

A-POST

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

Für Sie zuständig
Guru Sivaraman - 071 225 44 21

St. Gallen, 31. Januar 2017

**Stellungnahme zum Entwurf zum
FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherungen“**

Sehr geehrter Herr Brügger

Wir beziehen uns auf die Eröffnung der Anhörung zu dem eingangs erwähnten Entwurf des FINMA-Rundschreibens vom 06.12.2016 sowie auf die Stellungnahme zum Entwurf, welche Ihnen durch die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft (Raiffeisen) am 25.01.2017 zugestellt wurde.

Die ARIZON Sourcing AG ist ein Joint Venture mit der Raiffeisen. Die ARIZON schliesst sich der Stellungnahme der Raiffeisen Schweiz Genossenschaft (Raiffeisen) vom 25.01.2017 an. Als Outsourcing-Provider haben wir zusätzliche folgende Bemerkungen aus der Sicht des Dienstleisters:

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz. 15

Wie bei zweiseitigen Verträgen üblich wird ein Outsourcing-Dienstleister seine Leistungen an eine Bank – unabhängig davon, ob sie systemrelevant ist oder nicht - so lange erbringen, als auch die Bank ihre vertraglichen Verpflichtungen erfüllt (Zahlungen für die Dienstleistungen, Software-Lizenzgebühren sowie weitere Mitwirkungspflichten seitens der Bank), zumal gewisse Dienstleistungen von Mitwirkungspflichten der Bank abhängig sind. Beim drohenden Insolvenzfall einer Bank besteht die Gefahr einer Kettenreaktion, d.h. der Outsourcing-Dienstleister könnte selbst in eine Insolvenzlage kommen und dadurch weitere Banken gefährden. Entsprechend schlagen wir vor, am Ende von Rz. 15 die folgende Ergänzung aufzunehmen, welche dem Ringfencing-Konzept der Übergangsbank nach Art. 51 BIV entspricht (vgl. auch Rz. 45 VE RS Outsourcing) und auch die Vertragsgestaltung der entsprechenden Weiterführungs-Klauseln in den Verträgen reflektiert:

„Sie treffen im Rahmen ihrer Notfallplanung die dafür nötigen Massnahmen (Art. 9 Abs. 2 Bst. d BankG i.V.m. Art. 60-63 BankV), insbesondere hinsichtlich ihrer vertraglichen Pflichten gegenüber dem Dienstleister.“

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz. 16

Es ist davon auszugehen, dass die systemrelevanten Banken die Streichung dieser Bestimmung beantragen. Sollte diese Bestimmung jedoch im Rundschreiben beibehalten werden, regen wir die Klarstellung an, dass sich die Definition von „Banken derselben Finanzgruppe“ auf Beteiligungen an Banken bezieht, welche gemäss Art. 3c BankG Teil derselben Finanzgruppe sind.

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz. 21

Das RS setzt voraus, dass wesentliche Dienstleistungen ausgelagert werden (vgl. Rz. 4 FINMA-RS 2017/xx). Das muss auch für das Inventar gelten; d.h. das Inventar soll sich auf die wesentlichen Dienstleistungen beschränken. Diese Feststellung gilt insgesamt für Kapitel V (Anforderungen an auslagernde Unternehmen). Die Nennung von allfällig beigezogenen Hilfspersonen im Inventar ist weder zielführend noch zweckdienlich. Daher sind die Hilfspersonen nicht im Inventar aufzunehmen. Die Nennung von Hilfspersonen im Inventar steht u.E. auch in einem gewissen Widerspruch mit der Selbständigkeit der Dienstleistungserbringung, die wiederum Voraussetzung für das Vorliegen einer Auslagerung ist (vgl. Rz. 4 FINMA-RS 2017/xx).

Entsprechend schlagen wir vor, Rz. 21 wie folgt zu ändern:

„Über die ausgelagerten, wesentlichen Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten, wesentlichen Dienstleistung, nennt Erbringer (inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen) und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz. 27).“

Sollte dieser Auffassung nicht gefolgt werden, so regen wir das Festlegen einer klaren Terminologie zwecks Differenzierung zwischen Unterakkordanten und Hilfspersonen an. Im Outsourcing-Bereich werden regelmässig Hilfspersonen zur Erfüllung der Dienstleistung hinzugezogen (bspw. Arbeitnehmer, Berater oder temporärer Personalverleih). Wird die Dienstleistung hingegen auf Dauer an einen Dritten weiterdelegiert, liegt eine Weiter-Auslagerung an einen Unterakkordanten vor. Entsprechend schlagen wir zwecks Präzisierung folgende Formulierung vor:

„Unter Hilfspersonen, welche der Erbringer einer ausgelagerten Dienstleistung zur Erbringung derselben Dienstleistung beiziehen kann, sind Unterakkordanten zu verstehen, zu welchen dauernd eine Weiterauslagerung der Dienstleistung stattfindet. Nicht unter die Definition von Hilfspersonen fallen jedoch z.B. Arbeitnehmer, Berater und Personalverleih, welche der Dienstleister im Rahmen seiner eigenen Geschäftsbesorgung einsetzt, an die jedoch keine Weiterauslagerung stattfindet.“

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz. 23-28

Im Bankenumfeld werden im Rahmen eines Outsourcing meistens integrale Dienstleistungen ausgelagert. Bei einer integralen holistischen „one-stop shop“-Auslagerung sind die Koordinationskosten und -risiken aus Sicht des Unternehmens geringer als bei einer Auslagerung an verschiedene Dienstleister. Denn bei einer Auslagerung an verschiedene Dienstleister müssten Schnittstellen definiert, koordiniert und vor dem „go-live“ ausgiebig getestet werden. Ausgelagerte Bankdienstleistungen sind als System verschiedener Schnittstellen und teilweise automatisierter Prozesse voneinander abhängig; je besser diese Systeme, Abläufe und Schnittstellen eingespielt sind, desto geringer sind die operationellen Risiken. Dienstleistungen aus einer Hand sind daher im Interesse (i) einer stabilen und robusten System-Umgebung, (ii) aller Banken im Sinne der Interoperabilität des Finanzplatzes, und damit schliesslich

auch (iii) des Bankkunden und der Finanzplatz-Stabilität. Gerade bei integralen Auslagerungen, bei denen einzelne Tätigkeiten bzw. Prozesse in Abhängigkeit zueinander stehen und verbunden sein müssen, ist die Abgrenzung, ob es sich um eine oder mehrere Dienstleistungen handelt, fließend.

Daher schlagen wir vor, den letzten Satz von Rz. 24 zu streichen:

„Die Auswahl des 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 Konzentrationsrisiko Rechnung zu tragen.~~“

Alternativ müsste zumindest mehr Klarheit über die Art bzw. den Umfang der Dienstleistung in Rz. 24 geschaffen werden:

„Die Auswahl des Dienstleisters hat unter Berücksichtigung und Prüfung seiner professionellen Fähigkeiten sowie finanziellen und personellen Ressourcen zu erfolgen. Werden mehrere voneinander unabhängige Dienstleistungen an den gleichen Dienstleister ausgelagert, so ist dem Konzentrationsrisiko Rechnung zu tragen.“

Zudem handelt es sich bei Outsourcing-Verträgen um langfristige Dienstleistungsverträge. Dies hat mehrere Gründe: einerseits geht es um die Stabilität des Systems und die Robustheit des Outsourcing. Andererseits sollen für beide Seiten die „switching costs“ möglichst gering gehalten und die mit dem Outsourcing verbundenen Anfangsinvestitionen (Outsourcing Dienstleister) und Transitionskosten (Unternehmen) auf mehrere Jahre verteilt werden. Wird Infrastruktur bereitgestellt, dann kann der Outsourcing-Dienstleister ebenfalls selber langjährige back-to-back Verträge mit Lieferanten oder Subakkordanten eingehen, deren Laufzeit mit derjenigen im Hauptvertrag parallel läuft. Eine jederzeitige Kündbarkeit, wie Rz. 25 insinuiert, entspricht weder den Bedürfnissen der Parteien noch dem Grundsatz des „pacta sunt servanda“.

Das Outsourcing-Verhältnis kann durch (a) Auslaufen, (b) Kündigung des Vertrages oder (c) im Rahmen einer konkursrechtlichen Abwicklung des Unternehmens enden. Für die ersten beiden Fälle (a) und (b) sind vertragliche Vorkehrungen zu treffen (bspw. „Exit Assistance“). Für den Fall (c) schlagen wir für Rz. 25 folgende Formulierung des letzten Satzes vor:

„Insbesondere ist die geordnete Rück- bzw. Überführung der ausgelagerten Dienstleistung im Falle der Sanierung, Restrukturierung oder Abwicklung des Unternehmens vertraglich zu berücksichtigen.“

Für die Qualitätskontrolle und kontinuierliche Verbesserung der Dienstleistung des Outsourcing-Provider ist das Feedback seitens des Unternehmens zentral. Die Ergebnisse solcher Qualitätskontrollen werden meistens in einem Bericht festgehalten. Die Berichterstattung unter Einbezug des Dienstleisters ist u.E. ein wichtiges Element der Qualitätskontrolle. Eine solche Kommentierung unterstützt zudem die mit diesem Rundschreiben verfolgten Ziele und trägt zu einer vollständigen Sichtweise bei. Wir schlagen deshalb vor, Rz. 27 am Ende wie folgt zu ergänzen:

„Zur Kontrolltätigkeit der verantwortlichen Stelle gehört auch die regelmässige Berichterstattung unter Einbezug des Dienstleisters.“

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz. 40

Wir regen an, den Text der bisherigen Rz. 21a beizubehalten oder folgende Ergänzung vorzunehmen:

„Beim Beizug von Unterakkordanten (~~Hilfspersonen~~) stellt der Dienstleister sicher, dass ihnen die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters wie sie sich aus dem Vertrag mit der Unternehmung ergeben, überbunden werden.“

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz. 43-45

Wie zutreffend im Erläuterungsbericht festgehalten, bezieht sich diese Randziffer auf Fälle der Abwicklung, Sanierung und Restrukturierung. Zur Klarstellung schlagen wir für Rz. 43 folgende Präzisierung vor:

„Zusätzlich müssen systemrelevante Banken bei der Auslagerung von kritischen Dienstleistungen für den Fall der Fortführung der Dienstleistungen in einem Abwicklungs-, Sanierungs- oder Liquidationsfall des Unternehmens folgende Punkte vertraglich festhalten:“

Bei Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

ARIZON Sourcing AG



Mathias Schütz

Vorsitzender der Geschäftsleitung / CEO



Guru Sivaraman

Leiter Corporate Center

Département : Secrétariat général
Traité par : H. Wetzel
Tél. : 021/544 37 38
E-mail : hwetzel@figeas.ch

Autorité fédérale de surveillance des
marchés financiers FINMA
Monsieur Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Berne



Pully, le 31 janvier 2017

Audition concernant la circulaire FINMA 2017/XX Outsourcing banques et assureurs

Monsieur,

Nous faisons suite à votre communication du 6 décembre dernier et saluons l'opportunité qui nous est donnée de prendre position sur le projet de circulaire cité en marge et nous nous permettons de vous rendre attentif aux questions et thématiques suivantes :

- 1) De manière générale, nous constatons que la FINMA souhaite abandonner la distinction faite entre l'outsourcing interne et externe à un groupe, contrairement à la circulaire actuellement en vigueur pour les banques. Si, sur le plan dogmatique, l'abandon de cette distinction est sans doute correct, il ne va pas sans poser des problèmes pratiques. Actuellement, l'outsourcing au sein des groupes fonctionne de manière satisfaisante. Sous la nouvelle directive, il deviendrait beaucoup plus formalisé, sans que ce formalisme n'apporte réellement plus de sécurité et de garantie pour le client final. Nous sommes d'avis que l'abandon total de cette distinction n'est pas souhaitable. Au contraire, à notre avis, les critères pour autoriser l'outsourcing à l'intérieur d'un groupe devraient être plus souples que ceux concernant l'outsourcing pratiqué vers l'extérieur. La circulaire ici discutée mériterait d'être complétée dans ce sens. De plus, les contrats d'outsourcing à l'intérieur d'un groupe dont la catégorie de risque de la compagnie d'assurance est de 3 – 5 devraient à notre avis être exclus du champ d'application de la circulaire.
- 2) Projet cm 7 : Nous comprenons du texte de la circulaire et du rapport explicatif qu'elle ne vise à réglementer que l'outsourcing de services « essentiels » à l'activité commerciale de l'entreprise. Par services essentiels, la FINMA entend actuellement les « fonctions clés », la production, la gestion du portefeuille, la liquidation de sinistres et les autres « fonctions importantes », la comptabilité, la gestion des placements des capitaux et l'informatique (selon les « *Explications pour le plan d'exploitation des entreprises d'assurances* », du 21 avril 2016 p.16-21). Dans la circulaire ici discutée, elle y ajoute la gestion des risques et la compliance. Nous en déduisons *a contrario* que les autres fonctions non citées ici n'ont, en principe, pas vocation à être soumises à la circulaire FINMA 2017/XX Outsourcing.

Nous relevons par ailleurs que l'introduction du terme de fonction « essentielle » n'est pas en ligne avec la réglementation, à savoir l'art. 4 al. 2 let. j LSA, qui parle de fonction « importante ». Cette inconsistance terminologique est de nature à amener de la confusion, notamment dans ce qui doit être communiqué à ou autorisé par la FINMA. Elle doit à notre avis être corrigée.

En outre, le rapport explicatif contient également l'indication (p. 8) que « *si, dans le cadre d'une externalisation, le prestataire obtient un accès aux CID, cet outsourcing se voit conférer un caractère essentiel.* ». Cette extension de la définition de l'outsourcing ne trouve aucun ancrage dans le projet de circulaire soumis à audition. Il s'agit sans doute d'un oubli. De plus, selon une interprétation systématique de la circulaire, il ne s'appliquerait a priori uniquement aux banques. Or, à notre avis, il devrait également s'appliquer aux assurances, ce qui mériterait précision.

- 3) Projet cm 11-14 : Il convient de saluer l'abandon de la règle, qui concerne uniquement les assurances, de l'interdiction d'outsourcer plus que deux des trois fonctions-clés identifiées par la FINMA dans ses « *Explications pour le plan d'exploitation des entreprises d'assurances* », (p.16-21). Cela permet une plus grande souplesse de l'organisation de l'externalisation, qui est la bienvenue.
- 4) Projet cm 12 : Nous proposons :
 - a) D'une part de modifier la 1^{ère} phrase comme suit : « *La haute direction, la surveillance et le contrôle par l'organe de haute direction, les tâches centrales de conduite de la direction ne peuvent pas être externalisées.* » En effet, il nous semble que les fonctions qui englobent la prise de décisions stratégiques sont déjà comprises dans la haute direction.
 - b) La 2^{ème} phrase concernant « *des décisions relatives à l'acceptation et à la rupture de relations d'affaires* » doit également être tracée. En effet, la circulaire ne saurait, à notre avis, interdire uniquement l'externalisation des prises de décisions sur des relations d'affaires qui concernent des tâches centrales. Or, cette exclusion figure déjà dans la 1^{ère} phrase. Il est simplement impossible d'exclure toute externalisation de prises de décisions sur toutes les relations d'affaires.
- 5) Projet cm 13, cm 14 et cm 17: En revanche, on peine à comprendre la raison de l'interdiction – nouvelle – de l'externalisation complète de la gestion des risques et de la compliance. Pour la plupart des établissements, cette externalisation, souvent interne à un groupe, permet une meilleure cohérence de la gestion des risques et de la compliance au niveau consolidé. Cette interdiction n'apporte aucune plus-value mais pose des problèmes pratiques de mise en œuvre tout en augmentant fortement les charges pour les entreprises. Elle est d'autant moins compréhensible que la fonction d'audit peut par contre être externalisée. Or, ces trois fonctions de contrôle doivent être traitées de la même manière. L'interdiction figurant au cm 13 doit donc être abandonnée et par voie de conséquence le cm 14 devient inutile et doit être tracé. Finalement, le cm 17 doit également être adapté.
- 6) Projet cm 21 : Ici nous proposons de remplacer le terme prestations de service par fonction ce qui clarifie et simplifie le devoir des assureurs à ce sujet. Qui plus est, il convient de tracer l'exigence de faire figurer nommément sur l'inventaire d'éventuels *auxiliaires*. Ce faire représenterait une charge disproportionnée et serait, dans certains cas d'outsourcing IT, tout simplement impossible.
- 7) Projet cm 22 : Nous demandons de tracer cette disposition. En effet, il est disproportionné de devoir annoncer chaque petit changement dans l'inventaire via le plan d'exploitation.
- 8) Projet cm 23 : Les exigences en matière d'analyse de risque dans le cadre du choix d'un prestataire externe vont trop loin et doivent impérativement être abandonnées. Il appartient à chaque assureur de fixer les critères de sélection qu'il juge opportun.
- 9) Projet cm 27 : Nous proposons ici la reformulation suivante : « *Les risques en lien avec l'outsourcing doivent être intégrés dans le système de contrôle interne. Ils doivent être systématiquement identifiés, monitorés et conduits.* » En effet, ce ne sont pas les prestations de services externalisées qui doivent être intégrées dans le système de contrôle interne, mais les risques y relatifs.

- 10) Projet cm 28 : vue la proposition figurant sous cm 27, le cm 28 doit être supprimé.
- 11) Projet cm 32-38 : Les exigences relatives à l'audit et à la surveillance (cm 32-35) ainsi qu'à l'outsourcing vers l'étranger (cm 36-38) méritent d'être assouplies, à tout le moins d'un point de vue formel.

S'il est évident que l'entreprise qui externalise (banque ou assurance) doit garantir un droit de regard et d'examen intégral à la société d'audit externe et à la FINMA, cette obligation est parfois plus difficile à mettre en œuvre, du moins à formaliser vis-à-vis du prestataire externe. Ceci est en particulier vrai si cette exigence d'examen intégral doit avoir lieu directement « auprès du prestataire externe » comme indiqué au cm 32. Le cm 40 de la circulaire actuelle outsourcing banques est plus prudent et plus correct puisqu'il parle de d'assurer un « accès au domaine transféré ». En effet, cet accès peut très bien avoir lieu auprès de l'entreprise qui externalise de manière aussi efficace qu'auprès du prestataire externe comme nouvellement exigé, à tort, par le projet de circulaire.

En outre, en cas de transfert à l'étranger, cette exigence de contrôle auprès du prestataire externe s'oppose au principe de souveraineté et est contraire à de nombreuses réglementations étrangères, comme il serait, en sens inverse, en contradiction avec l'art. 271 du code pénal suisse. En effet, un tel examen ne peut avoir lieu qu'avec l'accord des autorités de surveillance compétentes.

Par ailleurs, l'exigence du cm 32 d'un « *droit de regard et d'examen intégral, permanent et sans entraves* » reconnu - par contrat- à l'entreprise, à la société d'audit externe et la FINMA va trop loin sur le plan formel. Un résultat identique peut être obtenu d'autres façons, notamment sur la base du principe indiqué au cm 34 : « *l'externalisation d'une prestation de services ne doit pas compliquer de manière importante la surveillance par la FINMA, notamment en cas de transfert à l'étranger.* ». Il ne doit pas forcément figurer de manière aussi explicite dans le contrat entre le prestataire externe et l'entreprise qui externalise.

Par conséquent, la première phrase du cm 32 devrait être adaptée et les termes « *auprès du prestataire* » remplacé par « *par le prestataire* ». En outre, la seconde phrase du cm 32 doit être supprimée. Les dispositions des autres cm sont suffisantes pour arriver au même résultat. En outre, le cm 34 devrait être complété, comme stipulé ci-dessus en italique, par le terme « de manière importante ». En effet, tout outsourcing, a fortiori à l'étranger, va dans tous les cas avoir pour effet de compliquer la surveillance par la FINMA.

Le cm 36 doit à notre avis être tracé. En effet, les droits de contrôle par la FINMA sont déjà assurés par le cm 32. Qui plus est, la preuve exigée semble excessive est constituer une sorte de contrôle indirect.

- 12) Projet cm 40 : l'obligation de soumettre le recours à des sous-traitants à l'obligation préalable de l'entreprise qui externalise est louable mais impraticable vis-à-vis de prestataires de services globaux importants tels que microsoft ou google. Tous recourent à de très nombreux sous-traitants et l'introduction d'une telle obligation empêche de facto de collaborer avec eux.

Le cm 40 doit être modifié en ce sens que le contrat doit fixer les règles du recours à des sous-traitants mais le projet de circulaire outsourcing ne peut pas imposer *urbi et orbi* l'approbation préalable du recours à des sous-traitants aux entreprises qui externalisent. Nous proposons la reformulation suivante :

L'entreprise doit régler le recours à des sous-traitants (auxiliaires) contractuellement. Si une prestation est externalisée à un sous-traitant les obligations et les garanties du fournisseur doivent lui être transférées en fonction des risques de l'opération.

- 13) Projet cm 49 : Cette disposition mérite d'être précisée, en ce sens que la circulaire s'applique en cas d'approbation de modifications basée sur l'art. 4 al. 2 lit. j et i en relation avec l'art. 5 al. 2 LSA.

Nous vous souhaitons bonne réception de la présente et vous prions d'agréer, Monsieur, nos salutations les meilleures.

Assura SA



Serge Husmann
Compliance Officer



Hélène Wetzel
Responsable du Service juridique

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Per Email an regulation@finma.ch

Bern, 31. Januar 2017

Totalrevision des FINMA-Rundschreibens 17/xx "Outsourcing – Banken und Versicherer"

Sehr geehrter Herr Brügger

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf des totalrevidierten FINMA-Rundschreibens 17/xx Outsourcing – Banken und Versicherer.

Einleitende Bemerkungen

asut begrüsst die Konkretisierung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Outsourcing-Vorhaben von Banken und Versicherungen sowie deren vertraglichen Grundlagen in einem Rundschreiben. Ebenso unterstützen wir die Beibehaltung einer prinzipienbasierten Aufsichtspraxis bei Outsourcings und deren Harmonisierung für Banken und Versicherungsunternehmen.

In einigen Punkten bedarf der Entwurf des Rundschreibens jedoch noch der Klarstellung und Präzisierung.

Geltungsbereich und Begriffe (RZ 2ff.):

Regelungsgegenstand des vorliegenden Rundschreibens ist die Auslagerung von wesentlichen Dienstleistungen durch Banken an darauf spezialisierte Dienstleistungsunternehmen. Dies ergibt sich aus RZ 1 in Verbindung mit RZ 4. Im weiteren Verlauf des Rundschreibens ist sodann teilweise die Rede von "wesentlichen Dienstleistungen", während in anderen Passagen lediglich der Begriff "Dienstleistung" verwendet wird. Dies ist zwar aus sprachlicher Sicht nachvollziehbar, führt jedoch zu unnötiger Rechtsunsicherheit.

Die Definition des Outsourcings sollte deshalb wie im bisherigen Rundschreiben durch die Präzisierung "im Sinne des Rundschreibens" ergänzt werden. Damit können allgemeine, aus regulatorischen Gesichtspunkten nicht relevante Outsourcings von regulatorisch relevanten Outsourcings klar unterschieden werden.

asut schlägt deshalb die folgende Formulierung in RZ 4 vor: Ein Outsourcing (Auslagerung) im Sinne des Rundschreibens liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen.

Wesentliche Dienstleistungen (RZ 5)

Der Erläuterungsbericht hält im Zusammenhang mit der Definition von wesentlichen Dienstleistungen fest, dass ein Outsourcing als wesentlich gilt, wenn der Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu CID erhält. Dabei verweist der Bericht auf Rz. 53 des Anhangs 3 des FINMA-Rundschreibens 2008/21 „Ope-

rationelle Risiken – Banken“, die Massen-CID definiert als „Menge von CID, welche im Vergleich zur Gesamtzahl der Konten/Gesamtgrösse des Privatkundenportfolios bedeutend ist“. Der wörtlichen Auslegung des Rundschreibens zufolge genügt der Zugang zu lediglich einer einzigen CID für dessen Anwendbarkeit, während gemäss Rundschreiben 2008/21 "Operationelle Risiken – Banken" Massen-CID erforderlich sind. asut ist Auffassung, dass das Rundschreiben 2008/21 "Operationelle Risiken – Banken" massgebend ist.

asut bittet die FINMA um Klärung innerhalb des Anhörungsberichts, um Missverständnisse auszuschliessen.

Klarstellung zum Gegenstand eines Outsourcings im Rahmen des FINMA RS bzw. explizite Ausklammerung von Telekommunikationsdiensten (RZ 4)

asut begrüsst den Grundsatz, dass der Gegenstand des unter das Rundschreiben fallenden Outsourcings unabhängig davon sein soll, ob eine Dienstleistung zunächst vom auslagernden Institut selbst erbracht wurde oder ob sie erstmalig von einem Drittanbieter bezogen wird.

Die komplette Streichung der diesbezüglichen Regelungen in RZ 3 des geltenden Rundschreibens kombiniert mit dem im Erläuterungsbericht aufgeführten Grundsatz, dass sämtliche Auslagerungen, die zu einem Zugang zu CID bzw. Massen-CID (gemäss Fussnote 4) führen, als wesentliches Outsourcing gelten, führt jedoch in folgendem Fall zu Unklarheit: asut möchte klarstellen, dass nur Leistungen, welche "theoretisch" von einem bewilligten Institut selbst erbracht werden können, unter die Regulierung der FINMA bzw. des FINMA Rundschreibens Outsourcing fallen. Andererseits fallen insbesondere eigenständig regulierte Leistungen, welche nicht vom bewilligten Institut selbst erbracht werden können (beispielsweise die regulierte Fernmelde- oder Postdienste), offensichtlich nicht unter die Regulierungskompetenz der FINMA. Demnach sollen diese nicht vom FINMA Rundschreibens betroffen sein.

asut fordert die FINMA daher auf, Leistungen, die nicht vom bewilligten Institut selbst erbracht werden können, explizit aus dem Anwendungsbereich des FINMA-Rundschreibens auszuschliessen, analog den MAS Outsourcing Guidelines (Annex 1, Ziffer 2, lit. a), Seite 29.

Dies insbesondere da Telekommunikationsdienste vom Fernmeldegeheimnis geschützte Randdaten beinhalten, die nicht gleichzeitig auch als (abweichenden Regelungen unterstehenden) CID und den Bestimmungen des FINMA Rundschreibens unterstehende Daten qualifiziert werden können.

Inventarisierung der ausgelagerten Dienstleistungen und Beizug Dritter / "Hilfspersonen" (RZ 21 und RZ 40)

Das aktuelle Rundschreiben verwendet in RZ 21a den Begriff des "Unterakkordanten" und sieht vor, dass dessen Beizug mit schriftlicher Zustimmung erlaubt sei, solange die Grundsätze des Rundschreibens eingehalten sind. Gemäss geltender Praxis der FINMA und allgemeinem Rechtsverständnis fallen weder eigene Mitarbeiter des Dienstleisters noch im Personalverleih beigezogene Personen, welche unter dem Weisungsrecht des Dienstleisters stehen, unter diesen Begriff des Unterakkordanten bzw. der entsprechenden Zustimmungspflicht.

Der vorliegende Entwurf des Rundschreibens ergänzt die Nomenklatur insoweit, dass neu in RZ 21 (Inventarisierung der beigezogenen Hilfspersonen) den Begriff der "Hilfsperson" verwendet wird und in RZ 40 (vorgängige Genehmigung des Beizugs sowie in Satz 2 Überbindung der Pflichten und Zusicherungen, welche zur Erfüllung des Rundschreibens erforderlich sind) sowohl die Begriffe des "Unterakkordanten" als auch in der Klammer "Hilfspersonen", womit beide Begriffe gleichgestellt sein sollen. asut geht davon aus, dass die FINMA ihre Praxis in dieser Hinsicht nicht zu ändern beabsichtigte. "Hilfspersonen" schliessen in der Rechtsprache jedoch nicht bloss Unterakkordanten ein, sondern auch sämtliche Arbeitnehmer und andere, dem Weisungsrecht des Leistungserbringers unterstellte Dritte (beispielsweise im Rahmen eines Personalverleihs).

asut fordert die FINMA daher auf, an Stelle von "Hilfspersonen" weiterhin konsequent den Begriff "Unterakkordanten" zu verwenden und sowohl die Inventarisierung als auch die Genehmigung von durch den Leistungserbringer beigezogenen Dritten entsprechend den vom FINMA Rundschreiben verfolgten Zielen und Zwecken zu regeln.

Im Erläuterungsbericht zum Entwurf des Rundschreibens wird als Kernpunkt explizit der Wegfall der bisherigen Bestimmungen mit datenschutzrechtlichem Gehalt erwähnt, worunter gemäss Ziff. 4.4.5 des Erläuterungsberichts nicht nur der Schutz von Personendaten gemäss DSGVO, sondern auch der Geschäftsgeheimnis- bzw. Bankkundengeheimnisschutz fällt. D.h. der Fokus der FINMA in Bezug auf Bankkundendaten bzw. "CID" liegt in den operationellen Risiken und namentlich den erhöhten operationellen Risiken in Bezug auf die sog. "Massen-CID" gemäss dem separaten Rundschreiben operationelle Risiken (FINMA RS 08/21). Entsprechend lässt auch die Fussnote zum letzten Absatz in Kapitel 4.1.1. des Erläuterungsberichtes darauf schliessen, dass ein Outsourcing nur dann "per se" als wesentlich gilt, wenn im Rahmen der Auslagerung der Dienstleister Zugang zu Massen-CID erhält. Die datenschutz- bzw. strafrechtlichen Regelungen und Vorgaben bei anderem Zugang zu CID ist bereits ausreichend geregelt und mit Sanktionen versehen.

Aus der Sicht von asut würde deshalb die Inventarisierung und Genehmigungs-/Überbindungspflicht unter Berücksichtigung des oben erwähnten Regelungszwecks nur in folgenden zwei Konstellationen Sinn machen:

1. Zugang des beigezogenen Dritten auf Massen-CID, wobei dem Weisungsrecht des Leistungserbringers unterstellte Personen im Rahmen eines Personalverleihs gleichermassen sowohl von der Inventarisierungs- als auch von der Genehmigungs-/Überbindungspflicht ausgenommen werden müssen, oder
2. wenn der Bezug des Dritten durch den Leistungserbringer seinerseits ein Outsourcing im Sinne des Rundschreibens begründen würde, d.h. eine selbständige, dauernde und für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung durch diesen Dritten erbracht würde (analog z.B. der im 2016 revidierten Guidelines on Outsourcing vom 27. Juli 2016 der Monetary Authority of Singapore, http://www.mas.gov.sg/~media/MAS/Regulations%20and%20Financial%20Stability/Regulatory%20and%20Supervisory%20Framework/Risk%20Management/Outsourcing%20Guidelines_Jul%202016.pdf, "MAS Outsourcing Guidelines", Ziffer 5.2.2. lit. j), Seite 16).

Eine Inventarisierung sowie Überbindung sämtlicher Vorgaben des Rundschreibens auf einen beigezogenen Dritten, inkl. Auditrechte, Einbindung in das IKS des Unternehmens, Sicherheitsdispositive etc., der z.B. im Rahmen einer Fehlerbehebung ausnahmsweise auf einzelne CID Zugriff erhält, ist aus Sicht von asut nicht dienlich und würde künftig Outsourcing-Lösungen unnötig erschweren, wenn nicht gar verhindern oder unattraktiv machen.

Berücksichtigung des Konzentrationsrisikos (RZ 24)

RZ 24 des Entwurfes sieht vor, dass Banken bei der Auswahl des Outsourcing-Dienstleisters dem Konzentrationsrisiko Rechnung tragen müssen, wenn mehrere Dienstleistungen an den gleichen Dienstleister ausgelagert werden.

Für asut ist diese Bestimmung klärungsbedürftig. Es ergibt sich weder aus dem Rundschreiben noch aus dem Erläuterungsbericht, wie dieses Konzentrationsrisiko in die Auswahl und insbesondere Kontrolle des Dienstleisters einzubeziehen ist.

Es ist nachvollziehbar, dass die Auslagerung mehrerer Dienstleistungen an einen einzigen Dienstleister deren reibungslose Fortführung bei Ausfall des Dienstleisters erschweren oder gar gefährden kann. Die Berücksichtigung solcher Risiken ist nachvollziehbar.

Die alternative Fragmentierung gebündelter Dienstleistungen birgt einen erheblichen administrativen Mehraufwand und verhindert die Nutzung von Synergien.

asut fordert die FINMA daher auf, die Regelung zur Berücksichtigung des Konzentrationsrisikos massvoll anzuwenden, in Erwägung aller in Frage stehenden Interessen, inklusive die Vermeidung eines erhöhten Risikos infolge Konzentration verschiedener Dienstleistungen auf denselben Anbieter.

Einräumung Kontroll- und Weisungsrechte (RZ 28)

Die Erfahrung hat gezeigt, dass die Einräumung von Weisungsrechten in den aktuellen RZ 25 und den neuen RZ 28 des FINMA Rundschreibens zu Diskussionen mit den Revisionsgesellschaften führen kann. Zum Teil verstehen die Revisionsgesellschaften das vertraglich einzuräumende Weisungsrecht so, dass den Unternehmen ein einseitiges Vertragsänderungsrecht einzuräumen sei. Diese Sichtweise lässt sich mit dem geltenden Recht (insbesondere dem Grundsatz «pacta sunt servanda») nicht vereinbaren. Die Formulierung der RZ lässt schliessen, dass explizit "die **dazu** nötigen Weisungs- und Kontrollrechte" eingeräumt werden sollen, was hingegen kein derartig einseitiges Vertragsänderungsrecht einräumt. Daher wäre eine Verbindung der RZ 27 und 28 in eine einzige RZ zu begrüssen, um zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit und einheitliches Verständnis durch sämtliche Revisionsstellen beitragen

Prüfung und Aufsicht (RZ 33)

Wie schon unter der geltenden Version des FINMA-RS 08/07 soll auch weiterhin eine Delegation der Prüfungshandlungen an die externe Prüfgesellschaft des Dienstleisters zulässig sein. Im Zuge der nun geplanten terminologischen Anpassungen würde es sich u.E. empfehlen, auch klarzustellen, dass eine derartige Delegation nicht nur an die externe Prüfgesellschaft des Dienstleisters, sondern an jede andere schweizerische Prüfgesellschaft zulässig ist, die über die notwendigen fachlichen Kompetenzen verfügt und nach dem Revisionsaufsichtsgesetz zur Vornahme derartiger Prüfungen zugelassen ist. Eine Einschränkung der Delegation auf die obligationenrechtliche, externe Revisionsgesellschaft des Dienstleisters ist sachlich nicht gerechtfertigt und könnte faktisch eine Delegation verunmöglichen, da der externen Revisionsstelle des Dienstleisters aufgrund der Unabhängigkeitsvorgaben die Übernahme derartiger Mandate, wie namentlich die Erstellung von Service Organization Control (SOC) Berichten, untersagt sein könnten.

Lagerung von Kundendaten im Ausland (RZ 36ff., bzw. Wegfall von RZ 39 des geltenden RS)

Gegenüber der geltenden Version des FINMA-RS 08/07 werden die Bestimmungen mit Bezug zum Datenschutz sowie diejenigen zur Kundenorientierung und des besonderen Kündigungsrechts durch den Kunden bei Lagerung von Kundendaten im Ausland gestrichen. Dadurch erfolgt eine notwendige und zu begrüsende Klärung des Verhältnisses von Aufsichtsrecht, Strafrecht und Zivilrecht. Insbesondere wird mit der Neuregelung nicht mehr der Eindruck erweckt, dass die strafrechtlichen Anforderungen aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorgaben nicht beachtet werden müssen. Im Sinne der Rechtssicherheit ist dies zu begrüßen.

Gewähr des Dienstleisters für Weiterführung kritischer Dienstleistungen im Sanierungsfall (RZ 45)

Ein Dienstleister ist bei Abschluss eines Vertrages angesichts der Bindungswirkung der Verträge ausser im Falle eines expliziten einseitigen und grundlosen (sog. "Exit for Convenience") Beendigungsrechts bei Nichterfüllung vertraglicher Pflichten seitens des Unternehmens nicht berechtigt, seine Leistungen ohne Zustimmung des Unternehmens einzustellen. Eine diesbezügliche zusätzliche vertragliche Gewähr ist somit weder notwendig noch vertraglich sinnvoll umsetzbar. Wenn schon würde es sich empfehlen sicherzustellen, dass die vertraglichen Regelungen auch rechtlich durchsetzbar wären ("MAS Outsourcing Guidelines", Ziffer 5.5.2, Seite 14). Das vom vorliegenden Entwurf verfolgte Ziel müsste also durch eine Regelung im folgenden Sinne ersetzt werden: "Die Durchsetzbarkeit der vertraglichen Regelungen muss aus rechtlicher Sicht gewährleistet sein."

Wir ersuchen Sie in diesem Sinne, die Stellungnahme der asut im Sinne des Gesagten zu berücksichtigen.

asut – Schweizerischer Verband
der Telekommunikation



Peter Grütter
Präsident

Jan Buechsenstein
+41 44 332 21 83

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
z.Hd. Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

31. Januar 2017

Stellungnahme zum Entwurf des FINMA-Rundschreibens 2017xx "Outsourcing – Banken und Versicherungen"

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir hiermit die Gelegenheit wahr, zum Entwurf des Rundschreibens 2017xx "Outsourcing – Banken und Versicherungen" (**Entwurf Rundschreiben** oder **E-RS**) Stellung zu nehmen.

Wir begrüssen die Totalrevision des Rundschreibens und unterstützen insbesondere auch das von der FINMA verfolgte Ziel, die bewährte, prinzipienbasierte Aufsichtspraxis betreffend Outsourcings beizubehalten.

Für systemrelevante Banken sieht der Entwurf des Rundschreibens neu spezifische Bestimmungen betreffend kritische Dienstleistungen und Auslagerungen an Banken innerhalb derselben Finanzgruppe vor. Auf diese möchten wir nachfolgend kurz näher eingehen, da sie für die Credit Suisse als systemrelevante Finanzgruppe besondere Auswirkungen haben könnten und namentlich die innere Organisationsfreiheit beeinträchtigen würden.

Die für die systemrelevante Finanzgruppe Credit Suisse zentralen Punkte sind die Folgenden:

- **Begriff "kritische Dienstleistungen"**: Der Entwurf des Rundschreibens verwendet den Begriff "kritische Dienstleistungen". Eine Legaldefinition dieses Begriffs findet sich weder im Bankengesetz noch in anderen finanzmarktrechtlichen Erlassen. Die im Entwurf des Rundschreibens verwendete Definition lässt unseres Erachtens einen relativ grossen Interpretationsspielraum bezüglich der Abgrenzung der "kritischen" von "unkritischen" Dienstleistungen. Dies erschwert systemrelevanten Banken die Planung und Gestaltung ihrer Outsourcingverhältnisse. Es würde sich daher anbieten, die im Entwurf des Rundschreibens verwendete Definition enger an die internationalen Standards, insbesondere jene des Financial Stability Board (**FSB**), anzugleichen. Dies reduziert das Risiko potentieller Rechtsunsicherheit und stellt zudem sicher, dass der schweizerische Standard enger an den - auf der Grundlage der Vorgaben des FSB - noch weiterzuentwickelnden internationalen Standard angebunden wird.
- **Vorgaben betreffend Organisationsstruktur**: Der Entwurf des Rundschreibens sieht vor, dass systemrelevante Banken "kritische Dienstleistungen" nicht mehr an Banken derselben Finanzgruppe auslagern dürfen. Diese Vorgabe ist unseres Erachtens nicht im Einklang mit den politischen Vorgaben, welche im Rahmen der Too-big-to-Fail Gesetzgebung von 2011 gemacht wurden und steht auch in einem Spannungsverhältnis zu den vom FSB erlassenen Guidelines.

A. "Kritische Dienstleistungen"

Randziffer 6 des E-RS besagt: "Ebenfalls wesentlich sind bei Banken Dienstleistungen, die für das Fortführen systemrelevanter Funktionen im (drohenden) Insolvenzfall notwendig sind (kritische Dienstleistungen)".

Eine Definition dieses Begriffs "kritische Dienstleistungen" ist weder im Bankengesetz noch in einem anderen finanzmarktrechtlichen Erlass vorgegeben, wird aber im Rundschreiben 2008/21 „Operationelle Risiken - Banken“ verwendet¹. Auf internationaler Ebene verwendet das FSB, zuletzt in der am 18. August 2016 publizierten "Guidance on Arrangements to Support Operational Continuity in Resolution", die Begriffe "critical functions" und "critical shared services" und weist darauf hin, dass diese Begriffe intrinsisch miteinander verknüpft sind.

Der Begriff "critical functions" entspricht inhaltlich (zumindest teilweise) dem Begriff "systemrelevante Funktionen" gemäss Art. 8 Abs. 1 BankG und der Begriff "kritische Dienstleistungen" lehnt sich offensichtlich an den Begriff "critical shared services" an. Entsprechend sind unseres Erachtens auch die Begriffe "systemrelevante Funktionen" und "kritische Dienstleistungen" miteinander zu verknüpfen, was in der im Rundschreiben verwendeten Begriffsdefinition zum Ausdruck kommen sollte.

Die FINMA wird daher ersucht, den Wortlaut von Randziffer 6 des E-RS durch den folgenden Text zu ersetzen:

Ebenfalls wesentlich sind bei Banken kritische Dienstleistungen. Kritische Dienstleistungen sind Dienstleistungen, welche von einer internen Einheit, einer separaten Rechtseinheit innerhalb der Gruppe oder einem externen Dienstleister für eine oder mehrere Geschäftseinheiten oder Rechtseinheiten der Gruppe erbracht werden und im (drohenden) Insolvenzfall, d.h. im Falle einer Sanierung oder Liqui-

¹ Vgl. Rz. 136.1. Dort lautet die Definition: „[Systemrelevante Banken] identifizieren die zur Fortführung der systemrelevanten Funktionen im Fall der Abwicklung, Sanierung oder Restrukturierung notwendigen Dienstleistungen („kritische Dienstleistungen“).“

dation der Bank, notwendig sind, um Funktionen fortführen zu können, welche für die schweizerische Volkswirtschaft unverzichtbar und nicht kurzfristig substituierbar sind.

B. Organisationsstruktur

Randziffer 16 des E-RS sieht vor, dass systemrelevante Banken "kritische Dienstleistungen nicht an Banken derselben Finanzgruppe auslagern" dürfen. Mit diesem Verbot würde, unseres Erachtens ohne genügende gesetzliche Grundlage, erheblich in die Organisationsstruktur und -freiheit der Credit Suisse Gruppe eingegriffen. Im Rahmen der Too-big-to-fail Gesetzgebung hat es das schweizerische Parlament abgelehnt, systemrelevanten Banken eine spezifische Organisationsstruktur aufzuerlegen. So wurde bereits in der Einleitung der Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes vom 20. April 2011 hervorgehoben, dass bezüglich Organisation das "Subsidiaritätsprinzip" gilt und erst dann in die Bankenstruktur eingegriffen werden sollte, wenn eine Bank den Nachweis nicht erbringen kann, dass im Fall drohender Insolvenz die Weiterführung ihrer systemrelevanten Funktionen gewährleistet ist.

Wenn es den systemrelevanten Banken in der Schweiz untersagt werden würde, kritische Dienstleistungen an Banken derselben Finanzgruppe auszulagern, bestünde unseres Erachtens ferner auch ein Spannungsverhältnis zu international anerkannten Standards. In seiner "Guidance on Arrangements to Support Operational Continuity in Resolution" vom 18. August 2016 weist das FSB darauf hin, dass von den drei möglichen Dienstleistungserbringungsmodellen, d.h. (i) Dienstleistungserbringung durch eine regulierte Einheit, (ii) Dienstleistungserbringung durch eine gruppeninterne Dienstleistungsgesellschaft und (iii) Dienstleistungserbringung durch einen Drittanbieter, kein Modell bevorzugt wird und dass grosse Institute wahrscheinlich eine Kombination aller drei Dienstleistungsmodelle implementieren werden. Wenn es systemrelevanten Banken in der Schweiz neu nicht mehr möglich wäre, kritische Dienstleistungen an Banken innerhalb derselben Finanzgruppe auszulagern, würde das Modell der Dienstleistungserbringung durch eine regulierte Einheit für die systemrelevante Finanzgruppe Credit Suisse stark beschränkt.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass eine Auslagerung von kritischen Dienstleistungen an Banken *innerhalb* derselben Finanzgruppe die "Komplexität der Dienstleistungserbringung" sowie die "operationelle Verflechtung" nicht stärker erhöht, als dies in anderen Konstellationen – v.a. Auslagerungen an Banken *ausserhalb* derselben Finanzgruppe der Fall ist. Um die "Restrukturierung im Krisenfall" nicht zu erschweren wäre es unseres Erachtens gar vorteilhafter, wenn eine Auslagerung an eine Bank *innerhalb* der Finanzgruppe erfolgen würde. Ein zentraler Vorteil einer Auslagerung an eine Bank derselben Finanzgruppe mit Sitz in der Schweiz ist, dass diese der Aufsicht der FINMA untersteht und somit im Krisenfall die fortlaufende Erbringung kritischer Dienstleistungen durch die Anordnung geeigneter Massnahmen unterstützt werden könnte. Auch hinsichtlich Transparenz und Zugang zu Informationen bestehen Vorteile, wenn es sich beim Dienstleister um eine Bank innerhalb derselben Finanzgruppe handelt statt um ein unreguliertes gruppenexternes Drittunternehmen.

Aus den vorstehenden Gründen wird die FINMA ersucht, die Randziffer 16 des E-RS zu streichen.

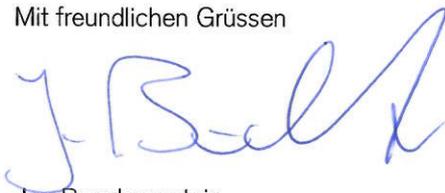
C. Weitere Kommentare | Änderungsvorschläge

Ergänzend zu den beiden in Ziff. A und B erläuterten Änderungen ersuchen wir die FINMA, unsere weiteren Kommentare und Änderungsvorschläge gemäss beiliegender Tabelle zu berücksichtigen. Diese dienen u.a. der Präzisierung einzelner Bestimmungen des E-RS. Im Besonderen ersuchen wir aber auch um die Anpassung gewisser Bestimmungen in materieller Hinsicht. Hervorheben möchten wir an dieser Stelle Folgendes:

- Rz. 5 | Rz. 21: Der Begriff "wesentliche Dienstleistung" bedarf unseres Erachtens der Präzisierung, da er für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des E-RS von zentraler Bedeutung ist. Präzisiert und einheitlich verwendet werden sollten auch die Begriffe "Dienstleister" und "Subunternehmer".
- Rz. 9: Für Banken sollen sämtliche Anforderungen des Rundschreibens neu auch bei bloss gruppeninternen Outsourcings zu erfüllen sein. Dies ist unverhältnismässig und widerspricht internationalen Standards.
- Rz. 13: Was im Zusammenhang mit Risikomanagement und Compliance als "einzelne" operative Aufgabe bzw. "rein" operative Aufgabe qualifiziert, ist nicht ohne Weiteres ersichtlich. Entsprechend wird beantragt, diese Zusätze zu streichen, womit *operative* Aufgaben betreffend Risikomanagement und Compliance weiterhin auslagerbar wären, *nicht operative* Aufgaben (wie z.B. zentrale Leitungsfunktionen oder strategische Aufgaben) hingegen nicht.
- Rz. 47: Die vorgesehene Übergangsfrist ist relativ kurz und das geplante Inkrafttreten der E-RS per 1. Juli 2017 würde für die Umsetzung der erforderliche Anpassungen nur wenig Zeit lassen. Entsprechend wird die FINMA ersucht, die Übergangsfrist auf drei Jahre zu verlängern und das Inkrafttreten des Rundschreibens vom 1. Juli 2017 auf den 1. Juli 2018 zu verschieben.

Wir würden es sehr schätzen, mit der FINMA die in der vorliegenden Vernehmlassungseingabe enthaltenen sowie allfällige weitere Punkte im Dialog zu vertiefen. Dementsprechend stehen wir für Diskussionen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Jan Buechsenstein
Head Regulatory Affairs



Corinne Arnet

FINMA Rundschreiben 2017/xx **"Outsourcing – Banken und Versicherer"**

Anmerkungen zum Vernehmlassungsentwurf
mit konkreten Änderungsvorschlägen

Zürich, 31. Januar 2017

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
	I. Zweck		
1	Das vorliegende Rundschreiben legt die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Outsourcing-Lösungen von Banken, Effekthändlern und Versicherungsunternehmen dar. Für diese enthält es Anforderungen an eine angemessene Organisation und bezweckt deren Risikobegrenzung und Abwicklungsfähigkeit.		
	II. Begriffe		
2	Als Unternehmen gelten Institute (Banken, Effekthändler und Versicherungsunternehmen) im Geltungsbereich dieses Rundschreibens.		
3	Als systemrelevante Banken resp. systemrelevante Funktionen gelten Banken resp. Funktionen, die von der Schweizerischen Nationalbank gemäss Art. 8 Abs. 3 BankG als solche bezeichnet wurden.		
4	Ein Outsourcing (Auslagerung) liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen.	Sprachliche Anpassung zur Angleichung an die bisher verwendete Definition. Ferner sollte der Zusatz "ganz oder teilweise" gestrichen werden. Ausschlaggebend sollte einzig sein, ob die ausgelagerte Dienstleistung eine "wesentliche" ist oder nicht.	Ein Outsourcing (Auslagerung) <u>im Sinne des Rundschreibens</u> liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung <u>ganz oder teilweise</u> zu erfüllen.

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
5	<p>Wesentlich sind bei Banken jene Dienstleistungen, 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.</p>	<p>Der vorgesehene Wortlaut würde den Anwendungsbereich des Rundschreibens ausweiten. "Wesentlich" wären neu auch "Dienstleistungen, die sich (...) generell auf operationelle oder rechtliche Risiken auswirken können". Es gibt kaum eine Dienstleistung, die sich nicht in irgendeiner Form auf "operationelle" oder "rechtliche" Risiken auswirken könnte und damit wesentlich im Sinne dieser Definition wäre.</p> <p>Der Begriff "IT (Informations- und Datenverarbeitung)" sollte aus der Liste der Beispiele entfernt werden. Die "IT" unterstützt heute nahezu alle Geschäftsprozesse, sowohl "wesentliche" im Sinne des Rundschreibens (insbesondere auch die anderen Dienstleistungen, die in der Liste genannt werden) als auch andere, die nicht vom Rundschreiben erfasst sind. Letztere sollten nicht in den Anwendungsbereich des Rundschreibens fallen, bloss, weil sie "IT"-unterstützt sind und wegen der Auslagerung des nicht wesentlichen Prozesses auch die erforderliche IT vom entsprechenden Dienstleister betrieben wird.</p> <p>Ferner sollte im Zusammenhang mit dem Begriff "Bankdokumente" präzisiert werden, dass Druck und Versand davon nur dann wesentlich sind, wenn damit die Offenlegung von Massen-CID einhergeht.</p>	<p>Wesentlich sind bei Banken jene Dienstleistungen, die sich <u>erheblich</u> auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts-, oder Reputationsrisiken sowie <u>generell</u> auf <u>andere, für den Geschäftsbetrieb der Bank wesentliche</u> 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 <u>(sofern dazu dem Dienstleister Massen-CID offengelegt werden)</u>.</p>

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
6	Ebenfalls wesentlich sind bei Banken Dienstleistungen, die für das Fortführen systemrelevanter Funktionen im (drohenden) Insolvenzfall notwendig sind (kritische Dienstleistungen).	Der Begriff der "kritischen Dienstleistung" ist im Schweizer Recht nicht definiert. Weder das BankG noch ein anderer finanzmarktrechtlicher Erlass führt aus, was darunter zu verstehen ist. Soweit die FINMA hier die Vorgaben des FSB umsetzen möchte, sollte auch die Definition des Begriffs "kritische Dienstleistung" entsprechend eng an die vom FSB verwendeten Begriffe "critical functions" und "critical shared services" ¹ angelehnt sein. Der Änderungsvorschlag soll die Terminologie des FSB aufnehmen und in die Schweizer Gesetzgebung einbetten.	Ebenfalls wesentlich sind bei Banken <u>kritische Dienstleistungen</u> , <u>Kritische Dienstleistungen sind Dienstleistungen, welche von einer internen Einheit, einer separaten Rechtseinheit innerhalb der Gruppe oder einem externen Dienstleister für eine oder mehrere Geschäftseinheiten oder Rechtseinheiten der Gruppe erbracht werden und im (drohenden) Insolvenzfall, d.h. im Falle einer Sanierung oder Liquidation der Bank, notwendig sind, um die für das Fortführen systemrelevanter Funktionen fortführen zu können, welche für die schweizerische Volkswirtschaft unverzichtbar und nicht kurzfristig substituierbar sind.</u> im (drohenden) Insolvenzfall notwendig sind (kritische Dienstleistungen)
7	Wesentlich sind bei Versicherungsunternehmen jene Dienstleistungen, die untrennbar mit dem Betrieb eines Versicherungsunternehmens verbunden sind, wie die Produktion (Produktentwicklung, Vertrieb, Risikozeichnung), die Bestandesverwaltung (Policenverwaltung), die Schadenregulierung (Leistungsbearbeitung), das Rechnungswesen (Finanzbuchhaltung und -controlling), die Vermögensanlage und -verwaltung sowie die IT (Informations- und Datenverarbeitung). Wesentlich sind ausserdem das Risikomanagement und die Compliance.		
	III. Geltungsbereich		

¹ Vgl. FSB "Guidance on Arrangements to Support Operational Continuity in Resolution" vom 18. August 2016, Ziff. 2.2.

