob ein Unternehmen fortbesteht oder nicht, sehen wir das Risiko mehrheitlich auf Seiten des Anbieters (z.B. Plattformanbieter) und weniger auf Seiten des Nachfragers (Bank). Je stabiler die Geschäftsbeziehungen sind, desto geringer ist das Ausfallrisiko. Die Konzentration verschiedener Outsourcing-Lösungen bei demselben Partner verringert Kosten und übrigen Aufwand und kann im Rahmen einer bewussten strategischen Partnerschaft sogar bewusst bezweckt sein kann. Jedenfalls ist der Fall verschiedener Outsourcing-Lösungen desselben Unternehmens bei demselben Outsourcing-Partner unter einer gesamtheitlichen Risikosicht nicht wesentlich anders zu beurteilen wie andere Konstellationen, z.B. diejenige zahlreicher Outsourcing-Lösungen verschiedener Unternehmen bei demselben Outsourcing-Partner.

Solche Konstellationen sollten deshalb auch dann zulässig bleiben, wenn es sich bei den Unternehmen um **systemrelevante Banken** handelt. Die Regel darf m.a.W. nicht so ausgelegt werden, dass die Berücksichtigung desselben Outsourcing-Partners durch mehrere systemrelevante Banken ein unzulässiges Konzentrationsrisiko darstellen. Andernfalls würde die je nach in Frage stehender Dienstleistung ohnehin schon sehr enge Auswahl an geeigneten Outsourcing-Partnern gerade für systemrelevante Banken über Gebühr eingeschränkt. In gewissen Fällen würde eine sinnvolle Outsourcing-Lösung u.U. sogar verhindert. Dies wäre im Lichte des Trends zur Notwendigkeit von mehr Outsourcing, welches sich auch systemrelevante Banken nicht verschliessen können, klar kontraproduktiv und liefe auch dem gesetzlichen Auftrag der FINMA, die Bedürfnisse des Finanzplatzes Schweiz und dessen Wettbewerbsfähigkeit zu fördern, entgegen (vgl. oben A. Generelle Bemerkungen). Zu Recht statuiert deshalb Rz 24 kein solches Verbot.

Wir schlagen deshalb vor, das Wording am Ende von Rz 24 wie folgt abzuschwächen (Ergänzung mit Fettdruck):

«... ausgelagert, so ist dem **allfälligen** Konzentrationsrisiko Rechnung zu tragen.»

Zudem weisen wir darauf hin, dass die Frage «wie» die Konzentration von ausgelagerten Dienstleistungen auf bestimmte, einzelne Dienstleister aus Risikosicht genau beurteilt werden soll, vom Entwurf offengelassen wird.

## 12. Rz 25: Übertragung auch an andere Outsourcing-Partner ermöglichen

Es stellt sich hier die Frage, wie bei der Vergabe von Outsourcing Aufträgen diesen Anforderungen in praktischer Hinsicht nachgekommen werden kann. Auch unter dem Aspekt, dass gemäss Rz 23 die Anforderungen für die Auslagerung zu dokumentieren sind, erscheint die in



Rz 25 formulierte Pflicht als praxisfremd, vor allem bei längerfristigen Verträgen. In diesem Fall müsste sichergestellt werden, dass nur mit einem Vertragspartner ein Outsourcing vereinbart wird, der eine Dienstleistungserbringung über mehrere Jahre garantieren kann, was kaum praktikabel wäre.

Da diese Vorgaben nicht umsetzbar sein werden, sollte die Rz 25 ersatzlos gestrichen werden.

### 13. Rz 28: Unklarer Begriff «nötige Weisungsrechte»

Was die «nötigen Weisungsrechte» sind, ist zu präzisieren: Richtigerweise geht es dabei um die **Überwachung und Kontrolle** des vertraglichen Leistungsumfanges sowie – wenn diese Kontrollen Abweichungen aufzeigen – um Weisungen zur Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustandes. Nicht gemeint sein kann, dass der Vertrag eine jederzeitige Variation des Leistungsumfanges zu Gunsten des auslagernden Unternehmers vorsieht, wo diese Variation nicht durch zwingende gesetzliche / aufsichtsrechtliche Vorgaben begründet ist.