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
8	Dieses Rundschreiben gilt für:		
9	Banken und Effektenhändler mit Sitz in der Schweiz sowie schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Banken und Effektenhändler;	<p>Es ist klarzustellen, dass das Rundschreiben für ausländische Zweigniederlassungen von Banken und Effektenhändlern mit Sitz in der Schweiz nicht gilt.</p> <p>Banken sollen sämtliche Anforderungen des Rundschreibens neu auch bei gruppeninternen Outsourcings zu erfüllen haben. Dies wäre unverhältnismässig, da es die konkreten Umstände der jeweiligen gruppeninternen Situation nicht berücksichtigt.</p> <p>Die FINMA wird daher ersucht, auch unter dem neuen Rundschreiben die Möglichkeit von Erleichterungen bei gruppeninternen Auslagerungen (v.a. bei Auslagerungen an eine Service Co) vorzusehen. Solche Erleichterungen sollten insbesondere hinsichtlich der folgenden Anforderungen gelten: Risikoanalyse vor Vertragsschluss (vgl. Rz. 23), Prüfung der professionellen Fähigkeiten sowie der Ressourcen (vgl. Rz. 24), Berücksichtigung der Transitions- und Wechselkosten (vgl. Rz. 25), Erfordernis der vorgängigen Genehmigung bei Beizug von Subunternehmern (vgl. Rz. 40).</p> <p>Ferner wies bspw. auch die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich darauf hin, dass bei gruppeninternen Outsourcings den unterschiedlichen Risikograden Rechnung getragen werden kann². Auch der Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Bankenwesen vertrat, dass die speziellen Umstände eines gruppeninternen Outsourcings berücksichtigt werden können, z.B. der Grad der Kontrolle / Einflussmöglichkeiten auf den gruppeninternen Dienstleister oder ob der</p>	Banken und Effektenhändler mit Sitz in der Schweiz sowie schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Banken und Effektenhändler <u>(jedoch nicht für ausländische Zweigniederlassungen von Banken und Effektenhändlern mit Sitz in der Schweiz)</u> ;

²

Vgl. Publikation "Outsourcing in Financial Services" des Joint Forum des Basel Committee on Banking Supervision vom Februar 2005, S. 4: "(...) firms should consider any affiliation or other relationship between the outsourcing entity and the service provider. While it is necessary to apply the Outsourcing Principles to affiliated entities, it may be appropriate to adopt them with some modification to account for the potential for differing degrees of risk with respect to intra-group outsourcing."

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
		gruppeninterne Dienstleister in die konsolidierte Aufsicht fällt oder nicht ³ . Auch in der Richtlinie der Europäischen Kommission zur Durchführung der MiFID-Richtlinie wurde vorgesehen, dass betreffend gruppeninternen Outsourcings berücksichtigt werden kann, "...in welchem Umfang [das auslagernde Unternehmen] den Dienstleister kontrolliert oder sein Handeln beeinflussen kann" ⁴ .	
10	Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz und Zweigniederlassungen von ausländischen Versicherungsunternehmen, welche die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb nach Art. 3 und 6 VAG (Erstbewilligung) oder die Bewilligung für einzelne Elemente des Geschäftsplans nach Art. 4 i.V.m. Art. 5 VAG (Änderungsbewilligung) bedürfen.		
	IV. Zulässigkeit		
	A. Gemeinsame Bestimmungen		
11	Vorbehältlich der nachfolgenden Ausnahmen (Rz 12–20) ist die Auslagerung aller wesentlichen Dienstleistungen zulässig.		
12	Nicht auslagerbar sind die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle durch das Oberleitungsorgan, zentrale	Das "Fällen von strategischen Entscheiden" ist bereits im Begriff "Oberleitung" miterfasst.	Nicht auslagerbar sind die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle durch das Oberleitungsorgan, <u>sowie</u> zentrale Führungsaufgaben der Geschäftsleitung sowie Funktionen, die das Fällen von

³ Vgl. Publikation "Guidelines on Outsourcing" des Committee of European Banking Supervisors vom 14. Dezember 2006, S. 5: "Outsourcing institutions should be aware that supervisory authorities may take specific circumstances into consideration, such as the extent to which the outsourcing institution controls the service provider or has the ability to influence its actions, and the extent to which the service provider is included in the consolidated supervision of the group, when assessing the risks associated with an intragroup outsourcing arrangement and the treatment to apply to such arrangements."

⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
	<p>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.</p>		<p>strategischen Entscheiden umfassen.</p>
<p>13</p>	<p>Als zentrale Kontroll- und Führungsaufgaben nicht vollständig auslagerbar 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.</p>	<p>Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Bereiche "Risikomanagement" und "Compliance" hier spezifisch geregelt werden. Unseres Erachtens genügt die Regelung in Rz. 12, wonach zentrale Führungsaufgaben nicht auslagerbar sind. Wir ersuchen die FINMA daher, diese Rz. 13 ganz zu streichen.</p> <p>Sofern diese Rz. 13 nicht ganz gestrichen werden kann, wären im zweiten Satz zumindest die Begriffe "einzelne" und "rein" zu streichen, da die Beschränkung auf "einzelne, rein operative" Aufgaben Abgrenzungsschwierigkeiten schafft und den Bereich der auslagerbaren Dienstleistungen unverhältnismässig stark einschränken würde. Sodann wäre zu präzisieren, welche Aufgaben betreffend Risikomanagement und Compliance als "operativ" qualifizieren und welche nicht. Schliesslich wäre auch sicherzustellen, dass sich aufgrund dieses Verbots keine Widersprüche zu anderen regulatorischen Anforderungen an systemrelevante Banken ergeben, namentlich betreffend die Service Co (an die Service Co müssen nach unserem Verständnis auch nicht operative Aufgaben aus den Bereichen Risikomanagement und Compliance ausgelagert werden können).</p>	<p>Als zentrale Kontroll- und Führungsaufgaben nicht vollständig auslagerbar 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.</p>
<p>14</p>	<p>Bei Unternehmen der Aufsichtskategorien 4 und 5 ist die Auslagerung von operativen Aufgaben der Compliance umfassend möglich.</p>	<p>Diese Ausnahme für Unternehmen der Aufsichtskategorien 4 und 5 ist zufolge der Änderung in Rz. 13 nicht notwendig und kann gestrichen werden.</p>	<p>Bei Unternehmen der Aufsichtskategorien 4 und 5 ist die Auslagerung von operativen Aufgaben der Compliance umfassend möglich.</p>
	<p>B. Banken</p>		

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
15	<p>Systemrelevante Banken stellen sicher, dass das Outsourcing keine [■1] Nachteile auf die Fortführung kritischer Dienstleistungen im (drohenden) Insolvenzfall der systemrelevanten Bank selbst oder einer Gesellschaft derselben Finanzgruppe bewirkt. Sie treffen im Rahmen ihrer Notfallplanung die dafür [■2] nötigen Massnahmen (Art. 9 Abs. 2 Bst. d BankG i.V.m. Art. 60–63 BankV).</p>	<p>[■1] Dies sollte auf "wesentliche" Nachteile beschränkt werden, da jede Auslagerung in Bezug auf die Fortführung von kritischen Dienstleistungen als möglicher Nachteil angesehen werden könnte.</p> <p>[■2] Angleichung an den Wortlaut von Art. 60 BankV.</p>	<p>[■1] Systemrelevante Banken stellen sicher, dass das Outsourcing keine <u>wesentlichen</u> Nachteile auf die Fortführung (...) </p> <p>[■2] Sie treffen im Rahmen ihrer Notfallplanung die dafür <u>nötigen-notwendigen</u> Massnahmen (Art. 9 Abs. 2 Bst. d BankG i.V.m. Art. 60–63 BankV).</p>

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
16	Systemrelevante Banken dürfen kritische Dienstleistungen nicht an Banken derselben Finanzgruppe auslagern.	<p>Diese Bestimmung sollte gestrichen werden, insbesondere aus folgenden Gründen (vgl. auch Begleitschreiben):</p> <p>(1) Ein solches Verbot würde einen schweren Eingriff in die Organisationsfreiheit systemrelevanter Banken darstellen. Ein solcher Eingriff wurde vom Parlament bereits im Rahmen der Too-big-to-fail Gesetzesnovelle 2011 abgelehnt und könnte sich somit auch nicht auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen.</p> <p>(2) Es ist nicht ersichtlich, weshalb es systemrelevanten Banken verboten sein sollte, kritische Dienstleistungen (vgl. zum Begriff der "kritischen Dienstleistungen" den Kommentar zu Rz. 6) an Banken <i>innerhalb</i> derselben Finanzgruppe auszulagern, es dagegen zulässig sein soll, kritische Dienstleistungen an Banken <i>ausserhalb</i> derselben Finanzgruppe auszulagern. Um die Fortführung systemrelevanter Funktionen gewährleisten zu können und Massnahmen bei Insolvenzgefahr treffen zu können, ist eine Auslagerung an eine Bank <i>innerhalb</i> der Finanzgruppe wahrscheinlich gar vorteilhafter.</p> <p>(3) Ein solches Verbot würde sodann den Vorgaben des FSB widersprechen. In seiner "Guidance on Arrangements to Support Operational Continuity in Resolution" vom 18. August 2016 hält das FSB fest, dass kein Servicemodell bevorzugt werden soll und gerade grosse Institute wahrscheinlich eine Kombination aller drei Servicemodelle implementieren werden⁵.</p>	Systemrelevante Banken dürfen kritische Dienstleistungen nicht an Banken derselben Finanzgruppe auslagern.

5

Vgl. FSB "Guidance on Arrangements to Support Operational Continuity in Resolution" vom 18. August 2016, Ziff. 1.4: "The guidance discusses those arrangements in the context of three service delivery models: (i) service provision within a regulated entity; (ii) service provision by an intra-group service company; and (iii) service provision by a third party service provider. The guidance recognises that large firms are likely to use a combination of the three models. There is no presumption that firms, or certain types of firms, should adopt any particular model."

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
	C. Versicherungsunternehmen		
17	Das Outsourcing von wesentlichen Dienstleistungen und die beschränkt zulässige Auslagerung von Kontrollfunktionen sind nach Art. 4 Abs. 2 Bst. j i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG geschäftsplanrelevant und damit genehmigungspflichtig.		
18	Für Versicherungscaptives ist die Auslagerung von Führungs- und Kontrollfunktionen in einem weiteren Umfang zulässig als bei den übrigen Versicherungsunternehmen. Zulässig sind:		
19	Das Outsourcing des Managements von Direkt- und Rückversicherungscaptives mit Sitz in der Schweiz (inkl. zentraler Führungsaufgaben der Geschäftsleitung) auf entsprechend spezialisierte Captive-Management-Gesellschaften;		
20	Das Outsourcing des Managements von Zweigniederlassungen ausländischer Direktversicherungscaptives innerhalb des Konzerns oder auf entsprechend spezialisierte Captive-Management-Gesellschaften. Die aufsichtsrechtliche Funktion des Generalbevollmächtigten (Art. 17 und 18 AVO) darf dadurch nicht eingeschränkt werden.		
	V. Anforderungen an auslagernde Unternehmen		
	A. Inventarisierung der ausgelagerten Dienstleistungen		

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
21	<p>Über die ausgelagerten Dienstleistungen ist [■1] ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer [■2] (inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen) und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27).</p>	<p>[■1] Die Pflicht das Inventar aktuell zu halten, sollte angemessenen Anforderungen bezüglich Zeitpunkt und Frequenz solcher Aktualisierungen unterworfen sein (vgl. auch Wortlaut von Art. 61 Abs. 1 lit. f. BankV).</p> <p>[■2] Der Begriff "Dienstleister" sollte einheitlich verwendet werden oder es sollte erklärt werden, wie sich der "Erbringer" vom "Dienstleister" unterscheidet. Sodann sollte auf den Begriff "Hilfsperson" verzichtet werden, da dieser beispielsweise auch Mitarbeiter des Dienstleisters erfassen würde. Stattdessen sollte der gebräuchliche Begriff "Subunternehmer" verwendet werden. Zudem sollte dieser Begriff an geeigneter Stelle definiert werden (siehe dazu den nebenstehenden Formulierungsvorschlag).</p>	<p>[■1] Über die ausgelagerten Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen, <u>welches regelmässig aktualisiert wird.</u></p> <p>[■2] Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer—Dienstleister (inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen<u>Subunternehmer</u>) (...)</p> <p><u>Als Subunternehmer werden in diesem Rundschreiben Dritunternehmer bezeichnet, denen der Dienstleister die Erbringung wesentlicher Teile der ausgelagerten Dienstleistung delegiert.</u></p>
22	<p>Die Versicherungsunternehmen führen dieses Inventar im Rahmen des Geschäftsplanformulars J.</p>		
	<p>B. Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleiters</p>		
23	<p>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 ökonomischen</p>	<p>Anpassung, um klarzustellen, dass nur ein verhältnismässiger Dokumentationsaufwand verlangt werden kann.</p> <p>Die FINMA wird hiermit ersucht, zu bestätigen, dass bezüglich der Beurteilung der "Chancen" kein neuer Standard eingeführt werden soll, d.h. der heute bereits angewendete Standard</p>	<p>Entsprechend den mit der Auslagerung verfolgten Zielen sind die <u>wesentlichen</u> Anforderungen an die Leistungserbringung vor Vertragsschluss festzulegen und <u>angemessen</u> zu dokumentieren.</p>

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
	und operativen Überlegungen und die damit verbundenen Risiken und Chancen einschliesst.	weitergilt. Betreffend die Risikoanalyse sollten geringere Anforderungen zu erfüllen sein im Falle von gruppeninternen Auslagerungen (insbesondere im Falle von Auslagerungen an eine Service Co; vgl. auch Rz. 9).	
24	Die Auswahl des 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 Konzentrationsrisiko Rechnung zu tragen.	Anpassung, um klarzustellen, dass nur ein verhältnismässiger Prüfungsaufwand verlangt werden kann. Betreffend die Prüfung von professionellen Fähigkeiten sowie finanziellen und personellen Ressourcen sollten geringere Anforderungen zu erfüllen sein im Falle von gruppeninternen Auslagerungen (insbesondere im Falle von Auslagerungen an eine Service Co; vgl. auch Rz. 9).	Die Auswahl des Dienstleisters hat unter Berücksichtigung und angemessener Prüfung seiner professionellen Fähigkeiten sowie seiner finanziellen und personellen Ressourcen zu erfolgen.
25	Ferner sind beim Entscheid über das Outsourcing und bei der Auswahl des Dienstleisters die Aspekte der Transitions- und Wechselkosten zu berücksichtigen. Der Dienstleister hat Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung zu bieten. Die geordnete Rückführung der ausgelagerten Dienstleistung muss sichergestellt sein.	Der Fokus auf Transitions- und Wechselkosten ist unseres Erachtens nicht sinnvoll, da diese Kosten lediglich ein Teil der relevanten Kosten darstellen, welche zu berücksichtigen sind. Ferner kann ein Dienstleister keine eigentliche "Gewähr" für die Leistungserbringung bieten. Entsprechend beantragen wir, die ersten beiden Sätze zu streichen.	Ferner sind beim Entscheid über das Outsourcing und bei der Auswahl des Dienstleisters die Aspekte der Transitions- und Wechselkosten zu berücksichtigen. Der Dienstleister hat Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung zu bieten. Die geordnete Rückführung der ausgelagerten Dienstleistung muss sichergestellt sein.
26	Die Zuständigkeiten des Unternehmens und des Dienstleisters sind vertraglich festzulegen und abzugrenzen, insbesondere bezüglich Schnittstellen und Verantwortlichkeiten.		
27	Die ausgelagerte Dienstleistung ist in das interne Kontrollsystem des Unternehmens		

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
	<p>zu integrieren. Die mit der Auslagerung verbundenen wesentlichen Risiken sind systematisch zu identifizieren, zu überwachen, zu quantifizieren und zu steuern. Unternehmensintern ist eine verantwortliche Stelle zu definieren, die für die Überwachung und Kontrolle des Dienstleisters zuständig ist. Dessen Leistungen sind fortlaufend zu überwachen und zu beurteilen, so dass allfällig nötige Massnahmen sofort ergriffen werden können.</p>		
<p>28</p>	<p>Das Unternehmen hat sich die dazu nötigen Weisungs- und Kontrollrechte vom Dienstleister vertraglich einräumen zu lassen.</p>		
	<p>C. Verantwortung</p>		
<p>29</p>	<p>Das Unternehmen trägt gegenüber der FINMA weiterhin die selbe Verantwortung, wie wenn es die ausgelagerte Dienstleistung selber erbringen würde. Es hat die ordnungsgemässe Geschäftsführung jederzeit zu gewährleisten.</p>		
	<p>D. Sicherheit</p>		
<p>30</p>	<p>Bei sicherheitsrelevanten Auslagerungen (namentlich im Bereich IT) legen das Unternehmen und der Dienstleister vertraglich Sicherheitsanforderungen fest. Deren Einhaltung sind vom</p>		

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
	Unternehmen zu überwachen.		
31	Das Unternehmen und der Dienstleister erarbeiten ein Sicherheitsdispositiv, 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.		
	E. Prüfung und Aufsicht		
32	Das Unternehmen und dessen Prüfgesellschaft sowie die FINMA müssen in der Lage sein, die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen beim Dienstleister zu prüfen. Zu ihren Gunsten ist vertraglich ein jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht einzuräumen.	Das Prüfrecht beschränkt sich auf die durch das Unternehmen ausgelagerte Dienstleistung.	Zu ihren Gunsten ist vertraglich ein jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht in Bezug auf die ausgelagerte Dienstleistung einzuräumen.
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.		

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
34	Die Auslagerung einer Dienstleistung darf die Aufsicht durch die FINMA nicht erschweren, insbesondere bei einer Auslagerung ins Ausland.	Anpassung, um klarzustellen, dass keine unverhältnismässige Erschwerung vorliegen darf (jede Auslagerung führt zu einem gewissen Grad zu einer Erschwerung der Aufsicht).	Die Auslagerung einer Dienstleistung darf die Aufsicht durch die FINMA nicht <u>unverhältnismässig</u> erschweren, (...)
35	Untersteht der Dienstleister nicht der Aufsicht der FINMA, hat er sich gegenüber dem Unternehmen vertraglich zu verpflichten, der FINMA sämtliche Auskünfte und Unterlagen bezogen auf den ausgelagerten Geschäftsbereich zur Verfügung zu stellen, die sie für die Aufsichtstätigkeit benötigt. Falls Prüftätigkeiten an die Revisionsstelle des Dienstleisters delegiert werden, ist ihr Bericht der FINMA, der internen Revisionsstelle und der Prüfgesellschaft des auslagernden Unternehmens auf Anfrage zur Verfügung zu stellen.		
	F. Auslagerungen ins Ausland		
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	Die Änderungsvorschläge sollen insbesondere zum Ausdruck bringen, dass auch im Falle einer Auslagerung ins Ausland keine Bewilligung benötigt wird. Um unnötigen Aufwand zu vermeiden, sollte die FINMA unseres Erachtens eine Liste führen, welcher die beaufsichtigten Institute entnehmen können, bezüglich welcher Länder dieser Nachweis als erbracht gilt.	Auslagerungen ins Ausland sind <u>erst</u> -zulässig, nachdem-sofern das Unternehmen ausdrücklich nachgewiesen hat <u>nachweisen kann</u> , dass es selber, seine Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können.

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
	Auslagerung zu beurteilen.		
37	Bei der Auslagerung von Massenkundenidentifikationsdaten (Client Identifying Data) ins Ausland ist die FINMA vorgängig zu informieren.		
38	Die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des Unternehmens in der Schweiz muss gewährleistet sein. Der Zugriff auf die dafür notwendigen Daten muss jederzeit in der Schweiz möglich sein.	Der Änderungsvorschlag bringt zum Ausdruck, dass eine Datenspiegelung in der Schweiz nicht technologie-neutral wäre und die damit verbundenen Kosten enorm wären, weil es nicht nur um die Spiegelung der Daten selber ginge, sondern auch um den Betrieb der unterliegenden IT-Systeme.	Die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des Unternehmens in der Schweiz muss gewährleistet sein. Der Zugriff auf die <u>für die Sanierung bzw. Abwickelbarkeit</u> dafür notwendigen Daten muss jederzeit in von der Schweiz <u>aus</u> möglich sein <u>und vertraglich zugesichert werden</u> .
	G. Vertrag		
39	Die Auslagerung muss auf einem schriftlichen Vertrag beruhen. Neben der Bezeichnung der Parteien und einer Beschreibung der Dienstleistung enthält dieser im Minimum folgenden Inhalt (Rz 40–41):		
40	Das Unternehmen hat den Beizug von Unterakkordanten (Hilfspersonen) von seiner vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen. Werden Hilfspersonen beigezogen, sind ihnen die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, zu überbinden.	Vgl. den Kommentar zu Rz. 21. Hinsichtlich dieser Pflicht zur vorgängigen Genehmigung sollten geringere Anforderungen zu erfüllen sein im Falle von gruppeninternen Auslagerungen (insbesondere im Falle von Auslagerungen an eine Service Co; vgl. auch Rz. 9).	Das Unternehmen hat den Beizug von <u>Unterakkordanten (Hilfspersonen) Subunternehmern</u> von seiner vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen. Werden <u>Hilfspersonen Subunternehmer</u> beigezogen, sind ihnen die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, zu überbinden.
41	Es sind vertragliche Vorkehrungen zur Umsetzung der Anforderungen gemäss diesem Rundschreiben und insbesondere		

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
	den Rz 28, 30, 32 und 35 zu treffen.		
42	Das Unternehmen hat die internen Bewilligungsverfahren für Outsourcing-Projekte sowie die Zuständigkeiten für die entsprechenden Vertragsabschlüsse festzulegen.		
43	Zusätzlich müssen systemrelevante Banken bei der Auslagerung von kritischen Dienstleistungen folgende Punkte vertraglich festhalten:		
44	Die Übertragbarkeit der kritischen Dienstleistung resp. des entsprechenden Vertragsverhältnisses durch die systemrelevante Bank ist zu gewährleisten;	Klarstellung, dass es hier um die Übertragbarkeit der Dienstleistung (und nicht des Vertragsverhältnisses durch Parteiwechsel) geht und dass diese vertraglich in geeigneter Weise sicherzustellen ist.	Die Übertragbarkeit der kritischen Dienstleistung resp. des entsprechenden Vertragsverhältnisses durch die systemrelevante Bank ist zu gewährleisten <u>vertraglich in geeigneter Weise sicherzustellen.</u>
45	Der Dienstleister hat Gewähr dafür zu bieten, dass er seine Leistung nicht einstellt, solange das Unternehmen seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt.		
	VI. Auflagen und Ausnahmen		
46	Die FINMA kann einem Unternehmen in begründeten Fällen Auflagen machen oder dieses von der Einhaltung des Rundschreibens ganz oder teilweise befreien.		
	VII. Übergangsbestimmungen		

Rz.	Text	Kommentare	Änderungsvorschläge
47	<p>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 Jahren ab Inkrafttreten so anzupassen, dass die Anforderungen des Rundschreibens eingehalten sind.</p>	<p>Die FINMA wird hiermit ersucht, die Übergangsfrist auf drei Jahre zu verlängern und das Inkrafttreten des Rundschreibens vom 1. Juli 2017 auf den 1. Juli 2018 zu verschieben.</p> <p>In Fällen, in welchen bestehende Outsourcingverhältnisse lediglich unwesentlich geändert werden, sollte die Übergangsfrist ebenfalls gelten.</p>	<p>Das Rundschreiben findet unmittelbar Anwendung auf Outsourcingverhältnisse von Banken und Effektenhändlern, die nach dessen Inkrafttreten abgeschlossen oder <u>wesentlich</u> geändert werden. Outsourcingverhältnisse von Banken und Effektenhändlern, die bei Inkrafttreten des Rundschreibens bereits bestehen, sind innerhalb einer Übergangsfrist von <u>zwei drei</u> Jahren ab Inkrafttreten so anzupassen, dass die Anforderungen des Rundschreibens eingehalten sind.</p>
48	<p>Vorbehalten bleiben anderslautende aufsichtsrechtliche Vorgaben im Rahmen der Notfallplanung von systemrelevanten Banken.</p>		
49	<p>Für Versicherungsunternehmen gilt das Rundschreiben für Erstbewilligungen ab dessen Inkrafttreten. Für Änderungsgenehmigungen gilt das Rundschreiben ab dem Zeitpunkt, in dem eine Geschäftsplanänderung der FINMA zur Genehmigung unterbreitet bzw. mitgeteilt wird.</p>		

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herr Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Per E-Mail an: regulation@finma.ch

31. Januar 2017

Stellungnahme zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer»

Sehr geehrter Herr Brügger

Im Dezember 2016 haben Sie uns eingeladen, zum neuen Rundschreiben «Outsourcing – Banken und Versicherer» (nachfolgend „Rundschreiben“) Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungs- äusserung nehmen wir gerne wahr. economiesuisse nimmt gestützt auf den Input der betroffenen Mit- glieder aus einer übergeordneten, gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

- Es ist fraglich, ob die vorgesehene Regulierung auf Stufe Rundschreiben **mit weitreichenden Auswirkungen auf Unternehmen ausserhalb der Regulierungskompetenz der FINMA** auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht.
- Die gesetzlichen Rahmenbedingungen und die Ausgangslage für Banken und Versicherer sind unterschiedlich. Es bedarf entsprechend einer **Regulierung der Vorgaben für die Versicherungsbranche in einem separaten Rundschreiben «Outsourcing – Versicherer»**.
- Vor dem Hintergrund der **dynamischen technologischen Entwicklungen gerade in der Finanzbranche muss die FINMA im Rahmen ihrer Aufsicht** sicherstellen, dass Raum für innovative Geschäftsmodelle geschaffen wird. Dies erfordert es, systematisch **unnötige und wettbewerbsbehindernde Regulierungshürden abzubauen** und geeignete Rahmenbedingungen zu schaffen.
- Insbesondere **die Regelung zu Auslagerungen ins Ausland ist zu einschränkend geraten**. Etliche der definierten Anforderungen können nicht in der geforderten Absolutheit nachgewiesen bzw. gewährleistet werden.

1. Zu einzelnen Punkten im Detail

1.1 Heikle Ausdehnung der Kompetenzen der FINMA

Wir stehen der Regulierungspraxis der FINMA-Rundschreiben grundsätzlich kritisch gegenüber. Es ist ordnungspolitisch fragwürdig, dass Rundschreiben losgelöst von einer institutionellen Kontrolle und damit insbesondere ohne parlamentarischen Einbezug erlassen werden können und gleichzeitig faktischen Gesetzescharakter mit einem erheblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der regulierungsunterworfenen Banken und Versicherungen haben. Im vorliegenden Fall wird dies dadurch noch verschärft, dass das Rundschreiben unmittelbare Auswirkungen in andere Wirtschaftszweige zeitigt, insbesondere in die Technologiebranche. Eine institutionelle Kontrolle, im konkreten Fall durch eine gerichtliche Überprüfung, ist für diese „ausenstehenden“ Branchen nicht klar gewährleistet. Damit die erheblichen Zweifel ausgeräumt werden können, ob die FINMA ausreichend kompetent ist, solche weitgehenden regulatorischen Forderungen zu stellen, sind regulatorische Vorgaben mit unmittelbaren Auswirkung auf Dritte in einem Gesetz im formellen Sinne vorzunehmen. Wir gehen im Übrigen auch unter der aktuellen Praxis davon aus, dass die FINMA entsprechend Art. 46 Kartellgesetz auch die Wettbewerbskommission zu einer allfälligen Wettbewerbsbeeinflussung durch das Rundschreiben angehört hat.

1.2 Separates Rundschreiben für die Versicherer

Aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Rahmenbedingungen und Ausgangslage für Banken und Versicherer haben die Vorgaben für den Versicherungssektor in einem separaten Rundschreiben «Outsourcing – Versicherer» reguliert zu werden. Damit können die Unterschiede zwischen den beiden Sektoren angemessen berücksichtigt werden und es wird eine konsistente Aufsicht versicherungsspezifischer Aspekte besser gewährleistet.

1.3 Technologieneutralität und Zukunftsbeständigkeit der Vorgaben

Durch Abweichungen vom Grundsatz der prinzipienbasierten Regulierung wird nicht sichergestellt, dass jedes Institut die Anforderungen entsprechend der Grösse, Komplexität, Struktur und des Risikoprofils seines konkreten Geschäftsmodells angemessen umsetzen kann.

Die FINMA muss ganz im Sinne der prinzipienbasierten Regulierung grösseren Wert auf das materielle Resultat der Regulierung legen und nicht die Details der Regulierung festlegen. Nur durch einen prinzipienbasierten Ansatz wird Raum für innovative Modelle geschaffen, welche durch den technologischen Fortschritt erforderlich werden. Andernfalls besteht das Risiko, dass die technologische Entwicklung die Regulierung überholt oder die Regulierung die Entwicklung in eine falsche Richtung drängt.

Dies zeigt sich im Rundschreiben exemplarisch an den Vorgaben zu Cloudlösungen. Diese sind wichtige Elemente einer zukunftsorientierten, flexiblen und kostenreduzierenden IT-Strategie, gerade auch im Finanzbereich. Banken und Versicherungen müssen in einem scharfen internationalen Wettbewerb den technischen Innovationsspielraum voll nutzen können.

Cloud Computing unterscheidet sich vom herkömmlichen Outsourcing in wichtigen Punkten. Nicht mehr der einzelne physische Server steht im Mittelpunkt. Bei Cloud-basierten Diensten handelt es sich in der Regel um stark skalierbare, geographisch weit verteilte Infrastrukturen, welche weitgehend automatisiert funktionieren und international standardisiert sind. Will man nicht die der Schweizer Regulierung unterworfenen Finanzdienstleister von den international gängigen Instrumenten im Zusammenhang mit Cloud-Lösungen ausgrenzen, müssen die Möglichkeiten und Besonderheiten des Cloud Computings berücksichtigt werden.

So kann ein Cloud Outsourcing nicht nach denselben Kriterien geprüft werden wie eine andere ausgelagerte Dienstleistung (z.B. Compliance). Statt eines jederzeitigen Prüf- und Einsichtsrechts muss auch hier auf das materielle Resultat abgestellt werden. Dass dies möglich ist, zeigt sich am Beispiel der

entsprechenden Vorgaben der Financial Conduct Authorities in der UK, welche keinen jederzeitigen Zugang zum Datacenter verlangen.

1.4 Keine über den Kernauftrag der FINMA hinausgehende Vorgaben zur Abwicklung von Banken
Eine der Kernaufgaben der FINMA ist die Abwicklung von Banken. Es ist jedoch klarzustellen, dass das Rundschreiben nicht die Abwicklungsfähigkeit als solches bezweckt. Das Rundschreiben kann nur den Erhalt der Abwicklungsfähigkeit im Rahmen des Outsourcings erhalten. Weitergehende Zielsetzungen (z.B. die Erstellung der Abwicklungsfähigkeit durch Auslagerung) wären vom Gesetz nicht abgedeckt: dieses sieht in diesem Bereich keine bestimmte Organisation vor und damit auch keine Ermächtigung, eine solche vorzuschreiben.

Es soll nicht in die Organisationskompetenz der einzelnen Unternehmen eingegriffen werden. Damit würden bestimmte Strukturen zementiert und es besteht das Risiko, dass die Innovation behindert wird.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung



Erich Herzog
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches

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

Zürich, 30. Januar 2017

Anhörung FINMA-RS 17/xx „Outsourcing Banken und Versicherer“

Sehr geehrter Herr Brügger

Für die Zustellung der Unterlagen im Zusammenhang mit der Anhörung zum eingangs erwähnten FINMA-Rundschreiben danken wir bestens. Die Kommission für Bankenprüfung von EXPERTsuisse hat den Entwurf eingehend studiert. Unsere Hinweise und Bemerkungen haben wir in den Beilagen zusammengefasst.

Für Fragen stehen Ihnen die Unterzeichnenden gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
EXPERTsuisse



Dr. Thorsten Kleibold
Mitglied der Geschäftsleitung



Rolf Walker
Präsident der Kommission
für Bankenprüfung

Rz	Text gemäss Anhörungsvorlage	Anpassungsvorschläge	Begründungen und Bemerkungen
Allg.			Wir empfehlen im Rundschreiben – wo zutreffend - jeweils konsistent von Banken <i>und Effekthändlern</i> zu sprechen. Dies führt zu einem Anpassungsbedarf bei den Rz 5 und 6.
Allg.			Die bisherigen Erleichterungen in Gruppenverhältnissen werden nicht weitergeführt. Dies dürfte bei den betroffenen Unternehmen zu einem grösseren Aufwand führen. Wir regen an zu prüfen, in welchem Ausmass gegebenenfalls Erleichterungen bei Gruppenverhältnissen beibehalten werden können.
1	Das vorliegende Rundschreiben legt die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Outsourcing-Lösungen von Banken, Effekthändlern und Versicherungsunternehmen dar. Für diese enthält es Anforderungen an eine angemessene Organisation und bezweckt deren Risikobegrenzung und Abwicklungsfähigkeit.	Ergänzung: <i>Den Erfordernissen des Daten- und Geheimnisschutzes ist bei Outsourcing-Lösungen Rechnung zu tragen.</i>	Im Erläuterungsbericht wird die Streichung des Verweises auf den Datenschutz damit begründet, dass die datenschutzrechtlichen Themen aufgrund von Doppelspurigkeiten weggelassen werden, um allfällige Divergenzen und Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des Rundschreibens und den gesetzlichen Bestimmungen zum Datenschutz künftig zu vermeiden. Angesichts der Bedeutung des Themas im Allgemeinen und im Zusammenlang mit Outsourcing-Lösungen im Speziellen, erachten wir es als wichtig, trotzdem auf dieses Erfordernis in allgemeiner Form hinzuweisen. Um Klarheit betreffend des Prüfgegenstands zu schaffen ist im Rundschreiben zudem zu präzisieren, dass der Daten- und Geheimnisschutz nicht (mehr) Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Prüfung im Zusammenhang mit dem Outsourcing-Rundschreiben bildet (vgl. Vorschlag weiter hinten).
4	Ein Outsourcing (Auslagerung) liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen.	Ergänzung (allenfalls in einer neuen Rz): <i>Die selbständige Aufgabenerfüllung bedeutet, dass das Unternehmen dem Dienstleister zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben einen bedeutenden Handlungsspielraum einräumt und die dazu notwendigen Kompetenzen überträgt. Übt ein Dienstleister eine wesentliche Aufgabe aus, wird die Selbständigkeit seiner Tätigkeit im Zweifelsfall vermutet.</i>	Der Kerninhalt des dritten Abschnitts von Tz 4.1 des Erläuterungsberichts sollte im Rundschreiben selber wiedergegeben werden, da dieser Abschnitt für das Verständnis wesentlich ist. Ausserdem empfehlen wir, die Vermutung der Selbständigkeit bei einer wesentlichen Aufgabe ebenfalls im Rundschreiben festzuhalten.
5	Wesentlich sind bei Banken jene Dienstleistungen, 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.	<i>Wesentlich sind bei Banken jene Dienstleistungen, 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.</i> <i>Zudem gilt ein Outsourcing immer als wesentlich, wenn ein Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu Massen-CID erhält.</i> <i>Beispiele von Outsourcings, die im Sinne des Rundschreibens als wesentliches Outsourcing erfasst werden und solche, die vom Rundschreiben nicht erfasst werden, sind im Anhang aufgeführt.</i>	Dieses im Anhörungsbericht aufgeführte Kriterium sollte auch entsprechend im Rundschreiben festgehalten sein. Wir weisen darauf hin, dass im Erläuterungsbericht nur der Begriff CID verwendet und erst in der Fussnote der Begriff Massen-CID verwendet wird. Um Missverständnisse zu vermeiden empfehlen wir im Anhörungsbericht klarzustellen, dass die beiden Begriffe gleichlautend verwendet wurden. Die beispielhafte Auflistung von dem Rundschreiben unterstellte und nicht unterstellte Dienstleistungen hat sich bisher bewährt und wir regen an die bisherige Lösung weiterzuführen. (vgl. auch Rz 13). Betreffend Anhang vgl. Beilage zu dieser Stellungnahme.
			Sollte der Lösungsvorschlag mit dem Anhang nicht umgesetzt werden, schlagen wir folgende Formulierung von Rz 5 vor. Ferner regen wir an, in einer neuen Rz die im Anhang des heutigen Rundschreibens enthaltenen Beispiele (Negativliste) zu erwähnen,
		Wesentlich sind bei Banken jene Dienstleistungen, die sich auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Markt-,	

Rz	Text gemäss Anhörungsvorlage	Anpassungsvorschläge	Begründungen und Bemerkungen
		Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts-, oder Reputationsrisiken sowie generell auf operationelle oder rechtliche Risiken auswirken können, wie namentlich <i>das Outsourcing der gesamten Wertschriftenverwaltung an einen Dienstleister bzw. die Abwicklung der Zahlungsverarbeitung über einen einzigen Dienstleister oder eine einzige Korrespondenzbank, die Datenaufbewahrung, der Betrieb und Unterhalt von Datenbanken, der Betrieb von Informationstechnologiesystemen 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.</i>	
neu		<p><u>Für das Banken- und Effektenhändlergeschäft nicht dem Rundschreiben unterstellte Dienstleistungen gelten insbesondere die folgenden Bereiche und Tätigkeiten:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Logistik (Kantinen- und Restaurationsbetriebe, Gebäudesicherheit, allgemeine Service- und Unterstützungsleistungen usw.)</u> • <u>Personal (Lohn-, Gehalts- und Bonusabrechnungen für Mitarbeiter, Beschäftigung von temporären Mitarbeitern usw.)</u> • <u>Teilnahme an Effektenabwicklungs- und Zahlungssystemen</u> • <u>Korrespondenzbankenbeziehungen</u> • <u>physische Geldlieferungen und Werttransporte</u> • <u>Geldautomatenversorgung</u> • <u>Erwerb und Wartung von Software beziehungsweise ein Auftrag oder ein Projekt zur Software-Entwicklung</u> • <u>Kreditkartengeschäft</u> • <u>Inkassowesen</u> • <u>Rechts- und Steuerberatung</u> • <u>Übertrag der Funktion der Internen Revision gemäss Rz 83-86 des FINMA-RS 2017/1 „Corporate Governance Banken“</u> 	Die Wesentlichkeit einer Auslagerung würde erheblich besser beurteilt werden können, wenn auch Negativbeispiele im Rundschreiben selber und nicht nur im Erläuterungsbericht aufgeführt werden. Wir empfehlen, die unter Tz 4.1 des Erläuterungsberichts aufgeführten Beispiele deshalb zur Klarstellung im Rundschreiben selber aufzuführen.
6	Ebenfalls wesentlich sind bei Banken Dienstleistungen, die für das Fortführen systemrelevanter Funktionen im (drohenden) Insolvenzfall notwendig sind (kritische Dienstleistungen).	Ebenfalls wesentlich sind bei Banken Dienstleistungen, die für das Fortführen systemrelevanter Funktionen <i>i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BankG</i> im (drohenden) Insolvenzfall notwendig sind (kritische Dienstleistungen).	Wir empfehlen einen Verweis auf das BankG um den Begriff systemrelevante Funktionen klar zu definieren.
13	Als zentrale Kontroll- und Führungsaufgaben nicht vollständig auslagerbar 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.	Ergänzung: <i>Beispiele zu rein operativen Aufgaben sind im Anhang aufgeführt.</i>	Die Bestimmung ist ohne die Erläuterungen in Tz 4.3.1 Abs. 2 und 3 des Erläuterungsberichts schwer verständlich. Wir regen an, die im Erläuterungsbericht erwähnten Beispiele im Anhang (vgl. auch Rz 5) aufzulisten. Sollte in der definitiven Fassung die vorgeschlagene Lösung mit der Beibehaltung des Anhangs nicht verwirklicht werden, wären die Beispiele in dieser Rz zu integrieren.
			Sollte die Lösungsvariante mit dem Anhang nicht umgesetzt werden, schlagen wir eine neue Rz vor, in welcher die Beispiele der rein operativen Aufgaben gemäss dem Erläuterungsbericht übernommen werden

Rz	Text gemäss Anhörungsvorlage	Anpassungsvorschläge	Begründungen und Bemerkungen
neu	-	<i>Zu den rein operativen Aufgaben des Risikomanagements zählen bei Banken und Effektenhändlern etwa die Kreditrisikoüberwachung, die Kreditanalyse oder die Überwachung von Handels- und Kreditlimiten.</i>	Text gemäss Erläuterungsbericht Tz 4.3.1. Abs. 2. Die Ergänzung des Rundschreibens ist insbesondere notwendig, da die hier aufgezählten Tätigkeiten explizit nicht mehr dem Outsourcing-Rundschreiben unterliegen werden.
16	Systemrelevante Banken dürfen kritische Dienstleistungen nicht an Banken derselben Finanzgruppe auslagern.	Systemrelevante Banken dürfen kritische Dienstleistungen nicht an Banken <i>innerhalb</i> derselben Finanzgruppe auslagern.	Klarstellung, dass es sich hierbei um die eigene Finanzgruppe handelt (Anpassung an Text im Erläuterungsbericht in Tz 4.3.2 Abs. 2). Diese Bestimmung geht in dieser absoluten Formulierung weit und verunmöglicht es den Instituten Skaleneffekte und gegebenenfalls konzernintern qualitativ hochstehende Dienstleistungen zu nutzen. Wir empfehlen, die Notwendigkeit der Bestimmung resp. ihren Umfang nochmals zu hinterfragen.
21	Über die ausgelagerten Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer (inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen) und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27).	Über die <i>diesem Rundschreiben unterstehenden</i> ausgelagerten <i>wesentlichen</i> Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer (inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen) und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27).	Klarstellung. Das Rundschreiben erfasst nur wesentliche ausgelagerte Dienstleistungen und aus diesem Grund gehen wir davon aus, dass sich die Inventarisierungspflicht nur die dem Rundschreiben unterliegenden Outsourcing-Lösungen bezieht. Wir gehen ferner davon aus, dass mit „Hilfspersonen“ der in Rz 21a FINMA-RS 08/7 verwendete Begriff „Unterakkordanten“ gemeint ist.
30	Bei sicherheitsrelevanten Auslagerungen (namentlich im Bereich IT) legen das Unternehmen und der Dienstleister vertraglich Sicherheitsanforderungen fest. Deren Einhaltung sind vom Unternehmen zu überwachen.	Bei sicherheitsrelevanten Auslagerungen (namentlich im Bereich IT) legen das Unternehmen und der Dienstleister vertraglich Sicherheitsanforderungen fest. <i>Bei Banken und Effektenhändlern sollen diese zumindest die im RS 08/21 beschriebenen Anforderungen an Technologie- und Cyber Risiken abdecken. Die relevanten Anforderungen an den Daten- und Geheimschutz sind ebenfalls zu berücksichtigen. Die Einhaltung der Sicherheitsanforderungen ist vom Unternehmen zu überwachen.</i>	Was unter sicherheitsrelevanten Auslagerungen gemeint ist, ist nicht vollständig klar. Ist damit die Auslagerung von kritischen Daten angesprochen? Eine Präzisierung wäre wünschenswert. Präzisierung der Anforderungen.
31	Das Unternehmen und der Dienstleister erarbeiten ein Sicherheitsdispositiv, 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.	Das Unternehmen und der Dienstleister erarbeiten ein Sicherheitsdispositiv, das die Weiterführung der ausgelagerten Dienstleistung in sämtlichen vorhersehbaren Notfällen gewährleistet. <i>Banken und Effektenhändler berücksichtigen dabei die Anforderungen an das Business Continuity Management (BC) gemäss FINMA-RS 08/21.</i> Bei Errichtung und Anwendung des Sicherheitsdispositivs gilt für das Unternehmen derselbe Sorgfaltsmassstab, wie wenn es die ausgelagerte Dienstleistung selber erbringen würde.	Verweis auf eine in einem anderen Rundschreiben enthaltene Regelung.
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 können an die nach schweizerischem Recht organisierte Revisionsstelle des Dienstleisters <i>oder eine vom Dienstleister mandatierte Treuhandgesellschaft</i> 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 <i>oder die vom Dienstleister mandatierte Treuhandgesellschaft</i> abstellen.	Die Dienstleister beauftragen für entsprechende Prüfungen nicht in allen Fällen ihre ordentliche Revisionsstelle (z.B. für Kontrollprüfungen im Rahmen von ISAE 3402 / ISAE 3000 / SOC 1 / SOC 2 Berichten). Diese Konstellation ist zu berücksichtigen.
37	Bei der Auslagerung von Massen-Kundenidentifikationsdaten (Client Identifying Data) ins Ausland ist die FINMA vorgängig zu informieren.		Aufgrund der Formulierung gehen wir davon aus, dass mit der Auslagerung unmittelbar nach erfolgter Information begonnen werden kann. Eine Reaktion der FINMA auf die Meldung ist nicht abzuwarten.
VII.		<i>Prüfung (neuer Titel)</i>	Ergänzung des Rundschreibens betreffend Prüfung
Neue Rz	-	<i>Die Prüfgesellschaften prüfen die Einhaltung der Bestimmungen dieses Rundschreibens nach Massgabe des FINMA-RS 13/3 „Prüfwesen“ und nehmen im Bericht zur Aufsichtsprüfung Stellung. Die Einhaltung der Erfordernisse an den Daten- und</i>	Klarstellung, dass der in Rz 1 erwähnte Daten- und Geheimschutz nicht Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Prüfung in diesem Prüffeld bildet.

Rz	Text gemäss Anhörungsvorlage	Anpassungsvorschläge	Begründungen und Bemerkungen
		<i>Geheimnisschutz bilden nicht Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Prüfung.</i>	
49	Für Versicherungsunternehmen gilt das Rundschreiben für Erstbewilligungen ab dessen Inkrafttreten. Für Änderungsgenehmigungen gilt das Rundschreiben ab dem Zeitpunkt, in dem eine Geschäftsplanänderung der FINMA zur Genehmigung unterbreitet bzw. mitgeteilt wird.	<i>Für Versicherungsunternehmen gilt das Rundschreiben für Erstbewilligungen ab dessen Inkrafttreten. Auf geänderte Outsourcingverhältnisse ist das Rundschreiben ab dem Zeitpunkt, in dem eine entsprechende Geschäftsplanänderung der FINMA mitgeteilt wird, anwendbar. In jedem Fall sind die Outsourcingverhältnisse von Versicherungen aber innerhalb der Übergangsfrist von zwei Jahren ab Inkrafttreten des Rundschreibens so anzupassen, dass dessen Anforderungen eingehalten sind.</i>	Diese Präzisierungen sollen den Zeitpunkt der notwendigen Anpassungen der Outsourcingverhältnisse klarstellen. Andernfalls ist unklar, ob die Anpassung aller Outsourcingverhältnisse auf die erste Geschäftsplanänderung nach Inkrafttreten des Rundschreibens zu erfolgen hat oder die Anpassung lediglich bei einem geänderten Outsourcingverhältnis und der entsprechenden Geschäftsplanänderung vorzunehmen ist. Der letzte Satz gewährleistet zudem, dass sich die Anwendbarkeit des Rundschreibens auf Outsourcingverhältnisse bei Versicherer nicht erheblich verzögert, wenn bei einem Versicherer über einen längeren Zeitraum keine geschäftsplanrelevanten Tatsachen eintreten.

Anhang 2

Beispiele von Auslagerungen (*Banken und Effekthändler*)

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
- Teilnahme an Zahlungssystemen
- Korrespondenzbankenbeziehungen
- Physische Geldlieferungen und Werttransporte
- Geldautomatenversorgung

III. Informationstechnologiesysteme und Unterhalt

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

IV. Riskmanagement

- Compliance-Funktion
- Interne Geldwäschereifachstelle
- *Einzelne 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 sind einmalige Tätigkeiten)

VI. Back-/Middle-Office-Funktionen

- Druck und Versand von Bankdokumenten (ausgenommen sind einmalige Tätigkeiten)

VII. Human Resources

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

VIII. Logistik

- Kantinen- 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. Interne Revision

- Übertrag der Funktion der internen Revision gemäss Rz 83-86 des FINMA-RS 2017/1 „Corporate Governance Banken“

X. Diverses

- Kreditkartengeschäft
- Inkassowesen
- Rechts- und Steuerberatung

Per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Homburger AG
Prime Tower
Hardstrasse 201 | CH-8005 Zürich
Postfach 314 | CH-8037 Zürich

T +41 43 222 10 00
F +41 43 222 15 00
lawyers@homburger.ch

regulation@finma.ch

31. Januar 2017 APH | BUI

P824524v2

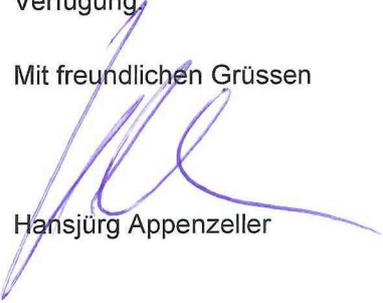
Anhörung zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer»

Sehr geehrte Damen und Herren

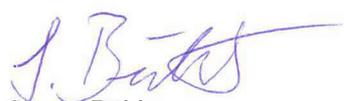
Wir beziehen uns auf Ihre Medienmitteilung vom 6. Dezember 2016, worin Sie interessierte Kreise einladen, zum Entwurf des überarbeiteten Outsourcing-Rundschreibens Stellung zu nehmen. In der Beilage übermitteln wir Ihnen unsere Kommentare zu den einzelnen geplanten Änderungen, wobei der Fokus auf die Auswirkungen betreffend Versicherungsgesellschaften gelegt wird.

Sollten Sie zu unserer Stellungnahme Fragen haben, so stehen wir Ihnen gerne für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Hansjürg Appenzeller



Simon Bühler

Anhörung zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer»

I. Liberalisierung des Outsourcings von Versicherungsunternehmen

Wir begrüssen die Liberalisierung der Auslagerungsmöglichkeiten gemäss Entwurf des FINMA-Rundschreibens 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer» (**Entwurf Rundschreiben**). Die bisherige Unterteilung der wesentlichen Funktionen in Kernfunktionen und übrige wesentliche Funktionen stellte unseres Erachtens einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Organisationsfreiheit der Versicherungsunternehmen dar. Durch die angestrebte Änderung fällt erstens die Begründungspflicht weg, welche bisher bei der Auslagerung von Kernfunktionen galt. Zweitens findet keine quantitative Begrenzung der Auslagerung auf maximal zwei Kernfunktionen mehr statt.¹

II. Anpassungsbedarf bei den Begriffen

A. Allgemein

Gemäss Erläuterungsbericht werden wesentliche Begriffe und die Terminologie des bisherigen FINMA-Rundschreibens 2008|7 «Outsourcing Banken» aktualisiert.² Einige dieser Anpassungen haben unseres Erachtens neue Fragen aufgeworfen, welche wir nachfolgend diskutieren.

B. Definition des Outsourcings

Rz. 4 Entwurf Rundschreiben

Ein Outsourcing (Auslagerung) liegt vor, wenn ein Unternehmen ~~einen~~ eine andere juristische Person (Dienstleister) beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen.