Der Begriff «nötige Weisungsrechte» ist zu präzisieren.

### 14. Rz 29: 2. Satz bringt keinen Mehrwert

Da der 2. Satz keinen Mehrwert bringt, sollte er gestrichen werden.

### 15. Rz 30 f.: Anforderung an Sicherheitsdispositiv für «sämtliche vorhersehbaren Notfälle» geht zu weit

Wünschenswert sind zusätzliche Hinweise im RS, welche **Qualität** diese **Sicherheitsanforderungen** aufweisen müssen. Dies betrifft z.B. folgende Fragen: (a) Auf welche Sicherheitsziele (Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit) beziehen sich die Sicherheitsanforderungen, (b) kann sich das auslagernde Unternehmen hierfür an ISO- oder ISAE-Normierungen orientieren und (c) darf das Dispositiv prinzipienbasierte Vorgaben mit Offenheit hinsichtlich der Technologie vorsehen?

Die Regelung gemäss Rz 31 ist **allzu apodiktisch**. Insbesondere geht die Formulierung der «Gewährleistung» der Weiterführung «in sämtlichen vorhersehbaren Fällen» zu weit und beinhaltet bei näherem Betrachten auch **keinen echten Mehrwert**. Denn Notfälle haben sachlogisch leider die unangenehme Eigenschaft, dass sie typischerweise zumindest nicht in allen Details voraussehbar sind.

Die Regelung ist zudem **kontraproduktiv formuliert**, wenn derjenige, nichts voraussieht, auch nichts vorzukehren geschweige denn zu gewährleisten hat. Die Regelung schützt demzufolge inkompetente Marktteilnehmer und bestraft potentiell alle anderen. Richtigerweise müsste es umgekehrt sein.

Auch gibt es **keine absolute Sicherheit**. Vor Eintritt eines konkreten Notfalls kann nach dem Gesagten niemand zum Voraus «gewährleisten», dass die Weiterführung der vom Notfall betroffenen Dienstleistung ohne Einschränkung weiterhin möglich ist. Diese Anforderung ist viel eher ein Widerspruch zur unbestreitbaren Tatsache, dass es Notfälle leider geben kann. Der Fokus muss richtigerweise nicht auf «voraussehbaren» Fällen liegen, sondern stattdessen auf einer «effizienten Notfallorganisation», welche eingetretene Notfälle strukturiert bearbeitet.

Wir bitten Sie um die Berücksichtigung der obigen Argumente. Zudem schlagen wir folgende Formulierung vor (Änderungen mit Fettdruck):

*«... Sicherheitsdispositiv **samt einer effizienten Notfallorganisation, welche eingetretene Notfälle strukturiert bearbeitet mit dem Ziel der möglichst raschen uneingeschränkten Weiterführung der durch den Notfall beeinträchtigten Dienstleistung.** »*

In der französischen Version regen wir die Ersetzung Wortes «continuité» durch den Begriff «continuation» an.

## 16. Geschäfts- und Bankgeheimnis, Datenschutz: Überführung der Regelungen

Wie oben einleitend in Ziff. A.4 erwähnt, besteht ein klarer Mangel – gegenüber der aktuellen Fassung von FINMA-RS 2008/7 (Rz 37 ff.) – durch den gänzlichen Verzicht auf die Regelung des **Verhältnisses zwischen Outsourcer und seinen Kunden**. Dies ist **Klarheit und Rechtssicherheit abträglich**, zumal die gesetzlichen Geheimhaltungspflichten der Banken gemäss Bankkundengeheimnis (Art. 47 BankG) wesentlich strenger sind als die Regeln gemäss DSGVO. Dieses Thema darf deshalb auch nicht mangels Regelung durch die FINMA de facto der Regulierung durch den EDöB überlassen werden.

Der beste Ansatz, um Divergenzen und Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem Bankkundengeheimnis (Art. 47 BankG) und den Regeln gemäss DSGVO zu verhindern (vgl. FINMA-Erläuterungsbericht, S. 6 Ziff. 2), ist die ausdrückliche Statuierung einer **Koordinationspflicht der FINMA mit dem EDöB**.

Gerade zur Verhinderung von solchen Divergenzen und Abgrenzungsschwierigkeiten drängt es sich zudem auf, den Kern der Anforderungen gemäss Bankkundengeheimnis (Art. 47 BankG) ins neue FINMA-RS zu überführen. Die derzeit gemäss FINMA-RS 2008/7, Rz 37-39 geltende Regelung ist nämlich für die Operationalisierung des Massengeschäfts **sehr hilfreich und notwendig**. Insbesondere fordert sie im Verhältnis zwischen Bank und Kunden zu Recht nur eine rechtzeitige Informationspflicht, welche denjenigen Kunden, welche mit dem Outsourcing nicht einverstanden sind, die vorgängige Kündigung der Geschäftsbeziehungen ermöglicht (FINMA-RS 2008/7, Rz 39). Damit werden Grundsätze zur Anwendung gebracht, welche z.B. auch im Arbeitsrecht von Lehre und Rechtsprechung anerkannt sind, wenn grössere Unternehmen legitimerweise allgemeine arbeitsrechtliche Regelungen mit gleichzeitiger

Wirkung für sämtliche Mitarbeitenden einführen wollen (vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kanel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 320 OR N 2 ff. m.w.V.). Was im Verhältnis von Arbeitgeber zu ihren Mitarbeitern – trotz gesetzlicher Fürsorgepflichten der Arbeitgeber (vgl. Art. 328 OR) – zulässig ist, kann auch im Verhältnis von Banken zu ihren Kunden nicht falsch sein.

Entsprechend den Grundregeln zum Bankkundengeheimnis vorgängig zum Outsourcing von jedem betroffenen Kunden eine ausdrückliche Zustimmung mittels Unterschrift einholen zu müssen, wäre demgegenüber im – bei Outsourcing regelmässig betroffenen – **Massengeschäft** nicht operationalisierbar und objektiv auch nicht richtig. Es darf insbesondere nicht sein, dass die Bank das geplante Outsourcing nicht vornehmen darf, nur weil nicht sämtliche betroffenen Kunden vorgängig ausdrücklich zugestimmt haben. Der Bank ist es auch nicht zumutbar, für diejenigen Kunden, welche vorgängig nicht ausdrücklich zugestimmt haben, die betreffende Dienstleistung weiterhin wie bisher ohne Outsourcing aus eigener Hand anzubieten. Damit würde die Bank gezwungen, die Dienstleistung neu «zweigleisig» anzubieten und damit Mehraufwände zu generieren statt von der durch Outsourcing generierten Skaleneffekten und den damit einhergehenden erhofften Kosten- und Aufwandreduktion zu profitieren (von welchen indirekt auch die Kunden profitieren würden). Da im Massengeschäft immer mit einzelnen Kunden zu rechnen ist, welche einem Outsourcing nicht ausdrücklich zustimmen würden, und sei es auch nur zur Einsparung des Aufwands von Unterschrift und Rücksendung der Erklärung, würde **mit solchen Anforderungen Outsourcing praktisch verunmöglich** (vgl. Wyss, a.a.O., § 11 N 11.120). Mangels ausdrücklicher Regulierung durch die FINMA würde aber im Einzelfall der Rechtsstreit darüber entbrennen, welche Regeln in Zusammenhang mit dem – immerhin strafbewehrten – Bankkundengeheimnis effektiv gelten. Die Regelung gemäss aktuellem FINMA-RS 2008/7, Rz 37-39 ist demzufolge auch ins revidierte RS aufzunehmen. Ohne ausdrückliche Regelung im RS bestünde das gegenüber der heutigen Regelung unnötige Risiko von Banken, sich im Streitfall mit zahlreichen Kunden auseinandersetzen zu müssen, welche dem Outsourcing nicht ausdrücklich mit Unterschrift zugestimmt haben. Dies würde unnötigerweise erheblichen Aufwand und sogar strafrechtliche Risiken generieren.