Begründung:

Wir schlagen vor, den Wortlaut an der bisherigen Definition des Begriffs Outsourcing in FINMA-RS 2008|2, Rz. 2 auszurichten. Damit wird klargestellt, dass es sich beim Dienstleister um eine andere juristische Person handeln muss. Bereits heute qualifizieren bei Versicherungsunternehmen auch andere juristische Personen innerhalb eines Konzerns als Dienstleister und unterstehen damit den

¹ Siehe hierzu Erläuterungen zum Geschäftsplan von Versicherungsunternehmen vom 21. April 2016, <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/erlaeuterungen-zum-geschäftsplan_d.pdf?la=de> (nachfolgend **Erläuterungen zum Geschäftsplan**), S.17.

² FINMA-Rundschreiben 2008|7, Outsourcing Banken vom 20. November 2008, <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2008-07.pdf?la=de> (nachfolgend **FINMA-RS 2008|7**).; Erläuterungsbericht zum Rundschreiben 2017/xx, Outsourcing – Banken und Versicherer vom 6. Dezember 2016, <<https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/rs-outsourcing/20161206-eb-rs-outsourcing.pdf?la=de>> (nachfolgend **Erläuterungsbericht**), S. 6.

Anforderungen des Outsourcings.³ Im Umkehrschluss qualifizieren rechtlich unselbständige Zweigniederlassungen des Versicherers nicht als Dienstleister.⁴ Diese Regelung ergibt sich bereits daraus, als bei einer rechtlich unselbständigen Zweigniederlassung dasselbe Rechtssubjekt vorliegt. Die Dienstleistung wird damit nach wie vor im gleichen Unternehmen erbracht, weshalb kein Outsourcing vorliegt.

Die FINMA-Praxis weicht heute im Versicherungsbereich von diesem Grundsatz im grenzüberschreitenden Bereich ab: Demnach liegt ein Outsourcing vor, wenn eine Zweigniederlassung eines ausländischen Versicherungsunternehmens in der Schweiz wesentliche Funktionen auf den ausländischen Hauptsitz oder eine andere Einheit des Unternehmens auslagert.⁵ Diese Praxis vermag aufgrund des oben dargelegten Grundsatzes, wonach es sich um eine andere juristische Person handeln muss, nicht zu überzeugen. Entsprechend führte diese Praxis denn auch zu Kritik in der Lehre.⁶ Die vorliegende Revision der aufsichtsrechtlichen Anforderungen an das Outsourcing böte unseres Erachtens die Gelegenheit, die bisherige Praxis zu hinterfragen und anzupassen.

Gemäss Erläuterungsbericht entspricht der Anwendungsbereich für Versicherungsunternehmen der bisherigen Praxis.⁷ Weiter wird im Erläuterungsbericht der Fall einer Auslagerung von Funktionen eines Versicherungsunternehmens auf seine Zweigniederlassungen als Form der Auslagerung bezeichnet. Wir verstehen diese Aussage dahingehend, dass an der bisherigen Praxis im grenzüberschreitenden Bereich (siehe oben) festgehalten wird. Zur Ausräumung von Unklarheiten erlauben wir uns anzuregen, in den FAQs klarzustellen, dass sich diese Aussage auf *ausländische* Zweigniederlassungen beschränkt. Würde diese Aussage auch inländische Zweigniederlassungen umfassen, wäre damit entgegen den Ausführungen im Erläuterungsbericht eine massive Ausweitung des Anwendungsbereichs verbunden. Gleichzeitig würde ein unhaltbarer administrativer Aufwand entstehen, welcher nicht durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt wäre.

C. Tatbestandsmerkmal der Wesentlichkeit

Rz. 7 Entwurf Rundschreiben

Wesentlich sind bei Versicherungsunternehmen jene Dienstleistungen, die untrennbar mit dem Betrieb eines Versicherungsunternehmens verbunden sind, wie die Produktion (Produktentwicklung, Vertrieb, Risikozeichnung), die Bestandesverwaltung (Policenverwaltung), die Schadenregulierung (Leistungsbearbeitung), das Rechnungswesen (Finanzbuchhaltung und -controlling), die Vermögensanlage und -verwaltung, ~~sowie die IT (Informations- und Datenverarbeitung).~~ ~~Wesentlich sind ausserdem~~ sowie das Risikomanagement und die Compliance, sofern durch die Auslagerung die Interessen der Versicherten tangiert werden.

³ FINMA FAQ Geschäftsplan von Versicherern vom 1. April 2009, <<http://web.archive.org/web/20110905201708/http://www.finma.ch/d/faq/beaufsichtigte/Seiten/faq-geschaeftsplan-versicherer.aspx>> (nachfolgend **FINMA FAQ Geschäftsplan**), Frage 26.

⁴ Vgl. BSK VAG-Gerspacher/Stauffer von May, Art. 4 N 63.

⁵ Erläuterungen zum Geschäftsplan (Fn. 1), S.15; FINMA FAQ Geschäftsplan (Fn. 3), Frage 26.

⁶ BSK VAG-Gerspacher/Stauffer von May, Art. 4 N 63.

⁷ Zum Ganzen Erläuterungsbericht (Fn. 2), S. 9.

Begründung:

Im Bankenbereich wird das Tatbestandsmerkmal der Wesentlichkeit gemäss FINMA-RS 2007|8 prinzipienbasiert bestimmt und gründet auf einer aufsichtsrechtlichen Risikobetrachtung.⁸ Demgegenüber werden im Versicherungsbereich die wesentlichen Funktionen funktional definiert.⁹

Im Entwurf Rundschreiben wird im Sinne der Kontinuität an den unterschiedlichen Konzeptionen festgehalten.¹⁰ Neu aufgenommen in den Katalog wesentlicher Dienstleistungen für Versicherungsunternehmen wurden das Risikomanagement und die Compliance.¹¹ Trotz dieser konzeptionellen Unterschiede ist zu beachten, dass auch im Versicherungsbereich eine aufsichtsrechtliche Risikobetrachtung vorzunehmen ist, um die Wesentlichkeit zu beurteilen. Mit anderen Worten ist eine Teilauslagerung von als wesentlich definierten Funktionen im Versicherungsbereich im Einzelfall auf ihre Wesentlichkeit zu prüfen. Aus dieser prinzipiellen Perspektive begrüssen wir daher die folgenden Ausführungen im Erläuterungsbericht:¹²

"Der Begriff der Wesentlichkeit enthält ein quantitatives Element, das unabhängig vom Übergang unternehmerischer Funktionen zu beurteilen ist. Die Frage der Wesentlichkeit der Teilfunktion ist danach zu beurteilen, ob durch deren Übertragung die Interessen der Versicherten tangiert werden. Die Beurteilung hängt zum einen von der Grösse des ausgegliederten Bereichs und zum anderen vom Umfang des Gestaltungsspielraums des Dienstleisters ab. So ist ein blosses Auftragsverhältnis, bei dem sich das Versicherungsunternehmen das Weisungsrecht im Einzelfall vorbehält, keine Auslagerung im Sinne des Rundschreibens. Wird also z.B. für die Erledigung einzelner Schadensfälle ein Anwaltsbüro mandatiert, so wird dies nicht als Ausgliederung einer unternehmerischen Funktion qualifiziert. Anders ist die systematische Auslagerung der Regresserledigung (als Teilfunktion innerhalb der Kernfunktion Schadenserledigung) zu beurteilen."

Zentral erscheint uns die Aussage, wonach die Beurteilung der Frage der Wesentlichkeit danach zu beurteilen ist, ob durch die Übertragung die Interessen der Versicherten tangiert werden. Zu ergänzen ist, dass neben quantitativen auch qualitative Elemente zu berücksichtigen sind. Aufgrund der Bedeutung dieser Einzelfallprüfung schlagen wir vor, Rz. 7 Entwurf Rundschreiben entsprechend zu ergänzen.

Schliesslich erlauben wir uns den Hinweis, dass im zitierten Absatz die Tatbestandsmerkmale der Wesentlichkeit sowie der Selbständigkeit vermischt werden. Die Qualifikation des angeführten Beispiels der Erledigung einzelner Schadensfälle durch ein Anwaltsbüro als Outsourcing scheitert an der Voraussetzung der Selbständigkeit des Dienstleistungserbringers. Diese Auffassung wird auch

⁸ Vgl. Erläuterungsbericht (Fn. 2), S. 7.

⁹ Zum Ganzen siehe Erläuterungen zum Geschäftsplan (Fn. 1), S.17.

¹⁰ Siehe Entwurf Rundschreiben, Rz. 5-7.

¹¹ Vgl. Erläuterungsbericht (Fn. 2), S. 8.

¹² Erläuterungsbericht (Fn. 2), S. 8.

geteilt von den gegenwärtigen Ausführungen in den Erläuterungen zum Geschäftsplan.¹³ Dies könnte zum Beispiel in FAQs klargestellt werden.

III. Verzicht auf Kombination von direkter und indirekter Aufsicht

Rz. 36 Entwurf Rundschreiben

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. Bei Banken hat Die Prüfgesellschaft des Unternehmens hat den Nachweis vor der Auslagerung zu beurteilen.

Begründung:

Während die Aufsicht im Bankenbereich grundsätzlich indirekt, d.h. über Prüfgesellschaften, erfolgt, überwacht die FINMA im Versicherungsaufsichtsrecht die Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich direkt. Diese Unterscheidung zeigt sich auch im Outsourcing-Bereich. Bei Banken besteht keine Bewilligungspflicht des Outsourcings, so lange die Voraussetzungen des FINMA-RS 2008|07 eingehalten werden. Bei Versicherungsgesellschaften ist das Outsourcing gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG Teil des Geschäftsplans und daher genehmigungspflichtig.

Im Entwurf Rundschreiben wird an dieser unterschiedlichen Konzeption grundsätzlich festgehalten.¹⁴ Allerdings soll bei Versicherungsgesellschaften die direkte Aufsicht partiell durch eine indirekte Aufsicht ergänzt werden. Konkret soll bei Auslagerungen ins Ausland die Prüfgesellschaft vorgängig den Nachweis prüfen, dass die Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können.¹⁵ Weiter wird die Schaffung neuer Prüffelder im Rahmen des FINMA-RS 2013|3 geprüft.¹⁶

Die vorgesehene Doppelspurigkeit bei Versicherungsunternehmen ist unseres Erachtens zu vermeiden. Sie führt zu einer doppelten Prüfung durch Prüfgesellschaft und FINMA, wodurch der Auslagerungsprozess zeitlich verzögert und unnötig verteuert wird. Im Sinne der Verhältnismässigkeit ist daher zu fordern, dass entweder die direkte oder die indirekte Aufsicht über diese Auslagerungen erfolgt. Wir schlagen vor, dass gleich wie bei inländischen Auslagerungen ausschliesslich eine direkte Aufsicht erfolgt. Alternativ wäre auch ein Absehen von der Genehmigungspflicht für ausländische Auslagerungen denkbar.

* * *

¹³ Erläuterungen zum Geschäftsplan (Fn. 1), S.15, insb. Fn. 4.

¹⁴ Vgl. Erläuterungsbericht (Fn. 2), S. 6.

¹⁵ Entwurf Rundschreiben, Rz. 36; Erläuterungsbericht (Fn. 2), S. 12.

¹⁶ Erläuterungsbericht (Fn. 2), S. 12.

1. Notion d'activité essentielle

La définition d'une « activité essentielle » apportée dans le texte de la circulaire est désormais formulée en des termes très généraux, à l'exclusion d'une liste d'exemples. Ceci rend difficile la détermination concrète des activités qui doivent être considérées comme essentielles, respectivement de savoir si l'outsourcing en question tombe dans le champ d'application de la circulaire. Ceci est d'autant plus surprenant que le rapport explicatif indique que la circulaire vise « maintenir la pratique actuelle ».

Nous critiquons ainsi la suppression de l'annexe contenant la liste d'exemples, qui constituait un guide pratique précieux pour la détermination et la qualification d'un grand nombre d'activités. Nous sommes d'avis que l'annexe doit être conservée et continuer à être étoffée avec le développement de la pratique.

Les activités non essentielles et certaines activités essentielles, sont, quant à elles, mieux définies dans le rapport explicatif. Pour les mêmes raisons évoquées ci-dessus, nous trouverions plus opportun d'intégrer ces définitions dans la circulaire elle-même.

2. Notion de « prestation de services critique »

Le chiffre 6 du projet de circulaire se réfère à « la continuité des fonctions d'importance systémique en cas d'insolvabilité ». La formulation de ce paragraphe est peu claire et ne nous permet pas de déterminer si cette notion s'applique uniquement aux banques d'importance systémique ou si elle s'applique à l'ensemble des banques sous surveillance.

Aussi, la notion de « prestation de services critique » doit être clarifiée.

3. Activités non externalisables

Le texte de la circulaire, même lu conjointement avec le rapport explicatif, ne nous permet pas de déterminer clairement quelles activités des fonctions compliance et de gestion du risque peuvent être déléguées et celles qui ne peuvent faire l'objet d'une délégation. La formulation elle-même (dans sa version française) prête à ambiguïté : Les tâches « purement opérationnelles » décrites sont-elles susceptibles d'être externalisées ou pas ?

Si tel est le cas, nous relevons que des aspects matériels de l'identification, de l'analyse, de l'évaluation, du pilotage ou de la surveillance des risques propres à l'entreprise se font quelques fois au travers de tâches « purement opérationnelles », et qu'une limite est donc difficile à tracer.

La mise en œuvre pratique de ces dispositions devrait être facilitée par un texte plus clair et plus précis.

4. Inventaire

Les notions de « bénéficiaire » et d'« organe responsable » nécessitent d'être plus précisément définies.

5. Choix, instruction et contrôle du prestataire

Il nous semble important que la circulaire fournisse plus de détails sur la mise en œuvre pratique de l'évaluation du « risque de concentration » (exemples, seuils, etc.) et sur les mesures à adopter en cas de risque de concentration élevé.

Nous comprenons que la notion de « coût de transition » couvre principalement la situation dans laquelle le prestataire ferait défaut de façon définitive (faillite), celle d'un défaut temporaire étant à couvrir par un « business continuity plan ». L'évaluation du « coût de transition » nous semble devoir être mieux définie, ainsi que ce qui est entendu par « réintégration des services » (reprise par la banque, externalisation à un autre tiers).

6. Sécurité, protection des données

Des clarifications sur la notion d'« externalisations déterminantes pour la sécurité » nous semblent devoir être apportées, de même que sur les éléments/exigences de sécurité qui doivent être fixés par contrat.

Par ailleurs, nous sommes préoccupés par l'abandon total d'une compétence de la FINMA relativement au domaine de la protection des données. Si nous comprenons que la Loi sur la protection des données doit s'appliquer, il nous semble que le régulateur ne devrait pas, dans le contexte de l'externalisation, se désintéresser totalement de la question, ni abandonner toute autorité pour ce sujet sensible, ne serait-ce que pour accompagner les développements en matière de protection des données dans une optique spécifiquement bancaire. La FINMA seule serait habilitée à fixer, par exemple, des dispositions telles que des standards techniques spécifiques aux banques pour le domaine de l'externalisation.

7. Transfert à l'étranger

S'agissant de l'information à la FINMA lorsqu'une grande quantité de « Client Identifying Data » (« CID ») est transférée à l'étranger, il serait utile que certains termes reçoivent une définition plus claire :

- Types de données concernées par cette disposition (CID directes, indirectes, potentiellement indirectes, autres types de données) ;
- Accès aux données nécessaires à garantir la capacité d'assainissement et de liquidation de l'entreprise bancaire.

8. Dispositions transitoires

Selon le texte de la circulaire, les entreprises devraient adapter les modalités des outsourcing préexistants dans les deux ans qui suivent son entrée en vigueur.

Nous souhaitons obtenir confirmation si ceci concerne aussi le contenu des contrats essentiels des contrats d'outsourcing (ce qui équivaldrait à nous obliger à la renégocier, ceci pouvant poser certains problèmes juridiques/commerciaux).



FINMA		
ORG	30. JAN. 2017	SB
B8		
Bemerkung:		Fl

KARTAC | Postfach 59 | 8152 Glattbrugg

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Herr Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Glattbrugg, 27. Januar 2017

Anhörung zum neuen FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“: Stellungnahme der KARTAC

Sehr geehrter Herr Brügger
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit diesem Schreiben nehmen wir Bezug auf die am 6. Dezember 2016 eröffnete Anhörung zum neuen FINMA-Rundschreiben (RS) «Outsourcing – Banken und Versicherer». Wir bedanken uns in diesem Zusammenhang für die Möglichkeit zur Stellungnahme, von der wir gerne Gebrauch machen.

Die Interessengemeinschaft der Zahlkartenindustrie KARTAC bezweckt die Interessenvertretung und Meinungsbildung ihrer Mitglieder¹ gegenüber anderen Vereinigungen, Firmen, Institutionen, Gesetzgeber und der Öffentlichkeit zur Wahrung der Interessen der Zahlkartenindustrie. Die Mitglieder sind Herausgeber von physischen und digitalen Charge-, Debit-, Kredit- und Kunden- und Prepaidkarten mit Zahlfunktion sowie Organisationen, die im Namen und Auftrag von Kartenherausgebern die Issuing-Funktion wahrnehmen.

Die KARTAC hat den Entwurf des neuen FINMA-Rundschreibens (RS) «Outsourcing – Banken und Versicherer» in Abstimmung mit der Swiss Payment Association (SPA) geprüft. Die KARTAC hat ebenso wie die SPA wahrgenommen, dass im Erläuterungsbericht zum Entwurf des neuen Outsourcing-Rundschreibens zwar festgehalten ist, dass das „Kreditkartengeschäft“ vom Rundschreiben nicht erfasst ist.

¹ Mitglieder der KARTAC sind per Januar 2017 folgende Unternehmen: Accarda AG, BonusCard.ch AG, CCC Credit Card Center AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Bank AG, Magazine zum Globus AG, MF Group AG, Möbel Pfister AG, PayRed Card Services AG, paysafecard.com Schweiz GmbH, PostFinance AG, Swiss Bankers Prepaid Services AG, Swisscard AECS GmbH, UBS Switzerland AG und Visa Card Services SA.

Da aber der Begriff „Kreditkartengeschäft“ unseres Erachtens in der heutigen Zeit zu kurz greift, sich das Zahlungsmittelgeschäft in den letzten Jahren stark entwickelt hat und der diesbezügliche (Nicht-)Geltungsbereich des Rundschreibens – auch für Schnittstellenbereiche im Kontext von Fintech – zu wenig klar ist, hat sich die KARTAC in enger Abstimmung mit der SPA für eine Eingabe im Rahmen des laufenden Anhörungsverfahrens entschieden und vertritt die identischen Ansichten wie sie in der SPA Stellungnahme vom 30. Januar 2017 vorzufinden sind.

Management Summary

Eine Flexibilisierung der Outsourcing-Anforderungen ist für die Entwicklung der Schweizer Finanzdienstleistungs- und der Schweizer Fintech-Branche von grundlegender Bedeutung. Indem der Entwurf zum neuen Outsourcing-Rundschreiben diese Flexibilisierung nicht herbeiführt bzw. das Outsourcing insgesamt noch strenger ausgestalten will, wird eine Chance verpasst. **Wir beantragen daher, den Rundschreiben-Entwurf in grundsätzlicher Weise zu überarbeiten, sodass die Outsourcing-Anforderungen eine höhere Flexibilität bzw. eine geringere Regulierungsdichte aufweisen.**

Eine konzerninterne Auslagerung ist viel näher bei einer (risikoarmen) Dienstleistungserbringung durch eine eigene Abteilung als bei einem externen Outsourcing anzusiedeln. Die neu vorgesehene Gleichstellung gruppeninterner und externer Outsourcings würde zu einem grossen Aufwand führen, welcher in keinem angemessenen Verhältnis zu den geringeren Risiken bei gruppeninternen Outsourcings steht. **Wir beantragen daher, auf eine weitreichende Systemänderung zu verzichten, wonach sämtliche Regeln für externe Outsourcings auch auf gruppeninterne anzuwenden wären.**

Es ist weiterhin vorgesehen, dass das Kreditkartengeschäft vom Rundschreiben nicht erfasst ist. Wir begrüssen dies, weisen aber darauf hin, dass sich das Zahlkartengeschäft während der letzten Jahre stark weiterentwickelt hat: Nachdem anfänglich primär Kreditkarten herausgegeben wurden, hat sich die Palette der Zahlungsinstrumente deutlich erweitert. Sie reicht von Kredit- über Prepaid- und Debit-Karten bis zu digitalen Portemonnaies („Wallets“). Der bisherige Begriff „Kreditkartengeschäft“ greift deshalb zu kurz. **Anstelle von „Kreditkartengeschäft“ beantragen wir daher, den Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ zu verwenden und diesen im Erläuterungsbericht als jedwede Tätigkeit, die im Zusammenhang mit der Herausgabe von Zahlungsmitteln steht, zu umschreiben.**

Wir beantragen, den Begriff „Zahlungsverarbeitung“ gegenüber dem Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ abzugrenzen. Es muss klar sein, welche weiteren – nebst der Kreditkartenzahlung bestehenden – Bezahl-Dienstleistungen nicht als Zahlungsverarbeitung gelten.

Im RS-Entwurf sind vom Rundschreiben nicht erfasste Dienstleistungen nicht mehr festgehalten. **Aus Gründen der Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen beantragen wir – wie bis anhin – vom Rundschreiben nicht erfasste Dienstleistungen im RS aufzuführen.**

Wir beantragen, die im Erläuterungsbericht unter Ziffer 4.1.1 enthaltene Bemerkung, wonach ein Outsourcing als wesentlich zu gelten hat, wenn der Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu CID erhält, ersatzlos zu streichen. Diese Bemerkung könnte den Eindruck entstehen lassen, dass auch eine nicht massgebende Dienstleistung dann zu einem wesentlichen Outsourcing wird, wenn der Dienstleister im

Rahmen der Auslagerung Zugang zu Client Identifying Data (CID) erhält. Dies erscheint uns weder gewollt, noch ist es sachgerecht.

Eine Dienstleistung gilt gemäss Entwurf zum neuen Rundschreiben dann als wesentlich, wenn sie sich auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung der Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- oder Reputationsrisiken sowie generell auf die operationellen und rechtlichen Risiken auswirken kann. Eine derart weit gefasste Umschreibung schießt über das Ziel hinaus, denn damit würde bereits die blosse Möglichkeit, dass sich eine ausgelagerte Dienstleistung auf ein Risiko der Bank auswirken könnte, die Wesentlichkeit herbeiführen. **Wir beantragen, den Begriff der Wesentlichkeit enger zu fassen.**

Dass Auslagerungen ins Ausland erst dann zulässig sein sollen, nachdem das Unternehmen ausdrücklich nachgewiesen hat, dass es selber, seine Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können, führt zu einem Quasi-Verbot von Outsourcings ins Ausland. Mit einer solchen Bestimmung würde verkannt, dass der Nachweis einer jederzeitigen Durchsetzbarkeit der verlangten Einsichts- und Prüfungsrechte im Ausland nicht erbracht werden kann: Der Dienstleister selbst, dessen Revisionsgesellschaft oder Dritte könnten jederzeit ein gerichtliches Verbot der Durchsetzung einer entsprechenden Vertragsklausel verfügen. **Wir beantragen daher, ersatzlos auf eine solchen Nachweis zu verzichten.**

Die vorgesehene Rückwirkung des neuen Rundschreibens auf bereits bestehende Outsourcingverhältnisse ist unverhältnismässig und missachtet das grundlegende rechtsstaatliche Prinzip des Vertrauensschutzes. Eine (rechtsverschärfende) Rückwirkung würde zu einem hohen Aufwand bei den Unternehmen führen, dem kein adäquater Nutzen gegenüberstünde. **Wir beantragen daher, auf die Rückwirkung zu verzichten.**

Im Sinne der Rechtssicherheit beantragen wir, im Erläuterungsbericht festzuhalten, dass die Vermittlung von Dienstleistungen bzw. alle Fälle, in denen ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Dienstleister und seinem Kunden besteht, nie eine Auslagerung im Sinne des Rundschreibens darstellen: Bei der Vermittlung ist derjenige, welcher die Dienstleistung erbringt, ein Dritter (kein Beauftragter einer Bank), und es besteht eine direkte Vertragsbeziehung zwischen dem Dienstleister/dem Dritten und seinem Kunden. Solche Konstellationen können nicht vom Rundschreiben erfasst sein.

1. Grundsätzliche Ausführungen

1.1 Hohe Flexibilität bezüglich Aufspaltung der Wertschöpfungskette erforderlich

„Eine grössere Flexibilität in Bezug auf die Definition des Geschäftsmodells der Banken und ein vereinfachtes Outsourcen von Teilbereichen der Wertschöpfungskette an Fintechs würde die Kosten minimieren und die Qualität des Endproduktes oder der Dienstleistung zugunsten des Konsumenten steigern. Eine solche flexible Auslegung liesse Innovation am richtigen Ort zu, ohne geltende Sicherheitsbestimmungen auszuhebeln und ohne Wettbewerbsnachteile für die Banken zu schaffen.“ Und: „Eine Flexibilisierung des Outsourcing-Rundschreibens der FINMA bietet Chancen für kleinere Banken, die damit ihre Wertschöpfungskette selbständig neu und ohne Einschränkungen zusammensetzen können, sowie für grössere oder spezialisiertere Banken und Provider und auch neue Fintech-Dienstleistungsanbieter, die Teildienstleistungen den kleineren oder weniger spezialisierten Banken zur Verfügung stellen können.“

Beide Zitate, nachzulesen im insight #3.16², stammen von Rolf Brüggemann, Leiter Retail Banking und Capital Markets bei der Schweizerischen Bankiervereinigung, und geben nach unserer Überzeugung die erforderliche Entwicklungsrichtung vor. Wenn wir den Entwurf zum neuen FINMA-Rundschreiben „Outsourcing – Banken und Versicherer“ daran messen, kommen wir zur Überzeugung, dass damit eine Chance verpasst wird: Indem der Entwurf gegenüber dem bestehenden Rundschreiben die für die Entwicklung der Schweizer Finanzdienstleistungs- bzw. Fintech-Branche angezeigte Flexibilisierung der Outsourcing-Anforderungen nicht herbeiführt bzw. das Outsourcing insgesamt noch strenger ausgestalten will (siehe z.B. unsere nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 1.2), begibt man sich unseres Erachtens auf den falschen Weg. Dies umso mehr, als das neue Rundschreiben so auch der vom Bundesrat und von der FINMA verfolgten Förderung von Fintech-Unternehmen entgegenstehen würde. **Wir beantragen daher, den Rundschreiben-Entwurf unter den vorstehend genannten Aspekten grundsätzlich zu überprüfen bzw. in dem Sinne zu überarbeiten, dass die Outsourcing-Richtlinien eine höhere Flexibilität bzw. eine geringere Regulierungsdichte aufweisen.**

1.2 Keine Gleichstellung von gruppeninternen und externen Outsourcings

Die neu vorgesehene Gleichstellung gruppeninterner und externer Outsourcings führt zu einem grossen Prüfungs-, Umsetzungs- und Betriebsaufwand, welcher unseres Erachtens in keinem angemessenen Verhältnis zu den geringen Risiken bei gruppeninternen Outsourcings steht. Die tatsächlich in einem Konzernverhältnis bestehenden organisatorischen, prozessualen und personellen Verflechtungen führen dazu, dass eine konzerninterne Auslagerung viel näher bei einer Dienstleistungserbringung durch eine eigene Abteilung (inhouse) als bei einem echten externen Outsourcing anzusiedeln ist. Es wird denn im Erläuterungsbericht auch kein konkretes Risiko genannt, dem durch die Unterstellung von gruppeninternen Outsourcings unter das Rundschreiben begegnet werden müsste. Es wird lediglich vermerkt, die Ausnahmen seien „aus Risikosicht nicht mehr vertretbar“ (vgl. Erläuterungsbericht Ziffer 4.2). Entsprechend ist auch höchst fraglich, ob die durch die geplante Unterstellung neu entstehenden Pflichten (Erstellung Sicherheitsdispositiv, Abschluss Vertrag etc.) überhaupt geeignet wären, die bei einer konzerninternen Auslagerung noch bestehenden Risiken nochmals weiter zu reduzieren. Sicher ist aber, dass bei den Unternehmen ein erheblicher Zusatzaufwand anfallen würde. So würde die Gleichstellung von gruppeninternen und externen Outsourcings z.B. bei engen organisatorischen und prozessualen Verflechtung, wie sie bei konzernweit implementierten Internen Kontrollsystemen (IKS) bestehen, zu erheblichen unnötigen Dokumentationsaufgaben führen, ohne dass damit das Risiko zusätzlich vermindert würde. **Wir beantragen daher, darauf zu verzichten, eine weitreichende Systemänderung vorzunehmen, wonach sämtliche Regeln für externe Outsourcing-Lösungen auch auf gruppeninterne anzuwenden wären.**

² Der vollständige Artikel im insight #3.16 ist über nachfolgenden Link aufrufbar:

<http://www.swissbanking.org/de/services/insight/insight-3.16/flexible-regulierung-fuer-fintechs-und-banken#>

1.3 Begriff „Kreditkartengeschäft“ aktualisieren

Im Gegensatz zum bestehenden Rundschreiben werden im Entwurf zum neuen Rundschreiben Beispiele von Auslagerungen, welche vom RS erfasst/nicht erfasst sind, im Anhang aufgelistet (siehe dazu nachfolgend die Ausführungen unter Ziffer 1.5). Immerhin findet sich noch eine Auflistung im Erläuterungsbericht. Dort wird – wie bisher im Anhang zum geltenden RS – erwähnt, dass das Kreditkartengeschäft vom Rundschreiben nicht erfasst ist. Wir begrüßen diese Nicht-Erfassung ausdrücklich, erlauben uns aber, darauf hinzuweisen, dass sich das Zahlkartengeschäft während der letzten Jahre stark weiterentwickelt hat: Nachdem anfänglich primär Kredit- und Prepaidkarten herausgegeben wurden, hat sich die Palette der Zahlungsinstrumente, welche oft durch dieselben Issuer ausgegeben werden, deutlich erweitert: Als Zahlungsinstrumente werden einerseits (herkömmliche) Zahlkarten (wie Kredit-, Prepaid- und Debit-Karten) ausgegeben. Andererseits werden aber auch digitale Portemonnaies („Wallets“, z.B. für Mobile-Payment-Lösungen) für rein elektronische Zahlungslösungen eingesetzt.

Sowohl Zahlkarten als auch digitale Portemonnaies können (technisch und vertraglich) entweder als guthabenbasierte Lösungen („Prepaid“ / „pay-before“), als Ausgabelimitenbasierte Lösungen („Postpaid“ / „pay-later“) oder als Lösungen mit Direktbezahlung („Debit“ / „pay-now“) ausgestaltet werden. Zudem sind auch Mischformen möglich. In Anbetracht dieser Situation bzw. der eingetretenen Entwicklungen greift der im Erläuterungsbericht unter Ziffer 4.1.1 verwendete bisherige Begriff „Kreditkartengeschäft“ (als nicht erfasste Dienstleistung) zu kurz. **Anstatt „Kreditkartengeschäft“ beantragen wir daher, den Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ zu verwenden und diesen im Erläuterungsbericht kurz inhaltlich zu umschreiben.** Es soll dabei klargestellt werden, dass das – vom Rundschreiben nicht erfasste – Zahlungsmittelgeschäft nicht allein die Teilnahme an den Card Schemes-Systemen und die damit verbundene Übermittlung von Kundendaten im Rahmen der Abwicklung von Kartentransaktionen beinhaltet, sondern generell jede Tätigkeit, welche im Zusammenhang mit der Herausgabe von Zahlungsmitteln steht.

1.4 „Zahlungsverarbeitung“ von „Zahlungsmittelgeschäft“ abgrenzen

Wir beantragen, den Begriff „Zahlungsverarbeitung“ (Rz 5) gegenüber dem Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ abzugrenzen. Mit der expliziten Erwähnung des Kreditkartengeschäfts als nicht wesentliche Dienstleistung im Erläuterungsbericht (Ziffer 4.1.1) wird lediglich sichergestellt, dass diese Dienstleistung nicht als Zahlungsverarbeitung gilt. Darüber hinaus besteht jedoch eine grosse Unsicherheit, ob und welche weiteren Bezahl-Dienstleistungen nicht als Zahlungsverarbeitung gelten. Eine klare Abgrenzung zwischen dem Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ (siehe vorstehend Ziffer 1.3) und dem Begriff „Zahlungsverarbeitung“ ist daher angezeigt.

1.5 Vom Rundschreiben nicht erfasste Dienstleistungen im Rundschreiben festhalten

Wie vorstehend erwähnt, werden im Entwurf zum neuen Rundschreiben Beispiele von Auslagerungen, welche vom RS erfasst werden und solche, welche nicht erfasst sind, nicht mehr aufgelistet. Dass die nicht massgebenden bzw. die dem Rundschreiben nicht unterstellten Dienstleistungen nur noch im Erläuterungsbericht (Ziffer 4.1.1) erwähnt werden, vermag nicht zu überzeugen und führt zu Rechtsunsicherheit.

Aus Gründen der Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen beantragen wir daher, nicht massgebende bzw. vom Rundschreiben nicht erfasste Dienstleistungen weiterhin im Rundschreiben aufzuführen.

1.6 Zugang zu CID darf ein Outsourcing nicht per se als „wesentlich“ qualifizieren

Wir beantragen, die im Erläuterungsbericht unter Ziffer 4.1.1 (am Schluss) enthaltene Bemerkung, wonach ein Outsourcing als wesentlich zu gelten hat, wenn der Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu CID erhält, ersatzlos zu streichen. Diese generelle Bemerkung, welche zu Recht keinen Eingang in den Entwurf zum neuen Rundschreiben gefunden hat, könnte den Eindruck entstehen lassen, dass auch eine nicht massgebende Dienstleistung dann zu einem wesentlichen Outsourcing wird, wenn der Dienstleister im Rahmen der Auslagerung Zugang zu Client Identifying Data (CID) erhält. Dies erscheint uns weder gewollt noch sachgerecht. So würden die in Ziffer 4.1.1 des Erläuterungsberichts genannten Beispiele von nicht massgebenden Dienstleistungen von vornherein als „wesentlich“ qualifizieren, womit Ziffer 4.1.1 in sich widersprüchlich wäre. Denn z.B. ein Inkasso von Forderungen gegenüber Bankkunden durch einen Dritten ist ohne Zugang zu CID nicht zu bewerkstelligen. Ebenso kann das Zahlkartengeschäft, wenn es im Auftragsverhältnis wahrgenommen wird, ohne Zugang zu CID nicht betrieben werden.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass der Schutz von Personendaten im Datenschutzgesetz geregelt wird. Dieses enthält bereits vollständige und genügende Regelungen, welche zudem im Rahmen der laufenden Revision weiter ausgebaut werden sollen. Schliesslich wird das Risiko einer Verletzung der CID-Vertraulichkeit im FINMA Rundschreiben 2008/21 „Operationelle Risiken Banken“ in Anhang III thematisiert. Es bedarf daher im Outsourcing-Rundschreiben keines weiteren Konnex' zu CID.

1.7 Begriff der „Wesentlichkeit“ enger fassen

Eine Dienstleistung gilt gemäss Entwurf zum neuen Rundschreiben (Rz 5) dann als wesentlich, wenn sie sich auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung der Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- oder Reputationsrisiken sowie generell auf die operationellen und rechtlichen Risiken auswirken *kann*. Eine derart weit gefasste Umschreibung schießt über das Ziel hinaus, denn damit würde bereits die blosser Möglichkeit, dass sich eine ausgelagerte Dienstleistung auf ein Risiko der Bank auswirken könnte, die Wesentlichkeit herbeiführen. Es kann jedoch im Ergebnis nicht sein, dass z.B. die Auslagerung der Gebäudesicherheit, welche durchaus einen generellen Einfluss auf das operationelle Risiko der Bank haben kann, bereits eine dem Rundschreiben unterstellte Auslagerung darstellt³. Vielmehr sollte die Auswirkung der Dienstleistung auf das Risiko (resp. dessen Erfassung, Begrenzung und Überwachung) selbst wesentlich sein. **Wir beantragen, eine entsprechende Klarstellung im Rundschreiben vorzunehmen bzw. den Begriff der Wesentlichkeit enger zu fassen.** Andernfalls käme es zu Widersprüchen mit dem Erläuterungsbericht, da Dienstleistungen als wesentlich erklärt würden, die gemäss Erläuterungsbericht – richtigerweise – als nicht massgebende Dienstleistungen gelten (Ziffer 4.1.1 des Erläuterungsberichts).

1.8 Festhalten, dass „Vermittlung“ vom Rundschreiben nicht erfasst ist

Im Sinne der Rechtssicherheit beantragen wir, im Erläuterungsbericht (z.B. unter Ziffer 4) festzuhalten, dass die Vermittlung von Dienstleistungen bzw. alle Fälle, in denen ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Dienstleister und seinem Kunden besteht, nie eine Auslagerung im Sinne des Rundschreibens darstellen: Bei der Vermittlung ist derjenige, welcher die Dienstleistung erbringt, ein Dritter (kein Beauftragter einer Bank), und es besteht eine direkte Vertragsbeziehung zwischen dem Dienstleister/dem Dritten und

³ Im Erläuterungsbericht ist die Gebäudesicherheit unter Ziffer 4.1.1 denn auch zu Recht als nicht wesentliche Dienstleistung aufgeführt.

seinem Kunden (Konkretes Beispiel: Eine Bank vermittelt ihren Bankkunden Zahlkarten eines Drittanbieters: Zwischen Bankkunde und Drittanbieter besteht ein direktes Vertragsverhältnis und seitens der Bank liegt kein Outsourcing vor). Eine gegenteilige Ansicht (Qualifizierung der Vermittlung als Auslagerung im Sinne des Rundschreibens) hätte weitreichende Folgen für sämtliche beteiligten Akteure und jegliche Vermittlungsverhältnisse zwischen Bank und Dienstleister. Insbesondere würde es dem Dienstleister nicht mehr möglich sein, die von ihm gegenüber seinem eigenen Kunden angebotene Dienstleistung eigenständig und unabhängig von einem Weisungs- und Kontrollrecht der kundenvermittelnden Bank zu betreiben.

Auf der Grundlage dieser Ausführungen ergibt sich konsequenterweise auch, dass die Art der Dienstleistung, welche durch einen Dienstleister wahrgenommen wird, kein bestimmendes Merkmal für die Erfassung/Nicht-Erfassung durch das RS sein kann, solange ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Dienstleister und seinem Kunden besteht.

1.9 Verzicht auf Ausführungen zum Datenschutzrecht wird begrüßt

Wir begrüßen es, dass im neuen Rundschreiben auf Ausführungen zum Datenschutzrecht/Bankkundengeheimnis verzichtet wird (aufsichtsrechtliche Ausgestaltung des Rundschreibens) und stattdessen die spezialgesetzlichen Regelungen zur Anwendung gelangen. Dadurch werden Redundanzen und Unklarheiten vermieden.

2. Ausführungen zu einzelnen Randziffern des neuen Rundschreibens

2.1 Bemerkungen zu „I. Zweck“ (Rz 1)

Die Zweck-Bestimmung erscheint nicht glücklich formuliert. Aus unserer Sicht angemessener erschiene, einerseits den Zweck der aufsichtsrechtlichen Anforderungen für das Auslagern wesentlicher Dienstleistungen zu erläutern und andererseits festzuhalten, dass das Rundschreiben die aufsichtsrechtlichen Anforderungen konkretisiert.

In Rz 1 ist zudem der zweite Satz „Für diese enthält es Anforderungen an eine angemessene Organisation und bezweckt deren Risikobegrenzung und Abwicklungsfähigkeit.“ sprachlich doppeldeutig. Bezieht sich „diese“ auf die im vorangehenden Satz genannten „Banken, Effektenhändler und Versicherungsunternehmen“ oder auf die ebenfalls genannten „Outsourcing-Lösungen“? Wir schlagen die sprachliche Präzisierung oder die Streichung des unklaren Satzes vor.

2.2 Bemerkungen zu „II. Begriffe“ (Rz 2-7)

2.2.1 Bemerkungen zu Rz 4

Wir schlagen vor, am Schluss von Rz 4 „ganz oder teilweise“ durch „ganz oder in wesentlichen Punkten“ zu ersetzen. Kumulativ massgeblich muss unseres Erachtens sein, ob einerseits eine „wesentliche Dienstleistung“ vorliegt und ob andererseits diese „in wesentlichen Punkten“ (oder ganz) von einer Drittpartei erbracht wird. Unwesentliche Teilleistungen (z.B. Postzustellung von Auszügen) sollten nicht zur Qualifikation als Outsourcing im Sinne des Rundschreibens führen.

2.2.2 Bemerkungen zu Rz 5

Wie bereits oben unter Ziffer 1.5 in grundsätzlicher Weise angesprochen, ergeben sich aus dem Verzicht auf den bisherigen Negativkatalog (vom RS nicht erfasste Auslagerungen) unnötige Auslegungsfragen und Rechtsunsicherheit. Vom Rundschreiben nicht erfasste Dienstleistungen sollten deshalb weiterhin im Rundschreiben festgehalten sein.

KARTAC
Interessengemeinschaft der Zahlkartenindustrie

Darüber hinaus sind wir der Meinung, dass der relevante Outsourcing-Begriff im Entwurf des neuen Rundschreibens unnötig weiter gefasst ist als bisher. Dass Druck und Versand von Bankdokumenten generell als wesentliche Dienstleistung taxiert und damit als Outsourcing im Sinne des Rundschreibens bezeichnet werden, geht unseres Erachtens zu weit. Wir schlagen vor, im Minimum die Begriffe „Versand“ und „Bankdokumente“ zu präzisieren bzw. eng zu umschreiben. Denn das Verpacken und das Übergeben an die Post von Bankdokumenten können kaum relevante Auslagerungen im Sinne des Rundschreibens sein. Ebenso wenig können Akquisitions- bzw. Werbeunterlagen relevante Bankdokumente im Sinne des Rundschreibens bilden.

Die im zweiten Teil von Rz 5 angeführten Beispiele [z.B. der Verweis auf „die IT (Informations- und Datenverarbeitung)“] können nur insoweit gelten, als diese Tätigkeiten sich auch wirklich auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung der vorstehend genannten Risiken (1. Teil des Satzes) auswirken.

Mit anderen Worten darf Rz 5 nicht so verstanden werden, dass allein die Tatsache, dass eine Dienstleistung die „IT (Informations- und Datenverarbeitung)“ betrifft, dazu führt, dass diese von der Definition der Wesentlichkeit erfasst ist. Wir schlagen vor, Rz 5 entsprechend präziser zu formulieren.

2.3 Bemerkungen zu „III. Geltungsbereich“ (Rz 8-10)

Wie vorstehend unter Ziffer 1.2 ausgeführt, beantragen wir, darauf zu verzichten, eine weitreichende Systemänderung vorzunehmen und sämtliche Regeln für externe Outsourcing-Lösungen auch auf gruppeninterne anzuwenden.

2.4 Bemerkungen zu „IV. Zulässigkeit“ (Rz 11-20)

2.4.1 Bemerkungen zu Rz 14

Wir begrüßen es, dass grundsätzlich die Auslagerung sämtlicher wesentlicher Dienstleistungen mit Ausnahme der im Rundschreiben-Entwurf genannten Zentralfunktionen möglich ist. Allerdings schlagen wir vor, auf Rz 14 zu verzichten: Eine umfassende Auslagerung von operativen Compliance-Aufgaben soll nicht nur den Unternehmen der Aufsichtskategorie 4 und 5 vorbehalten sein.

2.4.2 Bemerkungen zu Rz 16

Die Ratio der Vorschrift, wonach systemrelevante Banken kritische Dienstleistungen nicht an Banken derselben Finanzgruppe auslagern dürfen, ist uns nicht klar. Wenn eine systemrelevante Bank ihre kritischen Dienstleistungen nicht auslagert, sondern selber erbringt, ist das Klumpenrisiko im Insolvenzfall unseres Erachtens höher, als wenn sie die Dienstleistungen – wenn auch innerhalb ihrer Gruppe – ausgelagert hat. Wir schlagen daher vor, Rz 16 zu streichen.

2.5 Bemerkungen zu „V. Anforderungen an auslagernde Unternehmen“ (Rz 21-45)

Wir schlagen vor, im Titel zu Ziffer V klarzustellen, dass die Anforderungen nur bezüglich wesentlicher Dienstleistungen gelten.

2.5.1 Bemerkungen zu Rz 21

Die Inventarisierung der ausgelagerten Dienstleistungen ist eine Möglichkeit, Transparenz herzustellen bzw. die Überwachung operationeller Risiken zu ermöglichen. Allenfalls gibt es aber auch noch andere gleichwertige Instrumente (z.B. eine Vertragsdatenbank, welche die entsprechenden Informationen enthält). Wir schlagen daher vor, Rz 21 punkto der zu verwendenden Instrumente offener zu formulieren, sodass die Unternehmen im Sinne einer liberalen, unbürokratischen Regelung dasjenige Instrument zur Anwendung bringen können, mit dem die angestrebten Ziele am effizientesten erreicht werden können.

2.5.2 Bemerkungen zu Rz 24

Nicht selten existiert für Outsourcings kein Markt, und es muss das Konzentrationsrisiko akzeptiert werden. In solchen Fällen in absoluter Weise „dem Konzentrationsrisiko Rechnung zu tragen“ ist eine tendenziell unlösbar bzw. unverhältnismässige Aufgabe. Wir schlagen daher vor, den zweiten Satz von Rz 24 zu streichen oder zumindest wie folgt zu relativieren: „dem Konzentrationsrisiko in verhältnismässiger und zumutbarer Weise Rechnung zu tragen“

2.5.3 Bemerkungen zu Rz 25

Rz 25 will vorschreiben, dass das auslagernde Unternehmen beim Entscheid über das Outsourcing und bei der Auswahl des Dienstleisters die Aspekte der Transitions- und Wechselkosten zu berücksichtigen hat. Wir schlagen vor, auf diese Anforderung zu verzichten, da es sich dabei um kommerzielle Entscheidungsfaktoren handelt, bei denen das Unternehmen über die volle Entscheidungsfreiheit verfügen soll.

Weiter will Rz 25 verlangen, dass die geordnete Rückführung der ausgelagerten Dienstleistung sichergestellt sein muss. Welche Anforderungen sich hinter diesem sehr weitreichenden Anspruch verbergen und ob er überhaupt realistisch ist, ist offen. Wir schlagen daher vor, auf den letzten Satz von Rz 25 zu verzichten.

2.5.4 Bemerkungen zu Rz 27

Die Anforderungen hinsichtlich Überwachung und Risikokontrolle sind für das auslagernde Unternehmen sehr hoch. Dadurch besteht die erhebliche Gefahr, dass die durch ein Outsourcing beabsichtigten Vorteile vollständig kompensiert werden und die Dichte der Überwachungs- und Kontrollprozesse einem vergleichbaren Aufwand entspricht wie die selbständige Erbringung der zur Auslagerung beabsichtigten Dienstleistung. Dies ist kontraproduktiv. Wie eingangs dieser Stellungnahme unter Ziffer 1.1 ausgeführt, beantragen wir daher, den Rundschreiben-Entwurf grundsätzlich zu überprüfen bzw. in dem Sinne zu überarbeiten, dass die Outsourcing-Anforderungen eine höhere Flexibilität bzw. eine geringere Regulierungsdichte aufweisen.

2.5.5 Bemerkungen zu Rz 31

Wenn festgelegt werden soll, dass das Unternehmen und der Dienstleister ein Sicherheitsdispositiv erarbeiten müssen, das die Weiterführung der ausgelagerten Dienstleistung in sämtlichen vorhersehbaren Notfällen gewährleistet, schießt dies klar über das Ziel hinaus:

Dies würde zum einen bedeuten, dass die im Rahmen eines Outsourcings zu erfüllenden Anforderungen im Normalfall höher sein dürften, als wenn das Unternehmen die ausgelagerte Dienstleistung selbst erbringen würde. Zum anderen würden so alle auslagernden Unternehmen mit Anforderungen konfrontiert, die nur für systemrelevante Unternehmen gelten. Damit wird das Outsourcing so über Gebühr erschwert, dass es unattraktiv ist. International anerkannte Standards bezüglich der zu erreichenden Business Continuity erachten wir als ausreichend. Es bedarf keines „Swiss Finish“.

2.5.6 Bemerkungen zu Rz 32

Wenn festgelegt werden soll, dass der Dienstleister dem auslagernden Unternehmen und dessen Prüfgesellschaft sowie der FINMA vertraglich ein jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht einräumen muss, ist dies zu weit von der Realität entfernt. Ein derart umfassendes Einsichts- und Prüfrecht ist gerade bei Outsourcing-Dienstleistern oft nicht zu erreichen, insbesondere dann nicht, wenn diese an konkurrierende Unternehmen Dienstleistungen erbringen. Wir schlagen daher vor, Satz 2 von Rz 32 wie folgt zu formulieren: „Zu ihren Gunsten ist vertraglich ein Einsichts- und Prüfrecht einzuräumen, das ihnen ermöglicht, die in diesem Rundschreiben vorgesehene Aufsichtstätigkeit wahrzunehmen.“

2.5.7 Bemerkungen zu Rz 35

Aus unserer Sicht ist die Notwendigkeit von Rz 35 nicht gegeben. Unseres Erachtens sollten die von uns vorstehend vorgeschlagene Formulierung zu Rz 32 sowie die Festlegungen in Rz 27 auch für Dienstleister genügen bzw. zur Anwendung kommen, welche nicht der Aufsicht der FINMA unterstehen. Die beiden Randziffern geben unseres Erachtens eine genügende Grundlage dafür ab, dass die FINMA ihre Aufsichtstätigkeit angemessen wahrnehmen kann.

2.5.8 Bemerkungen zu Rz 36

Dass Auslagerungen ins Ausland erst dann zulässig sein sollen, nachdem das Unternehmen ausdrücklich nachgewiesen hat, dass es selber, seine Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können, geht unseres Erachtens deutlich zu weit und führt in der Konsequenz zu einem Quasi-Verbot von Auslagerungen ins Ausland. Mit einer solchen Bestimmung würde verkannt, dass der ausdrückliche Nachweis einer jederzeitigen Durchsetzbarkeit der verlangten Einsichts- und Prüfungsrechte im Ausland de facto nicht erbracht werden kann: Der Dienstleister selbst, dessen Revisionsgesellschaft oder Dritte könnten aufgrund lokal geltender Rechtsvorschriften (Territorialitätsprinzip) jederzeit ein gerichtliches Verbot der Durchsetzung einer entsprechenden Vertragsklausel verfügen. Wir beantragen daher mit Nachdruck, ersatzlos auf Rz 36 zu verzichten.

Schliesslich erlauben wir uns noch den untergeordneten Hinweis, dass die Formulierung „ausdrücklich nachgewiesen“ unseres Erachtens eine unnötige Doppelung beinhaltet.

2.5.9 Bemerkungen zu Rz 37

Wir schlagen vor, Rz 37 zu streichen. Der angestrebte Schutz wird bereits durch andere Bestimmungen des Rundschreibens sowie durch andere Erlasse (insbesondere Datenschutzgesetz) sichergestellt.

2.5.10 Bemerkungen zu Rz 38

Rz 38 will festlegen, dass der Zugriff auf die für die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des Unternehmens in der Schweiz notwendigen Daten jederzeit in der Schweiz möglich sein muss. Damit würde eine weitere hohe Hürde für die Auslagerung von Dienstleistungen ins Ausland aufgebaut, da alle erforderlichen Daten in der Schweiz redundant (zur Datenhaltung des Dienstleisters im Ausland) gehalten werden müssten. Wir schlagen daher eine abgeschwächte Formulierung vor, welche vorsieht, dass jederzeit aus der Schweiz heraus Einsicht (nicht „Zugriff“) in die notwendigen Daten genommen werden kann.

KARTAC
Interessengemeinschaft der Zahlkartenindustrie

2.5.11 Bemerkungen zu Rz 40

Betreffend den Einsatz von Hilfspersonen ist unseres Erachtens die absolute Verpflichtung, vorgängig eine Genehmigung des auslagernden Unternehmens vorliegen zu haben, nicht praktikabel: Insbesondere im Rahmen der Auslagerung von Informatikdienstleistungen, z.B. beim Einkauf von IT-Infrastruktur zur späteren Erbringung der ausgelagerten Dienstleistungen, ist eine vorgängige Genehmigung sämtlicher an den Arbeiten Beteiligter überschüssend und praxisfremd. Nebst dem Umstand, dass ein Genehmigungserfordernis überhaupt nur dann bestehen kann, wenn es um die Erbringung einer ausgelagerten wesentlichen Dienstleistung geht, muss es auch möglich sein, eine allfällige Genehmigung nachträglich innert einer bestimmten Frist einzuholen (gestützt auf eine entsprechende vertragliche Vereinbarung zwischen Unternehmen und Dienstleister).

2.6 Bemerkungen zu „VI. Auflagen und Ausnahmen“ (Rz 46)

Keine Bemerkungen.

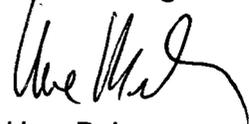
2.7 Bemerkungen zu „VII. Übergangbestimmungen“ (Rz 47-49)

Die in Rz 47 vorgesehene Rückwirkung des neuen Rundschreibens auf bereits bestehende Outsourcingverhältnisse ist unverhältnismässig und missachtet das grundlegende rechtsstaatliche Prinzip des Vertrauensschutzes. Neue (verschärfende) Regelungen sollten für einen vor deren Erlass abgeschlossenen Sachverhalt grundsätzlich keine Wirkungen entfalten. Eine (rechtsverschärfende) Rückwirkung würde zu einem hohen Aufwand bei den Unternehmen führen, dem kein adäquater Nutzen gegenüberstünde.

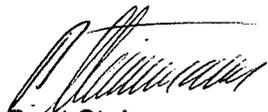
Dies umso weniger als Outsourcingverhältnisse häufig bereits über lange Zeit hinweg erfolgreich bestehen und problemlos verlaufen und zudem in die Revisionstätigkeit der Revisionsgesellschaften eingeschlossen sind. Wir schlagen daher vor, auf die Rückwirkung zu verzichten. Allenfalls könnte einzig in Betracht gezogen werden, dass bestehende Outsourcings ins Inventar (oder ein ähnliches Instrument) gemäss Rz 21 des Rundschreibens aufzunehmen und gemäss Rz 27 deren Risiken zu überwachen wären. Die KARTAC dankt Ihnen im Namen ihrer Mitglieder für die Entgegennahme und Prüfung der entsprechenden Ausführungen und Anliegen. Für Rückfragen und Erläuterungen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung

Freundliche Grüsse

KARTAC
Interessengemeinschaft der Zahlkartenindustrie



Uwe Behr
Präsident (ad interim)



Beat Steinmann
Sekretär

P.O. Box 360, CH 8024 Zürich

per Email: regulation@finma.ch
und A-Post

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herrn Michael Brügger
Laupenstrasse 27
CH – 3003 Bern

30. Januar 2017

BÜRO ZÜRICH
A Seegartenstrasse 2
P. O. Box 360 · CH 8024 Zürich
T +41 44 880 2424
F +41 44 880 2425
W www.lauxlawyers.ch

BÜRO BASEL
A Steinenring 40 · CH 4051 Basel
T +41 61 283 0606
W www.lauxlawyers.ch

RECHTSANWÄLTE
Z Dr. Christian Laux · LL.M.
Z Dr. Jürg Hess · MBA · M.C.J.
Z Alexander Hofmann
B Mark Schieweck

In den zuständigen
Anwaltsregistern eingetragen

FINMA-Rundschreiben 2017/xx: Outsourcing – Banken und Versicherer Neues Rundschreiben – Entwurf, Erläuterungsbericht (Eingabe zur laufenden Vernehmlassung)

Sehr geehrter Herr Brügger

LAUX LAWYERS AG ist eine Anwaltskanzlei mit Fokus IT-Recht. Unsere Aufgabe sehen wir darin, durch spezialisierte Fachkompetenz an der Schnittstelle zwischen Recht und IT den IT-Sektor zu unterstützen. Mit dieser Aufgabenstellung beraten wir sowohl Kunden und Nutzer von regulierten Outsourcings – also namentlich Klienten in der Versicherungs- und Bankenbranche – als auch Anbieter von solchen Leistungen (kundenindividuelle Auslagerungen, Cloud Computing und Managed Services).

Für das Vorhaben der FINMA zur Revision des Outsourcing-Rundschreibens unterbreiten wir Ihnen im Anhang gerne unsere Anregungen für konkrete ausformulierte Anpassungen (ausschliesslich aus der Warte „IT“) und bitten Sie höflich um positive Berücksichtigung. Ergänzend folgende Anmerkungen:

Allgemeine Vorbemerkungen

Gemäss Erläuterungsbericht ist eines der Hauptziele der Revision, „die prinzipienbasierte Aufsichtspraxis bei Outsourcings beizubehalten und, soweit zulässig und angemessen, für Banken und Versicherungsunternehmen zu harmonisieren.“ (Erläuterungsbericht, S. 6). Eine solche Harmonisierung ist sinnvoll. Zugleich ist aber zu betonen, dass mit dem Rundschreiben in der jetzigen Fassung für den Versicherungsbereich zumindest eine deutliche Praxisänderung¹ verbunden wäre: Während das VAG die Bewilligungsvoraussetzungen an den Begriff „Funktion“ (des *Versicherungsunternehmens*) knüpft (in Art. 4 Abs. 2 Bst. J VAG ist von „Funktionen“ die Rede), soll die Bewilligung neu vom Begriff der „Dienstleistung“ (des *Dienstleisters*) abhängen. Die beiden Begriffe dürfen jedoch nicht vermengt werden. In Bezug auf „die IT“ meint das VAG mit „Funktion“ einen ganzen Funktionsbereich („die gesamte IT-Abteilung“), während ein Dienstleister eine „Dienstleistung“ erbringt, die sich sehr oft, wenn nicht typischerweise, nur auf einen Teilaspekt aus dieser Gesamtfunktion bezieht. An den Begriff der „Dienstleistung“ hat bereits bisher das Rundschreiben 2008/7 „Outsourcing Banken“ angeknüpft, nicht aber das VAG. Es fragt sich somit, ob das VAG dem Ansatz gemäss Rundschreiben nicht sogar entgegensteht.

¹ Und zwar im Vergleich zur bisherigen Rechtslage, welche sich derzeit aus dem VAG und den Erläuterungen der FINMA zum Geschäftsplan von Versicherungsunternehmen vom 25. Januar 2012, 16 f., hernach die **Erläuterungen**, ergibt.

Beispiel:

*Infrastructure-as-a-Service-Leistungen von einem Dienstleister (IaaS), also der Bezug von Hardware und weiteren Betriebsumgebungen (z.B. Virtualisierungssoftware etc.), stellen eine **Dienstleistung** dar (Angebot des Dienstleisters).*

*Demgegenüber ist der Bereich „Interne IT“ als Gesamtes eine **Funktion** des Unternehmens. Wenn das auslagernde Unternehmen neben dem Bezug der Dienstleistung IaaS im Übrigen eine leistungsfähige IT-Abteilung zur Ausübung von Kontrolle behält, hat das Unternehmen diese Gesamtfunktion nicht ausgegliedert. Dies gilt auch dann, wenn das Unternehmen keine eigenen Betriebsumgebungen (Hardware, etc.) mehr behält, und gälte auch bei Bezug von PaaS (Platform as a Service) oder von SaaS (Software as a Service). Die interne IT erfüllt ihre Aufgaben mit dem bisherigen Selbstverständnis weiter, allenfalls verschieben sich z.T. Aufgaben im Unternehmen (weniger Berührung mit Hardware, da kein eigenes Rechenzentrum mehr benötigt wird, und mehr Überwachungsfunktionen).*

Dass die gesetzliche Ausgangslage für Banken und Versicherungsunternehmen unterschiedlich ist, halten zu Recht auch die Erläuterungen fest (S. 7). Auf jeden Fall sollte man sich bei der Kommentierung des Entwurfs die Rechtsfolgen vor Auge halten und erörtern, wie sich die Unterscheidung zwischen „Funktion“ und „Dienstleistung“ auswirkt (siehe die Kommentierung zu Rz. 17). Auf dieser Grundlage kommentieren wir die folgenden Randziffern wie folgt:

Zu Rz. 4 (Begriff „Outsourcing“):

Es sollte klargestellt werden, dass das Rundschreiben den Begriff „Outsourcing“ autonom für die Zwecke der Aufsichtspraxis definiert. (Das technisch geprägte Verständnis der IT-Branche soll für die Zwecke des Rundschreibens also nicht relevant sein.) Dies ermöglicht, die Rechtsfolgen des Begriffs „Outsourcing“ klarer zu umschreiben, worauf insbesondere bei der Kommentierung zu Rz. 17 zurückzukommen ist. Ausserdem kann mit der Klärung des Begriffs „Outsourcing“ auch der Begriff „Subakkordanten“ schärfer erfasst werden (siehe dazu die Kommentierung zu Rz. 40).

zu Rz. 5 (Dienstleistungen eines Dienstleisters für eine Bank, die als wesentlich gelten):

Gemäss dem Entwurf gelten Dienstleistungen dann als wesentlich, wenn sie sich in wesentlicher Weise auswirken („*Dienstleistungen, 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 ...*“). Von einem Outsourcing gemäss Rundschreiben sollte man nur dann sprechen, wenn auch die **Auswirkungen** der Auslagerung **wesentlich** sind. Mit anderen Worten sollte eine Auslagerung von unwesentlichen Tätigkeiten einer Bank nicht allein deswegen als reguliertes Outsourcing gelten, weil sie mit Hilfe von Mitteln „der IT“ abgewickelt wird. Andernfalls würde die von der FINMA beabsichtigte Technologieneutralität gerade in ihr Gegenteil verkehrt.

Für die Frage der Wesentlichkeit sollte für jede ausgelagerte Funktion oder Dienstleistung bestimmt werden, ob wesentliche Geschäftsprozesse der Bank in wesentlicher Weise betroffen wären, wenn die Dienstleistung weggedacht würde („Wegdenken“ antizipiert den Krisenfall), oder wenn wesentliche Risiken von der Dienstleistung in wesentlicher Weise betroffen sind. Die vorgeschlagene Anpassung dient diesbezüglich der Klarheit. Für Banken leiten sich aus dem so verstandenen Begriff „Outsourcing“ die folgenden Konsequenzen ab: Erstens, Outsourcings sind zulässig (Rz. 11, unter Vorbehalt von Rz. 12 – 16); zweitens, die Bank hat Outsourcings ordnungsgemäss abzuwickeln (Rz. 21 ff.).

Die Auslagerung der Aufbewahrung von Daten sollte nicht generell, sondern nur dann als wesentlich gelten, wenn sie sich auf Daten bezieht, welche in Bezug auf die in Rz. 5 genannten Risiken eine Relevanz haben.

zu Rz. 7 (Wesentlichkeit bei Versicherungsunternehmen):

Rz. 7 des Entwurfs lehnt sich an die bisherigen Erläuterungen der FINMA zum Geschäftsplan an, wobei der Begriff der „Funktion“ (im Versicherungsunternehmen) ersetzt wurde durch „Dienstleistungen“ (des Dienstleisters). Dies ist problematisch. „Dienstleistung“ bezieht sich im bisherigen Rundschreiben 2008/7 für Banken auf Leistungen des Dienstleisters, und so ist wohl auch der Entwurf zu lesen. Im VAG ist aber wie bereits erwähnt nur von „Funktion“ (im Versicherungsunternehmen) die Rede. *„Dienstleistungen, die untrennbar mit dem Betrieb eines Versicherungsunternehmens verbunden sind“*, wie in Rz. 7 vorgesehen, passt damit nicht zur Gesetzeslage. Es ist für „die IT“ bei Versicherungsunternehmen vielmehr wie folgt zu differenzieren:

1. **Gesamtfunktion IT:** Das Versicherungsunternehmen stellt mittels Personal, Organisation, Know How, etc. einen Bereich „IT“ auf. Gliedert das Versicherungsunternehmen die ganze Funktion aus, fehlt anschliessend der ganze Bereich, also die Gesamtfunktion.
2. **Bezug von Dienstleistungen:** Zieht das Versicherungsunternehmen demgegenüber den Dienstleister nur für einzelne seiner Tätigkeiten oder in Bezug auf einzelne Applikationen bei (egal ob nur auf der Ebene Hardware oder auf weiteren Ebenen), ist nicht die ganze *Funktion* (d.h. nicht der ganze Bereich „IT“) des Versicherungsunternehmens betroffen.

Die Unterscheidung ist relevant für die Frage, ob eine Genehmigungspflicht bejaht werden kann (dazu im Einzelnen die Kommentierung zu Rz. 17), sie muss aber nicht zugleich auch relevant sein für die Frage, ob ein Outsourcing (im Sinne des Rundschreibens) vorliegt. Die Differenzierung nach „Funktion“ führt zu einer ersten Anpassung in Rz. 7, mit den folgenden Konsequenzen für Versicherungsunternehmen: Outsourcings sind grundsätzlich zulässig (Rz. 11, unter Vorbehalt von Rz. 12 – 14), das Versicherungsunternehmen hat Outsourcings aber ordnungsgemäss abzuwickeln (Rz. 21 ff.). Outsourcings von Versicherungsunternehmen stehen aber dann unter einem Genehmigungsvorbehalt, wenn sie geschäftsplanrelevant sind (dazu äussert sich Rz. 17 des Entwurfs, siehe die dortige Kommentierung).

In Rz. 7 sollten sodann (wie bei Banken, siehe Rz. 5) auch bei Versicherungsunternehmen die *Auswirkungen einer Auslagerung* massgeblich sein (was in Rz. 7 gemäss Entwurf aber noch nicht umgesetzt ist). Dazu Folgendes:

1. **Ausgliederung der Gesamtfunktion „IT“:** Da die Gesamtfunktion „IT“ stets wesentliche Geschäftsprozesse in wesentlicher Weise unterstützt, stellt das Auslagern der Gesamtfunktion IT stets ein Outsourcing gemäss Rundschreiben dar.
2. **Bezug von Dienstleistungen:** Hier kann ein Outsourcing im Sinne des Rundschreibens dann vorliegen, wenn sich die Auslagerung in wesentlicher Weise auf die in Rz. 7 bezeichneten Funktionen auswirken kann (die Wesentlichkeit ist auch hier im Einzelfall zu eruieren). Hat die Dienstleistung wesentliche Auswirkungen auf Tätigkeiten des Versicherungsunternehmens, die *„untrennbar mit dem Betrieb eines Versicherungsunternehmens verbunden sind“*, kann der Vorgang ebenfalls als Outsourcing qualifiziert werden.

zu Rz. 13² („RegTech“ muss möglich sein, d.h. Unterstützung von Compliance-Massnahmen mittels IT):

Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte Rz. 13 präzisiert werden, weil sonst irrtümlich der Schluss gezogen werden könnte, dass Big Data-Analysen, die z.T. auf anonymisierten und abstrahier-

² Rz. 13 lässt die Auslagerung von Tätigkeiten zu, welche „die Identifikation, die Analyse, die Bewertung ... oder die Überwachung unternehmensindividueller Risiken zum Gegenstand haben“ [Hervorhebung nicht im Original].

ten Datenquellen auch von anderen Unternehmen abstellen, ausgeschlossen wären. Sog. „Utilities“, d.h. standardisierte „special purpose“-Dienste an die ganze Finanzbranche aus der Hand eines spezialisierten Anbieters, oft zur Unterstützung regulatorischer Anliegen (sog. „RegTech“), dürfen nicht aus regulatorischen Gründen unmöglich sein. Auf „unternehmensindividuell“ als Kriterium sollte in Rz. 13 daher zur Vermeidung von Missverständnissen verzichtet werden.

zu Rz. 17 (Genehmigungsvorbehalt für Outsourcings bei Versicherungsunternehmen):

Mit Rz. 17 wäre in Bezug auf teilweise Auslagerungen von Dienstleistungen (wie vorn abgegrenzt, siehe den Kommentar zu Rz. 7) im Versicherungsbereich wie erwähnt zumindest eine deutliche Praxisänderung verbunden. Neu soll gemäss Entwurf auch die Auslagerung von Teilaspekten „der IT“ eine genehmigungspflichtige Auslagerung darstellen, während sie dies zuvor nicht war (namentlich mit Blick auf die explizit globale Umschreibung der Funktion „IT/EDV“ in den bislang geltenden Erläuterungen aus dem Jahr 2012 (Erläuterungen, S. 17). Mit Blick auf die etablierten bisherigen Erläuterungen fragt sich, ob diese Praxisänderung vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt ist bzw. ob nicht weiterhin nur die Auslagerung der IT als Gesamtfunktion als Ausgliederung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG verstanden werden darf. Wir sind der Meinung, dass die mit dem Entwurf beabsichtigte Praxisänderung zur Rechtsfolge „Genehmigungspflicht“ vom Wortlaut des VAG nicht gedeckt wäre. Konkret heisst dies, dass eine (IT-bezogene) Auslagerung nur dann eine Genehmigungspflicht auslöst, wenn es sich um eine veritable „Ausgliederung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG handelt (wenn also das Versicherungsunternehmen in diesem Rahmen seine ganze IT-Abteilung an einen (oder mehrere) Dienstleister auslagert).

Das bedeutet jedoch umgekehrt nicht, dass nicht trotzdem von einem „Outsourcing“ im Sinne des Rundschreibens gesprochen werden kann. Unseres Erachtens behalten die Rz. 21 ff. des Entwurfs auch für Versicherungsunternehmen durchaus ihre Berechtigung. Die Kompetenz der FINMA zum Erlass eines Rundschreibens zur Regelung von Vorgaben an Versicherungsunternehmen erscheint auch ausserhalb einer Genehmigungspflicht als berechtigt (siehe z.B. Art. 22 VAG³). Es erscheint als sinnvoll, die Anforderungen per Rundschreiben zu präzisieren, die Versicherungsunternehmen bei Vornahme eines Outsourcings einzuhalten haben (zu diesen Vorgaben siehe Rz. 21 ff. des Entwurfs). Diese Vorgaben sollten wohl auch dann eingehalten werden, wenn das Versicherungsunternehmen einen Dienstleister bloss für ein Outsourcing beizieht, das nicht genehmigungspflichtig ist.

zu Rz. 32 (keine überspannten Anforderungen an das Prüferfordernis):

Das Verwaltungsrecht verbietet unverhältnismässige Massnahmen. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz wirkt sich im Zusammenhang mit dem Prüfrecht im Sinne von Rz. 32, wonach das Unternehmen (Bank oder Versicherung) vertraglich ein jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Prüfrecht für sich selber und die FINMA vorsehen muss, dreifach aus:

1. Vor-Ort-Prüfung: Aus dem Begriff „vollumfänglich“ könnte eine Forderung auf Vor-Ort-Prüfung abgeleitet werden. Eine solche kann als unverhältnismässig erscheinen, wenn mildere Massnahmen möglich sind (siehe auch Rz. 35 des Entwurfs), solange sie ebenfalls eine wirkungsvolle Prüfung ermöglichen. Vor-Ort-Prüfungen können die Sicherheit von IT Infrastrukturen beeinträchtigen, weswegen sie in Multi-Tenant-Infrastrukturen nicht leichthin verlangt werden dürfen.

³ Art. 22 VAG (unter dem 2. Abschnitt „Risikomanagement“) lautet wie folgt: „**Art. 22.** (1) Das Versicherungsunternehmen muss so organisiert sein, dass es insbesondere alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen kann. (2) Der Bundesrat erlässt Vorschriften über Ziel, Inhalt und Dokumentation des Risikomanagements. (3) Die FINMA regelt die Überwachung der Risiken durch das Versicherungsunternehmen.“ Siehe auch Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG.

2. Geheimhaltungsinteressen Dritter und Sicherheitsaspekte: Die Anforderungen „vollumfänglich und ungehindert“ können in Multi-Tenant-Infrastrukturen unverhältnismässig sein. Drittinteressen (andere Nutzer) sind zu schützen.
3. Anspruchsberechtigung: In Multi-Tenant-Infrastrukturen muss es genügen, wenn die FINMA als Aufsichtsbehörde bzw. ein von ihr beauftragter externer Experte auf Kosten des Unternehmens Prüfungen durchführen darf.

Die FINMA dürfte ein Outsourcing nicht deswegen verweigern oder beanstanden, weil ein Dienstleister dem regulierten Unternehmen ein Auditrecht nur mit den hier erwähnten Präzisierungen gewährt. Eine entsprechende Anordnung der FINMA wäre wohl unverhältnismässig. Sie wäre nicht im Interesse des Finanzplatzes Schweiz und würde für schweizerische Unternehmen zur einer ungerechtfertigten Benachteiligung gegenüber dem Ausland führen (vgl. aber Art. 7 Abs. 2 lit. b FINMAG).

zu Rz. 21 und Rz. 40 (keine überspannten Anforderungen an den Umgang mit Subakkordanten):

Der Begriff „Unterakkordant“ sollte zweckgerecht verstanden werden (das Rundschreiben bezweckt Systemschutz im Finanzmarkt). Als Unterakkordanten sollten nur Dritte verstanden werden, die vom Dienstleister mit einem weiteren Outsourcing zur Erfüllung des Vertrags mit dem Unternehmen beigezogen werden. Dritte, die für das Outsourcing nicht wesentliche Dienstleistungen erbringen sowie weitere Hilfspersonen (Mitarbeitende, Putzfrau, etc.) sollten nicht als Unterakkordanten gelten. Auf den Hilfspersonenbegriff sollte im ganzen Rundschreiben (d.h. wie in Rz. 21) verzichtet werden.

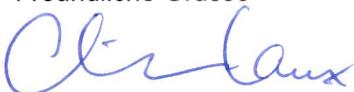
Ein wesentlicher Einfluss eines Subakkordanten auf das Outsourcing entfällt auch bei nicht-individualisierten und dadurch ohne Weiteres austauschbaren Leistungen („Commodity“-Provider), solange der Hauptdienstleister selber die Gewähr übernimmt und in belastbarer Weise absichert, das Funktionieren der Dienstleistung jederzeit sicherzustellen.

Mit diesen Anpassungen reduziert sich der Anwendungsbereich der Überbindungspflichten auf ein angemessenes Mass. Die im Übrigen leicht missverständliche Regelung („vorgängige Genehmigung“) sollte im Sinne des beabsichtigten Regelungsziels (Transparenz) präzisiert werden (der Vertrag muss die Modalitäten regeln, eine vorgängige Pauschalgenehmigung ist ausreichend).

* * *

Abschliessend bitten wir Sie nochmals höflich um positive Auseinandersetzung mit unseren Vorschlägen. Gerne stehen wir für allfällige Präzisierungen zur Verfügung. Für Ihre Bemühungen danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse



Christian Laux



Alexander Hofmann

Anhang 1: Ausformulierte Anpassungsvorschläge (Vernehmlassung Outsourcing-Rundschreiben)

Rz 4 Outsourcings im Sinne des Rundschreibens (Begriffliches). Rz 4 sollte wie folgt geschärft werden:

Ein Outsourcing (Auslagerung) im Sinne des Rundschreibens liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen.

Rz 5 Wesentliche Dienstleistungen im Bankgeschäft (Begriffliches). Anpassungen in Rz 5 wie folgt:

Wesentlich sind bei Banken jene Dienstleistungen, 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 bezüglich dieser Risiken relevanten Datenaufbewahrungen, ~~die~~ und IT-Aufgaben (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.

Rz 7 Wesentliche Dienstleistungen im Versicherungsgeschäft (Begriffliches). Anpassungen in Rz 7:

Wesentlich sind bei Versicherungsunternehmen jene Dienstleistungen, die sich in wesentlicher Weise auf Funktionen, die untrennbar mit dem Betrieb eines Versicherungsunternehmens verbunden sind, auswirken können, wie namentlich die Produktion (Produktentwicklung, Vertrieb, Risikozeichnung), die Bestandesverwaltung (Policenverwaltung), die Schadenregulierung (Leistungsbearbeitung), das Rechnungswesen (Finanzbuchhaltung und -controlling), die Vermögensanlage und -verwaltung sowie die IT (Informations- und Datenverarbeitung). Wesentlich sind ausserdem das Risikomanagement und die Compliance.

Rz 13 „RegTech“ sollte nicht beeinträchtigt werden. Rz 13 sollte wie folgt geändert werden:

Satz 2 Als zentrale Kontroll- und Führungsaufgaben nicht vollständig 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 von Risiken zum Gegenstand haben.

Rz 17 Berücksichtigung der Vorgaben des VAG (Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG): Rz. 17 sollte geändert werden:

Das Outsourcing von wesentlichen Dienstleistungen Funktionen und die beschränkt zulässige Auslagerung von Kontrollfunktionen sind nach Art. 4 Abs. 2 Bst. j i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG geschäftsplanrelevant und damit genehmigungspflichtig.

Rz 21 Streichung des Begriffs „Hilfspersonen“ im ganzen Text. Rz 21 sollte wie folgt geändert werden:

Satz 2 Über die ausgelagerten Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer (inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen Unterakkordanten, vgl. Rz 40) und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27).

Rz 32 Beim Prüfrecht sollten die Vorgaben gemäss Entwurf sachgerecht abgeschwächt werden:

Satz 1 Das Unternehmen und dessen Prüfgesellschaft sowie die FINMA müssen in der Lage sein, die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen beim Dienstleister wirksam zu prüfen. Zu ihren Gunsten ist vertraglich ein jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht einzuräumen, wobei sachlich gerechtfertigte Vorbehalte zum Schutz berechtigter Interessen (namentlich zur Aufrechterhaltung der Sicherheit, von Vertraulichkeitspflichten gegenüber Dritten sowie gegen unzumutbare Beeinträchtigungen des operativen Geschäfts) zulässig sind.

Rz 36 Für den Nachweis wirksamer Prüfrechte sind Beweismittelbeschränkungen unangebracht:

Satz 2 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 insbesondere mittels Rechtsgutachten oder Bestätigungen der zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörde erbracht werden. Die Prüfgesellschaft des Unternehmens hat den Nachweis vor der Auslagerung zu beurteilen.

Rz 38 Zugriff auf Daten aus der Schweiz heraus ist für die Zwecke der Sanierbarkeit ausreichend, eine Datenhaltungspflicht in der Schweiz wäre unverhältnismässig:

Satz 2 Die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des Unternehmens in der Schweiz muss gewährleistet sein. Der Zugriff auf die dafür notwendigen Daten muss jederzeit in aus der Schweiz heraus möglich sein.

Rz 39 „Schriftform“ sollte auf „Nachweisbarkeit durch Text“ reduziert werden:

Satz 1 Die Auslagerung muss auf einem schriftlichen Vertrag beruhen (Nachweisbarkeit durch Text ist ausreichend).

Rz 40 Der Begriff „Unterakkordant“ sollte geschärft, auf jenen der „Hilfsperson“ verzichtet werden:

Unterakkordanten sind Dritte, die vom Dienstleister mit einem weiteren Outsourcing im Sinne dieses Rundschreibens zur Erfüllung des Vertrags mit dem Unternehmen beigezogen werden. Das Unternehmen hat den Beizug von Unterakkordanten vertraglich zu regeln(Hilfspersonen) von seiner vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen. Werden Hilfspersonen beigezogen, sind ihnen Den Unterakkordanten sind die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, zu überbinden.

Per Email

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA
Herr Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

31. Januar 2017

ANHÖRUNG | FINMA RUNDSCHREIBEN 2017/XX „OUTSOURCING“

Sehr geehrter Herr Brügger, sehr geehrte Damen und Herren,

Wir bedanken uns für die Gelegenheit, zum Entwurf des obengenannten Rundschreibens Stellung zu nehmen. Wir begrüssen die Absicht der FINMA, einen "state of the art"-Ansatz für die Schweizer Finanzindustrie zu verankern, der die seit der letzten Fassung des Rundschreibens entstandene Vielfalt von Dienstleistungsspezialisierungen und Anbietern im Banken und Versicherungsbereich qualitativ adressiert.

Allgemein ist uns aufgefallen, dass – obwohl die FINMA festhält, den Annex des bisherigen Rundschreibens 2008/7 löschen zu wollen – ein grosser Teil des Erläuterungsberichtes dafür verwendet wird, Beispiele und Aktivitäten als unter das Rundschreiben fallend oder nicht fallend zu qualifizieren. Dies impliziert, dass es der Rechtssicherheit dienen würde, auch unter dem Neuentwurf einen Annex beizubehalten, sei es auch nur in der Form einer „Negativ-Liste“.

Entwurf Alinea 5

Es fehlt eine Qualifikation betreffend „Wesentlichkeit“ bei operationellen und rechtlichen Risiken. Hier wird im Entwurf das Wort „generell“ verwendet (i.e. alle rechtlichen und operationellen Risiken sind „wesentlich“). Das kann nicht sein, da einerseits Markt-/Kredit-/Liquiditätsrisiken die Überlebensfähigkeit einer Bank/Effekthändler direkt betreffen, andererseits operationelle und rechtliche Risiken bei jeder menschlichen Tätigkeit innerhalb des Finanzdienstleisters entstehen. Entweder sollte hier die Bedingung gestellt werden, dass diese Risiken eine gewisse Materialität/Schadenshöhe erreichen, oder alternativ wäre das Hilfskriterium der „Reputationsrisiken“ wieder beizuziehen.

Entwurf Alinea 15/16

Hier scheinen sprachliche Unklarheiten vorzuliegen:

(i) bezieht sich der Begriff „kritische“ Dienstleistungen auf diejenigen Dienstleistungen, die in der Notfallplanung identifiziert werden? (kein Formulierungsvorschlag).

(ii) „derselben Finanzgruppe“ müsste sich sinngemäss wohl auf den Dienstleister beziehen, d.h. lagert eine systemrelevante Bank mehrere kritische Dienstleistungen aus, muss sie diese über verschiedene Dienstleister verteilen (vgl. Alinea 24 – „Konzentrationsrisiko“). Zudem dürfen Dienstleistungen ja an nicht regulierte Anbieter ausgelagert werden (Alinea 35).

Formulierungsvorschlag: „... dürfen ... nicht an Dienstleister derselben Konzerngruppe / innerhalb desselben Konzerns auslagern“ („Banken derselben Finanzgruppe“ wurde ersetzt, da im Widerspruch zu Alinea 35).

Entwurf Alinea 30/31

Die beiden Abschnitte sind umzustellen. Alinea 31 ist sinngemäss für alle auslagernden Banken/Effekthändler anwendbar (betrifft die BCM-Planung, d.h. wohl „kritische“ Dienstleistungen), Alinea 30 nur für sicherheitsrelevante Dienstleistungen.

Entwurf Alinea 36/39

Diese Abschnitte implizieren bestimmte Vorprüfungsregeln und FINMA-Notifikationsregeln für Dienstleistungen im Ausland. Unklar bleibt, ob die Bedingung des schriftlichen Vertrages nur für Gesellschaften gilt, oder auch für Zweigniederlassungen im Ausland – gemäss begleitendem Bericht soll es keine Ausnahmen mehr geben i. S. der Befreiung von der Vertragspflicht für „nahestehende Parteien“. Alinea 9 scheint schweizerische Zweigniederlassungen allgemein einzuschliessen, ausländische Zweigniederlassungen könnten damit der Umgehung dienen, wenn sie in Abschnitt F und G nicht auch genannt würden? (kein Formulierungsvorschlag).

Wir würden uns freuen, wenn Sie unsere Bemerkungen nützlich finden.

LEONTEQ SECURITIES AG



Simone Schenk
Legal Counsel
Executive Director



Thomas Meyrat
Legal Counsel
Executive Director

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

Zürich, 31. Januar 2017

FINMA-RS 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer» – Stellungnahme MS Amlin AG

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zum Entwurf des FINMA-RS 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“ Stellung nehmen zu können. Gerne machen wir folgende drei Vorschläge aus der Sicht eines Rückversicherers (die römische Numerierung folgt derjenigen des RS-Entwurfs):

III. Geltungsbereich (Rz 10)

Antrag auf Änderung: dahingehend, dass die Anforderungen dieses RS für gruppeninterne Outsourcings/Auslagerungen innerhalb der Schweiz und der EU für (Rück-)Versicherer nicht gelten.

Begründung:

Gruppeninterne Auslagerungen widerspiegeln die betriebswirtschaftlich Realität in einer arbeitsteiligen, international orientierten Volkswirtschaft und sind die Voraussetzung, dass Synergien innerhalb einer Gruppe realisiert werden können. Solange sie innerhalb des gleichen Rechtsraumes mit für die Zielfirma gleichen (Schweiz) oder äquivalenten (EU) Regeln und Aufsicht geschehen, sollten sie nicht mit bürokratischem Mehraufwand pönalisiert werden. Sind doch die Anforderungen an auslagernde Unternehmen unter V. sehr umfangreich und aufwendig.

IV. Zulässigkeit A. Gemeinsame Bestimmungen: In Rz 13 werden „rein operative Aufgaben“ von Risikomanagement und Compliance aufgezählt.

Antrag auf Präzisierung: dahingehend, dass diese „rein operative Aufgaben“ *kumulativ* (also bis zu allen) ausgelagert werden können.

Begründung: Vermeidung von Unklarheiten und Missverständnissen.

VII. Übergangsbestimmungen: In Rz 49 gilt das Outsourcing-RS für bestehende resp. bewilligte (Rück-)Versicherungen „ab dem Zeitpunkt, in dem eine Geschäftsplanänderung der FINMA zur Genehmigung unterbreitet bzw. mitgeteilt wird“ (2. Satz).

Antrag auf Änderung/Präzisierung: dahingehend, dass diese Geschäftsplanänderung eine *Änderungen bzgl. Outsourcing/Auslagerung* sein muss.

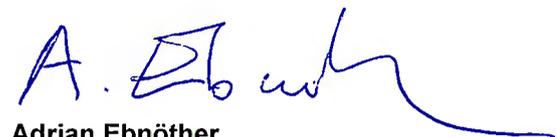
Begründung: Dieser inhaltliche Zusammenhang zwischen RS und Änderungen bzgl. Outsourcing/Auslagerung ist zentral, ansonsten ein (nicht erlaubter) Rückwirkungseffekt dieses RS stattfindet.

Wir bitten Sie um eine wohlwollende Prüfung unserer Vorschläge und Anliegen. Selbstverständlich stehen wir Ihnen für allfällige Fragen und Auskünfte zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Grégoire Mauchamp
CEO



Adrian Ebnöther
Compliance Manager
Tel. 044 389 40 67
E-Mail adrian.ebnoether@msamlin.com

Autorité fédérale de surveillance des marchés
financiers (FINMA)
Laupenstrasse 27
CH – 3003 Berne

A l'attention de M. Michael Brügger

(par email: regulation@finma.ch)

Genève, le 31 janvier 2017

Re : Prise de position sur le projet de circulaire FINMA 2017/xx
"Outsourcing – banques et assureurs"

Mesdames, Messieurs,

Le 6 décembre 2016, vous avez ouvert une audition relative au projet de circulaire FINMA 2017/xx, intitulée "*Outsourcing – banques et assureurs*" (la "**Circulaire 2017/xx**").

Nous vous communiquons ci-après nos commentaires. La présente prise de position se limite aux dispositions applicables aux banques et aux négociants en valeurs mobilières.

1. Généralités

Alors que la Circulaire 2008/7 "*Outsourcing - banques*" (la "**Circulaire 2008/7**") présente une structure relativement compliquée, le nouveau projet de Circulaire 2017/xx se veut plus systématique et intelligible, ce que nous saluons.

En énumérant notamment quelques exemples précis de prestations de services considérées comme "essentielles" (v. Cm 5, Circulaire 2017/xx), le projet de circulaire apporte de la clarté à la définition actuelle (v. Cm 2, Circulaire 2008/7, cf. toutefois le § 5 ci-dessous s'agissant de la liste d'exemples qui figure actuellement en annexe de la Circulaire 2008/7).

OBERSON ABELS SA
www.obersonabels.com

Avocats · Attorneys-at-law

Rue De-Candolle 20
CP 225 · 1211 Genève 12
T +41 58 258 88 88
F +41 58 258 88 89

Rue du Midi 2
CP 1164 · 1001 Lausanne
T +41 58 258 86 00
F +41 58 258 86 01

Place du Midi 29
CP 1012 · 1951 Sion
T +41 58 258 86 80
F +41 58 258 86 89

Place Pury 3
2000 Neuchâtel
T +41 58 258 86 22
F +41 58 258 86 24

Une délimitation plus précise de certaines notions contenues dans la Circulaire 2017/xx aurait toutefois été souhaitable. En particulier, il conviendrait de délimiter la définition d'*outsourcing* par rapport à celle de la simple délégation d'une activité (v. Cm 4, Circulaire 2017/xx). Se pose, par exemple, la question de savoir si (i) la délégation de certaines obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent par une banque à un gérant indépendant (en vertu d'un accord de collaboration) ou (ii) la "sous-délégation" de l'activité de gestion d'avoirs de clients par une entité d'un groupe à une autre entité du groupe constituent des cas d'"externalisation" dans une perspective réglementaire.

A notre avis, la suppression des passages relatifs à la protection des données, au secret d'affaires ou au secret professionnel figurant dans la Circulaire 2008/7 permet d'éviter des répétitions inutiles et des problèmes de coordination. Par souci de clarté, un renvoi explicite à la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB) nous paraîtrait toutefois utile. Dans ce contexte, nous relevons que la nouvelle Circulaire renonce à définir les exigences applicables en matière d'informations et de consentement des clients. Il est toutefois à prévoir que la révision de la LPD, dont l'avant-projet a été publié le 21 décembre 2016¹, augmentera de manière significative les exigences applicables à l'information et au consentement des clients.

Finalement, nous saluons l'introduction de la nouvelle exigence à teneur de laquelle l'entreprise externalisante devra garantir la réintégration ordonnée de toute prestation de services externalisée (v. Cm 25, Circulaire 2017/xx). Ceci impliquera de prévoir, à l'avance, les modalités de fin d'une externalisation et améliorera la position de l'établissement insatisfait avec son prestataire de services externe.

2. Assimilation des externalisations intra-groupe aux externalisations hors groupe

A notre sens, une importante partie des externalisations se pratique aujourd'hui à un niveau intra-groupe. Partant, la renonciation à tout allègement pour ce type d'*outsourcing* (v. Cm 6 – 11, Circulaire 2008/7) représente un durcissement significatif des conditions réglementaires de l'externalisation.

Selon la teneur actuelle du projet de circulaire, les entreprises souhaitant déléguer des prestations au sein d'un groupe de sociétés devront notamment conclure des contrats écrits avec leurs prestataires de services (v. Cm 39, Circulaire 2017/xx), introduire des dispositifs de sécurité en accord avec ces prestataires (v. Cm 31, Circulaire 2017/xx) ou encore garantir la réintégration ordonnée des prestations externalisées (v. Cm 25, Circulaire 2017/xx).

Cette modification de l'actuelle circulaire est susceptible de conduire à une mise en œuvre laborieuse et coûteuse pour l'entreprise externalisante, ce qui nous semble disproportionné dans la mesure où les externalisations intra-groupe présentent moins de risques que les externalisations auprès d'un tiers. En particulier, l'exigence selon laquelle l'entreprise externalisante garde la

¹ Cf. https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2016/ref_2016-12-21.html



"responsabilité réglementaire" pour le pan d'activités externalisé est plus aisé à mettre en œuvre dans le cadre d'une externalisation intra-groupe.

Afin de ne pas soumettre l'*outsourcing* intra-groupe à des entraves administratives trop importantes, il nous paraît souhaitable d'introduire certains allègements. En particulier, les exigences en matière de documentation contractuelle devraient être réduites au minimum (v. Cm 39 ss, Circulaire 2017/xx). Il devrait également être plus facile pour l'entreprise externalisante d'être dispensée de certaines obligations prévues par la réglementation (v. Cm 46, Circulaire 2017/xx).

3. Inventaire des prestations externalisées

La nouvelle exigence d'établir un inventaire des prestations de services externalisées (v. Cm 21, Circulaire 2017/xx) permettra de mieux répertorier et, de ce fait, de mieux organiser les différentes externalisations. Cette nouvelle exigence ira toutefois de pair avec une charge administrative plus lourde pour les entreprises externalisantes.

En vue d'assurer une certaine uniformité et de faciliter aux entreprises la tenue d'un tel inventaire, nous suggérons que la FINMA précise le niveau de granularité attendu d'un tel inventaire, par exemple en publiant un canevas d'inventaire.

4. Externalisation vers l'étranger

En cas d'externalisation vers l'étranger, l'entreprise externalisante doit apporter la preuve qu'elle-même, sa société d'audit et la FINMA peuvent exercer leurs droits de contrôle et les faire appliquer à l'étranger (v. Cm 36, Circulaire 2017/xx). Dans ce contexte, nous proposons que la FINMA établisse une liste des Etats dans lesquels ces possibilités d'examen sont considérées comme garanties. La tenue d'une telle liste, à l'instar de la liste des Etats ayant une législation assurant un niveau de protection adéquat telle que publiée par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence², faciliterait le respect de cette exigence réglementaire.

5. Suppression de la liste d'exemples annexée à la Circulaire 2008/7

Nous prenons note de l'intégration d'un certain nombre d'exemples dans le corps du texte de la Circulaire 2017/xx (v. Cm 5, Circulaire 2017/xx). Compte tenu de l'utilité de la liste d'exemples qui se trouve actuellement à l'annexe de la Circulaire 2008/7, nous proposons cependant non seulement de la maintenir, mais encore de la rendre évolutive en l'actualisant sur une base constante. En effet, cette liste permet aux destinataires de la Circulaire de mieux appréhender son champ d'application.

² Cf. <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=fr>

6. Délai transitoire

Au vu de l'important travail administratif et de la complexité des changements opérationnels qui iront de pair avec l'adaptation des relations d'*outsourcing* déjà existantes aux nouvelles exigences du projet de Circulaire 2017/xx (notamment en ce qui concerne les externalisations intra-groupe), nous considérons qu'un délai transitoire de deux ans pourrait s'avérer trop court et vous proposons, dès lors, de prolonger ce délai à trois ans.

* * *

Nous vous remercions d'avance de l'attention que vous aurez bien voulu porter à ces lignes. Nous restons bien évidemment à votre entière disposition pour toute information complémentaire que vous pourriez souhaiter.

Nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de nos sentiments distingués.



Philipp Fischer



Antoine Amiguet

Raiffeisenplatz 4
 Postfach
 9001 St.Gallen
 Telefon 071 225 49 98
 www.raiffeisen.ch
 finma-office@raiffeisen.ch



FINMA		
ORG	26. JAN. 2017	SB
BB		
Bemerkung:		FLP

A-Post
 Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
 Herrn Michael Brügger
 Laupenstrasse 27
 3003 Bern
regulation@finma.ch

Für Sie zuständig:
 Gabriela Glaus, RA – 071 225 49 98

St.Gallen, 25. Januar 2017

**Stellungnahme zum Entwurf zum
 FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“**

Sehr geehrter Herr Brügger

Wir beziehen uns auf die Eröffnung der Anhörung zu dem eingangs erwähnten Entwurf zum FINMA-Rundschreiben vom 06.12.2016. Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Allgemeine Bemerkungen

Das Auslagern von intern erbrachten Leistungen dient der Optimierung der Wertschöpfungskette, der Kostenoptimierung und der Erzielung langfristiger Wettbewerbsvorteile. Geschäftsprozesse können rationalisiert und vereinfacht werden. Darüber hinaus können auch Qualitätssteigerungen erzielt werden, die aus der Spezialisierung eines externen Leistungsanbieters auf bestimmte Leistungen resultieren. Geschickter Einsatz von Outsourcing kann dadurch auch der Verbesserung der Compliance dienen. Gerade auch im Bankenbereich wird die Wertschöpfungskette immer mehr auf spezialisierte Unternehmen sowie neue Geschäftsmodelle aufgebrochen, was zu mehr Auslagerungen führt.

Innovation ist ein wichtiger Faktor für einen wettbewerbsfähigen Schweizer Finanzplatz. Um die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes aufrechtzuerhalten, kommt demzufolge einer flexiblen Ausgestaltung der Outsourcing-Vorschriften für die gesamte nationale Wirtschaft und damit auch für die Banken grosse Bedeutung zu. Aus diesem Grund sind wir der Ansicht, dass das Rundschreiben 2017/xx Outsourcing – Banken und Versicherer sich auf wesentliche Outsourcings beschränken, Risiken, typische Probleme und Fehler mitigieren und zur Wahrung der Rechtssicherheit klare Vorgaben machen soll, ohne die Auswahlkriterien für Service-Provider einzuschränken. Beispielsweise dürfen für inlandorientierte Banken Auslagerungen an Gruppengesellschaften nicht benachteiligt oder gar eingeschränkt werden. Ausserdem soll die Abwicklungsfähigkeit systemrelevanter Banken nicht in diesem Rundschreiben, sondern in der Notfallplanung der betroffenen Finanzinstitute festgelegt werden. Die Vorschriften sollen nicht zu weiteren administrativen Vorschriften führen und auch keine Duplizierung von Kontroll- und Überwachungsstrukturen beim auslagernden Unternehmen und beim Dienstleister schaffen. Sie sollten einzig mit dem Ziel ausgestaltet werden, die Sicherheit des Finanzplatzes zu gewährleisten, ohne jedoch in die Organisationskompetenz der einzelnen Unternehmen einzugreifen und damit Strukturen zu zementieren oder Innovationen zu behindern. Nur so kann die FINMA ihre angekündigte Absicht glaubhaft umsetzen, dafür besorgt zu sein, dass für innovative Geschäftsmodelle unnötige wettbewerbsbehindernde Regulierungshürden abgebaut und geeignete Rahmenbedingungen geschaffen werden.

Zum Entwurf FINMA-RS 2017/xx Outsourcing – Banken und Versicherer

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 1

Wir anerkennen die grundsätzliche Stossrichtung im Hinblick auf die Risikobegrenzung und Abwicklungsfähigkeit der Banken.

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 5

Die Umschreibung der „wesentlichen Dienstleistungen“ ist zu generell und umfassend, was Rechtsunsicherheiten verursacht. Insbesondere der generelle Hinweis auf die IT (Informations- und Datenverarbeitung) sowie die generelle Einflussmöglichkeit auf alle Risikoarten ist nicht zielführend. Uns beunruhigt die Tendenz, dass die Revisionsgesellschaften immer mehr Sachverhalte als „Outsourcing“ im Sinne des FINMA-RS 2017/xx klassifizieren, was dazu führt, dass der administrative Aufwand in diesem Zusammenhang stark zugenommen hat – ganz zu schweigen von den damit verbundenen Kosten und Ressourceneinsatz. Die im Erläuterungsbericht genannten Beispiele, welche nicht als wesentlich im Sinne des Rundschreibens gelten, mögen zwar eine Einordnungshilfe darstellen. Aufgrund der sehr allgemeinen Definition im Rundschreiben wird es allerdings zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen. Um den Grundsatz der Wesentlichkeit auch im Rundschreiben auf bedeutende Sachverhalte einschränken zu können, schlagen wir folgende Formulierung vor:

„Wesentlich sind bei Banken jene Dienstleistungen, **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 (... unverändert ...)“

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 6

Rz 6 ist zu streichen. Der Hinweis auf die systemrelevanten Banken gehört nicht ins FINMA-RS 2017/xx Outsourcing. Welche Funktionen bei systemrelevanten Banken als wesentlich gelten, ist im Rahmen der Notfallplanung der entsprechenden Finanzinstitute zu definieren. Aus dem Rundschreiben ergibt sich zudem nirgends, was unter „kritische Dienstleistungen“ zu verstehen ist. Wir gehen davon aus, dass darunter dasselbe zu verstehen ist wie unter dem Begriff „kritische Operationen“, welche im Rahmen der Notfallplanung für jede Bank entsprechend ihren Verhältnissen separat definiert werden. Sollte Rz 6 wider Erwarten nicht gestrichen werden, so sollte diese Rz zumindest klar umschreiben, welche Dienstleistungen bei systemrelevanten Banken (zusätzlich) als „kritisch“ einzustufen sind.

Aufhebung der Erleichterung für Outsourcing innerhalb Gruppengesellschaften (FINMA-RS 2008/7 Rz 6–12)

Gruppeninterne Auslagerungen müssen weiterhin umfassend zulässig sein. Sie können sinnvoll und unter dem Gesichtspunkt von Risikokontrolle und Überwachung sogar wünschbar sein. In einer Bankengruppe greifen Steuerung, Überwachung und Kontrolle wesentlich besser als bei Outsourcing an Externe. Die Steuerung solcher Auslagerungen kann dabei nicht nur über Outsourcing-Verträge erfolgen, sondern muss auch über statutarische Grundlagen zulässig sein.

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 11-14

Bezüglich Zulässigkeit erachten wir es als notwendig, explizit zwischen gruppeninternen Auslagerungen sowie externen Auslagerungen zu unterscheiden. Während die Regelungen in Rz 11-14 für externe Auslagerungen im Grundsatz wohl unbestritten sind, können diese für gruppeninterne Auslagerungen nicht übernommen werden. Im gruppeninternen Verhältnis ist es nicht nur sinnvoll sondern aus regulatorischer Sicht 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 gruppeninterne Auslagerungen – z.B. im Bereich der Compliance oder des Risikomanagements – nicht zulässig sein sollten. Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 13 vor:

„Als zentrale Kontroll- und Führungsaufgaben nicht vollständig **an externe Dienstleister** auslagerbar sind das Risikomanagement und die Compliance.“

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 12

Der Umfang und die Bedeutung der neu eingefügten Formulierung „Funktionen, die das Fällen von strategischen Entscheidungen umfassen“ sind unklar, was Rechtsunsicherheiten verursacht. Diese Formulierung ist zu streichen. Wenn sie beibehalten werden soll, ist deren Bedeutung zu klären und einzugrenzen (insbesondere bezüglich gruppeninterner Auslagerungen gemäss Anmerkungen zu Rz 11-14).

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 14

Die Bestimmung ist zu eng formuliert. Lediglich die Auslagerung von operativen Aufgaben der Compliance ist für Unternehmen der Aufsichtskategorien 4 und 5 formell als zulässig definiert. In Rz 13 und im Erläuterungsbericht ist zusätzlich das Risikomanagement genannt. Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 14 vor:

„Bei Unternehmen der Aufsichtskategorien 4 und 5 ist die Auslagerung von operativen Aufgaben der Compliance **sowie des Risikomanagements** umfassend möglich.“

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 15

Keine Bank kann „sicherstellen“, dass das Outsourcing keine Nachteile auf die Fortführung kritischer Dienstleitungen im (drohenden) Insolvenzfall hat. Sie kann jedoch geeignete vertragliche Vereinbarungen aufsetzen und im Notfallplan definierte Massnahmen treffen, um gemäss Art. 60-63 BankV sicherzustellen, dass die Fortführung der systemrelevanten Funktionen nach Art. 8 BankG unabhängig von den übrigen Teilen der Bank ohne Unterbrechung weitergeführt wird. Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 15 vor:

„Systemrelevante Banken **treffen die notwendigen Massnahmen** ~~stellen sicher~~, damit das Outsourcing (... unverändert ...)

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 16

Diese Bestimmung ist zu streichen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Auslagerung einer kritischen Dienstleistung an einen externen Anbieter oder an eine gruppeninterne Dienstleistungsgesellschaft möglich sein soll, aber nicht an eine unter der konsolidierten Aufsicht der FINMA stehende Bank. Dies umso mehr, als die Erbringung kritischer Dienstleistungen im Bereich Wertschriftenabwicklung oder Zahlungsverkehr gegebenenfalls eine Banklizenz erfordern. Wo Auslagerungen an Unternehmungen im Inland, d.h. im Zuständigkeitsbereich der FINMA erfolgen, führt eine solche Bestimmung dazu, dass industriell sinnvolle Zusammenarbeits-/Strukturierungsmodelle verunmöglicht werden.

Soweit solche Auslagerungen systemrelevante Bereiche betreffen, sind sie nicht per se zu verbieten, sondern über die gesetzlich vorgegebenen Instrumente des Stabilitätsplans sowie der Notfallplanung angemessen zu adressieren, und entsprechende Vorkehrungen zu verlangen.

Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 16 vor:

„Systemrelevante Banken dürfen kritische Dienstleistungen nur an Banken derselben Finanzgruppe **im Ausland auslagern**, wenn diese einer gleichwertigen Finanzmarktaufsicht unterstellt sind.“

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 21

Das Inventar soll sich auf grundlegende Aspekte beziehen (Leistungserbringer, Vertrag) und nicht noch zusätzliche Angaben erfordern. So ist der Umfang der ausgelagerten Dienstleistung im Vertrag festgeschrieben und es ist unnötig, dieses in einem Inventar zu replizieren. Es ist zudem nicht ersichtlich, inwiefern weitere Aspekte wie die Nennung von Hilfspersonen o.ä. einen Nutzen i.S. des Rundschreibens stiften sollte.