Ohne Koordinationspflicht und ausdrückliche Regulierung durch die FINMA bestünde auch das erhebliche Risiko, dass der **EDöB unter DSG** eine **Regulierung** erlässt, welche den Anforderungen an die gesetzlichen Geheimhaltungspflichten von Banken nach Art. 47 BankG nicht gerecht würde. Dasselbe Risiko bestünde übrigens auch für Effektenhändler (Art. 43 BEHG). Solche Regulierungen des EDöB würden bei Banken statt der erwünschten Klarheit und Rechtssicherheit im Gegenteil unnötigen Zusatzaufwand und Rechtsunsicherheit produzieren. Die für Banken geltenden gesetzlichen Geheimhaltungspflichten gelten im Aussenverhältnis gegenüber Dritten generell und uneingeschränkt und sind überdies strafbewehrt. Das in dieser Hinsicht viel flexiblere DSG, welches z.B. mit Bezug auf Datenfluss ins Ausland Differenzierungen nach der Qualität der betroffenen ausländischen DSG Gesetzgebung vornimmt (vgl. Art. 6 DSG), wird der für Banken geltenden Rechtslage nicht gerecht. Richtigerweise werden die flexibleren **Datenschutzregeln im Aussenverhältnis gegenüber Dritten von den strengeren Regeln des Bankkundengeheimnisses konsumiert** (Wyss, a.a.O., §

11, N 11.4). Letztere generieren deshalb im Verhältnis zum DSG entgegen dem FINMA-Erläuterungsbericht (S. 12, Ziff. 4.4.5) keineswegs Doppelspurigkeiten, sondern sind im Verhältnis **zum DSG vorrangige spezialgesetzliche Regelung**. Die FINMA als Aufsichtsbehörde über Banken mit gesetzlichen Geheimhaltungspflichten darf die Regelung des Themas deshalb nicht dem EDOeB überlassen, sondern muss mit eigener Regulierung wie im bisherigen auch im Entwurf mit Bezug auf diesen wichtigen Punkt Klarheit und Rechtssicherheit schaffen.

Wie bereits eingangs erwähnt, fordern die Kantonalbanken deswegen die Überführung der Rz 37-39 aus dem FINMA-RS 2008/7 in die künftige Regelung sowie die ausdrückliche Statuierung einer **Koordinationspflicht der FINMA mit dem EDöB**.

Zudem schlagen wir vor, «Grundsatz 5» des bestehenden Rundschreibens – «Geschäfts- und Bankgeheimnis, Datenschutz» – zu übernehmen, da dieser die Erwartungen der FINMA auf klare Art und Weise wiedergegeben hat. Denn die Revision des DSG rechtfertigt eine Streichung des erwähnten Grundsatzes nicht.

#### 17. **Rz 32: Vorgaben zu aufsichtsrechtlichen Bestimmungen sind zu strikt**

Im Grundsatz sollen Banken weiterhin ein jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht haben. Die Anforderung ist in dieser Formulierung aber zu strikt und verkennt allfällige **entgegenstehende zwingende Rechtsregeln vor Ort oder besondere Umstände**, welche sich aus dem konkreten Sachverhalt ergeben können. 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. Der Outsourcing-Dienstleister würde Gefahr laufen, seinen **operativen Betrieb** nicht mehr aufrecht erhalten zu können. Dies würde der Outsourcing-Lösung klar zuwider laufen. Gegen ein unbedingtes «jederzeitiges, vollumfängliches und uneingeschränktes Einsichts- und Prüfrecht» können auch berechnete Geheimhaltungsinteressen der anderen Unternehmen sprechen, welche Dienstleistungen vom Provider beziehen. Richtigerweise sollte deshalb Einsicht und Prüfung durch das Unternehmen, seine Prüfgesellschaft und die FINMA unter markt gängigen 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 Provider zuständigen Prüfgesellschaft ersetzbar sein muss. Rz 32 muss deshalb markt gängige Standards und Usancen, zwingende Rechtsregeln vor Ort und besondere Umstände des Sachverhalts **vorbehalten** und für solche Konstellationen adaptierte Lösungen zugestehen, welche der Maximalanforderung «jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht» im Rahmen der konkreten Umstände möglichst nahe kommen. Andernfalls würden sehr viele Outsourcing-Lösungen de facto verunmöglicht.