Wir schlagen in Analogie zum „Geschäftsplanformular J“ für Versicherungen folgende Formulierung vor:

„Über die ausgelagerten Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. **Dieses benennt die ausgelagerte Dienstleistung, den Dienstleister sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27).**

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 23-27

Es ist in der Ausformulierung der für die Risikoanalyse notwendigen Angaben darauf zu achten, dass keine unnötigen oder unrealistischen zwingenden Elemente der Risikoanalyse vorgegeben sind. Die Art und der Umfang der Risikoanalyse ist der Bank zu überlassen. So kann es im Rahmen einer Risikoanalyse durchaus angemessen 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. Konkret schlagen wir folgendes vor:

- Rz 24 ist zu streichen, da inhaltlich mit Rz 23 redundant.
- Rz 25: Die Anforderung „Der Dienstleister hat Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung zu bieten“ ist zu streichen. Es ist unklar, inwiefern dieser Wortlaut über die allgemeine Risikoanalyse hinausgeht und welche zusätzlichen Anforderungen damit verbunden sind. Dem Wortlaut nach geht dies zu weit, was realitätsfremd ist und in der Praxis Unklarheiten schafft. Entsprechend schlagen wir folgende Änderung der Rz 25 vor:

„Die geordnete Rückführung der ausgelagerten Dienstleistung muss **innert angemessener Frist möglich sichergestellt** sein.“

Im Zeitpunkt der Auslagerung ist es nicht sinnvoll, die geordnete Rückführung bereits „sicherzustellen“. Dies würde gemäss Wortlaut bedeuten, dass ein konkreter Plan ausgearbeitet und getestet werden müsste. Sinnvoll ist vielmehr, dass die Rückführung umsetzbar ist und innert angemessener Frist erfolgen kann, was auch die Basis für vertragliche Abmachungen gemäss Rz 39ff. darstellt.

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 28

Weisungsrechte können sich grundsätzlich nur auf die Abwicklung der ausgelagerten Dienstleistungen beziehen. Darüber hinaus können sie nicht in die Governance des Dienstleisters eingreifen. Das würde eine unverhältnismässige vertragliche Bindung des Dienstleisters verlangen. Dasselbe gilt für die Kontrollrechte, wobei hier allenfalls direkte Einsichtsrechte durch die Prüfer des Auftrag gebenden Unternehmens ausbedungen werden können. Die Anforderungen an die Prüfung und Aufsicht sind in den Rz 32 und 35 konkret geregelt, weshalb der Hinweis auf die Kontrollrechte in Rz 28 zu streichen ist.

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 31

Die Formulierung „in sämtlichen vorhersehbaren Notfällen“ geht zu weit: Vorschlag: „in Notfällen“

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 33

Diese Bestimmung greift unnötig in die Prüfstrategie des aufsichtsrechtlichen Prüfers ein und verlangt über das FINMA-RS 03/13 „Prüfwesen“ hinausgehende Prüfungshandlungen. 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.

Wir schlagen folgende Formulierung für Rz 33 vor:

- 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

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 38

Die Formulierung der Bestimmung bezüglich Zugriff ist sehr generell und führt zu Rechtsunsicherheiten. Nach unserer Auffassung soll klar zum Ausdruck gebracht werden, welche Arten des Zugriffs (beispielsweise mittels Remote-Access) darunter verstanden werden bzw. erforderlich sind. Dies hat wesentliche Auswirkungen auf den Ort der Datenhaltung.

Zu FINMA-RS 2017/xx, Rz 45

Eine zeitlich nicht beschränkte Pflicht zur Weiterführung der Leistungen des Dienstleisters ist vertraglich nicht durchzusetzen und 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. Es ist auch nicht klar, was die Formulierung „hat Gewähr zu bieten“ umfasst.

Wir hoffen Ihnen mit unseren Ausführungen gedient zu haben und stehen Ihnen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Raiffeisen Schweiz



Dr. Christian Poerschke
Leiter Departement Services
Mitglied der Geschäftsleitung



Nadja Ceregato
Leiterin Legal & Compliance

Kopie an:

- PwC via E-Mail (raiffeisen.coordination@ch.pwc.com)



santésuisse

Die Schweizer Krankenversicherer

Les assureurs-maladie suisses

Gli assicuratori malattia svizzeri

santésuisse
Römerstrasse 20
Postfach 1561
CH-4502 Solothurn
Tel. +41 32 625 41 41
Fax +41 32 625 41 51
mail@santesuisse.ch
www.santesuisse.ch

Per E-Mail :
regulation@finma.ch;
z.H. Herr Michael Brügger
FINMA
3003 Bern

Für Rückfragen:
Isabel Kohler Muster
Direktwahl: +41 32 625 4131
Isabel.Kohler@santesuisse.ch

Solothurn, 31. Januar 2017

FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“; Stellungnahme santésuisse

Sehr geehrter Herr Brügger
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir im Namen unserer angeschlossenen Krankenversicherer Stellung zum beabsichtigten Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“, da unserer Mitglieder direkt davon betroffen sind.

Allgemeine Bemerkungen:

Die Anwendbarkeit des Rundschreibens neu auch auf gruppeninterne Outsourcings führt bei den Krankenversicherern zweifelsohne zu einem Mehraufwand und generiert weder einen Mehrwert für die Versicherer noch zusätzliche Sicherheiten und Garantien für die Versicherungsnehmer. Insbesondere berücksichtigt das Rundschreiben nicht die spezifischen Besonderheiten bei einer gruppeninternen Auslagerung gegenüber externen Auslagerungen. Kriterien betreffend gruppeninternem Outsourcing müssen weniger streng sein als jene für das externe Outsourcing. So sind z.B. für gruppeninterne Auslagerungen in der Bestimmung unter V.B. (Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters) Ausnahmen zu machen, da diese in Gruppenkonstellationen wenig Sinn machen (dies gilt insbesondere für Rz. 24 f., welche für gruppeninterne Lösungen nicht greifen sollen). Das Ziel einer Gruppengesellschaft ist denn gerade eine gewisse Einheit und Kohärenz in seinen betriebsinternen Abläufen zu generieren. Da das Rundschreiben diesem wichtigen Punkt keine Rechnung trägt, sind unbedingt entsprechende Anpassungen vorzunehmen.

Zu Ziff. II. Begriffe

Rz. 4-7:

Es werden diejenigen Dienstleistungen aufgeführt, welche aus Sicht der FINMA als „wesentlich“ gelten. Die Krankenversicherer gehen deshalb davon aus, dass diejenigen Dienstleistungen, welche hier nicht aufgeführt sind, nicht vom Geltungsbereich des Rundschreibens erfasst werden. Andernfalls muss das Rundschreiben präzisiert werden.

Weiter besteht ein uneinheitliches Verständnis in der Terminologie in der französischen Version des Rundschreibens, wo der Begriff „fonction essentielle“ figuriert, während in Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG der Begriff „fonction importante“ aufgeführt ist. Hier bedarf es einer Klarstellung.

Ebenfalls findet der folgende Satz auf Seite 8 im Erläuterungsbericht für Banken keine Abstützung im Rundschreiben: „*Erhält der Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu CID, gilt ein Outsourcing als wesentlich.*“ Insofern ist auch nicht klar, ob diese erweiterte Begriffsdefinition auch für Versicherer gelten soll. Je nach dem muss das Rundschreiben hier Klärung verschaffen.

Zu Ziff. III. Geltungsbereich

Kleine und mittlere Versicherungsunternehmen der Aufsichtskategorien 5, 4 und 3 sowie Unternehmen, welche die gesamte Durchführung des Versicherungsgeschäfts an eine gruppeninterne Dienstleistungsgesellschaft (z.B. Agentur) ausgelagert haben – sofern solche überhaupt darunter fallen -, sind vom Geltungsbereich auszunehmen.

Gruppeninterne Dienstleistungsgesellschaften handeln im Namen und auf Rechnung der Versicherungsgesellschaft. Sie handeln somit rechtlich unselbständig. Es ist deshalb sowie auch mit Blick auf die Zweckverfolgung des Rundschreibens (reine Risikoüberlegungen), nicht nötig und betreffend Verwaltungskosten auch nicht sinnvoll, wenn als Folge einer solchen Unterstellung unter den Geltungsbereich rein dadurch zahlreiche Aufgaben im Unternehmen selber verbleiben müssen, welches unter der gleichen Oberleitung und der gleichen operativen Führung wie das Versicherungsunternehmen selber steht. Dies führt bei den Krankenversicherern zu teuren Doppelspurigkeiten.

Ebenso darf das Rundschreiben keine Anwendung finden auf Krankenzusatzversicherer in Abgrenzung zu anderen Versicherungszweigen im Bereich der Privatversicherungen (Haftpflicht- und Sachversicherung), denn bei diesen ist zu berücksichtigen, dass die meisten Versicherer das KVG- und VVG-Geschäft formell in verschiedenen Rechtsträgern führen, gleichzeitig aber die administrative Abwicklung des Versicherungsgeschäfts durch eine einzige Gesellschaft erfolgt, sei dies durch eine Dienstleistungsgesellschaft oder durch einen der beiden Versicherer, in der Regel die KVG-Gesellschaft. Die Politik hat sich wiederholt gegen eine Trennung der Bereiche KVG und VVG ausgesprochen. Bestimmungen, die das Führen des KVG- und VVG-Geschäfts aus einer Hand erschweren, dürfen somit für die Krankenzusatzversicherer keine Anwendung finden. Entsprechende Korrekturen sind im Rundschreiben vorzunehmen.

Weiter sind die Vermittler zwecks Klarstellung hin zur FINMA-Mitteilung 63 (2014) vom Geltungsbereich des Rundschreibens auszunehmen, weil sie nicht vom Versicherer direkt beauftragt werden, sondern in einem Vertragsverhältnis zum potentiellen Versicherungsnehmer stehen. Der Versicherer hat somit keinerlei Einfluss auf den Erfolg der Geschäftstätigkeit eines Vermittlers. Dieser liefert dem Versicherer lediglich das „Resultat“ seiner Bemühungen ab. Der Vertrag zwischen dem Vermittler und dem Versicherer stellt somit gar keine Auslagerung im Sinne des Rundschreibens dar.

Zu Ziff. IV. Zulässigkeit

Die Krankenversicherer begrüßen im Grundsatz die geplante Regelung, wonach die Auslagerung aller wesentlichen Dienstleistungen zulässig ist.

Unverständlich ist jedoch die neue Regelung, wonach die Risiko- und Compliance-Funktion als Ganzes nicht ausgelagert werden darf. Für die Versicherer ist es von Vorteil, diese Bereiche – insbesondere gruppenintern – als Ganzes auszulagern, denn durch diese Auslagerung ist ein sehr viel wirksameres Risikomanagement und eine viel bessere Compliance auf konsolidierter Ebene

möglich. Dieses neue Verbot führt zu keinerlei Mehrwert sondern zu grossem Mehraufwand für die Unternehmen, weshalb es abzulehnen ist.

A. Rz. 12: Der Begriff „Geschäftsbeziehungen“ muss präzisiert werden. Es ist nicht klar, was die FINMA darunter alles versteht. Handelt es sich z.B. um sämtliche Geschäftsbeziehungen?

Zu Ziff. V. Anforderungen an auslagernde Unternehmen

B. Rz. 23: Die Durchführung einer Risikoanalyse ist Sache der Versicherer, ob und in welcher Form solche Überlegungen stattfinden darf nicht vorgeschrieben werden. Es kann nicht sein, dass diese Elemente massgebend für die Erteilung einer FINMA-Bewilligung sind.

B. Rz. 27: Steht der gruppeninterne Dienstleister unter der gleichen Oberaufsicht und der gleichen operativen Führung wie das Versicherungsunternehmen selber, ist diese Vorgabe aus Risikoüberlegungen nicht erforderlich und mit Blick auf die dadurch resultierende Aufblähung der Verwaltungskosten auch nicht sinnvoll (vgl. Bemerkung oben unter Ziff. III.).

E. Rz. 32 ff.: Das Einräumen eines umfassenden (vertraglichen) Einsichts- und Prüfungsrechts bei Dritten zugunsten der FINMA geht zu weit und ist zu streichen. Die Prüfung ist Sache der Versicherer. Entsprechende Vertragsbestandteile wirken sich negativ bzw. hindernd auf mögliche Kollaborationen aus. Die übrigen Bestimmungen im Rundschreiben reichen bei Weitem aus, um das durch Rz. 32 anvisierte Ziel zu erreichen. So besagt Rz. 34, wonach Auslagerungen von Dienstleistungen die Aufsicht durch die FINMA nicht erschweren dürfen, insbesondere bei Auslagerungen ins Ausland. Der Fokus sollte somit im Rundschreiben auf der Beantwortung der Frage liegen, was in diesem Zusammenhang als *wesentliches* Outsourcing ins Ausland zu betrachten ist.

Im umgekehrten Fall widerspricht bei Auslagerungen ins Ausland dieses vollumfängliche Einsichts- und Prüferecht einer ausländischen Aufsichtsbehörde dem Souveränitätsprinzip der Schweiz sowie zahlreichen ausländischen Regelungen und steht zudem im Widerspruch zu Art. 271 des Schweizerischen Strafgesetzbuches.

F. Rz. 37: Die genaue Bedeutung dieser Bestimmung (Auslagerung von Massen-Kundenidentifikationsdaten ins Ausland) ist in den Erläuterungen bereits aufgeführt. Der Klarheit halber sollte sie ins Rundschreiben integriert werden. Weiter sollte diese Bestimmung in die Verträge mit den Dienstleistern im Ausland übernommen werden können, damit die ausländische Behörde nicht jedes Mal ihre Zustimmung geben muss bzw. nicht jedes Mal ein Rechtsgutachten eingeholt werden muss. Diese Möglichkeit ist im Rundschreiben zu ergänzen.

G. Rz. 40:

Die Einführung einer Verpflichtung, wonach das Unternehmen den Beizug von Unterakkordanten von seiner vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen hat, ist einerseits nachvollziehbar jedoch in der Zusammenarbeit mit wichtigen globalen Dienstleistern wie Microsoft oder Google schlicht nicht umsetzbar und deshalb zu streichen. Das Rundschreiben sollte den Marktteilnehmern Regeln überbinden, die umsetzbar sind und nicht hinderlich in der Erfüllung ihrer Pflichten.

Zu Ziff. VI. Auflagen und Ausnahmen

Wir begrüssen die Möglichkeit, dass die FINMA in begründeten Fällen Ausnahmen machen kann und von der Einhaltung des Rundschreibens ganz oder teilweise befreien kann. Im Rundschreiben fehlen jedoch Kriterien oder Bedingungen, an denen sich die FINMA bei diesen Entscheiden zu orientieren hat. Die betroffenen Unternehmen sind ansonsten der Willkür der FINMA ausgesetzt.

Es geht hier um die Umsetzung der verfassungsmässigen Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit. Das Rundschreiben ist dahingehend zu präzisieren.

Sollte die oben erwähnte Konstellation (Versicherungsunternehmen und Dienstleister stehen unter der gleichen Oberleitung und der gleichen operativen Führung, vgl. Bemerkungen zu Ziff. III., erster Abschnitt) nicht ohnehin vom Geltungsbereich ausgenommen sein, ist es aus den gemachten Überlegungen sinnvoll, diese von der Einhaltung des Rundschreibens teilweise oder ganz zu befreien.

Zu Ziff. VII. Übergangsbestimmungen

Diese Bestimmung ist dahingehend zu *präzisieren*, wonach das Rundschreiben für Änderungsge-
nehmigungen ab dem Zeitpunkt gilt, in dem der FINMA eine Geschäftsplanänderung gestützt auf
Art. 4 Abs. 2 lit. j i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG mitgeteilt wird.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen in der Überarbeitung des Rund-
schreibens und stehen für Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

santésuisse
Direktion



Verena Nold
Direktorin



Isabel Kohler Muster
Leiter Rechtsdienst santésuisse-Gruppe

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Zürich, 17. Januar 2017

Anhörung FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherungen“

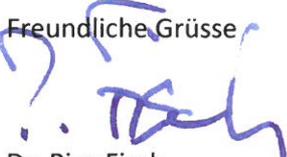
Sehr geehrter Herr Brügger

Im Namen des Schweizer Verbands Unabhängiger Effekthändler (SVUE) sende ich Ihnen in der Beilage unsere Stellungnahme zur Anhörung FINMA-RS 2017/xx Outsourcing – Banken und Versicherungen.

Für Fragen zur Stellungnahme stehe ich Ihnen als Mitglied des Vorstands des SVUE gerne zur Verfügung:

Pius Fisch
Fisch Asset Management AG
Bellerive 241
8034 Zürich
pius.fisch@fam.ch
044 284 2404

Freundliche Grüsse


Dr. Pius Fisch

Mitglied des Vorstands SVUE

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Stellungnahme des Schweizer Verbands Unabhängiger Effekthändler (SVUE) zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherungen“

Zusammenfassung

Die Stellungnahme erfolgt aus der Sicht der Effekthändler. Die Bestimmungen spezifisch zu Versicherungen und systemrelevante Banken werden nicht kommentiert.

Soweit Abschnitte und Randziffern nicht kommentiert werden, ist der SVUE mit dem neuen Rundschreiben (RS) einverstanden.

Insgesamt begrüsst der SVUE das neue RS.

Die nachstehend begründeten Änderungsvorschläge und Wünsche betreffen folgende Bereiche:

- Begriffe (Rz 4ff.)
- Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters (Rz 23ff.)
- Clouds Lösungen (Rz 32)
- Auslagerung ins Ausland (Rz 36)

4.1 Aufbau und Begriffe (Rz 4ff.) *(Numerierung gemäss Erläuterungsbericht)*

Wesentliche Dienstleistung

Eine ausgelagerte Dienstleistung muss u.a. wesentlich sein, damit sie unter das RS fällt. In der Umschreibung des Begriffs ‚wesentlich‘ orientiert sich das Rundschreiben an der Begriffsstruktur des Risiko Managements (Erfassen, Begrenzung etc. von Markt-, Kreditrisiken etc. und generell operative Risiken). Wenn die Dienstleistungen in dieser Begriffsstruktur umschrieben werden, muss die Risikohöhe (z.B. Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe) der ausgelagerten Dienstleistung mit ein Kriterium für die Qualifizierung als wesentliche oder unwesentliche Dienstleistung sein. Das RS kennt kein solches Unterscheidungskriterium mit der Folge, dass bei wörtlicher Auslegung jede operative Dienstleistung als wesentlich zu betrachten ist. Es wäre aber unverhältnismässig, jede operative Tätigkeit als wesentlich zu definieren.

Die Streichung des Anhangs mit den Beispielen im RS 2008/7 ist zu begrüßen. Dies gibt der FINMA einen grösseren Ermessensspielraum in einem sich dynamisch entwickelnden Bereich. Allerdings erscheint die jetzt getroffene Lösung als unverhältnismässig. Die allgemeine Umschreibung in Rz. 5 ist derart breit gefasst, dass jede operative Dienstleistung darunter fällt. Weiter werden im RS nur zusätzliche wesentliche, aber keine unwesentlichen Dienstleistungen aufgeführt. Lediglich im Erläuterungsbericht werden nicht wesentliche Dienstleistungen aufgezählt, allerdings ohne rechtssystematische Erklärung.

Die Unterstellung jeder operativen Dienstleistung unter das RS steht im Widerspruch zur heutigen Arbeitswelt. Die Dienstleistungsindustrie wird immer stärker fragmentiert und der technologische Fortschritt wird diese Tendenz noch verstärken. Die „Wertschriftenverwaltung“ beispielsweise besteht aus einem ganzen Bündel von Arbeitsprozessen. Die Delegation eines einzelnen Prozesses kann wesentlich oder unwesentlich sein. Eine pauschale Unterstellung lässt sich nicht rechtfertigen und schiesst über das Ziel hinaus.

Es ist sicher richtig, die Abgrenzung zwischen ‚wesentlich‘ und ‚unwesentlich‘ eher allgemein und nicht abschliessend zu umschreiben. Wenn die allgemeine Umschreibung aber derart breit gefasst wird, muss das RS die Unterscheidungskriterien zwischen ‚wesentlich‘ und ‚unwesentlich‘ ausdrücklich aufzählen, da es rechtslogisch ‚unwesentliche‘ Dienstleistungen geben muss. Es reicht nicht, in den Erläuterungen eine eher unsystematische Aufzählung von Dienstleistungen zu machen, die bisher schon als nicht wesentlich akzeptiert wurden.

- Es gibt Dienstleistungen, die unwesentlich sind und nicht unter das Outsourcing RS fallen. Die Unterscheidungskriterien zwischen ‚wesentlich‘ und ‚unwesentlich‘ sind im RS positiv zu nennen.
- Wenn die wesentlichen Dienstleistungen mit der Begriffsstruktur des Risiko Managements umschrieben werden, muss u.a. auch die Risikohöhe ein Unterscheidungskriterium sein.
- Es ist unverhältnismässig, jede operative Dienstleistung als wesentlich zu qualifizieren.

‚Selbständig‘ und ‚Dauernd‘

Der beauftragte Dienstleister muss die Aufgabe selbständig und dauernd erfüllen, damit die Dienstleistung unter das RS fällt. Die Erläuterungen nehmen Bezug auf ‚selbständig‘, nicht aber auf den Begriff ‚dauernd‘. Gilt ein einzelner Auftrag pro Jahr, der immer an den gleichen Dienstleister geht, als ein Dauerauftrag, oder ist eine Dienstleistung nur dann dauernd, wenn sie permanent erbracht wird oder jederzeit abgerufen werden kann?

4.4.2 Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters (Rz 23-28)

Die Anforderungen unter diesem Titel sind ein typisches Anwendungsbeispiel, wie eine an sich richtige Aufsicht in der praktischen Umsetzung ihre Funktionalität verlieren kann. Sämtliche in den Rz 23-28 aufgeführten Anforderungen sind unseres Erachtens richtig und vernünftig. Allerdings handelt es sich bei allen Verpflichtungen um Selbstverständlichkeiten, die jeder vernünftige Kaufmann beim Abschluss eines Vertrages prüft. Die ‚Aufwertung‘ solcher Selbstverständlichkeiten zu aufsichtsrechtlichen Anforderungen führt zuerst einmal zu einer nicht zu unterschätzenden Kostenfolge (Ausarbeitung eines Prozesses samt Zuständigkeiten, umfassende Dokumentation, Überwachung durch interne Stellen, Interne Revision, Prüfstelle etc.) ohne entsprechenden Mehrwert.

Gleichzeitig besteht jedoch die reelle Gefahr, dass in den Unternehmen die Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen wichtiger wird als der Abschluss einer funktional optimalen Lösung für die Auslagerung. Mit der Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen ist die interne Verantwortung wie auch die externe Haftung weitgehend abgedeckt. Vereinfacht gesagt, die Form wird wichtiger als der Inhalt.

Die Aufsicht fordert zurecht eine professionelle Auswahl. Ebenso selbstverständlich ist, dass die auslagernde Partei dafür verantwortlich ist. Wenn die Form aber wichtiger wird als die Funktion wird das aufsichtsrechtliche Ziel – Beherrschung des Risikos – verfehlt und es fallen unnötige Kosten an.

Unserer Ansicht nach würde ein allgemeiner Hinweis auf die Verpflichtung zur sorgfältigen Auswahl zu einer funktionaleren Aufsicht führen als eine detaillierte Aufzählung. Gleichzeitig könnten Kosten gespart werden.

4.4.6 Prüfung und Aufsicht (Rz 32 - Clouds)

Die Ausführungen zur Prüfung und Aufsicht des Cloud-Outsourcing in den Erläuterungen wirken etwas verschlossen. Angesichts der rasanten Entwicklungen in diesen Bereichen ist es nachvollziehbar, dass die FINMA vor einer detaillierten Regelung von Cloud Lösungen absieht.

Es dürfte unbestritten sein, dass sich Cloud Lösungen in der Praxis wohl durchsetzen werden. Heute stehen die Institute immer häufiger vor der Entscheidung Cloud- oder Server Lösung. Die Kenntnis über die genauen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Cloud- Lösung ist daher eine sehr wichtige und wertvolle Information. Da sich diese Voraussetzungen aufgrund der technischen Entwicklungen relativ rasch ändern können, ist die zurückhaltende Stellung der FINMA verständlich.

Angesichts der ständig wachsenden Dokumentationspflicht (z.B. jeder Trade der letzten 5 Jahre, samt Begründung, best execution etc.) werden Cloud-Lösungen gerade für KMUs immer wichtiger, da sie im Unterhalt wesentliche Vorteile gegenüber einer Server Lösung haben können.

Gemäss Erläuterungen verfolgt die FINMA die Entwicklung im Bereich Cloud-Outsourcing aufmerksam, d.h. sie hat eine Meinung und eine Praxis zur Zulässigkeit von Cloud-Lösungen, die sich möglicherweise rasch ändern kann. Es wäre wünschenswert, wenn die beaufsichtigten Institute einen relativ einfachen Zugang zu den von der FINMA geforderten Voraussetzungen für eine Cloud-Lösung hätten, beispielsweise in Form von FAQ zu Cloud Lösungen.

4.4.7 Auslagerung ins Ausland (Rz 36)

Bei einer Auslagerung ins Ausland muss im Voraus nachgewiesen werden, dass Prüfgesellschaft und FINMA ihre Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können. Im RS 2008/7 kann dies ‚z.B. mittels Rechtsgutachten oder Bestätigung der ausländischen Aufsichtsbehörde‘

erbracht werden. Im neuen RS fehlt ,z.B.' mit der Folge, dass der Wortlaut so ausgelegt werden kann, dass immer ein Rechtsgutachten oder eine Bestätigung der Aufsichtsbehörde beigebracht werden muss.

Die Anforderung, immer ein Rechtsgutachten oder eine Bestätigung der Aufsichtsbehörde vorlegen zu müssen, geht zu weit und verursacht unverhältnismässig hohe Kosten.

Der Begriff ,z.B.' sollte wieder eingeführt werden oder es ist auf andere Weise sicher zu stellen, dass die Bestätigung auch auf andere Weise beigebracht werden kann.

Einzelfrage

Das RS verwendet an einigen Stellen den Begriff ,operative Aufgaben' und an andern ,rein operative Aufgaben'. Sind die beiden Begriffe deckungsgleich oder gibt es einen inhaltlichen Unterschied?

17. Januar 2017

Schweizer Verband Unabhängiger Vermögensverwalter



Dr. Pius Fisch

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 Prüfhandlungen. 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.

19

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 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).

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 Ertli



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

Per Mail: regulation@finma.ch

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Rodersdorf, 31. Januar 2017

Anhörung FINMA-Rundschreiben 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer»

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir nachfolgend zu Ihrem Entwurf eines Rundschreibens zum Thema Outsourcing Stellung. Wir beschränken uns dabei auf einige uns aus versicherungsrechtlicher Sicht wichtig erscheinende Punkte.

Allgemeines

Das Rundschreiben bringt in vielerlei Hinsicht eine Verschärfung der Anforderungen bzw. Erhöhung auch des administrativen Aufwands und der Kosten mit sich, welcher nur teilweise bzw. bedingt durch die mit einer Auslagerung verbundenen Risiken gerechtfertigt ist, hinausgehen. Dies, ohne ersichtliche gute Gründe. Entsprechend sollten die Anforderungen an eine Auslagerung an eine andere Gruppengesellschaft grundsätzlich flexibler gehandhabt werden. Gerade im Konzern ist es angemessen und sinnvoll, gewisse Funktionen zur Nutzung durch sämtliche Gruppengesellschaften zur Verfügung zu stellen, etwa aus Gründen der Expertise, Erfahrung und Kosten.

Die Verteilung der Arbeitserledigung innerhalb des Unternehmens (einschliesslich Übertragungen zwischen Hauptsitz und Zweigniederlassungen) sind generell nicht als Outsourcing im Sinne des RS zu qualifizieren, mit Ausnahme der Kontrollrechte im internationalen Verhältnis.

Generell ist verstärkt ein risikobasierter Ansatz zu wählen. Verschiedene Bestimmungen sind generell formuliert und erfassen dadurch (ungewollt?) auch kleinere, untergeordnete Tätigkeiten.

ad N 4: Wesentlichkeit

Wir regen an, ein qualitatives Element zur Beurteilung der Wesentlichkeit ins Rundschreiben und nicht nur in die Erläuterungen aufzunehmen.

Formulierungsvorschlag:

Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit sind auch Natur, Grösse und Umfang der Dienstleistung insgesamt als auch in Bezug auf die Grösse der gesamten Funktion zu berücksichtigen.

ad N 10: Zweigniederlassungen / Hauptsitz

Ziff. 4.2 des Erläuterungsberichts erwähnt, dass an der "bisherigen Praxis" festgehalten werde, dass auch eine Auslagerung zwischen Hauptsitz und Zweigniederlassung als Outsourcing im Sinne des RS qualifiziert werde. Diese Praxis steht im Widerspruch zur Definition der Zweigniederlassung im schweizerischen Zivilrecht und führt zu einem Eingriff in die unternehmerische Freiheit eines beaufsichtigten Unternehmens, für welche u.E. eine ausreichende gesetzliche Grundlage fehlt.

Während im internationalen Verhältnis ein Bedürfnis besteht, die Kontrollrechte der Aufsichtsbehörde sicher zu stellen, fehlt ein öffentliches Interesse an einer gesetzlichen Regelung der örtlichen Ausübung gewisser Tätigkeiten einer Unternehmung innerhalb der Schweiz. Es gehört zur unternehmerischen Freiheit eines Unternehmens, seine Organisation selber festzulegen und zu bestimmen, welche Tätigkeiten in welchem Büro, an welchem Standort ausgeübt werden. In der heutigen vernetzten Wirtschaftswelt ist eine Unterscheidung zwischen Arbeitserledigung am Hauptsitz und in einer Zweigniederlassung eine willkürlich gezogene Linie – sie könnte ebensogut zwischen einzelnen Büros, einzelnen Stockwerken einer Liegenschaft oder einzelnen Gebäuden in der gleichen Stadt gezogen werden, was wohl unbestrittenmassen als unzulässiger Eingriff in operationelle Belange der Unternehmung qualifiziert würde. Bei der Auslagerung an eine Zweigniederlassung verhält es sich nicht anders.

Eine Zweigniederlassung hat keine eigene Rechtspersönlichkeit; sie ist Teil ein- und derselben juristischen Person wie der Hauptsitz. Wenn in einer solchen Konstellation dann auch noch (wie dies in der Vergangenheit schon vorgekommen ist) an der Vertragspflicht festgehalten wird, so bedeutet dies, dass der Versicherer mit einem Vertrag zwischen Zweigniederlassung und Hauptsitz einen Vertrag mit sich selbst abschliesst und mithin die Gesellschaft im Streitfall sich selber verklagen oder zur Durchsetzung einer Forderung sich selber Betreiben müsste.

Die erwähnte Praxis ist darum aufzugeben und der Eingriff in operative Belange ist auf das Notwendige zu beschränken, was mit dem angeführten Änderungsvorschlag erreicht wird.

Formulierungsvorschlag:

Bei Auslagerungen von Tätigkeiten einer schweizerischen Zweigniederlassung an den ausländischen Hauptsitz oder vom schweizerischen Hauptsitz an eine ausländische Zweigniederlassung findet nur Abschnitt "F" dieses Rundschreibens Anwendung. Im Übrigen werden Auslagerungen zwischen Hauptsitz und Zweigniederlassung nicht als Outsourcing im Sinne dieses Rundschreibens qualifiziert.

Bei Auslagerungen an eine 100%-ige Tochtergesellschaft des Versicherungsunternehmens in der Schweiz sollte ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen bzw. die Anforderungen von Ziff. 21 ff. entsprechende angepasst werden.

ad N 13: Risikomanagement und Compliance

Es ist nicht ersichtlich, wieso die Kontrollaufgaben betreffend Risikomanagement und Compliance anders behandelt werden sollen als die Interne Revision. Zumindest sollte eine Auslagerung an eine Gruppengesellschaft zulässig sein, da diese in vielen Fällen zweckmässig ist, auch bezüglich notwendiger Expertise und Kosten. Zudem ist möglicherweise bei kleineren und mittleren Unternehmen eine vollständige Auslagerung auch an einen externen Anbieter (z.B. Anwaltskanzlei oder Prüfgesellschaft) sinnvoller und kostengünstiger.

ad N 21: Inventar

Es sollten nur die wesentlichen ausgelagerten Dienstleistungen im Inventar aufgeführt werden müssen, welche eine Geschäftsplanbewilligung der FINMA benötigen.

Eine Erfassung sämtlicher "Hilfspersonen" im Inventar (für Versicherungsunternehmen sogar als Teil des Geschäftsplanformulars J) führt zu weit und geht auch über Anforderungen etwa unter Solvenz II hinaus, ist nicht risikobasiert und führt zu einem gewaltigen administrativen Aufwand, insbesondere im IT Bereich wo eine Vielzahl an Hilfspersonen beteiligt sein könnten (z.B. Telecom/Internet-Anbieter, Lieferanten von Hardware [inkl. Wartung] oder Standard-Softwarekomponenten, Softwareentwickler, etc.), welche nie direkt mit dem beaufsichtigten Unternehmen oder gar Kundeninformationen in Berührung kommen.

Der Einsatz solcher Hilfspersonen sollte vertraglich sinnvoll und entsprechend der damit verbundenen Risiken angemessen geregelt werden. In vielen Fällen wird das Unternehmen diesbezüglich gerade auf die Expertise und Erfahrung des Erbringers abstellen wollen bzw. müssen.

Allenfalls ist die Erfassung im Inventar soweit erforderlich auf Hilfspersonen zu beschränken, welche wesentliche Beiträge zur Dienstleistung erbringen (z.B. im Falle einer eigentlichen Unterauslagerung). Die wäre gegebenenfalls in einem von der Unternehmung zu führenden Inventar festzuhalten, nicht jedoch als Teil von Formular J. Eine Änderung bei den Unterakkordanten sollte grundsätzlich keine Geschäftsplanänderung zur Folge haben. Dies ist entsprechend klarzustellen.

Eine Änderung bei den Unterakkordanten sollte grundsätzlich auch keine Geschäftsplanänderung zur Folge haben. Dies wäre entsprechend klarzustellen (N 22).

Formulierungsvorschlag:

Über die ausgelagerten *wesentlichen* Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer (~~inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen~~) und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27).

ad N 23 ff.: Auswahl, Instruktion und Kontrolle

N 23: Wir empfehlen, auch hier generell ein risikobasierter Ansatz zu verfolgen. Die Beurteilung sollte entsprechend dem mit der Auslagerung verbundenen Risiko erfolgen; z.B. bei Auslagerung an andere Gruppengesellschaften sollten diesbezüglich weniger hohe Anforderungen gestellt werden.

Formulierungsvorschlag:

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

N 25: Die Anforderung ist unklar. Der Teil betr. Dauerhafte Leistungserbringung ist zu streichen. Dieser Aspekt ist bereits mit der Definition der Vertragsdauer angemessen adressiert und entzieht sich im Übrigen dem Einflussbereich der beaufsichtigten Unternehmung. Rückführung oder Übertragung an einen Dritten muss als Teil der Exitplanung berücksichtigt werden.

Formulierungsvorschlag:

Ferner sind beim Entscheid über das Outsourcing und bei der Auswahl des Dienstleisters die Aspekte der Transitions- und Wechselkosten zu berücksichtigen. ~~Der Dienstleister hat Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung zu bieten.~~ Die geordnete Rückführung *bzw. Übertragung an einen Dritten* der ausgelagerten Dienstleistung muss sichergestellt sein.

N 27: Eine Quantifizierung der Risiken ist nicht immer möglich und es gibt keine Anforderungen in der Schweiz die operationellen Risiken zu messen. Die Überwachung der Leistung des Dienstleisters sollte mittels eines risikobasierten Ansatzes erfolgen. Auch bezüglich der Überwachung des Dienstleisters sollte angemessen berücksichtigt werden können, ob es sich um einen internen oder externen Dienstleister handelt.

Formulierungsvorschlag:

Die ausgelagerte Dienstleistung ist in das interne Kontrollsystem des Unternehmens zu integrieren. Die mit der Auslagerung verbundenen wesentlichen Risiken sind systematisch zu identifizieren, zu überwachen, ~~zu quantifizieren~~ und zu steuern. Unternehmensintern ist eine verantwortliche Stelle zu definieren, die für die Überwachung und Kontrolle des Dienstleisters zuständig ist. Dessen Leistungen sind ~~fortlaufend~~ *entsprechend der mit der Auslagerung verbundenen Risiken* zu überwachen und zu beurteilen, so dass allfällig nötige Massnahmen ~~sofort~~ *innert nützlicher Frist* ergriffen werden können.

ad N 30: Sicherheit

Eine zentralisierte Prüfung sollte ausreichen (z.B. durch gruppenweite Funktion, aufgrund der erforderlichen Expertise).

Formulierungsvorschlag:

Bei sicherheitsrelevanten Auslagerungen (namentlich im Bereich IT) legen das Unternehmen und der Dienstleister vertraglich Sicherheitsanforderungen fest. Deren Einhaltung sind ~~vom Unternehmen~~ zu überwachen.

ad N 32 ff.: Prüfung und Aufsicht

N 32: Erleichterungen bezüglich des jederzeitigen, vollumfänglichen Einsichts- und Prüfrechts wären insbesondere bezüglich Cloud-Anbietern wünschenswert, ansonsten der Zugang zu solchen Cloud-Lösungen erheblich erschwert wird bzw. solche Einsichtsrechte in diesem Zusammenhang kaum sinnvoll umsetzbar sind.

Gemäss FINMA strategische Ziele für 2017 bis 2020 sollten die bestehenden Regulierungen bzgl. Einsichts- und Prüfrechts konstant auf ihre Innovationsverträglichkeit überprüft werden.

N 34: Präzisierung: Faktisch wird die Auslagerung ins Ausland immer zu einer Erschwernis der Aufsicht führen, da die hoheitlichen Rechte der FINMA beschränkt sind.

ad N 40: Vertrag

Der Entwurf geht über ein notwendiges und sinnvolles Risikomanagement hinaus. Insbesondere im IT Bereich/Cloud Computing ist dies nicht praktikabel bzw. führt faktisch zu einem Ausschluss der Versicherer von solchen innovativen Lösungen. Wir regen an, die Unternehmen lediglich (aber immerhin) zu verpflichten, den Beizug von Hilfspersonen vertraglich angemessen zu regeln und dadurch zu kontrollieren.

Formulierungsvorschlag:

Der Vertrag ~~Das Unternehmen~~ hat den Beizug von Unterakkordanten (Hilfspersonen) ~~von seiner vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen~~ angemessen zu regeln. Werden Hilfspersonen beigezogen, sind ihnen die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, ~~angemessen und entsprechend der mit der Auslagerung verbundenen Risiken~~ bzw. ihrer Aufgabe zu überbinden.

Wir danken Ihnen, dass Sie uns Gelegenheit gegeben haben, zu Ihrem Entwurf Stellung zu nehmen.

Mit freundlichen Grüssen

Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht



Prof. Dr. iur. Stephan Fuhrer, Präsident

From: [Seif Hermann Walter](#)
To: [regulation](#)
Cc: [Ott, Stefanie](#)
Subject: ---Signed_Message--- FINMA RS 2017/xx "Outsourcing - Banken und Versicherer"
Date: mardi, 31 janvier 2017 16:14:47
Attachments: [Outsourcing - Banken und Versicherer \(2\).pdf](#)
[totemomail_info.html](#)

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

Sehr geehrter Herr Brügger,

Der Schweizerische Verband der internen Revision (SVIR) als die relevante Industrieorganisation der internen Revision in der Schweiz dankt für die Gelegenheit, an der Anhörung zum Rundschreiben ‚Outsourcing – Banken und Versicherungen‘ teilnehmen zu dürfen.

Das Aufbrechen der Wertschöpfungskette und das Ausgliedern von Teilen an spezialisierte Anbieter im Markt oder in der eigenen Firmengruppe gehen unverändert weiter. Da das bisherige Rundschreiben zu grossen Teilen noch aus dem Jahr 2008 stammt, unterstützen wir die Absicht des Regulators, das Schweizer Aufsichtsrecht an moderne Entwicklungen und internationale Standards anzupassen.

Die interne Revision ist durch den vorliegenden Rundschreiben Entwurf in mehreren Bereichen betroffen. Einerseits werden zusätzlich Prüfaufgaben auf uns zukommen. Andererseits wird die externe Revision auch die Einhaltung dieses Rundschreibens regelmässig prüfen müssen. Die entsprechenden Mehrkosten können bei einzelnen Instituten wiederum die interne Revision unter Druck bringen, was den Prinzipien der Good Governance abträglich wäre.

Zusammenfassend sind wir der Meinung:

- Grundsätzlich geht die Totalrevision in die richtige Richtung. Teilweise ist nicht ersichtlich, warum für Banken und Versicherungen unterschiedliche Erwartungen definiert worden sind.
- Der Anpassungsbedarf wird die Versicherungen voraussichtlich stärker betreffen als die Banken. Hier sind längere Übergangsfristen nötig.
- Die Umsetzung wird von der Interpretation des Begriffs ‚wesentlich‘ abhängen (wo die FINMA im Erläuterungsbericht bestätigt, dass dieser Begriff nicht einheitlich definiert werden kann). Hier sehen wir bereits sehr weitgehende Interpretationen von Prüfgesellschaften. Es kann nicht der Sinn dieses Rundschreibens sein, dass gewisse sinnvolle Auslagerungen an den zusätzlichen Kosten scheitern.
- Ein risikoorientierter Ansatz (Unterscheidung zwischen interner oder externer Auslagerung; Unterscheidung zwischen Auslagerung ins Ausland oder innerhalb der Schweiz) würde die Kontrollaktivitäten auf die aufwändigen oder risikobehafteten Tätigkeiten fokussieren.
- Doppelspurigkeiten mit anderen Regulatorien sollten konsequent vermieden werden.

Unsere detaillierten Kommentare zu den einzelnen Bestimmungen finden Sie im beiliegenden Dokument, nach Randziffern geordnet. Unsere Stellungnahme senden wir Ihnen lediglich in dieser elektronischen Form.

Für allfällige Rückfragen stehe ich Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse,

Schweizerischer Verband der Internen Revision (SVIR)

- Walter Seif, Mitglied des Vorstandes, ERFA Gruppe Banken Deutschschweiz
- Stefanie Ott, Mitglied des Vorstandes, ERFA Gruppe Versicherung

Disclaimer:

Aufgrund der bisherigen E-Mail-Korrespondenz bzw. der getroffenen Absprache, betrachtet sich die Zürcher Kantonalbank als berechtigt, mit Ihnen per E-Mail zu kommunizieren. Die Zürcher Kantonalbank geht davon aus, dass Sie die Risiken von E-Mails kennen und in Kauf nehmen (insbesondere fehlende Vertraulichkeit, Manipulation oder Missbrauch durch Dritte, Fehlleitung, verzögerte Übermittlung oder Bearbeitung, Viren, etc.). Die Zürcher Kantonalbank lehnt jede Haftung für Schäden im Zusammenhang mit der Verwendung von E-Mails ab, sofern die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt nicht verletzt hat.

E-Mails werden nur während den üblichen Geschäftszeiten der Bank bearbeitet. Sie können nicht von der sofortigen Kenntnisnahme Ihrer E-Mails ausgehen. E-Mail eignet sich daher nicht für die Übermittlung von Handelsaufträgen und wertverschiebenden oder zeitkritischen Aufträgen (z.B. Zahlungsaufträge).

Sollten Sie dieses E-Mail irrtümlicherweise erhalten haben, bitten wir Sie, das E-Mail an die Zürcher Kantonalbank zurückzusenden und das E-Mail anschliessend mitsamt allen Anhängen von ihrem System zu löschen. Der Gebrauch der im E-Mail enthaltenen Information ist verboten.

Based on previous e-mail correspondence or an arrangement we have reached with you, Zürcher Kantonalbank considers itself to be entitled to communicate with you via e-mail. Zürcher Kantonalbank assumes that you know the risks associated with e-mails and that you accept them (in particular, the lack of confidentiality, manipulation or misuse by third parties, misdirection, delayed transmission or processing, viruses, etc.). Zürcher Kantonalbank accepts no liability whatsoever for damage caused in connection with the use of e-mail, provided that the Bank has not failed to exercise customary due care.

E-mails are processed only during the Bank's normal business hours. You cannot assume that your e-mails will be read immediately. E-mails are therefore not suitable for sending trading orders and orders that change the value of an account or are time-critical (e.g. payment orders).

If you have received this e-mail in error, please respond to Zürcher Kantonalbank and then delete this e-mail and your response together with all attachments from your system. The use of the information contained in the e-mail is prohibited.

FINMA Outsourcing - Banken und Versicherer

(Auslagerungen bei Banken und Versicherungsunternehmen)

RZ	Erhaltener Input
Gen	<p>Erfreulich ist, dass das Rundschreiben schlanker ausfällt.</p> <p>Ebenfalls begrüssen wir die Streichung der Kundenorientierung zwecks Vermeidung von Doppelspurigkeiten mit dem Datenschutzrecht.</p> <p>Dass die Anforderungen bei gruppeninternen Auslagerungen neu auch voll zu erfüllen sind, dürfte bei einzelnen Instituten einen erhöhten Aufwand bei der Umsetzung sowie bei der künftigen Prüfung bedeuten.</p> <p>Der Wegfall des bisherigen Anhangs mit konkreten Beispielen für Auslagerungen könnte vermehrt zu Abgrenzungsfragen führen. Dies insbesondere, weil nur „wesentliche“ Dienstleistungen in den Anwendungsbereich fallen.</p> <p>Unklar ist, ob die bestehenden FAQ's wegfallen oder allenfalls angepasst werden.</p> <p>Die im Erläuterungsbericht erfolgte Festschreibung der bisherigen Praxis, wonach die Übertragung der internen Revision nicht in den Geltungsbereich dieses Rundschreibens fällt, erlaubt externen Anbietern weiterhin interne Revisionsdienstleistungen anzubieten.</p> <p>Insbesondere im Versicherungsbereich geht das überarbeitete Rundschreiben über bestehende Vorgaben wie beispielweise Solvency II hinaus. Es ist fraglich, ob die zusätzlichen Risiken eines Outsourcings den erhöhten administrativen Aufwand und die Kosten einer dargelegten Verschärfung der Anforderungen rechtfertigen.</p>
4	<p>Eine Auslagerung liegt vor, wenn eine Unternehmung einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen. Dabei ist es unerheblich, ob diese Dienstleistung für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentlich ist oder nicht. Empfehlung: in Rz 4 ist auf die Verknüpfung von Auslagerung und Wesentlichkeit zu verzichten.</p> <p>Alternative sollte bezüglich Beurteilung der Wesentlichkeit auch die Natur, Grösse und Umfang der Dienstleistung in Bezug auf die Grösse der Gesamtfunktion berücksichtigt werden. Beispielsweise allgemeine IT Dienstleistungen ohne klaren Bezug zu wesentlichen Funktionen des Versicherungsunternehmens sollten von Vorgaben ausgeschlossen werden können.</p> <p>Auch der Wortlaut „ganz oder teilweise“ sollte gestrichen werden und Dienstleistungen sollten nicht als wesentlich gelten, falls die Kontrolle und Entscheidungsbefugnisse vollständig beim Unternehmen verbleiben.</p>
5	<p>Aus aufsichtsrechtlicher Optik sind in Rz 5 die relevanten (sprich aufsichtsrechtlich relevanten) Dienstleistungen aufgeführt, für welche eine Anwendung des RS durch das Unternehmen zu beurteilen ist (Aufsichtsrechtliche Optik). Empfehlung: Es sollte deshalb folgende Formulierung verwendet werden: "Wesentlich im Sinne dieses Rundschreibens sind bei Banken jene Dienstleistungen..."</p> <p>Der Begriff „Datenaufbewahrung“ sollte präzisiert werden, da unklar ist, was darunter fällt.</p> <p>Zudem wäre eine, weniger abstrakte Beschreibung der Wesentlichkeit willkommen.</p> <p>Dass die IR eine Ausnahme ist, sollte klar dargestellt werden.</p>
7	<p>Die Aufzählung der wesentlichen Dienstleistungen sollte insbesondere für die IT präzisiert werden, um den Begriff der Wesentlichkeit klarzustellen (e.g. Ausschluss von bestimmten IT Dienstleistungen).</p>
13,14	<p>Unter Solvency II sind Funktionen gesamtheitlich auslagerbar. Eine Auslagerung an eine Gruppengesellschaft sollte weiterhin zulässig sein. Um dies weiterhin zu ermöglichen sollten RZ 13/14 gestrichen werden.</p> <p>Alternativ sollten die zwei RZ zusammengeführt werden bzw. der Unterschied zwischen „rein operativen“ und „operativen“ Aufgaben geklärt werden.</p>
16	<p>Systemrelevante Banken dürfen keine kritischen Dienstleistungen an Banken derselben Finanzgruppe auslagern. Fällt auch eine Service Co unter diesen Begriff?</p>
21	<p>Das Inventar sollte über alle Auslagerungen geführt werden (unabhängig davon, ob eine Auslagerung im Zeitpunkt der Auslagerung aus aufsichtsrechtlicher Optik wesentlich ist oder nicht). Nur durch die Voll-</p>

	ständigkeit des Inventars kann sichergestellt werden, dass die Unternehmung ihre Provider (Providersteuerung) steuern (Stufe Geschäftsleitung) und diese Providersteuerung auch überwachen (Stufe Überleitungsorgan) kann. Empfehlung: die Anpassung in Rz 4 vorstehend ist vorzunehmen, da sonst im Inventar nur aus aufsichtsrechtlicher Optik wesentliche Auslagerungen geführt werden (müssen).
21, 22	<p>Es ist zu präzisieren, ob das Inventar alle ausgelagerten Leistungen enthalten muss, oder nur die Leistungen, die von der RS geregelt sind. Das Inventar sollte alle ausgelagerten Leistungen enthalten, sodass anschliessend eine korrekte Risikobeurteilung gemacht werden kann.</p> <p>Zudem verweisen wir darauf, dass die Thematik bereits durch die Integration im IKS und Benennung der verantwortlichen Stelle gemäss Rz 27 abgedeckt ist. Die Ueberschneidung ist zu vermeiden.</p> <p>Ferner bedeutet die Aufführung sämtlicher Hilfspersonen (für Versicherungen zusätzlich Geschäftsplanformular J- RZ22) einen enormen administrativen Aufwand, welcher über die Vorgaben seitens Solvency II hinausgehen.</p>
23	<p>Ein risikobasierter Ansatz sollte angewandt werden, welcher das Risiko der spezifischen Auslagerung berücksichtigt. Analog Solvency II sollte beispielsweise ein Gruppeninternes Outsourcing weniger hohen Anforderungen unterliegen.</p> <p>Für interne Auslagerung innerhalb der Schweiz sollte eine Erleichterung vorgesehen werden (e.g. bezüglich Dokumentationspflichten für Instruktion und Überwachung).</p>
24	<p>Es sollte klar formuliert werden, dass Outsourcer und die sub-delegierten Gesellschaften ihre Jahresrechnungen zur Verfügung stellen müssen (Art. 958e Abs. 2 OR).</p> <p>Diese RZ sollte zudem lediglich für externe Dienstleister gelten, da innerhalb eines Konzerns naturgemäss Aufgaben, Wissen und Funktionen gebündelt werden (Konzentrationsrisiko). Solvency II berücksichtigt diesen Umstand und erhebt weniger Anforderungen für interne Dienstleistungen.</p>
25	In letzten Satz sollte neben „Reintegration“ auch die Möglichkeit der Auslagerung bei einem anderen Anbieter definiert werden.
27	Risiken (auch solche aufgrund der Auslagerung, insbesondere auch solche aus der Providersteuerung) sollten entlang aller Risikokategorien bzw. Risikoklassifizierungen (gemäss Rahmenkonzept Risikomanagement) identifiziert werden. Die Bewertung sollte anhand der bankeigenen Metriken erfolgen. Empfehlung: Die Formulierung "... verbundenen wesentlichen Risiken sind..." ist anzupassen.
29	Die Vorgabe sollte auf eine sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung der Dienstleistung eingeschränkt werden.
30	Im Konzern sollte eine Prüfung durch eine zentrale Stelle ermöglicht werden.
31	<p>Ein risikobasierter Ansatz sollte ermöglicht werden (e.g. „angemessene Weiterführung“ und „relevante Notfälle“).</p> <p>Ferner sollte ein stärkerer Bezug zum Business Continuty Management (BCM) sowie Service Level Management gelegt werden (e.g. Ersatz von „Sicherheitsdispositiv“ mit Service Level Agreement sowie „Notfälle“ mit „relevante Prozesse des BCM“).</p>
32	Neben der Gesellschaft und der Revisionsgesellschaft sollte auch die interne Revision erwähnt werden.
33	Da die ISAE Berichte meist nur Teil der Aktivität kommentieren, sollte dieser Absatz klar machen, dass die Revisionsgesellschaft die Ergebnisse dieser Prüfungen „auch“ berücksichtigen kann, und nicht „nur“.
35	<p>Im letzten Satz sind Berichte erwähnt, aber es ist nicht klar von welchen Berichten man spricht. Sind diese lediglich die ISAE Berichte oder auch statutarische Berichte?</p> <p>Gemäss Art. 23bis des Bankengesetzes kann die FINMA Kontrollen bei Outsourcing Gesellschaften durchführen. Diese Befugnis erachten wir als wichtig. Das RS ist entsprechend zu ergänzen. Dabei ist zu formulieren, dass die verantwortlichen Institute über die Ergebnisse dieser Inspektionen zu informieren sind.</p>
36	Diese RZ sollte gestrichen werden. Versicherer werden hierzu bereits direkt überwacht (Genehmigung von Geschäftsplanänderungen). Ferner besteht hierzu keine Anforderung seitens Solvency II. Gemäss Art.5 Abs. 2 VAG und Art. 5 AVO ist eine erfolgte Auslagerung nach 14 Tagen zu melden was im Gegensatz zum vorgängig geforderten Nachweis steht. Ferner ist die Bedeutung eines „ausdrücklichen Nachweises“ nicht klar.



Wir tragen massgeblich dazu bei, dass das Interne Audit ein integraler Bestandteil der Good Corporate Governance ist.

37	Es ist zu präzisieren, ob CID, welche dem Bankkundengeheimnis unterliegen und nicht anonymisiert sind, ausgelagert werden dürfen. Relevante Auslagerungen werden über die Genehmigung von Geschäftsplanänderungen bei Versicherungen direkt überwacht. Diese Randziffer ist auf Banken zu beschränken.
39ff	Die sofortige Anpassung der neuen und die Überarbeitung der bestehenden Verträge (Rz 39ff.) mit einer Übergangsfrist von 2 Jahren erachten wir als umsetzbar.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Zürich, 31. Januar 2017

FINMA «Rundschreiben 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer»

Sehr geehrter Herr Brügger
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum Entwurf des neuen Rundschreibens 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer» Stellung nehmen zu können.

1 Allgemeine Bemerkungen

Erlauben Sie uns vorerst einige grundsätzliche Bemerkungen und Überlegungen zum Entwurf dieses Rundschreibens und zur Ausdehnung auf die Versicherer:

- Grundsätzlich erachten wir eine Regelung im Bereich des «Outsourcings» für sinnvoll, nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit und Gleichbehandlung. Wir sind jedoch dezidiert der Meinung, dass die von der Finma vorgeschlagene gemeinsame Regelung für Banken und Versicherer weder sachlich noch rechtssystematisch gerechtfertigt ist. Für das Outsourcing einzelner Funktionen eines Versicherungsunternehmens gibt es – im Gegensatz zu den Banken – gesetzliche Grundlagen: Art. 4 Abs. 2 Bst. j VAG mit der Bewilligungspflicht der Geschäftspläne und Art. 47 VAG mit der Auskunftspflicht und Meldepflicht. Auch neue, bzw. wesentliche Änderungen im Outsourcing unterstehen als Geschäftsplanänderung der Genehmigungspflicht durch die Finma (Art. 5 Abs. 2 VAG). Demgegenüber müssen Banken Outsourcings grundsätzlich nicht vorgängig der Finma vorlegen. Aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Rahmenbedingungen und Ausgangslage sind wir klar der Ansicht, dass **die Vorgaben für unseren Sektor in einem separaten Rundschreiben «Outsourcing – Versicherer» reguliert werden müssen.**

Mit diesem Vorgehen würden die Unterschiede zwischen den beiden Sektoren angemessen berücksichtigt und eine konsistente Aufsicht versicherungsspezifischer Aspekte eher gewährleistet.

Im Erläuterungsbericht zum Rundschreiben-Entwurf beruft sich die Finma mehrfach auf einen prinzipienbasierten Aufsichtsansatz.

Der aktuelle Entwurf des Rundschreibens bringt jedoch in vielerlei Hinsicht eine Verschärfung der Anforderungen bzw. Erhöhung auch des administrativen Aufwands und der Kosten mit sich, ohne die Risiken angemessen zu mindern. Die Unternehmen werden aufgrund des Detaillierungsgrades dazu gezwungen, Prozesse einzuführen bzw. anzupassen, anstelle sich auf das gewünschte Resultat zu fokussieren, nämlich ein angemessenes Risikomanagement betreffend Outsourcing.

In ihrem strategischen Ziel 6 für 2017 bis 2020 verschreibt sich die Finma *eine prinzipienbasierte Finanzmarktregulierung*: «Die FINMA setzt sich... dafür ein, dass die Regeln regelmässig überprüft, vereinfacht, und wo notwendig und aus Aufsichtsperspektive vertretbar, auch angepasst werden.

Der prinzipienbasierte Ansatz sollte darum auch im neuen Rundschreiben konsequent angewendet werden. Dies empfiehlt sich umso mehr, als die ökonomischen und technischen Entwicklungen sich sehr rasch entwickeln.

- Zum Beispiel sind die Erfassung und vorgängige Bewilligung jeder einzelnen Hilfsperson – unabhängig von deren Beitrag zur Auslagerung – unverhältnismässig und nicht praktikabel. Das Versicherungsunternehmen soll grundsätzlich in die Verantwortung genommen werden und sich mit den allfälligen **Risiken beim Beizug von Unterakkordanten** angemessen auseinandersetzen und diese adressieren.
- Wir beantragen auch eine **Privilegierung eines «Intragroup Outsourcings» gegenüber einem «Volloutsourcing»**. Die Risiken sind im Intragroup Verhältnis in aller Regel geringer, zumal z.B. auch Servicegesellschaften internen Weisungen und Richtlinien unterstehen. Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb Risikomanagement und Compliance anders behandelt werden als Internal Audit. Unter diesem Aspekt sollte zum Beispiel eine zentrale Zusammenfassung innerhalb einer Gruppe von Risikomanagement und Compliance, analog zum Internal Audit, mit erleichterten Outsourcing-Auflagen möglich sein. Bei kleinen und mittleren Unternehmen kann überdies ein umfassendes externes Outsourcing zweckmässig sein.
- **Die vorgesehene Regulierung von Auslagerungen ins Ausland ist nicht praxisgerecht und extrem kompliziert und führt zu einem Wettbewerbsnachteil.** Die neuen Elemente der indirekten Aufsicht für Versicherer sind wegen der gesetzlichen Vorgaben für die Geschäftspläne (Genehmigungsverfahren) nicht sachgerecht und daher viel zu teuer. Mit den Vorschriften im Entwurf werden Auslagerungen ins Ausland faktisch kaum mehr möglich sein. Schliesslich sollte die Sicherstellung der Sanierbarkeit und Abwicklung von Unternehmen bzw. des Zugriffs auf die dafür notwendigen Daten nicht dazu führen, dass bei jedem

Auslandsbezug eine Datenspiegelung in der Schweiz erforderlich wird. Andere Massnahmen sind zweckmässiger und zudem auch nicht prohibitiv teuer. Faktisch würde die vorgeschlagene Regelung zu einem Ausschluss der Schweizer Versicherung von innovativen Lösungen führen (z.B. Cloud) und einen erheblichen Wettbewerbsnachteil nach sich ziehen. Dies wäre auch nicht im Einklang mit dem strategischen Ziel 5 der Finma für 2017 – 2020: *«Die Finma setzt sich dafür ein, dass für innovative Geschäftsmodelle unnötige wettbewerbsbehindernde Regulierungshürden abgebaut und geeignete Rahmenbedingungen geschaffen werden.»*

- Schliesslich gehen wir davon aus, dass das neue Rundschreiben nach Inkrafttreten für neue bzw. geänderte Outsourcings gelten wird, bestehende und laufende Outsourcingverträge jedoch nicht an die neuen Regelungen angepasst werden müssen, auch wenn sie vom alten ins neue Formular J übertragen werden. Eine entsprechende Präzisierung zur Umsetzung würde Rechtssicherheit schaffen. Auch gehen wir davon aus, dass das im Januar 2017 vorzeitig aufgeschaltete neue Formular J in Umfang und Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Rundschreibens nochmals überarbeitet wird.

2 Details zu den Randziffern

Nachstehend unsere Stellungnahme und Anträge zu einzelnen Randziffern des Entwurfs Finma-Rundschreiben 17/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer»:

Rz 4: Anpassung:

Ersatz der Begriffe Dienstleistungen und Dienstleister:

- Wir empfehlen aus Gründen der Klarheit und Verständlichkeit konsequent von ausgegliederten «Funktionen» (wie auch in Art. 4 VAG verwendet) statt von «Dienstleistungen» zu sprechen. Folgerichtig wäre der Begriff «Dienstleister» ebenfalls konsequent durch «Anbieter» zu ersetzen.

Rz 7: Anpassung:

«Wesentlich sind bei Versicherungsunternehmen jene Dienstleistungen Funktionen, die wesentliche Auswirkung auf Risiken im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Versicherungsunternehmens haben, namentlich bei:

- **Produktion (Produktentwicklung, Vertrieb, Risikozeichnung)**
- **Bestandesverwaltung (Policenverwaltung)**
- **Schadenregulierung (Leistungsbearbeitung)**
- **Rechnungswesen (Finanzbuchhaltung und -controlling)**
- **Vermögensanlage und -verwaltung**
- **Risikomanagement und Compliance**
- **Internal Audit**

- **IT Systeme (zur Informations- und Datenverarbeitung), welche direkt diese wesentlichen Funktionen ermöglichen und für deren Erfüllung zwingend notwendig sind.»**
- Das Internal Audit ist zwar im Finma Rundschreiben 2017/02 «Corporate Governance - Versicherer» geregelt. Es kann demnach ebenfalls komplett ausgelagert werden. Im Sinne der Konsistenz sollte es in dieses Rundschreiben aufgenommen werden. Zentral ist, dass aus Gründen der Rechtssicherheit die wesentlichen Funktionen wie bis anhin abschliessend aufgezählt werden.
- Der pauschale Einbezug der IT in die Gruppe wesentlicher Dienstleistungen wird dem breiten Spektrum sowie der Vielfalt der IT Funktionen nicht gerecht. Je nach Bereich/Leistungen, die eingekauft werden, unterscheiden sich die eingegangenen Risiken markant. Als wesentlich sollten in diesem Zusammenhang deshalb nur die IT-Funktionen gelten, welche direkt die oben genannten Funktionen ermöglichen und deshalb auch zwingend notwendig für die Fortführung bzw. die Abwicklung des Geschäfts sind. Zudem ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der heutige Trend im IT Bereich zu einer Verlagerung von Kapital zu Dienstleistungen führt (so z.B. die Cloud Lösungen: gekaufte, zeitlich unbefristete Software Lizenzen und gekaufte Hardware werden zunehmend ersetzt durch auf die Dauer des Leistungsbezugs zeitlich begrenzte Lizenzen bzw. die zur Verfügungstellung von IT-Infrastruktur in externen Rechenzentren. Eine Rückführung solcher Funktionen ist in der Praxis kaum möglich.
- Der Begriff der Wesentlichkeit enthält insbesondere ein quantitatives Element, das unabhängig vom Übergang unternehmerischer Funktionen zu beurteilen ist. Die Frage der Wesentlichkeit der Teilfunktion ist danach zu beurteilen, ob durch deren Übertragung die Interessen der Versicherten gefährdet werden. Die Wesentlichkeit sollte sich also nach der Risikoeinschätzung des Unternehmens richten.

Rz 11: Anpassung: «...Auslagerung aller wesentlichen Dienstleistungen Funktionen ...»

- siehe Anmerkung Rz 4
- Die Erlaubnis zur Auslagerung aller wesentlichen Funktionen ist positiv, da er von der formalen Praxis in der Versicherung abrückt, wonach maximal 2 von 3 Kernfunktionen auslagerbar sind. Allerdings sind die Einschränkungen noch deutlich zu eng und wurden in einigen Punkten noch verstärkt, so dass in der jetzigen Fassung vom Grundsatz in der Praxis wenig übrig bleibt.

Rz 12: Wir empfehlen folgende Anpassung dieser Bestimmung:

«Nicht auslagerbar sind die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle durch das Oberleitungsorgan; sowie zentrale Führungsaufgaben der Geschäftsleitung sowie Funktionen, die das Füllen von strategischen Entscheiden umfassen. Dies gilt ebenso für Entscheide über die Aufnahme und den Abbruch von Geschäftsbeziehungen.»

- Trotz der Erläuterungen bleibt der Teilsatz unklar und sollte gestrichen werden. «Das Fällen von strategischen Entscheiden» ist bereits im Begriff «Oberleitung» enthalten.
- Der Entscheid betreffend Aufnahme/Abbruch von Geschäftsbeziehungen als zentrale Führungsaufgabe sollte nur dann nicht auslagerbar sein, wenn dieser Entscheid im konkreten Fall als zentrale Führungsaufgabe zu qualifizieren ist. Eine weitergehende Beschränkung erscheint weder sinnvoll noch gerechtfertigt.
Der zweite Satz steht zudem in Widerspruch zu Finma-Mitteilung 63 (2014) bezüglich Auslagerung von Kernfunktionen an Vermittler, welche auch über die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen entscheiden können. Das Unternehmen muss lediglich (aber immerhin) Kontrolle über den Bestand/das Portfolio behalten.
Ein Widerspruch mit dem 2. Satz ergibt sich auch zu Rz 7, welche die Auslagerung der «Risikozeichnung» (= Underwriting) explizit erlaubt: Mit der Risikozeichnung oder der Nichterneuerung eines Vertrags werden ebenfalls Geschäftsbeziehungen aufgenommen oder abgebrochen.

Rz 13: Wir beantragen die Streichung dieser Randziffer.

- Für die Versicherer besteht eine eklatante Ungleichbehandlung mit der Auslagerung der internen Revision, die gemäss Finma Rundschreiben 2017/02 «Corporate Governance - Versicherer» problemlos auslagerbar ist, obwohl sie mindestens ebenso wichtig ist wie Risikomanagement und Compliance. Die drei Kontrollfunktionen müssen gleichbehandelt werden.
- Solange internes und externes Outsourcing im Rundschreiben gleichgesetzt werden, ist der Passus zu Risikomanagement und Compliance unverhältnismässig. Es muss auch möglich sein, Risikomanagement und Compliance vollständig auf eine Einheit der Gruppengesellschaft zu übertragen. Selbstverständlich bleibt eine Kontrollaufgabe beim Verwaltungsrat und bei der Geschäftsleitung der rechtlichen Einheit, wie sich bereits aus Aktienrecht und den allgemeinen Grundsätzen des Outsourcings ergibt. Es muss Unternehmensgruppen jedoch möglich sein, gruppenweit eine schlagkräftige, professionelle und einheitliche Risiko- bzw. Compliancefunktion aufzubauen, die nicht nur «...einzelne operative Aufgaben...» übernimmt, sondern als Funktion für die verschiedenen beaufsichtigten Gruppengesellschaften fungiert. Die Forderung nach getrennten Risiko- und Compliancefunktionen würde diese Funktionen schwächen.
- Auch unter Solvency II werden die Anforderungen an eine Auslagerung an eine andere Gruppengesellschaft grundsätzlich flexibler gehandhabt als Vollauslagerungen an Dritte, insbesondere aufgrund gesellschaftlicher Mittel zur Durchsetzung von Prüfungs- und Kontrollrechten, was geringere Risiken birgt.

Rz 14 Wir beantragen die Streichung dieser Randziffer.

- In Konsequenz unseres Antrags zu Rz 13 ist diese Bestimmung ebenfalls zu streichen.

Rz 17 Anpassung:

«Das Outsourcing von wesentlichen Dienstleistungen Funktionen und die beschränkt zulässige Auslagerung von Kontrollfunktionen sind ist nach Art. 4. Abs. 2 Bst. J i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG geschäftsplanrelevant und damit genehmigungs- respektive meldepflichtig.»

- Betreffend Verwendung des Begriffs «Funktionen» siehe Rz 4.
- Betreffend die Beschränkung der Auslagerung von Kontrollfunktionen wird auf die Begründung in Rz 13 verwiesen.
- Art 5 Abs. 2 VAG spricht bei Outsourcing von einer Mitteilungspflicht.

Rz 19 Ergänzung:

«Das Outsourcing des Managements von Direkt- und Rückversicherungscaptives mit Sitz in der Schweiz (inkl. zentraler Führungsaufgaben der Geschäftsleitung) auf entsprechend spezialisierte Captive-Management-Gesellschaften, unabhängig davon, welche Versicherungsbranche für die Captive bewilligt wurden;»

- Da nur für Rückversicherungscaptives ein Captive spezifischer Versicherungsbranche besteht (C3) und im Rundschreiben sowohl von Direkt- als auch von Rückversicherungscaptives gesprochen wird, sollte zur Vermeidung allfälliger Unklarheiten ausdrücklich erwähnt werden, dass die konkret bewilligten Versicherungsbranche für diese Privilegierung nicht relevant sind.

Rz 21 Anpassung zur Klarstellung:

«Über die wesentlichen ausgelagerten Dienstleistungen Funktionen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistungsfunktion, nennt Anbieter (inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen) und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27).

- Insgesamt scheinen die Anforderungen unverhältnismässig, da sämtliche Auslagerungen davon betroffen sind. Man denke an finanzielle oder tatsächlich unbedeutende Auslagerungen. Es sollten nur die wesentlichen ausgelagerten Funktionen im Inventar aufgeführt werden müssen, welche eine Bewilligung bzw. Mitteilung im Rahmen des Geschäftsplans der Finma benötigen.
- Die (namentliche) Erfassung von allfällig beigezogenen Hilfspersonen im Inventar ist weder praktikabel, bzw. wäre der damit verbundene Aufwand schlicht unverhältnismässig, insbesondere bei IT-Dienstleistungen. Zudem könnten als Hilfspersonen theoretisch auch einzelne Mitarbeiter des Dienstleisters oder reine Zulieferer gelten.
- Diese Regelung soll auch anwendbar sein auf sogenannte Suboutsourcings (= Das Erbringen der vereinbarten Dienstleistung wird weitergegeben.) Der Bezug eines Service (z.B. Beratungsdienstleistungen oder SaaS, etc.) um die vereinbarte Leistung durch den Unterkordanten selber erbringen zu können, soll dieser Regelung nicht unterstehen.

Rz 22 Wir beantragen die Streichung dieser Randziffer.

- Es ist unverhältnismässig, wenn jede kleine Änderung im Inventar eine Geschäftsplanänderung nach sich ziehen würde. Gerade grosse Outsourcing-Dienstleister kennen dynamische Listen mit Subcontractors, welche häufig ändern können (vgl. auch Kommentar zu Rz 21).

Rz 23 Anpassung:

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

- Der Dokumentationsaufwand muss verhältnismässig bleiben, da diese Anforderungen in der Praxis mit dem Ablauf der Zeit des Vertrages zunehmend unbedeutend werden, da sich der Fokus – zurecht – auf das Erbringen der Dienstleistung verschiebt.
- Die Beurteilung sollte entsprechend dem mit der Auslagerung verbundenen Risiko erfolgen; z.B. bei Auslagerungen an andere Gruppengesellschaften sollten diesbezüglich weniger hohe Anforderungen gestellt werden.

Rz 24 Anpassung:

«Die Auswahl eines externen Dienstleisters Anbieters hat...» «...an den gleichen Dienstleister Anbieter ausgelagert...»

- Der Aufwand sollte auch hier verhältnismässig bleiben.
- Betreffend Verwendung des Begriffs «Anbieter/s» siehe Rz 4.
- Es ist korrekt, dass das Konzentrationsrisiko zu berücksichtigen ist. Für gruppeninterne Outsourcings an eine beaufsichtigte Gesellschaft, die einer äquivalenten Einzelaufsicht untersteht oder sich im Rahmen einer Versicherungsgruppe mit äquivalenter Gruppenaufsicht befindet, muss aber die Vermutung bestehen, dass das Konzentrationsrisiko nicht materiell ist. Es geht zu weit, wenn bei gruppeninternen Auslagerungen als Risikoanalyse praktisch ein Recovery und Resolution Prozess separat nochmals nachvollzogen werden muss.

Rz 25 Anpassung:

«Ferner sind beim Entscheid über das Outsourcing und bei der Auswahl des Dienstleisters die Aspekte der Transitions- und Wechselkosten Anbieters sämtliche Kosten von der Transition bis zu einer möglichen Rückführung zu berücksichtigen. Der Dienstleister hat Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung zu bieten. Die geordnete Rückführung beziehungsweise Übertragung an einen Dritten der ausgelagerten Dienstleistung muss sichergestellt sein.»

- Betreffend Verwendung des Begriffs «Anbieter/s» siehe Rz 4.
- Bereits mit der Definition der Vertragsdauer ist die dauerhafte Leistungserbringung angemessen adressiert.

- Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung kann der Dienstleister nicht erbringen. Vielmehr gilt es sicherzustellen, dass es bei einem möglichen Ausfall oder einer Schlechterfüllung durch den Dienstleister vertragliche Ausstiegsmöglichkeiten gibt.

Rz 26 Anpassung/Ergänzung:

«Die Zuständigkeiten des Unternehmens und des Dienstleisters Anbieters sind vertraglich festzulegen und abzugrenzen, insbesondere bezüglich Schnittstellen und Verantwortlichkeiten, Weisungs- und Kontrollrechten.»

- Betreffend Verwendung des Begriffs «Anbieter» siehe Rz 4.
- Rz 26 und 28 greifen in das Vertragsrecht. Diese können in einem Satz zusammengefasst werden.

Rz 27 Anpassung:

«~~Die ausgelagerte Dienstleistung ist in das interne Kontrollsystem des Unternehmens zu integrieren. Die mit der Auslagerung verbundenen wesentlichen Risiken sind in das interne Kontrollsystem des Unternehmens zu integrieren. Sie sind systematisch zu identifizieren, zu überwachen, zu quantifizieren und zu steuern. Unternehmen intern ist eine verantwortliche Stelle zu definieren, die für die Überwachung und Kontrolle des Dienstleisters zuständig ist. Dessen Leistungen sind fortlaufend zu überwachen und zu beurteilen, so dass allfällig nötige Massnahmen sofort ergriffen werden können.~~»

- Nicht die Dienstleistung ist ins IKS zu integrieren, sondern die für das Unternehmen wesentlichen Risiken. Der erste Satz in Rz 27 ist inhaltlich nicht korrekt.
- Die Überwachung der Leistung des Anbieters sollte mittels eines risikobasierten Ansatzes erfolgen.
- Auch bezüglich der Überwachung des Anbieters sollte die Wesentlichkeit angemessen berücksichtigt werden können und ob es sich um einen internen oder externen Anbieter handelt.
- Eine genaue Quantifizierung der Risiken ist nicht immer möglich. Darüber hinaus gibt es keine Anforderungen in der Schweiz die operationellen Risiken zu messen.

Rz 28 Antrag auf Streichung:

- Entsprechend unserem Anpassungs-/Ergänzungsantrag von Rz 26.

Rz 29 Anpassung:

«Das Unternehmen trägt gegenüber der Finma weiterhin dieselbe Verantwortung, wie wenn es die ausgelagerte Dienstleistung Funktion selber erbringen würde. ~~Es hat die ordnungsgemässe Geschäftsführung jederzeit zu gewährleisten.~~»

- Betreffend Verwendung des Begriffs «Funktion» siehe Rz 4.
- Die Ordnungsmässigkeit der Geschäftsführung kann nicht durch einen externen Vertragspartner (Leistungsnehmer) gewährleistet sein. Diese obliegt dem Verwaltungsrat resp. der Geschäftsleitung des Leistungserbringers. Diese Rz 29 ist auf i.V.m. Rz 32 zu sehen.

Rz 30 Anpassung:

«Bei sicherheitsrelevanten Auslagerungen (namentlich im Bereich IT) legen das Unternehmen und der Dienstleister Anbieter vertraglich Sicherheitsanforderungen fest. Diese können sich nach anerkannten Standards richten. Deren Die Einhaltungen der Sicherheitsanforderungen sind ist vom Unternehmen zu überwachen überprü-
fen.»

- Der Begriff «sicherheitsrelevant» ist unklar.
- Die Sicherheitsanforderungen richten sich zunehmend nach anerkannten Industrie-Standards wie COBIT oder ISO27001. Eine fortlaufende Überwachung gibt es dabei nicht (ist zum Teil bei Cloud Lösungen auch nicht realistisch machbar). Die Überwachung erfolgt deshalb ex-post über die Einhaltung der vereinbarten Standards. Dieser Nachweis erfolgt durch eine entsprechende Zertifizierung.

Rz 31 Anpassung:

«Das Unternehmen und der Dienstleister Anbieter erarbeiten ein Sicherheitsdispositiv, das die Weiterführung der ausgelagerten Dienstleistung in sämtlichen vorher-
sehbaren Notfällen gewährleistet. Bei Errichtung und Anwendung des Sicherheits-
dispositivs gilt für das Unternehmen derselbe Sorgfaltsmassstab, wie wenn es die
ausgelagerte Dienstleistung selber erbringen würde definieren bezugnehmend auf
kundenwirksame Auslagerungen Mindeststandards zur Business Continuity.»

- «Sämtliche vorhersehbare Notfälle» ist zu weitgreifend und unrealistisch.
- Insbesondere bezüglich Cloud-Anbietern sind die Vorgaben gemäss E-Rz 31 kaum sinnvoll umsetzbar. *Gemäss Finma strategische Ziele für 2017 bis 2020 sollten die bestehenden Regulierungen bezüglich Einsichts- und Prüfrecht konstant auf ihre Innovationsverträglichkeit überprüft werden.*
- Den Begriff «Sicherheitsdispositiv» gibt es im Bereich Business Continuity Management (BCM) nicht. Bei der Verwendung von BCM ist eine Präzisierung nicht erforderlich, da diesbezüglich ein einheitliches Verständnis besteht (vgl. «Business Continuity Management (BCM) für Versicherungsunternehmen in der Schweiz – Mindeststandards und Empfehlungen»)

Rz 32 und 33 Anpassung:

«Prüftätigkeiten können an die nach schweizerischem Recht organisierte
Revisionsstelle des Dienstleisters Anbieters delegiert werden, sofern diese
über die notwendigen fachlichen Kompetenzen verfügt. Erfolgt eine solche
Delegation, kann das Unternehmen oder die Prüfgesellschaft des Unter-
nehmens auf die Prüfergebnisse der Revisionsstelle des Dienstleisters An-
bieters abstellen. Unter der Voraussetzung, dass der Anbieter über eine
Kontrollberichterstattung nach ISAE 3402 Typ II oder einem ähnlichen
Standard verfügt, kann sich das Unternehmen zusätzlich auf diese abstüt-
zen.»

- Es ist nicht ersichtlich, weshalb nur nach schweizerischem Recht organisierte Revisionsstellen solche Prüftätigkeiten durchführen können. Zum Beispiel sind lokale Ableger der grossen weltweit tätigen Revisionsgesellschaften sicher ebenso kompetent.

- Zudem würde die aktuelle Formulierung die Delegation bezüglich Anbieter im Ausland verunmöglichen.
- Eine Auslagerung an grosse Unternehmen wie Amazon, Oracle, Google oder Microsoft ist mit der Formulierung im Rundschreiben Entwurf verunmöglicht, da diese Anbieter in der Praxis kein Revisionsrecht an Unternehmen gewähren.

Rz 34 Anpassung:

«Die Auslagerung einer Dienstleistung Funktion darf die Aufsicht durch die Finma nicht wesentlich erschweren, insbesondere bei einer Auslagerung ins Ausland.»

- Faktisch wird die Auslagerung ins Ausland immer zu einem Erschwernis der Aufsicht führen, da die hoheitlichen Rechte der Finma beschränkt sind. Entscheidend ist, dass durch die Auslagerung die Aufsicht der Finma nicht verunmöglicht oder unverhältnismässig erschwert wird.

Rz 35 Anpassung:

«Untersteht der Dienstleister-Anbieter nicht der Aufsicht der FINMA, hat er sich gegenüber dem Unternehmen vertraglich zu verpflichten, zuhanden der FINMA sämtliche Auskünfte und Unterlagen bezogen auf den ausgelagerten Geschäftsbereich zur Verfügung zu stellen, die sie für die Aufsichtstätigkeit benötigt. Falls Prüftätigkeiten....»

- Betreffend Verwendung des Begriffs «Anbieter» siehe Rz 4.
- Ausländisches Recht verbietet unter Umständen die direkte Lieferung von solchen Informationen an die Finma, genauso wie auch eine Lieferung an einen ausländischen Regulator durch ein Schweizerisches Unternehmen unter Umständen nach Art. 271 oder Art. 273 StGB strafbar ist

Rz 36 Antrag auf Streichung:

- Der Nachweis, dass die Prüfrechte ausreichend gewahrt und durchsetzbar sind, ist bereits mit der vertraglichen Verpflichtung gemäss Rz 32 erbracht.
- Nachweisen lassen sich nur Sachverhalte in der Vergangenheit oder der Gegenwart. Ein zukünftiges Ereignis kann nicht nachgewiesen, sondern höchstens wahrscheinlich oder glaubhaft gemacht werden.
- Die Einführung einer indirekten Aufsicht für Versicherer zusätzlich zur direkten Aufsicht (Genehmigungspflicht bei Geschäftsplanänderungen) ist nicht angemessen und erhöht Aufwand und Kosten der Geschäftstätigkeit.
- Ein solcher Nachweis ist zum Beispiel auch unter Solvenz II nicht erforderlich (unabhängig davon, ob die Auslagerung innerhalb oder ausserhalb der EU stattfindet).
- Die Nachweise und Bestätigungen z.B. in Bezug auf eine Auslagerung in Länder der EU oder andere Länder mit vergleichbaren Rechts-/Aufsichtssystemen ist zudem ein unnötiger Formalismus. Wenn überhaupt sind diese Nachweise nicht im Rahmen der Geschäftsplan-genehmigung vorzusehen und insbesondere (zumindest für Versicherer) auch nicht vorgängig durch die Prüfgesellschaft zu prüfen.

Rz 37 Ergänzung:

«Bei der Auslagerung von Massen-Kundenidentifikationsdaten (Client Identifying Data) ins Ausland durch Banken ist die Finma vorgängig zu informieren.»

- Da bei Versicherern relevante Auslagerungen als Teil des Geschäftsplans genehmigungspflichtig sind, sollte dieses Kriterium nicht zusätzlich eingeführt werden.
- Zudem werden der Begriff «Massen-Kundenidentifikationsdaten», seine Definition sowie die dazugehörigen operationellen Risiken nur im Bankengeschäft verwendet und vergleichbare Informationen werden in der Versicherung nicht verwendet.

Rz 38 Anpassung:

«Die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des Unternehmens in der Schweiz muss gewährleistet sein. Der Zugriff auf die dafür notwendigen Daten muss jederzeit in aus der Schweiz möglich sein. Die Risikoanalyse muss Vorkehrungen für den Sanierungsfall des Anbieters enthalten.»

- Relevant für die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des Unternehmens in der Schweiz ist nicht der Speicherort der betreffenden Daten, sondern die Zugriffsmöglichkeit (aus der Schweiz heraus) darauf; es gibt keinerlei sachliche Gründe dafür, dass eine Speicherung in der Schweiz erforderlich wäre. Entsprechende Vorgaben an den Standort der Datenhaltung sind somit aus verwaltungsrechtlicher Sicht unverhältnismässig.
- Die Formulierung gemäss E-Rundschreiben setzt eine Datenspiegelung in der Schweiz voraus, die, wenn überhaupt erreichbar, viel zu teuer ist. Die Benutzung von Cloud-Computing wäre mit dieser Vorschrift praktisch ausgeschlossen. Auch dies hätte bedeutende wirtschaftliche Konsequenzen für die Schweizer Versicherer.

Rz 40 Anpassung:

«Das Unternehmen hat den Beizug von Unterakkordanten (Hilfspersonen) von seiner vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen vertraglich zu regeln. Werden Hilfspersonen beigezogen Wird eine Leistung auf Unterakkordanten übertragen, sind ihnen die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters Anbieters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, angemessen und entsprechend der mit der Auslagerung verbundenen Risiken bzw. ihrer Aufgabe zu überbinden.»

- Präzisierung zwecks Vermeidung von Missverständnissen.
- Diese Vorschrift geht weit über ein notwendiges und sinnvolles Risikomanagement hinaus. Sie ist, zumal im IT Bereich/Cloud Computing nicht praktikabel bzw. führt faktisch zum Ausschluss der Versicherer von solchen innovativen Lösungen.
- Diese Regelung präsentiert sich leider als «Swiss Finish», der weit über die Anforderungen etwa unter Solvency II hinaus geht.

Rz 41 Anpassung:

«Beim Beizug von Unterakkordanten sind vertragliche Vorkehrungen zur Umsetzung der Anforderungen gemäss diesem Rundschreiben und insbesondere dem Rz 28, 30, 32 und 35 dieses Rundschreibens zu treffen.»

- Es muss möglich sein, Unterakkordanten nicht einzeln, namentlich, sondern durch qualitative Definitionen zu genehmigen. Dies sollte klargelegt werden.
- Nicht alle Pflichten aus dem Rundschreiben können 1:1 überbunden werden.

Rz 42 Antrag auf Streichung:

- Diese Vorschrift erscheint unnötig formalistisch.

Rz 46 Wunsch nach Präzisierung

- Die aktuelle Formulierung ist viel zu offen. Dieser Rz sollten sachliche Kriterien zu Grunde gelegt werden.
- Die Bestimmung sollte mit Fallbeispielen ergänzt werden.

Rz 49 Anpassung:

«Für Versicherungsunternehmen gilt das Rundschreiben für Erstbewilligungen ab dessen Inkrafttreten. Für In Bezug auf Änderungsgenehmigungen gilt das Rundschreiben ab dem Zeitpunkt, in dem eine Geschäftsplanänderung nach Art. 4 Abs 2 Bst. j VAG der Finma zur Genehmigung unterbreitet bzw. mitgeteilt wird. Dieses Rundschreiben ist nicht anwendbar auf vor Inkrafttreten des Rundschreibens erfolgte Auslagerungen.»

- Präzisierung, dass sich die Geschäftsplanänderung, welche der Finma zur Genehmigung unterbreitet wird, auf das Formular J beziehen muss. D.h., die übrigen Geschäftsplanänderungen bewirken keine Anwendbarkeit des Rundschreibens Outsourcing.
- Die Übergangsbestimmung ist dahingehend zu ergänzen, dass Auslagerungen, die vor Inkrafttreten dieses Rundschreibens erfolgt sind, nicht unter den Anwendungsbereich des neuen Rundschreibens fallen. Eine rein formale Übertragung eines Outsourcings vom alten in ein neues Formular J bedingt noch keine Anpassung des bereits bisher bestehenden und gemeldeten Outsourcings an das neue Rundschreiben.

Die vielen Rückmeldungen und Interventionen einer grossen Zahl unserer Mitglieder zeigen, dass dieses Rundschreiben für die Versicherungsunternehmen sehr grosse und mit erheblichen Kosten verbundene Mehraufwände bedeutet. Die Komplexität dieser Materie und die schnellen Veränderungen in diesem Bereich sollte von der Finma dadurch berücksichtigt werden, dass weitestmöglich mit Prinzipien gearbeitet werden sollte. Die Innovation darf Schweizer Unternehmen nicht aufgrund zu enger Vorschriften verwehrt bleiben.

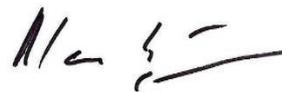
In diesem Sinne danken wir Ihnen für die ausführliche Prüfung unserer aufgeführten Anliegen. Für Auskünfte stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Versicherungsverband SVV



Marc Chuard
Leiter Ressort Finanz & Regulierung



Alex Schönenberger
Leiter Wirtschaft und Arbeitgeberfragen



FINMA		
ORG	01. FEB. 2017	SB
B8		
Bemerkung: MABR		

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

SIX Group AG
Selnastrasse 30
CH-8001 Zürich

Postanschrift:
Postfach
CH-8021 Zürich

T +41 58 399 2111
www.six-group.com

Kontaktperson:
Reto Künzi
T +41 58 399 3035
F +41 58 499 3035
reto.kuenzi@six-group.com

Zürich, 31. Januar 2017

Stellungnahme zum 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 zum revidierten Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“ (nachstehend „revRS-Outsourcing“).

Gemäss Auskunft der FINMA an SIX SIS AG vom 13. Dezember 2016 werden weder das bestehende Rundschreiben 2008/7 noch das revRS-Outsourcing auf Finanzmarktinfrastrukturen wie SIX Swiss Exchange AG oder SIX SIS AG direkt anwendbar sein. Gleichzeitig hat die FINMA angekündigt, das bestehende Rundschreiben, bzw. das revRS-Outsourcing zur Auslegung von Bestimmungen des FinfraG heranzuziehen, die Auslagerungssachverhalte betreffen.

Für SIX als Unternehmensgruppe, welche im internationalen Wettbewerb steht, sind Outsourcing an Drittparteien und die Verlagerung von Aktivitäten an kostengünstige Standorte wichtige Wettbewerbsfaktoren. Die Globalisierung und der technische Fortschritt fordern SIX, Outsourcing-Optionen zu evaluieren, um auch langfristig ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit sicherzustellen. Ausserdem beabsichtigt SIX, ihre Marktstellung in der Schweiz durch das Angebot neuer Dienstleistungen an Banken und Finanzdienstleister auszubauen. Dank der Konsolidierung ausgewählter Standard-Prozesse können Kunden von SIX, die dem revRS-Outsourcing unterstehen, ihrerseits Dienstleistungen kostengünstiger anbieten und damit ihre Wettbewerbsfähigkeit steigern. Die Zentralisierung von Prozessen bewirkt in der Regel eine höhere Professionalität und geringere Risiken. In dieser Rolle als Dienstleistungserbringerin ist SIX bzw. sind Gruppengesellschaften von SIX indirekt ebenfalls vom bestehenden RS 2008/7 bzw. künftig dem revRS-Outsourcing betroffen.

Gerne unterbreiten wir Ihnen daher nachfolgend unsere Stellungnahme.

1. Einleitende Bemerkungen

SIX unterstützt im Wesentlichen die Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung („SBVg“) vom 31. Januar 2017. Somit gelten sinngemäss die von der SBVg vorgebrachten Argumente auch für SIX, auf Stufe der Gruppe wie auch der Gruppengesellschaften. Nachfolgend sollen deshalb die für SIX zentralsten Punkte unterstrichen werden und zum Teil ergänzende Überlegungen aufgezeigt werden.

Speziell zu erwähnen sind die Anforderungen im Bereich von Auslagerungen ins Ausland, welche in den Rz 36-38 des revRS-Outsourcing aufgestellt werden. Die massiv einschränkenden Vorgaben bezüglich des Nachweises der Durchsetzbarkeit von Prüfrechten verunmöglichen faktisch Auslagerungen ins Ausland.

Die geplante Abschaffung des bisherigen Anhangs mit Beispielen von Auslagerungen lehnt SIX entschieden ab. Ein Verzicht auf diesen Katalog erhöht die auch heute oftmals vorhandene Rechtsunsicherheit, was im Einzelfall unter das RS fällt. Heute bestehen wenigstens im Bereich des Katalogs für alle Marktteilnehmer klare Verhältnisse, an denen sich die Marktteilnehmer orientieren können. Die Abschaffung des Katalogs würde diese Orientierung schlagartig dahinfallen lassen, was nach Auffassung von SIX zu vermeiden ist. Offen bleibt im Entwurf auch, in welcher Form Tätigkeiten, welche gerade im Finanzmarktinfrastrukturbereich nur von mehreren Unternehmen gemeinschaftlich erbracht werden können, von der Anwendbarkeit des revRS-Outsourcing ausgeschlossen werden. Eine entsprechende Einschränkung durch Anpassung der Begriffsdefinition des Outsourcings oder Aufnahme in den Negativkatalog des Anhangs würde hier wünschenswerte Klarheit schaffen.

2. Stellungnahme zu einzelnen Aspekten des revRS-Outsourcing

Rz	Thema	Stellungnahme SIX
8 ff.	Streichung Konzernprivilegien	Der in der Praxis bewährte Einsatz von zentralen Groupengesellschaften als Dienstleistungserbringer (z.B. Risk, IT, etc.) sollte nicht ohne Not weiter erschwert werden, zumal die SIX Group der konsolidierten Aufsicht durch die FINMA untersteht.
11	Gemeinsame Bestimmungen	Zum Begriff der Wesentlichkeit: Der Negativkatalog muss unbedingt beibehalten werden, ein Verzicht auf diesen Katalog erhöht die heute schon oft vorhandene Rechtsunsicherheit, was im Einzelfall unter das RS fällt, unnötigerweise. Heute haben wir im Bereich des Katalogs für alle Marktteilnehmer klare Verhältnisse. Dies aufzugeben ist nicht zielführend.
23	Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters	Es ist nicht Aufgabe der FINMA, ökonomische und operative Überlegungen der Beaufsichtigten zu prüfen. Rz 23 ist daher anzupassen.
46	Auflagen und Ausnahmen	Die Finanzindustrie steht durch die gesamte Wertschöpfungskette unter hohem Kostendruck. Eine sinnvolle Regulierung muss möglichst innovationsfreundlich ausgestaltet sein, soweit dies mit den andern Zielsetzungen des revRS-Outsourcing wie z.B. Kundenschutz vereinbar ist. Innovationsfreundlich – oder zumindest nicht innovationsfeindlich – bedeutet, dass die Regulierung namentlich einer Standardisierung, Automatisierung und damit Rationalisierung gewisser Tätigkeiten bzw. Prozesse der Industrie nicht im Wege stehen darf. Standardisierung und Automatisierung führen in aller Regel auch zu einer Reduktion der (operationellen) Risiken, was im Sinne des Regelungszwecks des revRS-Outsourcing ist. Sollen solche Services künftig von Anbietern wie z.B. einer Finanzmarktinfrastruktur in der Schweiz zentral für den Finanzplatz angeboten werden, darf das revRS-Outsourcing in diesem Bereich nicht ohne Weiteres gelten. Die im Ent-

wurf vorgesehenen weitgehenden Instruktions-, Weisungs- und Kontrollbefugnisse für alle relevanten Arbeitsmittel und -prozesse (Rz 27, 28, 32 und 33) verunmöglichen faktisch die Entwicklung und Erbringung von rationalisierten, standardisierten Dienstleistungen durch einen Anbieter. Das ist weder im Interesse der Industrie noch deren (End-) Kunden, die ja letztlich den Preis bezahlen.

Aus diesen Gründen sind aus unserer Sicht Tätigkeiten bzw. Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des revRS-Outsourcing auszunehmen, soweit im Einzelfall kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die betreffende Dienstleistung wird von einer Finanzmarktinfrastuktur nach Art. 2 lit. a. FinfraG erbracht;
- Die beabsichtigte Dienstleistungserbringung wird der FINMA durch die Finanzmarktinfrastuktur vorgängig zur Kenntnis gebracht.

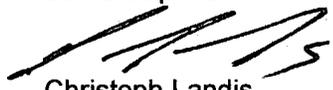
47 Übergangsbestimmungen

Die Rückwirkung wird als nicht sachgerecht erachtet und soll gestrichen werden. Eventualiter soll die Frist auf mindestens 5 Jahre ausgedehnt werden.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und den Einbezug in den anstehenden Schritten. Für allfällige Rückfragen oder die Diskussion von spezifischen Inhalten stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SIX Group AG


Christoph Landis
Division CEO Swiss Exchange


Thomas Zeeb
Division CEO Securities Services

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herr Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern
Per E-Mail an: regulation@finma.ch

Zürich, 30. Januar 2017

Rundschreiben Outsourcing - Banken und Versicherer Auslagerungen bei Banken und Versicherungsunternehmen

Sehr geehrter Herr Brügger
Sehr geehrte Damen und Herren

Namens des Swico bedanken wir uns für die Möglichkeit, unsere Position zum Entwurf des neuen FINMA-Rundschreibens „Outsourcing - Banken und Versicherer“ darzulegen und reichen Ihnen hiermit unsere Stellungnahme ein.

1. Legitimation und Betroffenheit

Swico ist der Verband der ICT-Anbieter der Schweiz. Swico vertritt die Interessen von 450 ICT-Anbieterfirmen, welche 56'000 Mitarbeitende beschäftigen und einen Umsatz von jährlich CHF 40 Milliarden erwirtschaften.

Als Anbieter von Outsourcing und Cloud Computing sind Swico Mitglieder von diesem Revisionsentwurf des Rundschreibens „Outsourcing Banken und Versicherer“ unmittelbar und besonders betroffen und Swico daher zu vorliegender Stellungnahme legitimiert.

2. Vernehmlassung

2.1 RZ 4: Begriffe: Outsourcing

Das Rundschreiben ist auf Outsourcings anwendbar, welche als wesentlich einzustufen sind. (vgl. Erläuterungen, S. 7 und 9). Um dies klarzustellen, beantragen wir die Definition des Outsourcings wie im bisherigen Rundschreiben durch die Präzisierung „**im Sinne des Rundschreibens**“ zu ergänzen.

Vorschlag (Swico Ergänzungen):

„Ein Outsourcing (Auslagerung) **im Sinne des Rundschreibens** liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen.“

2.2 RZ 32 und RZ 40: Beizug Dritter / Unterakkordanten - Hilfspersonen

Neu werden nun im Entwurf sowohl die Begriffe des "Unterakkordanten" als auch – offensichtlich zum Ziele der Gleichstellung – in der Klammer "Hilfspersonen" genannt. Aus der Nichterwähnung einer bewussten Praxisänderung lässt sich schliessen, dass mit Einführung dieser neuen Begrifflichkeiten keine materielle Änderung beabsichtigt ist. Als "Hilfspersonen" im technischen Rechtssinne gelten jedoch nicht nur Unterakkordanten, sondern auch sämtliche Mitarbeitenden und andere, dem Weisungsrecht des Leistungserbringers im Rahmen eines Personalverleihs unterstellte Dritte.

Um den beaufsichtigten Unternehmen und den entsprechenden Leistungserbringern ein sinnvolles, kostengünstiges und nicht überbürokratisiertes Outsourcing im Sinne einer arbeitsteiligen Wirtschaft zu ermöglichen, sollte an Stelle des Begriffs "Hilfspersonen" weiterhin konsequent der Begriff "Unterakkordanten" verwendet werden.

2.3 RZ 40: vorgängige Genehmigung des Beizugs

Neu ist im Entwurf vorgesehen, dass das Unternehmen beim Beizug von Unterakkordanten durch den Dienstleister seine vorgängige Zustimmung abgeben muss. Das ist in dieser Form weder sinnvoll noch praktikabel. Daher schlagen wir die Einschränkung vor, wonach die vorgängige Zustimmung des Unternehmens zum Beizug von Unterakkordanten nur bei vertragswesentlichen Tätigkeiten oder Verarbeitung von Client Identifying Data notwendig ist.

Vorschlag (Swico Ergänzungen):

Das Unternehmen hat den Beizug von Unterakkordanten **zur Übernahme vertragswesentlicher Tätigkeiten oder zur Verarbeitung von Client Identifying Data** von seiner vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen. Werden **hierfür** Hilfspersonen beigezogen, sind ihnen die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, zu überbinden.

2.4 RZ 45: Gewähr des Dienstleisters

Vorgesehen ist, dass der Dienstleister Gewähr dafür zu bieten hat, dass er während des Vertragsverhältnisses seine Leistungen gegenüber einer systemrelevanten Bank nicht einstellt. Dies hätte zur Folge, dass ein Dienstleister den Vertrag z.B. auch nicht ordentlich kündigen dürfte. Dies kann ja nicht damit bezweckt sein. Gemeint ist wohl, dass im Falle einer (drohenden) Insolvenz der systemrelevanten Bank der Dienstleister seine Leistungen nicht einstellen darf. Daher ist RZ 45 in dem Sinne zu präzisieren, dass der Dienstleister seine Leistungen nach den vertraglichen Bestimmungen ordentlich kündigen kann, jedoch in einer Krisensituation (z.B. bei einer drohenden Insolvenz des Unternehmens) die Leistungen weiterhin anzubieten hat, solange die systemrelevante Bank ihre vertraglichen Verpflichtungen erfüllt.

Vorschlag (Swico Ergänzungen): Der Dienstleister hat Gewähr dafür zu bieten, dass er seine Leistung **gegenüber systemrelevanten Banken im (drohenden) Insolvenzfall** nicht einstellt, solange **die systemrelevante Bank** ihre vertraglichen Verpflichtungen erfüllt.

Wir danken Ihnen namens unserer Mitglieder im Voraus dafür, dass Sie unsere Anregungen in geeigneter Weise bei der definitiven Formulierung dieses Rundschreibens sowie bei den weiteren Arbeiten in diesem Bereich berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

Swico


Dr. Peter K. Neuenschwander
Vorsitzender Kommission IT Recht


Christa Hofmann
Head Regulatory Affairs

Swiss Payment Association

Ohmstrasse 11, 8050 Zürich
office@swiss-p-a.ch, +41 (0)58 426 25 55

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Herr Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Zürich, 27. Januar 2017

Anhörung zum neuen FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“: Stellungnahme der Swiss Payment Association

Sehr geehrter Herr Brügger
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf die am 6. Dezember 2016 eröffnete Anhörung zum neuen FINMA-Rundschreiben (RS) „Outsourcing – Banken und Versicherer“ und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Vorab gestatten wir uns den Hinweis, dass der Swiss Payment Association (SPA) alle Schweizer Herausgeber¹ (Issuer) von Kreditkarten der internationalen Kartenorganisationen angehören. Als Branchenorganisation vertritt die SPA die Positionen ihrer Mitglieder im Dialog mit all deren Anspruchsgruppen.

Die SPA ist sich bewusst, dass im Erläuterungsbericht zum Entwurf des neuen Outsourcing-Rundschreibens festgehalten ist, dass das „Kreditkartengeschäft“ vom Rundschreiben nicht erfasst ist. Allein schon weil der Begriff „Kreditkartengeschäft“ unseres Erachtens in der heutigen Zeit zu kurz greift, aber auch weil sich das Zahlungsmittelgeschäft in den letzten Jahren stark entwickelt hat und der diesbezügliche (Nicht-)Geltungsbereich des Rundschreibens – auch für Schnittstellenbereiche im Kontext von Fintech – zu wenig klar ist, hat sich die SPA für eine eigene Eingabe im Rahmen des laufenden Anhörungsverfahrens entschieden.