Die Formulierung von Rz 32 ist gemäss obigen Erläuterungen zu präzisieren und das vorgeschlagene Aufsichtskonzept ist zu überdenken.

#### 18. Rz 34: Erschwerung der Aufsicht bei Outsourcing liegt in der Sache selbst

Die Anforderung ist **zu apodiktisch**. Jedes Outsourcing bringt – insbesondere, aber nicht nur bei Auslandsachverhalten – naturgemäss erhöhte Komplexität und als Folge davon eine **gewisse Erschwerung der FINMA-Aufsicht gegenüber dem Normalfall** mit sich.

Um ein **faktisches Verbot** insbesondere von Outsourcing ins Ausland zu verhindern, ist deshalb die Formulierung abzuschwächen, z.B. mit folgender Ergänzung (Ergänzung mit Fettdruck):

«... **nicht wesentlich** erschweren.»

#### 19. Rz 36 ff.: Outsourcing ins Ausland wird zu strikt geregelt

Die Anforderung gemäss Rz 36 ist zu **apodiktisch**. Die Durchsetzung von Prüfrechten durch Prüfgesellschaft und FINMA im Ausland ist **der Natur der Sache** nach immer verschiedenen **Erschwerungen oder sogar Einschränkungen** unterworfen. Ein «ausdrücklicher Nachweis», dass dem gerade nicht so sein soll, wird in keinem Fall möglich sein. Weder ausländische Aufsichtsbehörden noch Rechtsgutachter werden dies uneingeschränkt bestätigen können und wollen. Diese Anforderung verlangt Unmögliches und kommt in ihrer Wirkung somit **de facto** einem **Verbot** von Outsourcing ins Ausland gleich. Zudem erscheint es sinnwidrig, dass gestützt auf diese Regulierung jeder einzelne Finanzdienstleister jeweils wieder von Neuem einen «ausdrücklichen Nachweis» mit Bezug auf sein Outsourcing-Vorhaben liefern müsste, obwohl der FINMA mit Bezug auf vergleichbare frühere Outsourcing-Vorhaben in demselben Land anderer Finanzdienstleister bereits «Nachweise» vorliegen.

Eine derart weitgehende Anforderung ist aber auch gar nicht nötig. An Outsourcing dürfen im Vergleich mit andern Herausforderungen keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden. Dies schon deshalb, weil Outsourcing – selbst ins Ausland – nicht per se die komplexeste und risikoreichste Aktivität von Finanzdienstleistern darstellt. Vielmehr ist der Grad der Komplexität und des Risikoprofils eines Outsourcings im In- oder Ausland vorab abhängig von der konkret betroffenen Geschäftstätigkeit. Demgegenüber sind – ausserhalb von Outsourcing – andere Geschäftstätigkeiten von Banken im Ausland – wie z.B. Handelsaktivitäten oder Aktivitäten im Bereich Private Banking International – per se hochkomplex und risikoreich. Gleichwohl fordert die FINMA selbst für solche grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeiten nur, aber immerhin, die daraus sich ergebenden «Risiken angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu kontrollieren» (vgl. mit Wirkung ab 1. Juli 2017 revidiertes **FINMA-RS 2008/21 Operationelle Risiken Banken**, Rz 136.2 ff.). Dies geschieht typischerweise auf Basis eines strukturierten Dienstleistungskonzepts je Land (vgl. FINMA-Positionspapier

Rechtsrisiken von Oktober 2010). Weiter als solche Anforderungen darf auch die Regulierung betr. Outsourcing nicht gehen.