Management Summary

Eine Flexibilisierung der Outsourcing-Anforderungen ist für die Entwicklung der Schweizer Finanzdienstleistungs- und der Schweizer Fintech-Branche von grundlegender Bedeutung. Indem der Entwurf zum neuen Outsourcing-Rundschreiben diese Flexibilisierung nicht herbeiführt bzw. das Outsourcing insgesamt noch strenger ausgestalten will, wird eine Chance

¹ Mitglieder der Swiss Payment Association sind die Schweizer Kreditkarten-Herausgeber BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Bank AG, PostFinance AG, Swisscard AECS GmbH, UBS Switzerland AG und Visa Card Services SA.

verpasst. **Wir beantragen daher, den Rundschriften-Entwurf in grundsätzlicher Weise zu überarbeiten, sodass die Outsourcing-Anforderungen eine höhere Flexibilität bzw. eine geringere Regulierungsdichte aufweisen.**

Eine konzerninterne Auslagerung ist viel näher bei einer (risikoarmen) Dienstleistungserbringung durch eine eigene Abteilung als bei einem externen Outsourcing anzusiedeln. Die neu vorgesehene Gleichstellung gruppeninterner und externer Outsourcings würde zu einem grossen Aufwand führen, welcher in keinem angemessenen Verhältnis zu den geringeren Risiken bei gruppeninternen Outsourcings steht. **Wir beantragen daher, auf eine weitreichende Systemänderung zu verzichten, wonach sämtliche Regeln für externe Outsourcings auch auf gruppeninterne anzuwenden wären.**

Es ist weiterhin vorgesehen, dass das Kreditkartengeschäft vom Rundschriften nicht erfasst ist. Wir begrüssen dies, weisen aber darauf hin, dass sich das Zahlkartengeschäft während der letzten Jahre stark weiterentwickelt hat: Nachdem anfänglich primär Kreditkarten herausgegeben wurden, hat sich die Palette der Zahlungsinstrumente deutlich erweitert. Sie reicht von Kredit- über Prepaid- und Debit-Karten bis zu digitalen Portemonnaies („Wallets“). Der bisherige Begriff „Kreditkartengeschäft“ greift deshalb zu kurz. **Anstelle von „Kreditkartengeschäft“ beantragen wir daher, den Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ zu verwenden und diesen im Erläuterungsbericht als jedwede Tätigkeit, die im Zusammenhang mit der Herausgabe von Zahlungsmitteln steht, zu umschreiben.**

Wir beantragen, den Begriff „Zahlungsverarbeitung“ gegenüber dem Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ abzugrenzen. Es muss klar sein, welche weiteren – nebst der Kreditkartenzahlung bestehenden – Bezahl-Dienstleistungen nicht als Zahlungsverarbeitung gelten.

Im RS-Entwurf sind vom Rundschriften nicht erfasste Dienstleistungen nicht mehr festgehalten. **Aus Gründen der Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen beantragen wir – wie bis anhin – vom Rundschriften nicht erfasste Dienstleistungen im RS aufzuführen.**

Wir beantragen, die im Erläuterungsbericht unter Ziffer 4.1.1 enthaltene Bemerkung, wonach ein Outsourcing als wesentlich zu gelten hat, wenn der Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu CID erhält, ersatzlos zu streichen. Diese Bemerkung könnte den Eindruck entstehen lassen, dass auch eine nicht massgebende Dienstleistung dann zu einem wesentlichen Outsourcing wird, wenn der Dienstleister im Rahmen der Auslagerung Zugang zu Client Identifying Data (CID) erhält. Dies erscheint uns weder gewollt, noch ist es sachgerecht.

Eine Dienstleistung gilt gemäss Entwurf zum neuen Rundschriften dann als wesentlich, wenn sie sich auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung der Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- oder Reputationsrisiken sowie generell auf die operationellen und rechtlichen Risiken auswirken *kann*. Eine derart weit gefasste Umschreibung schießt über das Ziel hinaus, denn damit würde bereits die blosse Möglichkeit, dass sich eine ausgelagerte Dienstleistung auf ein Risiko der Bank auswirken könnte, die Wesentlichkeit herbeiführen. **Wir beantragen, den Begriff der Wesentlichkeit enger zu fassen.**

Dass Auslagerungen ins Ausland erst dann zulässig sein sollen, nachdem das Unternehmen ausdrücklich nachgewiesen hat, dass es selber, seine Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können, führt zu einem Quasi-Verbot von Outsourcings ins Ausland. Mit einer solchen Bestimmung würde verkannt, dass der Nachweis einer

jederzeitigen Durchsetzbarkeit der verlangten Einsichts- und Prüfungsrechte im Ausland nicht erbracht werden kann: Der Dienstleister selbst, dessen Revisionsgesellschaft oder Dritte könnten jederzeit ein gerichtliches Verbot der Durchsetzung einer entsprechenden Vertragsklausel verfügen. **Wir beantragen daher, ersatzlos auf eine solchen Nachweis zu verzichten.**

Die vorgesehene Rückwirkung des neuen Rundschreibens auf bereits bestehende Outsourcingverhältnisse ist unverhältnismässig und missachtet das grundlegende rechtsstaatliche Prinzip des Vertrauensschutzes. Eine (rechtsverschärfende) Rückwirkung würde zu einem hohen Aufwand bei den Unternehmen führen, dem kein adäquater Nutzen gegenüberstünde. **Wir beantragen daher, auf die Rückwirkung zu verzichten.**

Im Sinne der Rechtssicherheit beantragen wir, im Erläuterungsbericht festzuhalten, dass die Vermittlung von Dienstleistungen bzw. alle Fälle, in denen ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Dienstleister und seinem Kunden besteht, nie eine Auslagerung im Sinne des Rundschreibens darstellen: Bei der Vermittlung ist derjenige, welcher die Dienstleistung erbringt, ein Dritter (kein Beauftragter einer Bank), und es besteht eine direkte Vertragsbeziehung zwischen dem Dienstleister/dem Dritten und seinem Kunden. Solche Konstellationen können nicht vom Rundschreiben erfasst sein.

1. Grundsätzliche Ausführungen

1.1 Hohe Flexibilität bezüglich Aufspaltung der Wertschöpfungskette erforderlich

„Eine grössere Flexibilität in Bezug auf die Definition des Geschäftsmodells der Banken und ein vereinfachtes Outsourcen von Teilbereichen der Wertschöpfungskette an Fintechs würde die Kosten minimieren und die Qualität des Endproduktes oder der Dienstleistung zugunsten des Konsumenten steigern. Eine solche flexible Auslegung liesse Innovation am richtigen Ort zu, ohne geltende Sicherheitsbestimmungen auszuhebeln und ohne Wettbewerbsnachteile für die Banken zu schaffen.“ Und: „Eine Flexibilisierung des Outsourcing-Rundschreibens der FINMA bietet Chancen für kleinere Banken, die damit ihre Wertschöpfungskette selbständig neu und ohne Einschränkungen zusammensetzen können, sowie für grössere oder spezialisiertere Banken und Provider und auch neue Fintech-Dienstleistungsanbieter, die Teildienstleistungen den kleineren oder weniger spezialisierten Banken zur Verfügung stellen können.“ Beide Zitate, nachzulesen im insight #3.16², stammen von Rolf Brüggemann, Leiter Retail Banking und Capital Markets bei der Schweizerischen Bankiervereinigung, und geben nach unserer Überzeugung die erforderliche Entwicklungsrichtung vor. Wenn wir den Entwurf zum neuen FINMA-Rundschreiben „Outsourcing – Banken und Versicherer“ daran messen, kommen wir zur Überzeugung, dass damit eine Chance verpasst wird: Indem der Entwurf gegenüber dem bestehenden Rundschreiben die für die Entwicklung der Schweizer Finanzdienstleistungs- bzw. Fintech-Branche angezeigte Flexibilisierung der Outsourcing-Anforderungen nicht herbeiführt bzw. das Outsourcing insgesamt noch strenger ausgestalten will (siehe z.B. unsere nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 1.2), begibt man sich unseres Erachtens auf den falschen Weg. Dies umso mehr, als das neue Rundschreiben so auch der vom Bundesrat und von der FINMA verfolgten Förderung von Fintech-Unternehmen entgegenstehen würde. **Wir beantragen daher, den Rundschreiben-Entwurf unter den vor-**

² Der vollständige Artikel im insight #3.16 ist über nachfolgenden Link aufrufbar:

<http://www.swissbanking.org/de/services/insight/insight-3.16/flexible-regulierung-fuer-fintechs-und-banken#>

stehend genannten Aspekten grundsätzlich zu überprüfen bzw. in dem Sinne zu überarbeiten, dass die Outsourcing-Richtlinien eine höhere Flexibilität bzw. eine geringere Regulierungsdichte aufweisen.

1.2 Keine Gleichstellung von gruppeninternen und externen Outsourcings

Die neu vorgesehene Gleichstellung gruppeninterner und externer Outsourcings führt zu einem grossen Prüfungs-, Umsetzungs- und Betriebsaufwand, welcher unseres Erachtens in keinem angemessenen Verhältnis zu den geringen Risiken bei gruppeninternen Outsourcings steht. Die tatsächlich in einem Konzernverhältnis bestehenden organisatorischen, prozessualen und personellen Verflechtungen führen dazu, dass eine konzerninterne Auslagerung viel näher bei einer Dienstleistungserbringung durch eine eigene Abteilung (inhouse) als bei einem echten externen Outsourcing anzusiedeln ist. Es wird denn im Erläuterungsbericht auch kein konkretes Risiko genannt, dem durch die Unterstellung von gruppeninternen Outsourcings unter das Rundschreiben begegnet werden müsste. Es wird lediglich vermerkt, die Ausnahmen seien „aus Risikosicht nicht mehr vertretbar“ (vgl. Erläuterungsbericht Ziffer 4.2). Entsprechend ist auch höchst fraglich, ob die durch die geplante Unterstellung neu entstehenden Pflichten (Erstellung Sicherheitsdispositiv, Abschluss Vertrag etc.) überhaupt geeignet wären, die bei einer konzerninternen Auslagerung noch bestehenden Risiken nochmals weiter zu reduzieren. Sicher ist aber, dass bei den Unternehmen ein erheblicher Zusatzaufwand anfallen würde. So würde die Gleichstellung von gruppeninternen und externen Outsourcings z.B. bei engen organisatorischen und prozessualen Verflechtungen, wie sie bei konzernweit implementierten Internen Kontrollsystemen (IKS) bestehen, zu erheblichen unnötigen Dokumentationsaufgaben führen, ohne dass damit das Risiko zusätzlich vermindert würde. **Wir beantragen daher, darauf zu verzichten, eine weitreichende Systemänderung vorzunehmen, wonach sämtliche Regeln für externe Outsourcing-Lösungen auch auf gruppeninterne anzuwenden wären.**

1.3 Begriff „Kreditkartengeschäft“ aktualisieren

Im Gegensatz zum bestehenden Rundschreiben werden im Entwurf zum neuen RS keine Beispiele von Auslagerungen, welche vom RS erfasst/nicht erfasst sind, im Anhang aufgelistet (siehe dazu nachfolgend die Ausführungen unter Ziffer 1.5). Immerhin findet sich noch eine Auflistung im Erläuterungsbericht. Dort wird – wie bisher im Anhang zum geltenden RS – erwähnt, dass das Kreditkartengeschäft vom Rundschreiben nicht erfasst ist. Wir begrüssen diese Nicht-Erfassung ausdrücklich, erlauben uns aber, darauf hinzuweisen, dass sich das Zahlkartengeschäft während der letzten Jahre stark weiterentwickelt hat: Nachdem anfänglich primär Kredit- und Prepaidkarten herausgegeben wurden, hat sich die Palette der Zahlungsinstrumente, welche oft durch dieselben Issuer ausgegeben werden, deutlich erweitert: Als Zahlungsinstrumente werden einerseits (herkömmliche) Zahlkarten (wie Kredit-, Prepaid- und Debit-Karten) ausgegeben. Andererseits werden aber auch digitale Portemonnaies („Wallets“, z.B. für Mobile-Payment-Lösungen) für rein elektronische Zahlungslösungen eingesetzt. Sowohl Zahlkarten als auch digitale Portemonnaies können (technisch und vertraglich) entweder als guthabenbasierte Lösungen („Prepaid“ / „pay-before“), als Ausgabelimiten-basierte Lösungen („Postpaid“ / „pay-later“) oder als Lösungen mit Direktbezahlung („Debit“ / „pay-now“) ausgestaltet werden. Zudem sind auch Mischformen möglich. In Anbetracht dieser Situation bzw. der eingetretenen Entwicklungen greift der im Erläuterungsbericht unter Ziffer 4.1.1 verwendete bisherige Begriff „Kreditkartengeschäft“ (als nicht erfasste Dienstleistung) zu kurz. **Anstatt „Kreditkartengeschäft“ beantragen wir daher, den Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ zu verwenden und diesen im Erläuterungsbericht kurz**

inhaltlich zu umschreiben. Es soll dabei klargestellt werden, dass das – vom Rundschreiben nicht erfasste – Zahlungsmittelgeschäft nicht allein die Teilnahme an den Card Schemes-Systemen und die damit verbundene Übermittlung von Kundendaten im Rahmen der Abwicklung von Kartentransaktionen beinhaltet, sondern generell jede Tätigkeit, welche im Zusammenhang mit der Herausgabe von Zahlungsmitteln steht.

1.4 „Zahlungsverarbeitung“ von „Zahlungsmittelgeschäft“ abgrenzen

Wir beantragen, den Begriff „Zahlungsverarbeitung“ (Rz 5) gegenüber dem Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ abzugrenzen. Mit der expliziten Erwähnung des Kreditkartengeschäfts als nicht wesentliche Dienstleistung im Erläuterungsbericht (Ziffer 4.1.1) wird lediglich sichergestellt, dass diese Dienstleistung nicht als Zahlungsverarbeitung gilt. Darüber hinaus besteht jedoch eine grosse Unsicherheit, ob und welche weiteren Bezahl-Dienstleistungen nicht als Zahlungsverarbeitung gelten. Eine klare Abgrenzung zwischen dem Begriff „Zahlungsmittelgeschäft“ (siehe vorstehend Ziffer 1.3) und dem Begriff „Zahlungsverarbeitung“ ist daher angezeigt.

1.5 Vom Rundschreiben nicht erfasste Dienstleistungen im Rundschreiben festhalten

Wie vorstehend erwähnt, werden im Entwurf zum neuen Rundschreiben Beispiele von Auslagerungen, welche vom RS erfasst werden und solche, welche nicht erfasst sind, nicht mehr aufgelistet. Dass die nicht massgebenden bzw. die dem Rundschreiben nicht unterstellten Dienstleistungen nur noch im Erläuterungsbericht (Ziffer 4.1.1) erwähnt werden, vermag nicht zu überzeugen und führt zu Rechtsunsicherheit. **Aus Gründen der Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen beantragen wir daher, nicht massgebende bzw. vom Rundschreiben nicht erfasste Dienstleistungen weiterhin im Rundschreiben aufzuführen.**

1.6 Zugang zu CID darf ein Outsourcing nicht per se als „wesentlich“ qualifizieren

Wir beantragen, die im Erläuterungsbericht unter Ziffer 4.1.1 (am Schluss) enthaltene Bemerkung, wonach ein Outsourcing als wesentlich zu gelten hat, wenn der Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu CID erhält, ersatzlos zu streichen. Diese generelle Bemerkung, welche zu Recht keinen Eingang in den Entwurf zum neuen Rundschreiben gefunden hat, könnte den Eindruck entstehen lassen, dass auch eine nicht massgebende Dienstleistung dann zu einem wesentlichen Outsourcing wird, wenn der Dienstleister im Rahmen der Auslagerung Zugang zu Client Identifying Data (CID) erhält. Dies erscheint uns weder gewollt noch sachgerecht. So würden die in Ziffer 4.1.1 des Erläuterungsberichts genannten Beispiele von nicht massgebenden Dienstleistungen von vornherein als „wesentlich“ qualifizieren, womit Ziffer 4.1.1 in sich widersprüchlich wäre. Denn z.B. ein Inkasso von Forderungen gegenüber Bankkunden durch einen Dritten ist ohne Zugang zu CID nicht zu bewerkstelligen. Ebenso kann das Zahlkartengeschäft, wenn es im Auftragsverhältnis wahrgenommen wird, ohne Zugang zu CID nicht betrieben werden.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass der Schutz von Personendaten im Datenschutzgesetz geregelt wird. Dieses enthält bereits vollständige und genügende Regelungen, welche zudem im Rahmen der laufenden Revision weiter ausgebaut werden sollen. Schliesslich wird das Risiko einer Verletzung der CID-Vertraulichkeit im FINMA Rundschreiben 2008/21 „Operationelle Risiken Banken“ in Anhang III thematisiert. Es bedarf daher im Outsourcing-Rundschreiben keines weiteren Konnex' zu CID.

1.7 Begriff der „Wesentlichkeit“ enger fassen

Eine Dienstleistung gilt gemäss Entwurf zum neuen Rundschreiben (Rz 5) dann als wesentlich, wenn sie sich auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung der Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- oder Reputationsrisiken sowie generell auf die operationellen und rechtlichen Risiken auswirken kann. Eine derart weit gefasste Umschreibung schießt über das Ziel hinaus, denn damit würde bereits die blosser Möglichkeit, dass sich eine ausgelagerte Dienstleistung auf ein Risiko der Bank auswirken könnte, die Wesentlichkeit herbeiführen. Es kann jedoch im Ergebnis nicht sein, dass z.B. die Auslagerung der Gebäudesicherheit, welche durchaus einen generellen Einfluss auf das operationelle Risiko der Bank haben kann, bereits eine dem Rundschreiben unterstellte Auslagerung darstellt³. Vielmehr sollte die Auswirkung der Dienstleistung auf das Risiko (resp. dessen Erfassung, Begrenzung und Überwachung) selbst wesentlich sein. **Wir beantragen, eine entsprechende Klarstellung im Rundschreiben vorzunehmen bzw. den Begriff der Wesentlichkeit enger zu fassen.** Andernfalls käme es zu Widersprüchen mit dem Erläuterungsbericht, da Dienstleistungen als wesentlich erklärt würden, die gemäss Erläuterungsbericht – richtigerweise – als nicht massgebende Dienstleistungen gelten (Ziffer 4.1.1 des Erläuterungsberichts).

1.8 Festhalten, dass „Vermittlung“ vom Rundschreiben nicht erfasst ist

Im Sinne der Rechtssicherheit beantragen wir, im Erläuterungsbericht (z.B. unter Ziffer 4) festzuhalten, dass die Vermittlung von Dienstleistungen bzw. alle Fälle, in denen ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Dienstleister und seinem Kunden besteht, nie eine Auslagerung im Sinne des Rundschreibens darstellen: Bei der Vermittlung ist derjenige, welcher die Dienstleistung erbringt, ein Dritter (kein Beauftragter einer Bank), und es besteht eine direkte Vertragsbeziehung zwischen dem Dienstleister/dem Dritten und seinem Kunden (Konkretes Beispiel: Eine Bank vermittelt ihren Bankkunden Zahlkarten eines Drittanbieters: Zwischen Bankkunde und Drittanbieter besteht ein direktes Vertragsverhältnis und seitens der Bank liegt kein Outsourcing vor). Eine gegenteilige Ansicht (Qualifizierung der Vermittlung als Auslagerung im Sinne des Rundschreibens) hätte weitreichende Folgen für sämtliche beteiligten Akteure und jegliche Vermittlungsverhältnisse zwischen Bank und Dienstleister. Insbesondere würde es dem Dienstleister nicht mehr möglich sein, die von ihm gegenüber seinem eigenen Kunden angebotene Dienstleistung eigenständig und unabhängig von einem Weisungs- und Kontrollrecht der kundenvermittelnden Bank zu betreiben.

Auf der Grundlage dieser Ausführungen ergibt sich konsequenterweise auch, dass die Art der Dienstleistung, welche durch einen Dienstleister wahrgenommen wird, kein bestimmendes Merkmal für die Erfassung/Nicht-Erfassung durch das RS sein kann, solange ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Dienstleister und seinem Kunden besteht.

1.9 Verzicht auf Ausführungen zum Datenschutzrecht wird begrüsst

Wir begrüssen es, dass im neuen Rundschreiben auf Ausführungen zum Datenschutzrecht/Bankkundengeheimnis verzichtet wird (aufsichtsrechtliche Ausgestaltung des Rundschreibens) und stattdessen die spezialgesetzlichen Regelungen zur Anwendung gelangen. Dadurch werden Redundanzen und Unklarheiten vermieden.

³ Im Erläuterungsbericht ist die Gebäudesicherheit unter Ziffer 4.1.1 denn auch zu Recht als nicht wesentliche Dienstleistung aufgeführt.

2. Ausführungen zu einzelnen Randziffern des neuen Rundschreibens

2.1 Bemerkungen zu „I. Zweck“ (Rz 1)

Die Zweck-Bestimmung erscheint nicht glücklich formuliert. Aus unserer Sicht angemessener erschiene, einerseits den Zweck der aufsichtsrechtlichen Anforderungen für das Auslagern wesentlicher Dienstleistungen zu erläutern und andererseits festzuhalten, dass das Rundschreiben die aufsichtsrechtlichen Anforderungen konkretisiert.

In Rz 1 ist zudem der zweite Satz „Für diese enthält es Anforderungen an eine angemessene Organisation und bezweckt deren Risikobegrenzung und Abwicklungsfähigkeit.“ sprachlich doppeldeutig. Bezieht sich „diese“ auf die im vorangehenden Satz genannten „Banken, Effektenhändler und Versicherungsunternehmen“ oder auf die ebenfalls genannten „Outsourcing-Lösungen“? Wir schlagen die sprachliche Präzisierung oder die Streichung des unklaren Satzes vor.

2.2 Bemerkungen zu „II. Begriffe“ (Rz 2-7)

2.2.1 Bemerkungen zu Rz 4

Wir schlagen vor, am Schluss von Rz 4 „ganz oder teilweise“ durch „ganz oder in wesentlichen Punkten“ zu ersetzen. Kumulativ massgeblich muss unseres Erachtens sein, ob einerseits eine „wesentliche Dienstleistung“ vorliegt und ob andererseits diese „in wesentlichen Punkten“ (oder ganz) von einer Drittpartei erbracht wird. Unwesentliche Teilleistungen (z.B. Postzustellung von Auszügen) sollten nicht zur Qualifikation als Outsourcing im Sinne des Rundschreibens führen.

2.2.2 Bemerkungen zu Rz 5

Wie bereits oben unter Ziffer 1.5 in grundsätzlicher Weise angesprochen, ergeben sich aus dem Verzicht auf den bisherigen Negativkatalog (vom RS nicht erfasste Auslagerungen) unnötige Auslegungsfragen und Rechtsunsicherheit. Vom Rundschreiben nicht erfasste Dienstleistungen sollten deshalb weiterhin im Rundschreiben festgehalten sein.

Darüber hinaus sind wir der Meinung, dass der relevante Outsourcing-Begriff im Entwurf des neuen Rundschreibens unnötig weiter gefasst ist als bisher. Dass Druck und Versand von Bankdokumenten generell als wesentliche Dienstleistung taxiert und damit als Outsourcing im Sinne des Rundschreibens bezeichnet werden, geht unseres Erachtens zu weit. Wir schlagen vor, im Minimum die Begriffe „Versand“ und „Bankdokumente“ zu präzisieren bzw. eng zu umschreiben. Denn das Verpacken und das Übergeben an die Post von Bankdokumenten können kaum relevante Auslagerungen im Sinne des Rundschreibens sein. Ebenso wenig können Akquisitions- bzw. Werbeunterlagen relevante Bankdokumente im Sinne des Rundschreibens bilden.

Die im zweiten Teil von Rz 5 angeführten Beispiele [z.B. der Verweis auf „die IT (Informations- und Datenverarbeitung)“] können nur insoweit gelten, als diese Tätigkeiten sich auch wirklich auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung der vorstehend genannten Risiken (1. Teil des Satzes) auswirken. Mit anderen Worten darf Rz 5 nicht so verstanden werden, dass allein die Tatsache, dass eine Dienstleistung die „IT (Informations- und Datenverarbeitung)“ betrifft, dazu führt, dass diese von der Definition der Wesentlichkeit erfasst ist. Wir schlagen vor, Rz 5 entsprechend präziser zu formulieren.

2.3 Bemerkungen zu „III. Geltungsbereich“ (Rz 8-10)

Wie vorstehend unter Ziffer 1.2 ausgeführt, beantragen wir, darauf zu verzichten, eine weitreichende Systemänderung vorzunehmen und sämtliche Regeln für externe Outsourcing-Lösungen auch auf gruppeninterne anzuwenden.

2.4 Bemerkungen zu „IV. Zulässigkeit“ (Rz 11-20)

2.4.1 Bemerkungen zu Rz 14

Wir begrüssen es, dass grundsätzlich die Auslagerung sämtlicher wesentlicher Dienstleistungen mit Ausnahme der im Rundschreiben-Entwurf genannten Zentralfunktionen möglich ist. Allerdings schlagen wir vor, auf Rz 14 zu verzichten: Eine umfassende Auslagerung von operativen Compliance-Aufgaben soll nicht nur den Unternehmen der Aufsichtskategorie 4 und 5 vorbehalten sein.

2.4.2 Bemerkungen zu Rz 16

Die Ratio der Vorschrift, wonach systemrelevante Banken kritische Dienstleistungen nicht an Banken derselben Finanzgruppe auslagern dürfen, ist uns nicht klar. Wenn eine systemrelevante Bank ihre kritischen Dienstleistungen nicht auslagert, sondern selber erbringt, ist das Klumpenrisiko im Insolvenzfall unseres Erachtens höher, als wenn sie die Dienstleistungen – wenn auch innerhalb ihrer Gruppe – ausgelagert hat. Wir schlagen daher vor, Rz 16 zu streichen.

2.5 Bemerkungen zu „V. Anforderungen an auslagernde Unternehmen“ (Rz 21-45)

Wir schlagen vor, im Titel zu Ziffer V klarzustellen, dass die Anforderungen nur bezüglich wesentlicher Dienstleistungen gelten.

2.5.1 Bemerkungen zu Rz 21

Die Inventarisierung der ausgelagerten Dienstleistungen ist eine Möglichkeit, Transparenz herzustellen bzw. die Überwachung operationeller Risiken zu ermöglichen. Allenfalls gibt es aber auch noch andere gleichwertige Instrumente (z.B. eine Vertragsdatenbank, welche die entsprechenden Informationen enthält). Wir schlagen daher vor, Rz 21 punkto der zu verwendenden Instrumente offener zu formulieren, sodass die Unternehmen im Sinne einer liberalen, unbürokratischen Regelung dasjenige Instrument zur Anwendung bringen können, mit dem die angestrebten Ziele am effizientesten erreicht werden können.

2.5.2 Bemerkungen zu Rz 24

Nicht selten existiert für Outsourcings kein Markt, und es muss das Konzentrationsrisiko akzeptiert werden. In solchen Fällen in absoluter Weise „dem Konzentrationsrisiko Rechnung zu tragen“ ist eine tendenziell unlösbare bzw. unverhältnismässige Aufgabe. Wir schlagen daher vor, den zweiten Satz von Rz 24 zu streichen oder zumindest wie folgt zu relativieren: „dem Konzentrationsrisiko in verhältnismässiger und zumutbarer Weise Rechnung zu tragen“

2.5.3 Bemerkungen zu Rz 25

Rz 25 will vorschreiben, dass das auslagernde Unternehmen beim Entscheid über das Outsourcing und bei der Auswahl des Dienstleisters die Aspekte der Transitions- und Wechselkosten zu berücksichtigen hat. Wir schlagen vor, auf diese Anforderung zu verzichten, da es sich dabei um kommerzielle Entscheidungsfaktoren handelt, bei denen das Unternehmen über die volle Entscheidungsfreiheit verfügen soll.

Weiter will Rz 25 verlangen, dass die geordnete Rückführung der ausgelagerten Dienstleistung sichergestellt sein muss. Welche Anforderungen sich hinter diesem sehr weitreichenden Anspruch verbergen und ob er überhaupt realistisch ist, ist offen. Wir schlagen daher vor, auf den letzten Satz von Rz 25 zu verzichten.

2.5.4 Bemerkungen zu Rz 27

Die Anforderungen hinsichtlich Überwachung und Risikokontrolle sind für das auslagernde Unternehmen sehr hoch. Dadurch besteht die erhebliche Gefahr, dass die durch ein Outsourcing beabsichtigten Vorteile vollständig kompensiert werden und die Dichte der Überwachungs- und Kontrollprozesse einem vergleichbaren Aufwand entspricht wie die selbständige Erbringung der zur Auslagerung beabsichtigten Dienstleistung. Dies ist kontraproduktiv. Wie eingangs dieser Stellungnahme unter Ziffer 1.1 ausgeführt, beantragen wir daher, den Rundschreiben-Entwurf grundsätzlich zu überprüfen bzw. in dem Sinne zu überarbeiten, dass die Outsourcing-Anforderungen eine höhere Flexibilität bzw. eine geringere Regulierungsdichte aufweisen.

2.5.5 Bemerkungen zu Rz 31

Wenn festgelegt werden soll, dass das Unternehmen und der Dienstleister ein Sicherheitsdispositiv erarbeiten müssen, das die Weiterführung der ausgelagerten Dienstleistung in sämtlichen vorhersehbaren Notfällen gewährleistet, schiesst dies klar über das Ziel hinaus: Dies würde zum einen bedeuten, dass die im Rahmen eines Outsourcings zu erfüllenden Anforderungen im Normalfall höher sein dürften, als wenn das Unternehmen die ausgelagerte Dienstleistung selbst erbringen würde. Zum anderen würden so alle auslagernden Unternehmen mit Anforderungen konfrontiert, die nur für systemrelevante Unternehmen gelten. Damit wird das Outsourcing so über Gebühr erschwert, dass es unattraktiv ist. International anerkannte Standards bezüglich der zu erreichenden Business Continuity erachten wir als ausreichend. Es bedarf keines „Swiss Finish“.

2.5.6 Bemerkungen zu Rz 32

Wenn festgelegt werden soll, dass der Dienstleister dem auslagernden Unternehmen und dessen Prüfgesellschaft sowie der FINMA vertraglich ein jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht einräumen muss, ist dies zu weit von der Realität entfernt. Ein derart umfassendes Einsichts- und Prüfrecht ist gerade bei Outsourcing-Dienstleistern oft nicht zu erreichen, insbesondere dann nicht, wenn diese an konkurrierende Unternehmen Dienstleistungen erbringen. Wir schlagen daher vor, Satz 2 von Rz 32 wie folgt zu formulieren: „Zu ihren Gunsten ist vertraglich ein Einsichts- und Prüfrecht einzuräumen, das ihnen ermöglicht, die in diesem Rundschreiben vorgesehene Aufsichtstätigkeit wahrzunehmen.“

2.5.7 Bemerkungen zu Rz 35

Aus unserer Sicht ist die Notwendigkeit von Rz 35 nicht gegeben. Unseres Erachtens sollten die von uns vorstehend vorgeschlagene Formulierung zu Rz 32 sowie die Festlegungen in Rz 27 auch für Dienstleister genügen bzw. zur Anwendung kommen, welche nicht der Aufsicht der FINMA unterstehen. Die beiden Randziffern geben unseres Erachtens eine genügende Grundlage dafür ab, dass die FINMA ihre Aufsichtstätigkeit angemessen wahrnehmen kann.

2.5.8 Bemerkungen zu Rz 36

Dass Auslagerungen ins Ausland erst dann zulässig sein sollen, nachdem das Unternehmen ausdrücklich nachgewiesen hat, dass es selber, seine Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre

Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können, geht unseres Erachtens deutlich zu weit und führt in der Konsequenz zu einem Quasi-Verbot von Auslagerungen ins Ausland. Mit einer solchen Bestimmung würde verkannt, dass der ausdrückliche Nachweis einer jederzeitigen Durchsetzbarkeit der verlangten Einsichts- und Prüfungsrechte im Ausland de facto nicht erbracht werden kann: Der Dienstleister selbst, dessen Revisionsgesellschaft oder Dritte könnten aufgrund lokal geltender Rechtsvorschriften (Territorialitätsprinzip) jederzeit ein gerichtliches Verbot der Durchsetzung einer entsprechenden Vertragsklausel verfügen. Wir beantragen daher mit Nachdruck, ersatzlos auf Rz 36 zu verzichten.

Schliesslich erlauben wir uns noch den untergeordneten Hinweis, dass die Formulierung „ausdrücklich nachgewiesen“ unseres Erachtens eine unnötige Doppelung beinhaltet.

2.5.9 Bemerkungen zu Rz 37

Wir schlagen vor, Rz 37 zu streichen. Der angestrebte Schutz wird bereits durch andere Bestimmungen des Rundscheibens sowie durch andere Erlasse (insbesondere Datenschutzgesetz) sichergestellt.

2.5.10 Bemerkungen zu Rz 38

Rz 38 will festlegen, dass der Zugriff auf die für die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des Unternehmens in der Schweiz notwendigen Daten jederzeit in der Schweiz möglich sein muss. Damit würde eine weitere hohe Hürde für die Auslagerung von Dienstleistungen ins Ausland aufgebaut, da alle erforderlichen Daten in der Schweiz redundant (zur Datenhaltung des Dienstleisters im Ausland) gehalten werden müssten. Wir schlagen daher eine abgeschwächte Formulierung vor, welche vorsieht, dass jederzeit aus der Schweiz heraus Einsicht (nicht „Zugriff“) in die notwendigen Daten genommen werden kann.

2.5.11 Bemerkungen zu Rz 40

Betreffend den Einsatz von Hilfspersonen ist unseres Erachtens die absolute Verpflichtung, vorgängig eine Genehmigung des auslagernden Unternehmens vorliegen zu haben, nicht praktikabel: Insbesondere im Rahmen der Auslagerung von Informatikdienstleistungen, z.B. beim Einkauf von IT-Infrastruktur zur späteren Erbringung der ausgelagerten Dienstleistungen, ist eine vorgängige Genehmigung sämtlicher an den Arbeiten Beteiligter überschießend und praxisfremd. Nebst dem Umstand, dass ein Genehmigungserfordernis überhaupt nur dann bestehen kann, wenn es um die Erbringung einer ausgelagerten wesentlichen Dienstleistung geht, muss es auch möglich sein, eine allfällige Genehmigung nachträglich innert einer bestimmten Frist einzuholen (gestützt auf eine entsprechende vertragliche Vereinbarung zwischen Unternehmen und Dienstleister).

2.6 Bemerkungen zu „VI. Auflagen und Ausnahmen“ (Rz 46)

Keine Bemerkungen.

2.7 Bemerkungen zu „VII. Übergangbestimmungen“ (Rz 47-49)

Die in Rz 47 vorgesehene Rückwirkung des neuen Rundscheibens auf bereits bestehende Outsourcingverhältnisse ist unverhältnismässig und missachtet das grundlegende rechtsstaatliche Prinzip des Vertrauensschutzes. Neue (verschärfende) Regelungen sollten für einen vor deren Erlass abgeschlossenen Sachverhalt grundsätzlich keine Wirkungen entfalten. Eine (rechtsverschärfende) Rückwirkung würde zu einem hohen Aufwand bei den Unternehmen führen, dem kein adäquater Nutzen gegenüberstünde. Dies umso weniger als Outsourcingverhältnisse häufig bereits über lange Zeit hinweg erfolgreich bestehen und problemlos verlaufen und zudem in die Revisionstätigkeit der Revisionsgesellschaften einge-

geschlossen sind. Wir schlagen daher vor, auf die Rückwirkung zu verzichten. Allenfalls könnte einzig in Betracht gezogen werden, dass bestehende Outsourcings ins Inventar (oder ein ähnliches Instrument) gemäss Rz 21 des Rundschreibens aufzunehmen und gemäss Rz 27 deren Risiken zu überwachen wären.

Wir danken Ihnen für die Prüfung unserer Ausführungen sowie für die Berücksichtigung unserer Überlegungen und Anliegen. Zur Erläuterung unserer Stellungnahme bzw. bei allfälligen Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Swiss Payment Association


Stefan Bolt
Präsident


Dr. Thomas Hodel
Geschäftsführer

EINSCHREIBEN

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Swiss Re AG
P.O. Box
8022 Zurich
Switzerland
Telefon +41 43 285 2121
Fax +41 43 285 2999
www.swissre.com

31. Januar 2017

Stellungnahme zur Anhörung des FINMA-Rundschreiben 2017/xx "Outsourcing – Banken und Versicherungen"

Sehr geehrter Herr Brügger

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, unsere Kommentare zum FINMA-Rundschreiben "Outsourcing – Banken und Versicherungen" einzubringen.

Wir haben unsere Stellungnahme zum Rundschreiben hauptsächlich über den Schweizerischen Versicherungsverband SVV eingebracht. In dieser Stellungnahme möchten wir zusätzlich die Gelegenheit nutzen, insbesondere die für einen international tätigen Rückversicherer relevanten Themen zu kommentieren.

Unseres Erachtens bringt das Rundschreiben im Gegensatz zu den Aussagen im Erläuterungsbericht in vielerlei Hinsicht eine Verschärfung der Anforderungen sowie eine Erhöhung des administrativen Aufwands und der Kosten mit sich. Dies ist nur bedingt durch die mit einer Auslagerung verbundenen Risiken gerechtfertigt. Uns hat insbesondere der Detaillierungsgrad überrascht, mit welchem die FINMA in diesem Rundschreiben Vorgaben an die beaufsichtigten Unternehmen macht. Dies widerspricht unserer Ansicht nach einer prinzipienbasierten Aufsicht.

Die Auswirkungen auf international tätige (Rück-)Versicherer bzw. Gruppen sind teilweise erheblich und bedingen zahlreiche Anpassungen in Organisation, Ablauf, Dokumentation, etc. Dies betrifft beispielsweise das Konzernverhältnis, die Ausgestaltung der Risikomanagement und Compliance Funktion, die Nachweispflicht und vorgängige Bewilligung bei Auslagerungen ins Ausland, den Beizug von Hilfspersonen, das Inventar sowie Vertragsinhalte.

Entsprechend der Regelung wie beispielsweise unter Solvenz II sollten die Anforderungen an eine Auslagerung an eine andere Gruppengesellschaft flexibler gehandhabt werden, insbesondere bezüglich Auswahl, Instruktion und Überwachung interner Dienstleister, aufgrund der in der Regel weniger hohen Risiken und da gruppenweite Weisungen und Richtlinien auch für interne Dienstleister gelten. Gerade im Konzern ist es angemessen und sinnvoll, gewisse Funktionen zur Nutzung durch sämtliche Gruppengesellschaften zur Verfügung zu stellen, etwa aus

Gründen der Effizienz und vorhandenen Expertise. Dies würde nicht bedeuten, dass die beaufichtigten Unternehmen von ihrer Verantwortung, auch gegenüber ihrer Aufsichtsbehörde, entbunden sind, erlaubt es ihnen aber auf im Konzern vorhandene Expertise und Technologien zuzugreifen zu können.

In Bezug auf zentrale Kontroll- oder Kernfunktionen begrüßen wir die Erleichterung, dass generell alle wesentlichen Funktionen ausgelagert werden können. Jedoch ist es nicht ersichtlich, wieso die Kontrollaufgaben betreffend Risikomanagement und Compliance anders behandelt werden sollen als die Interne Revision. So sind unter Solvenz II zum Beispiel sogar sämtliche Funktionen auslagerbar. Gegebenenfalls wäre eine Regelung angemessener, die das Unternehmen verpflichtet einen Funktionsinhaber zu bestimmen, welcher die Beurteilung der Risiken bzw. die Wahrnehmung der Interessen des Unternehmens sicherstellt, die im Übrigen aber eine vollumfängliche Auslagerung zulässt.

Im Anhang finden Sie unsere detaillierten Kommentare sowie die entsprechenden Änderungsanträge. Dabei konzentrieren wir uns auf die nach unserer Einschätzung wesentlichen Punkte. Die Änderungsanträge sind gemäss der Reihenfolge der Randziffern gegliedert.

Wir bedanken uns im Voraus für wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und verbleiben

Mit freundlichen Grüssen

Swiss Re AG



Patrick Raaflaub
Group Chief Risk Officer



Hermann Geiger
Group Chief Legal Officer

Anhang – Detaillierte Stellungnahme Swiss Re

Rz 7

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

*Wesentlich sind bei Versicherungsunternehmen jene Dienstleistungen, die untrennbar mit dem Betrieb eines Versicherungsunternehmens verbunden sind, **wie nämlich** die Produktion (Produktentwicklung, Vertrieb, Risikozeichnung), die Bestandesverwaltung (Policenverwaltung), die Schadenregulierung (Leistungsbearbeitung), das Rechnungswesen (Finanzbuchhaltung und -controlling), die Vermögensanlage und -verwaltung, **sowie** die IT Systeme (Informations- und Datenverarbeitung), welche direkt diese wesentlichen Dienstleistungen ermöglichen und für die Erfüllung dieser Dienstleistungen zwingend notwendig sind, ~~Wesentlich sind ausserdem~~ das Risikomanagement und die Compliance.*

Begründung: Die wesentlichen Funktionen sollten wie bisher abschliessend aufgezählt werden. Analog zu den Banken sollte die Compliance und Risikomanagement Funktion nicht spezifisch hervorgehoben werden.

Bezüglich Funktionen wie IT sollte eine wesentliche Dienstleistung bzw. Auslagerung sodann nur vorliegen, wenn ein klarer Bezug zur Versicherungstätigkeit und den anderen wesentlichen Funktionen eines Versicherungsunternehmens gegeben ist, nicht jedoch wenn allgemeine IT Dienstleistungen eingekauft werden (sogenannte austauschbare "commodities").

Rz 10

Die Randziffer ist folgendermassen zu ergänzen:

Auslagerungen durch ausländische Zweigniederlassungen eines Versicherungsunternehmens mit Sitz in der Schweiz unterstehen den Bestimmungen des lokalen Rechts.

Begründung: Das Rundschreiben 2008/7 Outsourcing – Banken¹ enthält unter Rz 5 eine Klarstellung u.a. bezüglich Zweigniederlassungen im Ausland, wonach bei Auslagerungen durch Zweigniederlassungen im Ausland in Bezug auf deren Geschäftstätigkeit (nur) die ausländische Regelung Anwendung findet ("host state regulation"); dies ist als sachgerechte Lösung beizubehalten. Ausländische Gruppengesellschaften sollten für Versicherungen auch weiterhin nicht den Prinzipien dieses Rundschreibens unterstellt werden.

Zudem legt der Erläuterungsbericht unter Ziffer 4.2 nahe, dass das Rundschreiben auch bei einer Auslagerung von Dienstleistungen von der Unternehmung auf eine Zweigniederlassung Anwendung finden. Es ist im Grundsatz nicht ersichtlich, inwiefern die Interessen der Versicherten bzw. die Aufsicht der FINMA in einem solchen Fall (inkl. bei reinen Inlandsachverhalten) beeinträchtigt sind und daher unter dieses Rundschreiben fallen sollten, bzw. diese Konstellation ist soweit relevant Gegenstand von Geschäftsplan Formular B und C.

Rz 13 & 14

¹ Rundschreiben 2008/7 Outsourcing – Banken, Rz. 5: "Die Unternehmungen (...) sorgen dafür, dass auch ihre konsolidierungspflichtigen ausländischen Gruppengesellschaften und Zweigniederlassungen die Grundsätze des Rundschreibens befolgen,

- soweit Grösse und Bedeutung der Auslagerung nicht so gering sind, dass diese keine Auswirkungen auf die Risiken nach Rz 2 hat,
- soweit keine ausländische Regelung besteht."

Rz 13 und 14 sind zu streichen.

Begründung: Es ist nicht nachvollziehbar, wieso die Kontrollaufgaben betreffend Risikomanagement und Compliance anders behandelt werden sollen als die Interne Revision. So sind unter Solvenz II zum Beispiel sogar sämtliche Funktionen auslagerbar. Zumindest sollte jedoch eine Auslagerung an eine Gruppengesellschaft zulässig sein, da diese in vielen Fällen zweckmässig ist, auch bezüglich notwendiger Expertise und Kosten.

Es wäre ansonsten gegebenenfalls analog der Regelung unter Solvenz II zu prüfen, ob pro Kontrollfunktion je ein "Funktionsinhaber" für das Unternehmen zu ernennen wäre, was eine angemessene Beurteilung und Handhabung der relevanten Risiken aus Sicht des Unternehmens sicherstellt. Hierbei darf es nicht darauf ankommen, ob der Funktionsinhaber vom Unternehmen selbst als Arbeitnehmer angestellt oder Auftragnehmer ist bzw. mit Mandat des Verwaltungsrats handelt. Zudem ist möglicherweise bei kleineren und mittleren Unternehmen eine vollständige Auslagerung auch an einen externen Anbieter (z.B. Anwaltskanzlei oder Prüfgesellschaft) generell sinnvoller und kostengünstiger.

Schliesslich sei erwähnt, dass es eine Auslagerung nicht sinnvoll auf "einzelne" operative Aufgaben beschränkt werden sollte, da dies in Praxis zu zusätzlichen, unnötigen Komplikationen und Abgrenzungsfragen führt.

Falls Rz 13 gestrichen wird, muss auch Rz 14 gestrichen werden, weil es die Ausnahme zu Rz 13 ist.

Rz 17

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

Das Outsourcing von wesentlichen Dienstleistungen und die ~~beschränkt zulässige~~-Auslagerung von Kontrollfunktionen sind nach Art. 4 Abs. 2 Bst. j i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG geschäftsplanrelevant und damit genehmigungspflichtig.

Siehe Begründung zu Rz 13, die hier analog gilt.

Rz 21

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

Über die ausgelagerten wesentlichen Dienstleistungen ist ein regelmässig aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer ~~(inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen)~~ und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27)

Begründung: Es sollten nur die wesentlichen ausgelagerten Dienstleistungen im Inventar aufgeführt werden müssen, welche eine Geschäftsplanbewilligung der FINMA benötigen.

Eine Erfassung sämtlicher "Hilfspersonen" im Inventar (für Versicherungsunternehmen sogar als Teil des Geschäftsplanformulars J) führt zu weit und geht auch über Anforderungen etwa unter Solvenz II hinaus; es ist zudem nicht risikobasiert und führt zu einem enormen administrativen Aufwand, insbesondere im IT Bereich wo eine Vielzahl an Hilfspersonen beteiligt sein könnten, z.B. Lieferanten von Hardware (inkl. Wartung) oder Standard-Softwarekomponenten, Softwareentwickler, Telecom/Internet-Anbieter, welche nie direkt mit dem beaufsichtigten Unternehmen oder gar Kundeninformationen in Berührung kommen.

Der Einsatz solcher Hilfspersonen sollte vertraglich sinnvoll und entsprechend der damit verbundenen Risiken angemessen geregelt werden. In vielen Fällen wird das Unternehmen diesbezüglich gerade auf die Expertise und Erfahrung des Erbringers abstellen wollen bzw. müssen. Vgl. hierzu auch die Ausführungen zu RZ 40.

Ansonsten ist die Erfassung im Inventar, soweit erforderlich, auf Hilfspersonen bzw. eigentliche Unterakkordanten zu beschränken, welche wesentliche Beiträge zur Dienstleistung erbringen (z.B. im Falle einer eigentlichen Unterauslagerung) und dies gegebenenfalls in einem von der Unternehmung zu führenden Inventar, nicht jedoch als Teil von Formular J. Eine Änderung bei den Unterakkordanten sollte grundsätzlich keine Geschäftsplanänderung zur Folge haben. Dies ist entsprechend klarzustellen.

Rz 23

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

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

Begründung: Die Anforderungen / Spezifikationen der Leistungserbringung werden alsdann im Vertrag festgelegt und dokumentiert. Die Beurteilung sollte entsprechend dem mit der Auslagerung verbundenen Risiko erfolgen; z.B. bei Auslagerung an andere Gruppengesellschaften sollten diesbezüglich weniger hohe Anforderungen gestellt werden. Dies gilt ebenso unter Solvenz II, wo gewisse Anforderungen z.B. bezüglich Risikoanalyse oder Auswahl der Dienstleisters bei einer Auslagerung an eine Gruppengesellschaft flexibler gehandhabt werden können.

Rz 24

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

*Die Auswahl **eines 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 Konzentrationsrisiko Rechnung zu tragen.*

Begründung: Ein Konzentrationsrisiko ist innerhalb eines Konzerns schwierig zu vermeiden. Im Konzern ist es unter Berücksichtigung der erforderlichen Expertise und der Kosten sinnvoll, gewisse Aufgaben oder Funktionen zentral zur Nutzung durch alle Gruppengesellschaften bereit zu stellen (z.B. IT, Information Security). Auch für Schweizer Niederlassungen von ausländischen Versicherern liegt zwangsläufig Outsourcing vor, da wesentliche Dienstleistungen vom Mutterunternehmen bereitgestellt werden.

Unter Solvenz II ist beispielsweise anerkannt, dass die Anforderungen an die Auswahl eines gruppeninternen Dienstleisters in aller Regel weniger hoch sind und der Tatsache Rechnung getragen wird, dass es sich um eine Gruppengesellschaft handelt, welche u.a. gruppenweiten Weisungen und Richtlinien unterliegt.

Rz 27

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

Die ausgelagerte Dienstleistung ist in das interne Kontrollsystem des Unternehmens zu integrieren. Die mit der Auslagerung verbundenen wesentlichen Risiken sind systematisch zu identifizieren, zu überwachen, zu quantifizieren und zu steuern. Unternehmensextern ist eine verantwortliche Stelle zu definieren, die für die Überwachung und Kontrolle des Dienstleisters zuständig ist. Dessen Leistungen sind fortlaufend—entsprechend der mit der Auslagerung verbundenen Risiken zu überwachen und zu beurteilen, so dass allfällig nötige Massnahmen sofort—innert nützlicher Frist ergriffen werden können.

Begründung: Eine Quantifizierung der Risiken ist nicht immer möglich und es gibt in der Schweiz keine Anforderungen die operationellen Risiken zu messen. Die Überwachung der Leistung des Dienstleisters sollte mittels eines risikobasierten Ansatzes erfolgen. Auch bezüglich der Überwachung des Dienstleisters sollte angemessen berücksichtigt werden können, ob es sich um einen internen oder externen Dienstleister handelt.

Rz 32

Die Randziffer ist folgendermassen zu ergänzen:

FINMA kann bei der Umsetzung innovativer Geschäftsmodelle beim Dienstleister die Prüfung der Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen anpassen.

Begründung: Erleichterungen bezüglich des jederzeitigen, vollumfänglichen Einsichts- und Prüfrechts wären insbesondere bei Cloud-Anbietern wünschenswert, ansonsten wird der Zugang zu solchen Cloud-Lösungen erheblich erschwert. Zudem sind solche Einsichtsrechte in diesem Zusammenhang kaum sinnvoll umsetzbar.

Gemäss den strategischen Zielen der FINMA für 2017 bis 2020 sollten die bestehenden Regulierungen bezüglich Einsichts- und Prüfrechte regelmässig auf ihre Innovationsverträglichkeit überprüft werden.

Rz 34

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

Die Auslagerung einer Dienstleistung darf die Aufsicht durch die FINMA nicht wesentlich erschweren, insbesondere bei einer Auslagerung ins Ausland.

Begründung: Es handelt sich hierbei um eine Präzisierung. Faktisch wird die Auslagerung ins Ausland immer zu einer Erschwerung der Aufsicht führen, da die hoheitlichen Rechte der FINMA beschränkt sind. Es ist darauf zu achten, dass bezüglich einer Auslagerung ins Ausland keine neuen Handelshemmnisse eingeführt werden: Schweizer (Rück)Versicherer müssen die Möglichkeit haben, mit den für sie und die in Frage stehende Dienstleistung geeigneten Anbietern zusammenzuarbeiten, unabhängig davon ob die Anbieter oder die von ihnen erbrachten Dienstleistungen einen Auslandsbezug aufweisen. Dies ist für die Wettbewerbsfähigkeit der Versicherungsindustrie entscheidend.

Rz 36

Die Randziffer ist zu streichen.

Alternativ ist die Randziffer folgendermassen anzupassen:

*Auslagerungen ins Ausland sind **erst** zulässig, **naehdem wenn** das Unternehmen **ausdrücklich nachgewiesen hat sichergestellt**, dass es selber, seine Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können. **Dieser Nachweis kann etwa mittels Rechtsgutachten oder Bestätigungen der zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörde erbracht werden erfolgen. Die Prüfgesellschaft des Unternehmens hat den Nachweis vor der Auslagerung zu beurteilen.***

Begründung: Die Einführung einer indirekten Aufsicht für Versicherer zusätzlich zur direkten Aufsicht (Genehmigungspflicht bei Geschäftsplanänderungen) ist nicht angemessen und erhöht Aufwand und Kosten der Geschäftstätigkeit. Ein solcher Nachweis ist z.B. auch unter Solvenz II nicht erforderlich, unabhängig davon, ob die Auslagerung innerhalb oder ausserhalb der EU stattfindet.

Soweit die FINMA in Bezug auf eine konkrete Auslagerung z.B. in ein Land ausserhalb der EU Bedenken hat, kann sie dies bei Versicherungen im Rahmen der Geschäftsplangenehmigung vorbringen.

Die Nachweise mittels Rechtsgutachten oder Bestätigung durch die ausländische Aufsichtsbehörde z.B. in Bezug auf eine Auslagerung in Länder der EU oder andere Länder mit vergleichbaren Rechts- und Aufsichtssystemen ist zudem ein unnötiger Formalismus. Vertragliche Rechte lassen sich theoretisch im jeden Land durchsetzen. Ein Rechtsgutachten betreffend der Anwendbarkeit des Lugano-Übereinkommen bringt keine zusätzliche Rechtssicherheit.