Die laufende Pflicht zur angemessenen Erfassung, Begrenzung und Kontrolle der Risiken im Rahmen des **internen Kontrollsystems** (vgl. Kommentar zu Rz 27; ferner im Einzelnen FINMA-RS 2008/24) ist viel zielgerichteter und effizienter als die im Entwurf verlangten «Nachweise», welche sich im Nachhinein womöglich als falsch herausstellen. Darüber hinaus fordern wir, dass die FINMA analog zur Pflicht des EDöB gemäss Art. 7 VDSG eine **laufend aktualisierte Liste derjenigen Länder** führt und publiziert, welche im Rahmen von Outsourcing-Vorhaben, welche der FINMA bekannt geworden sind und deren Regulierung nach Ansicht der FINMA ausreichend ist. Dieser Liste anerkannter Länder muss dieselbe Wirkung wie derjenigen gemäss Art. 7 VDSG zukommen: Die Finanzdienstleister dürfen auf die Richtigkeit nur, aber immerhin vertrauen, soweit sie nicht tatsächlich (nicht bloss hypothetisch) über eigenes besseres Wissen verfügen (widerlegbare Vermutung; vgl. BJ-Erläuterungen zur VDSG-Revision vom 14. Juni 1993, S. 6 Ziff. 2.3.3).

Wir fordern deshalb, Rz 36 durch einen blossen Verweis auf FINMA-RS 2008/21, Rz 136.2 ff., zu ersetzen. Eventualiter sind zumindest die Anforderungen analog zur Regelung gemäss FINMA-RS 2008/21 in der Fassung ab 1.1.17 (Rz 136.2 ff.) abzuschwächen. Zudem fordern wir die Pflicht der FINMA, eine Liste anerkannter Länder zu unterhalten und zu publizieren.

Zu **Rz 37**: Die Regelung ist sachlich angemessen. Gleichwohl kann dies aber entgegen FINMA-Erläuterungsbericht (S. 8, Ziff. 4.1.1) nicht bedeuten, sämtliche Projekte, bei welchen es um CID geht, per se als Outsourcing-relevant zu qualifizieren. Das Bankgeschäft ist Massengeschäft, weshalb praktisch jede Geschäftstätigkeit einer Bank u.a. auch mit CID zu tun hat. Soweit der Begriff CID als Anwendungskriterium beibehalten werden soll, müsste er wenn schon griffig definiert werden (analog Glossar-Begriff in FINMA-RS 2008/21, Anhang 3, vgl. oben Kommentar zu Rz 5). **Outsourcing** darf und soll aber nur die **Ausnahme von der Regel** sein (vgl. oben Kommentar zu Rz 5). Zur Prüfung, ob Outsourcing vorliegt, sind deshalb sämtliche Umstände des konkreten Projekts strikte an den drei Grundvoraussetzungen gemäss Rz 4 zu messen. Das Vorliegen von CID ist gemäss Rz 4 keine eigenständige vierte Voraussetzung (einlässlich Wyss, a.a.O., § 11 N 11.112 ff.).

Dies ist in der Formulierung von Rz 37 klarzustellen.

Zu **Rz 38**: Diese Anforderung ist zu **apodiktisch**. Ein Outsourcing ins Ausland wird die Sanierung und gegebenenfalls Liquidation einer Bank in der Schweiz **naturgemäss komplexer und aufwendiger** gestalten und damit zweifellos mehr oder weniger beeinträchtigen. Dadurch wird eine Sanierung und gegebenenfalls Liquidation in der Schweiz aber geradezu verhindert.

«Gewährleistung» darf nach dem Gesagten nicht so gelesen werden, dass Sanierung und gegebenenfalls Liquidation ohne jede Erschwerung möglich sein muss. Dies käme einem faktischen Verbot von Outsourcing ins Ausland gleich.

Die Formulierung von Rz 38 ist im Sinne der Ausführungen anzupassen.

## 20. Rz 39 ff.: Vertragsvorgaben grundsätzlich in Ordnung

Diese Regeln sind im Prinzip sachlich richtig. **Rz 41** stimmt allerdings nur insoweit, als diejenigen Anforderungen, auf welche verwiesen wird, im Sinne unserer Ausführungen **entsprechend angepasst** werden (vgl. insb. Bemerkung zu Rz 32).

Wir unterstreichen folglich unsere Forderung unter Rz 32.

## 21. Rz 40: Begriffsklärung

Der Begriff des «Subakkordanten» (Hilfsperson) und die Kriterien, ab wann das Zustimmungserfordernis greift, sollten aus Klarheitsgründen definiert werden. Ein Zustimmungserfordernis kann aus Risikoüberlegungen zum Vornherein nur Sinn machen, soweit es um bewilligungspflichtige Tätigkeiten geht. Überdies ist ein Zustimmungserfordernis einzig dann sinnvoll, wenn die Art der Tätigkeit, welche der Subakkordant beisteuert, seinerseits einen Outsourcing-relevanten Einfluss auf die Risiken hat. Zu berücksichtigen ist dabei der Umstand, dass auch ein Subakkordant in Teilen selber Leistungen von Dritten beziehen wird.

Das bestehende Rundschreiben 2008/8 sah in Rz 21a vor, dass «mit schriftlicher Zustimmung der Unternehmung der Dienstleister Unterakkordanten beziehen [kann], solange die Grundsätze des Rundschreibens eingehalten sind.» Uns scheint die Tatsache, dass diese Vorgabe nicht in den Entwurf übernommen wird, unglücklich. Denn die Wahl des Dienstleisters kann dadurch abhängig gemacht werden, ob dieser «Subakkordanten» beschäftigt oder nicht – und dies bereits auf Ebene Vertrag, was eine sehr einschränkende Wirkung entfalten kann.

Wir schlagen vor, die entsprechende Vorgabe aus dem Kapitel «Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters» aus dem bestehenden Rundschreiben in das revidierte Rundschreiben zu überführen. Eventualiter sollte definiert werden, dass ein Zustimmungserfordernis jedenfalls nur im Bereich bewilligungspflichtiger Tätigkeiten und nur, soweit der Subakkordant seinerseits einen Outsourcing-relevanten Einfluss auf die Risiken hat, notwendig ist.

## 22. Rz 43 ff.: Vorgaben für systemrelevante Banken sollen angepasst werden

Die Anforderung in Rz 43 hat keine selbständige Bedeutung. Erst in Verbindung mit Rz 44 und 45 ergibt sie einen Sinn. Zusammen beschreiben sie Anforderungen, die in der Vertrags-

gestaltung eines jeden, das Wesentlichkeitskriterium erfüllenden Outsourcing-Vorhabens berücksichtigt werden sollten. Die **Einschränkung auf systemrelevante Banken** und deren kritische Dienstleistungen würde zum **falschen Umkehrschluss** führen, dass dies bei andern Outsourcing-Vorhaben (ausserhalb kritischer Dienstleistungen von systemrelevanten Banken) nicht gilt. Dies kann nicht beabsichtigt sein. Im Einzelnen gilt für Rz 44 resp. 45 Folgendes:

(a) Zu **Rz 44**: Vom Prinzip her ist die Forderung nach Übertragbarkeit der Dienstleistung und der allenfalls dazugehörigen Verträge sachlogisch **notwendige und wesentliche Grundvoraussetzung für ein erfolgreiches Outsourcing**, und dies auch ausserhalb von kritischen Dienstleistungen.

Auch bei kritischen Dienstleistungen muss die Möglichkeit bestehen, **nur einen Teil** davon auszulagern. Sachlogisch muss somit auch die Übertragbarkeit **nur soweit möglich sein, wie tatsächlich ein Outsourcing stattfinden soll**. Ob eine solche bloss teilweise Auslagerung kritischer Dienstleistungen tatsächlich Outsourcing im Sinne des FINMA-RS ist, darf nicht generell bejaht werden, sondern muss unter Würdigung aller Umstände des konkreten Projekts geprüft werden.

Sodann stellt der FINMA-Erläuterungsbericht (S. 13, Ziff. 4.4.8) klar, dass die Anforderung im Ergebnis nur im Fall von **Sanierungsanordnungen durch die FINMA** und sachlogisch nur mit Bezug auf allfällige Auffanggesellschaften gelten soll. Auch dies ist im Wortlaut zu präzisieren.

Wir fordern deshalb, Rz 44 wie folgt neu zu fassen (Änderungen/Ergänzungen mit Fettdruck):

**«Im Falle eines Outsourcings ist die Übertragbarkeit der kritischen Dienstleistung oder eines Teils davon resp. des entsprechenden Vertragsverhältnisses durch die systemrelevante Bank im Falle von Sanierungsanordnungen durch die FINMA und mit Bezug auf Auffanggesellschaften zu gewährleisten;»**

(b) Zu **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 kritischen 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. Als «Vertrag» müssen sog. Service Level Agreements (SLA) genügen. Dies ist internationaler Standard gemäss FSB-Richtlinie. Im Übrigen gilt aber Folgendes: Ob ein noch so sorgfältig ausgewählter Outsourcing-Partner trotz sorgfältig redigierten Verträgen gleichwohl aus irgendeinem Grund wider Erwarten früher als geplant ausfällt, kann aber die systemrelevante Bank naturgemäss nicht verhindern. Insofern bringt diese Anforderung im operativen Alltag wenig Zusatznutzen. Auch angesichts dessen, dass die FSB-Richtlinie in diesem Zusammenhang



lediglich den Abschluss von SLA's in Verbindung mit der Sicherung der Zahlungsflüsse anregt, ist diese Forderung nicht angemessen. Unter Würdigung aller Umstände ist diese Rz ersatzlos zu streichen.

Da die Einhaltung dieser Anforderung ausserhalb des Einflussbereichs (auch) von systemrelevanten Banken liegt, ist diese Bestimmung zu streichen.

### 23. **Rz 47: Gleichbehandlung von Banken und Versicherungen: Unangemessene Rückwirkung**

Die **Rückwirkung** auf bereits vollzogene und in die Systeme und Abläufe der betroffenen Banken integrierte Outsourcing-Lösungen ist **nicht angemessen**. Solche Projekte wurden gestützt auf das aktuelle FINMA-RS 2008/7 sowie die – unabhängig vom FINMA-RS ohnehin anwendbaren – Gesetze, insb. BankG und DSG, umgesetzt (vgl. oben Kommentar zu Rz 8 ff.), von den zuständigen Prüfgesellschaften periodisch reviewt und – soweit eine Beanstandung festzustellen war – verbessert (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 Beteiligten 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; vgl. oben Ziff. 1 unter A. Generelle Bemerkungen).

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 stimmig, wenn schon 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. Einseitig nur an der Rückwirkungsklausel für Banken festzuhalten wäre mit Blick auf den damit verbundenen Aufwand ohnehin eine **Wettbewerbsverzerrung zu Lasten Banken**. Erstaunlicherweise finden sich zu diesen wie dargelegt durchaus unüblichen Übergangsbestimmungen **keinerlei Ausführungen im FINMA-Erläuterungsbericht**.

Soweit dem Antrag auf ersatzlose Streichung wider Erwarten nicht gefolgt wird, fordern wir für den **Eventualfall** einerseits, die **Rückwirkung auch für Versicherungen** mit Bezug auf materielle Outsourcing-Lösungen vorzusehen. Implementierte Outsourcing-Lösungen sind zudem vielfach hochkomplex und weisen teilweise untereinander Abhängigkeiten auf. Die Pflicht zu nachträglicher Anpassung kann mithin immensen Aufwand generieren, welcher mit

Bezug auf verschiedene Outsourcing-Lösungen u.U. sogar nachgelagert erfolgen muss. Deshalb fordern wir für den Eventualfall eine **Übergangsfrist von 5 statt bloss 2 Jahren**.

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

Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen. Für allfällige Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Verband Schweizerischer Kantonalbanken



Dr. Adrian Steiner  
Leiter Public Affairs



Christian Leugger  
Leiter Medien und PR