Rz 38

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

*Die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des Unternehmens in der Schweiz muss gewährleistet sein. Der Zugriff auf die dafür notwendigen Daten muss **jederzeit in von** der Schweiz aus möglich sein.*

Begründung: Eine Datenspiegelung in der Schweiz wäre nicht technologieneutral und die damit verbundenen Kosten sehr hoch. Vielmehr müssen auch andere Lösungen zulässig sein, die einen Zugriff auf die im Sanierungsfall kritischen Daten erlauben (z.B. vertraglich vereinbarte Weiterführung der Dienstleistung gegen angemessenes Entgelt).

Rz 40

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

~~Der Vertrag Das Unternehmen hat den Beizug von Unterakkordanten (Hilfspersonen) von seiner vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen angemessen zu regeln.~~ Werden Unterakkordanten Hilfspersonen beigezogen, sind ihnen die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, angemessen und entsprechend der mit der Auslagerung verbundenen Risiken bzw. ihrer Aufgabe zu überbinden.

Begründung: Dies geht weit über ein notwendiges und sinnvolles Risikomanagement, als auch über die Anforderungen etwa unter Solvenz II, hinaus und ist im IT Bereich/Cloud Computing nicht praktikabel bzw. führt faktisch zu einem Ausschluss der Versicherer von solchen innovativen Lösungen. Hilfspersonen umfasst Beiträge zur Dienstleistung jeglicher Art – unabhängig davon, ob diese Hilfspersonen überhaupt mit dem Unternehmen oder Kundendaten in Berührung kommen. (Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter Rz 21)

Analog zu Solvenz II sind die Unternehmen lediglich dazu zu verpflichten, den Beizug von Hilfspersonen/ Unterakkordanten vertraglich angemessen zu regeln und dadurch zu kontrollieren.

Rz 49

Die Randziffer ist folgendermassen anzupassen:

Für Versicherungsunternehmen gilt das Rundschreiben für Erstbewilligungen ab dessen Inkrafttreten. Für-In Bezug auf Änderungsgenehmigungen gilt das Rundschreiben ab dem Zeitpunkt, in dem eine Geschäftsplanänderung nach Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG der FINMA zur Genehmigung unterbreitet bzw. mitgeteilt wird.

Dieses Rundschreiben ist nicht anwendbar auf vor Inkrafttreten des Rundschreibens erfolgte Auslagerungen.

Begründung: Einerseits handelt es sich um eine Präzisierung. Andererseits und insbesondere in Bezug auf weitergehende Informationen z.B. Hilfspersonen, Aktualisierung der Inventarliste, Organisation der Compliance/ Risikomanagement Funktion enthält das Rundschreiben wesentliche Änderungen/Verschärfungen der Praxis. Deshalb sollten Versicherer nur bezüglich neuer bzw. geänderter Outsourcing Verhältnisse das neue Rundschreiben einhalten müssen.



Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Per Email an regulation@finma.ch

Zürich, 31. Januar 2017

Totalrevision des FINMA-Rundschreibens 17/xx "Outsourcing – Banken und Versicherer": Stellungnahme der Swisscom (Schweiz) AG

Sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrter Herr Brügger,

Wir beziehen uns auf die am 6. Dezember 2016 eröffnete Anhörung zum Entwurf des totalrevidierten FINMA-Rundschreibens 17/xx Outsourcing – Banken und Versicherer.

Swisscom ist das führende Telekommunikations- und eines der führenden IT-Unternehmen der Schweiz mit Sitz in Ittigen. Mit dem Geschäftsbereich Enterprise Customers bedient Swisscom über 6000 Unternehmenskunden mit umfassenden Dienstleistungen wie integrierte Kommunikationslösungen, IT-Infrastruktur und Cloud Services, Workplace-Lösungen, Geschäftsprozess-Digitalisierung sowie umfassende Outsourcing-Leistungen für die Finanzindustrie. Rund 170 Banken beziehen von Swisscom IT- und/oder Business-Outsourcing-Leistungen.

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme und machen davon gerne Gebrauch.

Wir begrüssen die Konkretisierung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Outsourcing-Vorhaben von Banken sowie deren vertraglichen Grundlagen in einem Rundschreiben. Ebenso unterstützen wir die Beibehaltung einer prinzipienbasierten Aufsichtspraxis bei Outsourcings und deren Harmonisierung für Banken und Versicherungsunternehmen.

Insgesamt erscheinen uns die im FINMA-Rundschreiben "Outsourcing – Banken und Versicherer" vorgenommenen Anpassungen und Konkretisierungen als sachgerecht und sind dementsprechend zu begrüssen.

In einigen Punkten bedarf der Entwurf des Rundschreibens jedoch noch verschiedener Klarstellungen und Präzisierungen:

1 Geltungsbereich und Begriffe (RZ 2ff.):

Regelungsgegenstand des vorliegenden Rundschreibens ist die Auslagerung von wesentlichen Dienstleistungen durch Banken an darauf spezialisierte Dienstleistungsunternehmen. Dies ergibt sich aus RZ 1 in Verbindung mit RZ 4. Im weiteren Verlauf des Rundschreibens ist sodann teilweise die Rede von "wesentlichen Dienstleistungen", während in anderen Passagen lediglich der Begriff "Dienstleistung" verwendet wird. Dies ist zwar aus sprachlicher Sicht nachvollziehbar, führt jedoch zu unnötiger Rechtsunsicherheit.

Swisscom (Schweiz) AG
ENT-BAI-BAN-BBP-PMB-BCV
Witz Dominik
dominik.witz@swisscom.com

Titel: Vernehmlassung FINMA-RS "Outsourcing"
Thema: Regulierung
Gilt für: Swisscom (Schweiz) AG
Datum: 20.01.2017



Die Definition des Outsourcings sollte deshalb wie im bisherigen Rundschreiben durch die Präzisierung "im Sinne des Rundschreibens" ergänzt werden. Damit können allgemeine, aus regulatorischen Gesichtspunkten nicht relevante Outsourcings von regulatorisch relevanten Outsourcings klar unterschieden werden.

Wir schlagen deshalb die folgende Formulierung in RZ 4 vor:

"Ein Outsourcing (Auslagerung) *im Sinne des Rundschreibens* liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen."

Klarstellung zum "regulierten" Gegenstand eines Outsourcings im Rahmen des FINMA-RS bzw. explizite Ausklammerung von Telekommunikationsdiensten (RZ 4)

Angemessen und korrekt ist der im Rahmen des Erläuterungsberichts klargestellte Grundsatz, dass der Gegenstand des unter das Rundschreiben fallenden Outsourcings unabhängig davon sein soll, ob eine Dienstleistung zunächst vom auslagernden Institut selbst erbracht wurde oder ob sie erstmalig von einem Drittanbieter bezogen wird.

Die komplette Streichung der diesbezüglichen Regelungen in RZ 3 des geltenden Rundschreibens kombiniert mit dem im Erläuterungsbericht aufgeführten Grundsatz, dass sämtliche Auslagerungen, die zu einem Zugang zu CID bzw. Massen-CID (gemäss Fussnote 4 des Erläuterungsberichts, siehe oben) führen, als wesentliches Outsourcing gelten, führt jedoch in folgendem Fall zu Unklarheit: Als Telekommunikationsunternehmen ist es uns ein Anliegen klarzustellen, dass nur Leistungen, welche "theoretisch" von einem bewilligten Institut selbst erbracht werden können, unter die Regulierung der FINMA bzw. des FINMA Rundschreibens Outsourcing fallen. So fallen insbesondere eigenständig regulierte Leistungen, welche nicht vom bewilligten Institut selbst erbracht werden können, wie namentlich regulierte Fernmelde- oder Postdienste, offensichtlich nicht unter die Regulierungskompetenz der FINMA bzw. unter die Vorgaben des FINMA Rundschreibens.

Wir würden es deshalb begrüßen, wenn analog den Guidelines on Outsourcing vom 27. Juli 2016 der Monetary Authority of Singapore, http://www.mas.gov.sg/~media/MAS/Regulations%20and%20Financial%20Stability/Regulatory%20and%20Supervisory%20Framework/Risk%20Management/Outsourcing%20Guidelines_Jul%202016.pdf, nachstehend "MAS Outsourcing Guidelines" (Annex 1, Ziffer 2, lit. a), Seite 29), per se derartige Leistungen explizit vom Anwendungsbereich des FINMA Rundschreibens ausgeschlossen würden, insbesondere da Telekommunikationsdienste vom Fernmeldegeheimnis geschützte Randdaten beinhalten, die nicht gleichzeitig auch als (abweichenden Regelungen unterstehenden) CID und den Bestimmungen des FINMA Rundschreibens unterstehende Daten qualifiziert werden können.

Wesentliche Dienstleistungen (RZ 5)

In Zusammenhang mit der Definition von wesentlichen Dienstleistungen hält der Erläuterungsbericht fest, dass ein Outsourcing als wesentlich gilt, wenn der Dienstleister im Rahmen einer Auslagerung Zugang zu kundenidentifizierenden Daten (CID) erhält. Die dazugehörige Fussnote verweist auf Rz 53 des Anhangs 3 des FINMA-Rundschreibens 2008/21 „Operationelle Risiken – Banken“, die Massen-CID definiert als „Menge von CID, welche im Vergleich zur Gesamtzahl der Konten/Gesamtgrösse des Privatkundenportfolios bedeutend ist“. Gemäss Text genügt der Zugang zu lediglich einer einzigen CID für die Anwendbarkeit des Rundschreibens, während gemäss Fussnote bzw. dem Rundschreiben 2008/21 "Operationelle Risiken – Banken" Massen-CID erforderlich sind. Wir sind der Auffassung, dass das Rundschreiben 2008/21 "Operationelle Risiken – Banken" massgebend ist und bitten um Klärung innerhalb des Anhörungsberichts, um Missverständnisse auszuschliessen.



Inventarisierung der ausgelagerten Dienstleistungen und Beizug Dritter / "Hilfspersonen" (RZ 21 und RZ 40)

Das aktuelle Rundschreiben verwendet den Begriff des "Unterakkordanten" (RZ 21a) und sieht vor, dass dessen Beizug mit schriftlicher Zustimmung erlaubt sei, solange die Grundsätze des Rundschreibens eingehalten sind. Gemäss geltender Praxis der FINMA und allgemeinem Rechtsverständnis fallen weder eigene Mitarbeiter des Dienstleisters noch im Personalverleih beizugezogene Personen, welche unter dem Weisungsrecht des Dienstleisters stehen, unter diesen Begriff des Unterakkordanten bzw. der entsprechenden Zustimmungspflicht.

Der vorliegende Entwurf des Rundschreibens verwendet neu in RZ 21 (Inventarisierung der beizugezogenen Hilfspersonen) den Begriff der "Hilfsperson" und in RZ 40 (vorgängige Genehmigung des Beizugs sowie in Satz 2 Überbindung der Pflichten und Zusicherungen, welche zur Erfüllung des Rundschreibens erforderlich sind) sowohl die Begriffe des "Unterakkordanten" als auch – offensichtlich zum Ziele der Gleichstellung – in der Klammer "Hilfspersonen". Aus der Nichterwähnung einer bewussten Praxisänderung lässt sich schliessen, dass mit Einführung dieser neuen Begrifflichkeiten keine materielle Änderung beabsichtigt ist. Als "Hilfspersonen" im technischen Rechtssinne gelten jedoch nicht nur Unterakkordanten, sondern auch sämtliche Mitarbeitenden und andere, dem Weisungsrecht des Leistungserbringers im Rahmen eines Personalverleihs unterstellte Dritte.

Um den beaufsichtigten Unternehmen und den entsprechenden Leistungserbringern ein sinnvolles, kostengünstiges und nicht "überadministriertes" Outsourcing im Rahmen einer arbeitsteiligen Wirtschaft zu ermöglichen und zur Klärung der Rechtssicherheit sollte an Stelle von "Hilfspersonen" weiterhin konsequent der Begriff "Unterakkordanten" verwendet werden und sowohl die Inventarisierung als auch die Genehmigung von durch den Leistungserbringer beizugezogenen Dritten entsprechend den vom FINMA Rundschreiben verfolgten Zielen und Zwecken geregelt werden.

Im Erläuterungsbericht zum Entwurf des Rundschreibens wird als Kernpunkt explizit der Wegfall der bisherigen Bestimmungen mit datenschutzrechtlichem Gehalt erwähnt, worunter gemäss Ziff. 4.4.5 des Erläuterungsberichts nicht nur der Schutz von Personendaten gemäss DSG, sondern auch der Geschäftsgeheimnis- bzw. Bankkundengeheimnisschutz fällt. D.h. der Fokus der FINMA in Bezug auf Bankkundendaten bzw. "CID" liegt in den operationellen Risiken und namentlich den erhöhten operationellen Risiken in Bezug auf die sog. "Massen-CID" gemäss dem separaten Rundschreiben operationelle Risiken (FINMA RS 08/21). Entsprechend lässt auch die Fussnote zum letzten Absatz in Kapitel 4.1.1. des Erläuterungsberichtes darauf schliessen, dass ein Outsourcing nur dann "per se" als wesentlich gilt, wenn im Rahmen der Auslagerung der Dienstleister Zugang zu Massen-CID erhält (siehe dazu auch die Kommentare zu RZ 4 und 5 oben). Die datenschutz- bzw. strafrechtlichen Regelungen und Vorgaben bei anderem Zugang zu CID ist bereits ausreichend geregelt und mit Sanktionen versehen.

U.E. würde deshalb die Inventarisierung und Genehmigungs-/Überbindungspflicht unter Berücksichtigung des oben erwähnten Regelungszwecks nur in folgenden zwei Konstellationen Sinn machen:

- a) Zugang des beizugezogenen Dritten auf Massen-CID, wobei dem Weisungsrecht des Leistungserbringers unterstellte Personen im Rahmen eines Personalverleihs gleichermaßen sowohl von der Inventarisierungs- als auch von der Genehmigungs-/Überbindungspflicht ausgenommen werden müssen, oder
- b) wenn der Beizug des Dritten durch den Leistungserbringer seinerseits ein Outsourcing im Sinne des Rundschreibens begründen würde, d.h. eine selbständige, dauernde und für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung durch diesen Dritten erbracht würde (analog der MAS Outsourcing Guidelines", Ziffer 5.2.2. lit. j), Seite 16).



Eine Inventarisierung sowie Überbindung sämtlicher Vorgaben des Rundschreibens auf einen beigezogenen Dritten, inkl. Auditrechte, Einbindung in das IKS des Unternehmens, Sicherheitsdispositive etc., der z.B. im Rahmen einer Fehlerbehebung ausnahmsweise auf einzelne CID Zugriff erhält, macht u.E. keinen Sinn und würde künftig Outsourcing-Lösungen unnötig erschweren, wenn nicht gar verhindern oder administrativ/wirtschaftlich unattraktiv machen.

2 Berücksichtigung des Konzentrationsrisikos (RZ 24)

Der Entwurf verlangt in RZ 24 neu, dass Banken bei der Auswahl des Outsourcing-Dienstleisters dem Konzentrationsrisiko Rechnung tragen müssen, sofern mehrere Dienstleistungen an den gleichen Dienstleister ausgelagert werden. Diese Bestimmung scheint uns in mancherlei Hinsicht klärungsbedürftig. Insbesondere ergibt sich weder aus dem Rundschreiben noch aus dem Erläuterungsbericht, wie dieses Konzentrationsrisiko bei der Auswahl und insbesondere Kontrolle des Dienstleisters zu berücksichtigen ist.

Dass die Auslagerung mehrerer Dienstleistungen an einen einzigen Dienstleister deren reibungslose Fortführung bei Ausfall des Dienstleisters erschweren oder gar gefährden kann, ist nachvollziehbar. Es ist somit verständlich, dass bewilligte Institute solchen Risiken Rechnung tragen müssen.

Das Ausmass des Konzentrationsrisikos hängt von zwei Dimensionen ab: einerseits vom Schadenspotential, das mit zunehmender Anzahl ausgelagerter Dienstleistungen steigt. Und andererseits von der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadensereignisses, die umso höher ausfällt, je geringer die finanziellen Ressourcen des Dienstleisters sind. Zwar erwähnt das Rundschreiben in derselben RZ 24, dass die Auswahl des Dienstleisters unter Berücksichtigung und Prüfung seiner personellen Fähigkeiten sowie finanziellen und personellen Ressourcen zu erfolgen hat, jedoch ergibt sich daraus der Einfluss der finanziellen Stabilität des Dienstleisters auf das Ausmass des Konzentrationsrisikos nicht ohne Weiteres.

Die Alternative zur Auslagerung mehrerer wesentlicher Dienstleistungen auf einen Dienstleister besteht in der Auslagerung weniger Dienstleistungen an jeweils mehrere Dienstleister. Die Auslagerung von Teilprozessen, vor- und nachgelagerten Prozessen oder von IT-Systemen an mehrere Dienstleister führt jedoch zu Fragmentierungen und erhöht die Anzahl Schnittstellen und damit die Komplexität. Nicht zuletzt erschwert dies dem auslagernden Institut die systematische Analyse, Bewertung, Steuerung und Überwachung von operationellen Risiken. Insgesamt resultiert die Auslagerung von wesentlichen Dienstleistungen an mehrere Dienstleister in einer Zunahme der operationellen Risiken, welche umso höher ausfällt, auf je mehr Dienstleister wesentliche Dienstleistungen verteilt werden. Dies läuft der Zielsetzung des FINMA-Rundschreibens 2008/21 "Operationelle Risiken – Banken" und insbesondere den Grundsätzen 2 und 4 von dessen qualitativen Grundanforderungen zuwider. Es kann nicht der Zweck von Finanzmarktregulierung sein, Widersprüche zwischen einzelnen Regulierungserlassen zu schaffen, weshalb wir anregen, dass der zweite Satz von RZ 24 gestrichen wird.

Eventualiter empfehlen wir, RZ 24 dahingehend zu präzisieren und zu ergänzen, dass Missverständnisse ausgeschlossen und Widersprüche zum Rundschreiben 2008/21 vermieden werden. Zu diesem Zweck sollte zur Ermittlung des Konzentrationsrisikos auf die Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadensereignisses bzw. die Ausfallwahrscheinlichkeit des Dienstleisters zurückgegriffen werden. Ferner sollte bei der Auswahl des Dienstleisters eine Abwägung von Konzentrationsrisiken einerseits und operationellen Risiken aufgrund fragmentierter Prozesse und Systeme andererseits vorgenommen werden. Wir schlagen dazu die folgende Formulierung vor:

"Die Auswahl des Dienstleisters hat unter Berücksichtigung und Prüfung seiner professionellen Fähigkeiten sowie finanziellen und personellen Ressourcen zu erfolgen. Beim Entscheid, ob mehrere Dienstleistungen an einen oder verschiedene Dienstleister ausgelagert werden, sind mögliche Konzentrationsrisiken und



der Einfluss von zusätzlichen Schnittstellen sowie höherer Komplexität auf die operationellen Risiken gegeneinander abzuwägen. Die Beurteilung des Konzentrationsrisikos erfolgt unter Berücksichtigung der finanziellen Stabilität des Dienstleisters."

Fortlaufende Überwachung (RZ 27)

RZ 27 behandelt die fortlaufende Überwachung. Da gemäss RZ 24 für die Auswahl des Dienstleisters neben dessen personellen Fähigkeiten und Ressourcen auch die finanziellen Ressourcen ein entscheidendes Kriterium darstellen, müssten Letztere konsequenterweise auch in der laufenden Kontrolle eine Rolle spielen. Wir regen deshalb an, dass der letzte Satz von RZ 27 wie folgt ergänzt wird: "Dessen Leistungen *sowie finanzielle Lage* sind fortlaufend zu überwachen und zu beurteilen, so dass allfällig nötige Massnahmen sofort ergriffen werden können."

Einräumung Kontroll- und Weisungsrechte (RZ 28)

In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass insbesondere die in der aktuellen RZ 25 als auch in der neuen RZ 28 des FINMA Rundschreibens vorgesehene Einräumung von Weisungsrechten im Hinblick auf die Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters zu Diskussionen, nicht primär mit den Leistungsbezügen, sondern insbesondere mit einzelnen Revisionsstellen, geführt hat. Eine Klarstellung der Bedeutung wäre deshalb im Zuge der laufenden Revision zu begrüssen, um auch in diesem Umfeld eine höhere Rechtssicherheit herbeizuführen.

Z.T. wird von den Revisionsgesellschaften das dem Unternehmen vertraglich einzuräumende Weisungsrecht so verstanden, dass dem Unternehmen vom Dienstleistungserbringer jederzeit und nach Belieben ein einseitig ausübbares Vertrags- und Leistungsänderungsrecht einzuräumen sei, was weder unter dem schweizerischen Konzept (Art. 1 OR) eines Vertrages als übereinstimmende, beidseitige Willenserklärung zur rechtsgeschäftlichen Bindung, die ebenfalls auch wieder nur gemeinsam bzw. mit beidseitiger Erklärung des Willens geändert werden kann, noch unter dem Grundsatz von Art. 27 ZGB vertretbar wäre.

Angesichts der erwähnten schweizerischen Gesetzgebung kann sich die vertragliche Einräumung des erwähnten Weisungsrechts somit systematisch und logisch ausschliesslich auf die Überwachung und Kontrolle des Dienstleistungserbringers im Kontext mit der Integration in das interne Kontrollsystem der Unternehmung beziehen. Darauf lässt auch die Formulierung von RZ 28 schliessen, welche explizit "die dazu nötigen Weisungs- und Kontrollrechte" erwähnt. Eine Verbindung der Absätze 27 und 28 in eine einzige RZ würde somit sprachlich und logisch zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit und einheitliche Handhabung/Verständnis durch sämtliche Revisionsstellen der Unternehmungen beitragen.

Prüfung und Aufsicht (RZ 33)

Wie schon unter der geltenden Version des FINMA-RS 08/07 soll auch weiterhin eine Delegation der Prüfungshandlungen an die externe Prüfgesellschaft des Dienstleisters zulässig sein. Im Zuge der nun geplanten terminologischen Anpassungen würde es sich u.E. empfehlen, auch klarzustellen, dass eine derartige Delegation nicht nur an die externe Prüfgesellschaft des Dienstleisters, sondern jede andere schweizerische Prüfgesellschaft zulässig ist, die über die notwendigen fachlichen Kompetenzen verfügt und nach dem Revisionsaufsichtsgesetz zur Vornahme derartiger Prüfungen zugelassen ist. Eine Einschränkung der Delegation auf die obligationenrechtliche, externe Revisionsgesellschaft des Dienstleisters ist sachlich nicht gerechtfertigt und könnte faktisch eine Delegation verunmöglichen, da der externen Revisionsstelle des Dienstleisters aufgrund der Unabhängigkeitsvorgaben die Übernahme derartiger Mandate, wie namentlich die Erstellung von Service Organization Control (SOC) Berichten, untersagt sein könnten.

2017-01-20_SWISSCOM_Stellungnahme_Vernehmlassung-FINMA-RS-Outsourcing.docx



Lagerung von Kundendaten im Ausland (RZ 36ff., bzw. Wegfall von RZ 39 des geltenden RS)

Gegenüber der geltenden Version des FINMA-RS 08/07 werden die Bestimmungen mit Bezug zum Datenschutz sowie diejenigen zur Kundenorientierung und des besonderen Kündigungsrechts durch den Kunden bei Lagerung von Kundendaten im Ausland gestrichen. Dadurch erfolgt eine notwendige und zu begrüssende Klärung des Verhältnisses von Aufsichtsrecht, Strafrecht und Zivilrecht. Insbesondere wird mit der Neuregelung nicht mehr der Eindruck erweckt, dass die strafrechtlichen Anforderungen aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorgaben nicht beachtet werden müssen. Im Sinne der Rechtssicherheit ist dies zu begrüssen.

Gewähr des Dienstleisters für Weiterführung kritischer Dienstleistungen im Sanierungsfall (RZ 45)

Ein Dienstleister ist bei Abschluss eines Vertrages angesichts der Bindungswirkung der Verträge ausser im Falle eines expliziten einseitigen und grundlosen (sog. "Exit for Convenience") Beendigungsrechts bei Nichterfüllung vertraglicher Pflichten seitens des Unternehmens nicht berechtigt, seine Leistungen ohne Zustimmung des Unternehmens einzustellen. Eine diesbezügliche zusätzliche vertragliche Gewähr ist somit weder notwendig noch vertraglich sinnvoll umsetzbar. Wenn schon würde es sich empfehlen sicherzustellen, dass die vertraglichen Regelungen auch rechtlich durchsetzbar wären ("MAS Outsourcing Guidelines", Ziffer 5.5.2, Seite 14). Das vom vorliegenden Entwurf verfolgte Ziel müsste also durch eine Regelung im folgenden Sinne ersetzt werden: *"Die Durchsetzbarkeit der vertraglichen Regelungen muss aus rechtlicher Sicht gewährleistet sein."*

Wir hoffen, dass unsere Vorschläge und Anliegen auf Ihr wohlwollendes Interesse stossen.
Gerne stehen wir Ihnen für allfällige Fragen und Rückfragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Robert Gebel
Head of Banking & Industries

Patrick Dehmer
Head of Legal & Regulatory

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herrn Michael Brügger
Laupenstrasse 27
CH – 3003 Bern

Zürich, 30. Januar 2017

**FINMA-Rundschreiben 2017/xx: Outsourcing – Banken und Versicherer
Eingabe der *swissICT* zur laufenden Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Brügger

Wir nehmen Bezug auf die Vernehmlassung zur Totalrevision des FINMA Rundschreibens Outsourcing und Ihre Einladung an Interessenten zur Anhörung. Namens der *swissICT* reichen wir hiermit unsere Positionen zum Entwurf des FINMA-Rundschreiben 2017/xx "Outsourcing - Banken und Versicherungen" ein und bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

1. Legitimation und Betroffenheit

swissICT ist ein im Jahr 2000 durch die Fusion zweier Verbände - Schweizerische Vereinigung für Datenverarbeitung (SVD, gegründet 1968) und Wirtschaftsinformatik-Fachverband (WIF, gegründet 1955) - gegründeter Verband und vertritt ICT-Anbieter, -Anwender sowie -Fachkräfte in der Schweiz. Mit 3'000 Mitgliedern ist *swissICT* der primäre Repräsentant des ICT-Werkplatzes Schweiz und der grösste Fachverband der Branche.

Viele *swissICT* Mitglieder sind vom Rundschreiben 2008/7 "Outsourcing Banken" sowie der anstehenden Totalrevision direkt betroffen, sei es als Anwender von ICT-Leistungen (regulierte Banken und Versicherungen) oder als Anbieter von ICT-Dienstleistungen an regulierte Unternehmen, welche häufig in Form von klassischem IT-Outsourcing oder mithilfe von Cloud-Computing Technologien erbracht werden. Die betroffenen Anbieter und Anwender haben ein grosses Bedürfnis nach Klarheit und Rechtssicherheit in Bezug auf die Anwendbarkeit des Rundschreibens auf ICT-Dienstleistungen.

Die Stellungnahme beschränkt sich entsprechend auf jene Punkte, welche für alle betroffenen Mitglieder von *swissICT* relevant und kritisch sind, also sowohl für Anbieter wie für Anwender. Partikuläre, mehrheitlich auf die Interessen von nur Anbieter oder nur Anwender fokussierte Überlegungen, bleiben

zur Kommentierung den betroffenen Interessengruppen und Einzelpersonen vorbehalten. In diesem Sinne können einzelne Punkte auch in die Stellungnahme von swiss/CT bezüglich der Umfrage „Digitaler Test“ des Bundes einfließen. Die Verbände sind dabei aufgefordert, gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinsichtlich Digitalisierung zu eruieren und anzugeben.

2. Vernehmlassung

2.1. Grundsätzliches

Technologie revolutioniert derzeit die Banken- und Versicherungsindustrie und bietet neue Möglichkeiten für Innovation und Wettbewerb. Regulierung kann dabei ein wichtiger Treiber für Veränderungen sein, indem sie Innovationen ermöglicht und gleichzeitig Rahmen vorgibt, innert welcher neue Produkte, Prozesse und Dienstleistungen entstehen können. swiss/CT ist der Ansicht, dass es im Interesse der FINMA und des gesamten Arbeitsplatzes Schweiz liegen soll, die Banken und Versicherungen dabei zu unterstützen, die Potentiale von IT-Outsourcings sowie insbesondere von Cloud-Computing zu nutzen, um ihre Wettbewerbsfähigkeit im nationalen und internationalen Kontext sicherzustellen und den Markt für Endkunden zu verbessern.

Regulierung hat aber auch das Potential, den Umfang und das Tempo von Innovationen zu hemmen, selbst wenn dies unbeabsichtigt erfolgt. Im Folgenden erlauben wir uns deshalb, auf einige wichtige Punkte im neuen Entwurf hinzuweisen, die aus Sicht von swiss/CT und ihrer Mitglieder zu überprüfen wären. Die vorgeschlagenen Änderungen sollen dabei insbesondere der Klarheit und Rechtssicherheit dienen.

2.2. Rz 4 (Begriff Outsourcing)

Die Definition des Outsourcings (Auslagerung) sollte analog der Begriffsbestimmung im bisherigen Rundschreiben durch den Zusatz *"im Sinne des Rundschreibens"* ergänzt werden. Damit wird das eher technisch geprägte Verständnis einer Auslagerung resp. eines Outsourcings von der regulatorisch relevanten Auslagerung klar unterschieden. Die Unterscheidung dieser zwei Betrachtungsweisen ist wichtig, da insbesondere das im Rundschreiben eingeführte Kriterium der *"Wesentlichkeit"* (dazu sogleich unten) nicht zum technisch-funktionalen Begriff des Outsourcings gehört. Zudem hat es sich für unsere Mitglieder in der Handhabung des bisherigen Rundschreibens bewährt, die Prüfung der Anwendbarkeit des Rundschreibens in zwei logische Schritte zu unterteilen. Zuerst wird geprüft, ob es sich bei einem Sachverhalt funktional um eine Auslagerung handelt; bei Bejahung wird in einem zweiten Schritt die *"Wesentlichkeit"* der Auslagerung anhand der vorgegebenen Kriterien analysiert.

Folgende geänderte Formulierung wird deshalb für Rz 4 vorgeschlagen:

"Ein Outsourcing (Auslagerung) im Sinne des Rundschreibens liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen."

2.3. Rz 5 (Wesentlichkeit bei Banken)

2.3.1. Wesentlichkeit der IT (Informations- und Datenverarbeitung)

Es besteht Unsicherheit, ob durch die neue Formulierung nun generell sämtliche maschinell gestützten Daten- und Informationsverarbeitungsvorgänge ("IT") bei Banken als wesentlich einzustufen sind. Unklar bleibt insbesondere, wie es sich bei Dienstleistungen verhält, welche zwar IT-gestützt Datenverarbeitungen vornehmen, dies jedoch in Bereichen tun, die gemäss Erläuterungsbericht zu den "für das Banken- und Effektenhändlergeschäft nicht massgebenden Dienstleistungen" zählen, z.B. also in den Bereichen Logistik oder Personal.

Wie verhält es sich beispielsweise mit Cloud-Computing-Services (SaaS) zur Verwaltung von Personaldossiers oder zum Management von elektronischen Lernprogrammen für Mitarbeiter? Funktional handelt es sich fraglos um Dienstleistungen der "IT (Informations- und Datenverarbeitung)", gleichwohl aber auch inhaltlich um Dienstleistungen im Personalbereich, welche gemäss Erläuterungsbericht als nicht wesentlich einzustufen sind. Die gleiche Frage könnte sich auch bei einer software-gestützten Verwaltung von Zugriffsrechten zu Gebäuden und Gebäudebereichen stellen, etc.

Nach Auffassung von *swiss/CT* sollte es nicht relevant sein, "wie" eine Dienstleistung abgewickelt wird (also mit Hilfe von Mitteln "der IT"), sondern es sollte auf die Auswirkungen einer Auslagerung der Dienstleistung abgestützt werden. Nur wenn sich die Auslagerung einer IT-Aufgabe in relevanter Weise auf die in Rz 5 erwähnten Risiken auswirkt, sollte man von einem Outsourcing gemäss Rundschreiben sprechen.

Dies entspricht unseres Erachtens auch der Praxis der FINMA mit Bezug auf Banken, welche sich u.a. in den Beispielen des Anhangs des bisherigen Rundschreibens 2008/7 „Outsourcing Banken“ widerspiegeln. Durch die unkommentierte namentliche Nennung von "IT (Informations- und Datenverarbeitung)" als wesentliche Dienstleistung läuft die neue Regelung aber Gefahr, hier Unsicherheiten zu schaffen. Gerade auch im Hinblick auf das im Erläuterungsbericht erwähnte Bestreben der FINMA nach technologieutraler Regulierung (welches fraglos zu begrüßen ist), scheint eine Klärung aber wünschenswert. In einer der Technologieutralität verpflichteten Regulierung sollte es nicht darauf ankommen, dass eine Dienstleistung mit Hilfe von Mitteln "der IT" abgewickelt wird, sondern einzig, welche Auswirkungen die Auslagerung solcher Dienstleistungen auf die Risikosituation des beaufsichtigten Unternehmens haben kann.

Bei Versicherungsunternehmen (Rz 7) ist die Wesentlichkeit anders definiert (diejenigen *Funktionen*, die zwingend zu einem Versicherungsunternehmen gehören), und es wird kein Bezug zu relevanten Risiken oder Auswirkungen gemacht. Der Erläuterungsbericht hält zudem fest, dass der Begriff der Wesentlichkeit dort auch ein quantitatives Element enthält. Insofern sind in Rz 7 keine Änderungen an der Formulierung notwendig, eine Klarstellung wäre jedoch wünschenswert.

2.3.2. Wesentlichkeit der Datenaufbewahrung

Im selben Kontext wäre sodann eine inhaltliche Klärung des Begriffs der "Datenaufbewahrung" begrüßenswert. In der heutigen digitalisierten Geschäftswelt fallen enorme Mengen (elektronischer) Daten verschiedensten Inhalts an. Eine Kategorisierung der Dienstleistung der Aufbewahrung von Daten als wesentliche Dienstleistung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn die Daten "wesentlich" sind. Dies wiederum ist dann der Fall, wenn die in den Daten verkörperten Informationen "wesentlich" sind für das Unternehmen, also bei Banken bspw. dann, wenn die Nutzung dieser Informationen oder das schiere

Wissen um die Inhalte dieser Informationen das Potenzial haben, sich auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von relevanten Risiken auszuwirken. Bei Daten aber, welche keinerlei diesbezüglich relevanten Inhalte aufweisen (beispielsweise anonymisierte statistische Auswertungsdaten über Webseitenbesuche oder Log-Daten zur Performance von IT-Systemen etc.), sollte die Aufbewahrung solcher Daten durch Dritte (z.B. Systemadministratoren oder -hoster) nicht generell eine wesentliche Auslagerung darstellen. Dies umso mehr, wo doch durch die Überarbeitung des Rundschreibens die materiell datenschutzrechtlichen Themen aus dem Rundschreiben entfernt werden sollen (was zu begrüßen ist).

Die Auslagerung der Datenaufbewahrung sollte dann als wesentlich qualifiziert werden, wenn die betroffenen Daten insoweit unter "*Dritteinfluss*" stehen, als dass Behörden oder Private (insbesondere Bankkunden) auf Basis einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage das Schicksal dieser Daten mitbestimmen können. Es sollte also nur um den Inhalt der betroffenen Informationen gehen und nicht um das reine "*wie*" der Dienstleistung (Aufbewahren von Information in Form von Daten).

2.3.3. Anpassungsvorschläge

Folgende geänderte Formulierung wird deshalb für Rz 5 vorgeschlagen:

"Wesentlich sind bei Banken jene Dienstleistungen, 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 bezüglich dieser Risiken relevanten Datenaufbewahrungen und IT-Aufgaben (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."

2.4. Rz 32 - 35 (Prüfung und Aufsicht)

swissICT nimmt zur Kenntnis, dass die FINMA bewusst keine spezifischen Regeln für *Cloud-Outsourcings* schaffen will. Dies ist insofern sachlogisch, werden doch längst nicht alle heute gängigen Formen von Cloud-Computing Dienstleistungen vom Rundschreiben überhaupt erfasst, fehlt ihnen doch regelmässig das Element der Selbständigkeit der Dienstleistungserbringung. Hier könnten Spezialregelungen in einzelnen Punkten zu mehr Verwirrung als Klärung führen.

Grundsätzlich ist auch das Bestreben der FINMA nach einer technologieneutralen Ausgestaltung des Rundschreibens zu begrüßen. Es fragt sich aber, ob durch die gewählten Formulierungen Technologieneutralität nicht gerade erschwert wird.

Die als genereller Grundsatz formulierte Forderung nach "*jederzeitigen, vollumfänglichen und ungehinderten Einsichts- und Prüfrechten*", mag im Sinne eines überspannenden Prinzips durchaus sinnvoll und verlockend erscheinen, findet ihre Grenzen allerdings bei den rechtlichen, ökonomischen und technischen Realitäten. Die FINMA selbst führt im bisherigen Rundschreiben (Rz 42) beispielsweise aus, dass die Bestimmungen in Rz 36 (bisheriges Rundschreiben) zu beachten seien, was bedeutet, dass Auditrechte gegenüber Dienstleistern, die Dienstleistungen mehreren Unternehmungen anbieten, bereits insofern *eingeschränkt* sind, als die Einsichtsrechte sich nur unter Wahrung der Vertraulichkeit der Daten der anderen auslagernden Unternehmungen ausüben lassen.

Ein Anwendungsfall hierzu sind insbesondere ausgelagerte Dienstleistungen, die im Kontext von (Public-) Cloud-Lösungen auf sog. Multi-Tenant Infrastrukturen erbracht werden. Ein zu umfassend verstandenes Einsichts- und Prüfrecht der Regulatoren und vor allem der Unternehmen und derer Prüfgesellschaften selbst, kann zu Sicherheitsproblemen und Betriebsstörungen auf den gemeinsam genutzten Plattformen führen. Gerade der physische Zugang zu Datenzentren kann die Sicherheitsrisiken nicht nur für das Unternehmen selbst, sondern auch für alle anderen Unternehmen, die dieselben Datenzentren des Dienstleisters nutzen, erhöhen. Insofern liegt es im eigenen Interesse des Unternehmens und letztlich der Aufsichtsbehörde, dass Anbieter von gemeinsam genutzten Infrastrukturen die physischen Einsichts- und Prüfrechte der einzelnen Unternehmen und deren Vertreter oder Regulatoren einschränken.

Das Verwaltungsrecht verbietet unverhältnismässige Massnahmen, weshalb die Vorgaben in Rz 32 im Sinne obiger Ausführungen in genereller Art und Weise gemildert werden sollten.

Folgende geänderte Formulierung wird deshalb für Rz 32 vorgeschlagen:

"Das Unternehmen und dessen Prüfgesellschaft sowie die FINMA müssen in der Lage sein, die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen beim Dienstleister wirksam zu prüfen. Zu ihren Gunsten ist vertraglich ein jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht einzuräumen, wobei sachlich gerechtfertigte Vorbehalte zum Schutz berechtigter Interessen (namentlich zur Aufrechterhaltung der Sicherheit, von Vertraulichkeitspflichten gegenüber Dritten sowie gegen unzumutbare Beeinträchtigungen des operativen Geschäfts) zulässig sind."

Im Übrigen bildet auch der erste Satz von Rz 35 eine willkommene Präzisierung von Rz 32, ganz im Sinne der hier vorgeschlagenen Formulierung.

2.5. Rz 38 (Zugriff auf Daten aus der Schweiz heraus)

Gemäss dem Erläuterungsbericht meint die FINMA mit "Zugriff" die "Lesbarkeit der Daten sowie die Möglichkeit ihrer Bearbeitung in der Schweiz". Der zweite Satz in Rz 38 könnte aber dahingehend missverstanden werden, dass eine Datenspeicherung in der Schweiz gefordert wird.

Für die Zwecke der Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des Unternehmens in der Schweiz genügt der Zugriff aus der Schweiz, es ist keine Datenhaltung in der Schweiz notwendig. Entsprechende Vorgaben wären unverhältnismässig und würden zudem Entscheiden zuwiderlaufen, welche das Parlament im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über die Überwachung des Post- und Fernmeldegesetzes (BÜPF) bereits getroffen hat, nämlich dass für die im Rahmen von Strafverfahren von Telekommunikationsunternehmen zur Verfügung zu stellenden Daten nicht in der Schweiz aufbewahrt werden müssen.

Folgende geänderte Formulierung wird deshalb für Rz 38 vorgeschlagen:

"Der Zugriff auf die dafür notwendigen Daten muss jederzeit aus der Schweiz heraus möglich sein."

2.6. Rz 21 und Rz 40 (Unterakkordanten)

Der Begriff "Unterakkordant" sollte zweckgerecht verstanden werden. Das in der Definition der Auslagerung (Rz 4) genutzte Kriterium der "*Selbständigkeit*" in der Dienstleistungserbringung sollte dabei auch für Unterakkordanten gelten:

Dienstleister, die für den Haupt-Dienstleister Leistungen erbringen, welche bei Erbringung direkt an das Unternehmen nicht als selbständige Auslagerung im Sinne des Rundschreibens qualifizieren würden (z.B. Logistik- oder Softwarewartungsleistungen), sollten auch nicht als Unterakkordanten im Sinne des Rundschreibens in Frage kommen. Es wäre sachlich unlogisch, wenn solche Dienstleister durch die in Rz 40 geforderte vertragliche Überbindung der Pflichten und Zusicherungen des Haupt-Auslagerungsdienstleisters, als Unter-Dienstleister anders (insbesondere mit Blick auf das zu überbindende Einsichts- und Prüfrecht mithin strenger) behandelt würden, als wenn sie die entsprechenden Dienstleistungen direkt an das Unternehmen selbst erbringen würden.

Als Unterakkordanten, deren Beizug von der Mitsprache des Unternehmens abhängig gemacht wird, sollten ausschliesslich jene Dritte gelten, an welche der Dienstleister die gesamte Dienstleistung oder Teile seiner Dienstleistungen weiter **auslagert** (verstanden im Sinne der Definition einer Auslagerung in Rz 4). Es sollten mithin nur solche Unter-Dienstleister in Betracht kommen, die direkt in die Leistungserbringung an das Unternehmen selbständig involviert sind, denen also einen bedeutenden Handlungsspielraum eingeräumt wird und denen die dazu notwendigen Kompetenzen übertragen werden (siehe Erläuterungsbericht zum Begriff der Selbständigkeit).

Diesem Prinzip folgen übrigens auch andere Aufsichtsbehörden, z.B. die Monetary Authority of Singapore (MAS), Guidelines on Outsourcing, 27 July 2016, S. 7:

"“sub-contracting” means an arrangement where a service provider which has an outsourcing arrangement with an institution, further **outsources** the services or part of the services covered under the outsourcing arrangement to another service provider."

Auf den Begriff "*Hilfsperson*" (in Rz 21 und 40) sollte hingegen verzichtet werden, da er sich aufgrund seiner Verwendung im Obligationenrecht (z.B. in OR 101) nicht zur autonomen Begriffsbestimmung für die Zwecke des Rundschreibens eignet.

Die leicht missverständliche Regelung „vorgängige Genehmigung“ sollte im Sinne des beabsichtigten Regulierungsziels der Transparenz dahingehend präzisiert werden, dass die Modalitäten des Beizugs eines Unterakkordanten vertraglich zu regeln sind.

Folgende geänderte Formulierung wird deshalb für Rz 21 vorgeschlagen:

"Über die ausgelagerten Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer (inkl. allfällig beigezogener Unterakkordanten, vgl. Rz 40) und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27)."

Folgende geänderte Formulierung wird sodann für Rz 40 vorgeschlagen:

"Unterakkordanten sind Dritte, die vom Dienstleister mit einem weiteren Outsourcing im Sinne dieses Rundschreibens zur Erfüllung des Vertrags mit dem Unternehmen beigezogen werden. Das Unternehmen hat den Bezug von Unterakkordanten vertraglich zu regeln. Den Unterakkordanten sind die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, zu überbinden."

Wir danken Ihnen im Namen unserer Mitglieder im Voraus dafür, dass Sie unsere Anregungen in geeigneter Weise bei der definitiven Formulierung des neuen Rundschreibens berücksichtigen.

Gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen und weitere Diskussionen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Bianca Rühle,
Geschäftsführerin swissICT



UBS AG
Postfach
8098 Zürich
Tel. +41-44-234 11 11

Corporate Center
Legislative & Regulatory Initiatives

Dr. Thomas Bischof
Talacker 30, Postfach
8098 Zürich
Tel. +41-44-234 20 76
Fax +41-44-234 32 45
thomas.bischof@ubs.com

www.ubs.com

Per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA
Herr Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

regulation@finma.ch

31. Januar 2017

FINMA-Rundschreiben 2017/xx « Outsourcing – Banken und Versicherer

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die oben erwähnte Vernehmlassung und danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und erlauben uns, Ihnen hiermit unsere Bemerkungen dazu fristgerecht zu unterbreiten.

Aufgrund der Entwicklungen seit Inkrafttreten des geltenden Rundschreibens, der verstärkten Arbeitsteilung und den technischen Neuerungen und Umwälzungen bei Banken und Versicherungen erscheint eine Anpassung des bestehenden Rundschreibens angezeigt, wobei insbesondere auch die umfassenden zusätzlichen Regulierungen in Bezug auf Banken zu berücksichtigen sind. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die Empfehlungen des FSB in Bezug auf systemrelevante Banken, soweit diese Empfehlungen in das schweizerische Recht übernommen worden sind.

Unseres Erachtens sind im Entwurf des Rundschreibens folgende Punkte als wesentlich und kritisch zu betrachten:

- **Definition des Anwendungsbereichs des Rundschreibens:** Die Definition des *sachlichen* Anwendungsbereichs sowie der Tätigkeiten, welche ein wesentliches Outsourcing darstellen, ist unseres Erachtens zu weit gefasst bzw. in Bezug auf einzelne Tätigkeiten zu wenig präzise definiert (Rz 13 f., z.B. Compliance, bei welcher ein Outsourcing von rein operativen Aufgaben weiterhin auch in grösserem Umfang möglich sein muss). Grössere Rechtssicherheit könnte auch durch das Beibehalten des geltenden Anhangs in modifizierter Form erzielt werden (vgl. Anhang).
- **Verbot der Auslagerung wesentlicher Dienstleistungen an Banken derselben Gruppe bei systemrelevanten Banken:** Ein solches Verbot erachten wir als nicht angemessen; darüber hinaus fehlt unseres Erachtens für ein solches verwaltungsrechtliches Verbot eine gesetzliche Grundlage. Im Gegenteil: Die schweizerische Gesetzgebung sieht die Möglichkeit von Eingriffen in die Organisationsstruktur einer systemrelevanten Bank ausdrücklich nur in Bezug auf den Notfallplan und auch insoweit nur für den Fall vor, dass der Notfallplan auch nach entsprechender Abmahnung und Nachbesserung den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt. FINMA bezieht sich für das Outsourcing an andere Entitäten (gruppenintern oder -extern) auch auf die Grundsätzen des FSB (Erläuterungsbericht S. 6).¹ Gemäss FSB Guidance sind aber in Bezug auf "Critical Shared Services" und deren Leistungserbringung innerhalb einer systemrelevanten Bankengruppe die drei Modelle (innerhalb der

¹ Financial Stability Board, Guidance on Arrangements to Support Operational Continuity in Resolution, 18 August 2016 (hiernach "FSB Guidance").

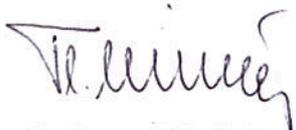
Entity, innerhalb der Gruppe durch regulierte oder unregulierte Entitäten oder durch Dritte) als gleichwertig betrachten und daher sehen sie auch kein Verbot für die Auslagerung an Banken / Erbringung von Critical Shared Services innerhalb der gleichen Gruppe vor. Wir beantragen deshalb, die entsprechende Randziffer (Rz. 16) ersatzlos zu streichen.

- **Definition der kritischen Dienstleistungen ("Critical Shared Services"):** Das Bankengesetz kennt lediglich den Begriff der systemrelevanten Funktionen ("hiernach "SIFs"), während im internationalen Verhältnis und entsprechend der FSB Guidance von einem weiteren Begriff der "Critical Functions" oder "Critical Shared Services" ausgegangen wird. Nach dem schweizerischen Recht kann es sich bei diesen "kritischen Dienstleistungen" nur um Dienstleistungen handeln, die unerlässlich sind, um die ununterbrochene Weiterführung der systemrelevanten Funktionen bzw. insoweit die Wirksamkeit des Notfallplans zu gewährleisten (Art. 60 Abs. 3 und Art. 61 Abs. 1 BankV), ohne dass dadurch die Anforderungen an den Notfallplan erweitert werden. Es wäre deshalb wünschbar, wenn diese Critical Shared Services im Sinne der finalen FSB Guidance im Rundschreiben näher definiert würden (Rz. 6) und wenn die FINMA im Sinne der Rechtssicherheit Beispiele für solche Services auführen würde.
- **Keine Ausdehnung der Anforderungen an die Sanier- und Liquidierbarkeit über die SIFs hinaus:** Das Rundschreiben soll gemäss Entwurf auch auf die Abwicklungsfähigkeit einer Bank Anwendung finden; es sieht gestützt darauf Einschränkungen oder Zusatzanforderungen für das Outsourcing vor (Rz 5). Auch in diesem Zusammenhang können sich Anforderungen mit Rechtsfolgen nur in Bezug auf die SIFs bzw. den Notfallplan ergeben. Ausserdem sehen Gesetz (Art. 10 Abs. 3 BankG: Anspruch auf Rabatte) und Verordnung (Art. 64 ff. BankV) lediglich Anreize in Form von Kapitalrabatten vor, d.h. Rechte der systemrelevanten Bankengruppe, wenn sie durch Massnahmen ihre Abwicklungsfähigkeit erhöht, hingegen keine Rechtsfolgen, wenn die Bank keine solchen Massnahmen unternimmt (vgl. auch Überschrift zum 7. Kapitel, 2. Abschnitt BankV: *Verbesserung der Sanier- und Liquidierbarkeit*). An die Abwicklungsfähigkeit sind damit keine Rechtsfolgen im Sinne von Vorschriften, insbesondere keine organisatorischen Vorschriften oder Genehmigungspflichten, geknüpft. Entsprechend können unseres Erachtens auch im Rahmen der Regelung des Outsourcings keine weitergehende, organisatorische Anforderungen vorgeschrieben werden.

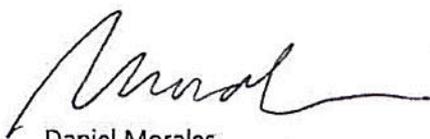
Wir danken Ihnen im Voraus für eine wohlwollende Prüfung und Berücksichtigung unserer Anliegen, ebenso wie für die Klärung der aufgeworfenen Fragen in der finalen Fassung des Rundschreibens und des Erläuterungsberichts.

Freundliche Grüsse

UBS AG



Dr. Thomas Bischof
Head Legislative & Regulatory
Initiatives CH



Daniel Morales
General Counsel
UBS Switzerland AG

Bemerkungen zu den einzelnen Randziffern

Randziffer 1:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu 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. Ferner sieht es Anforderungen und Abwicklungsfähigkeit bei der Auslagerung von kritischen Dienstleistungen vor.

2. Begründung

Rz 1 nennt den Zweck des Rundschreibens und bezieht sich dabei auf den Begriff der Abwicklungsfähigkeit. Die Zwecksetzung ist insoweit missverständlich formuliert, als das Rundschreiben nicht die Sicherstellung der Abwicklungsfähigkeit als solche bezwecken kann. Diese kann sich ferner nur auf die SIFs bzw. den Notfallplan beziehen, für welche das Gesetz die Gewährleistung der Weiterführung verlangt (Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG). An die Abwicklungsfähigkeit knüpfen das Gesetz (Art. 10 Abs. 3 BankG) und ausführend die Verordnung (Art. 65f. BankV) keine eigenen Rechtsfolgen oder -pflichten; es sind lediglich Anreize in Form von Kapitalrabatten für systemrelevante Bankengruppen vorgesehen – mithin Rechtsansprüche – für den Fall dass sie durch geeignete Massnahmen ihre Sanier- und Liquidierbarkeit verbessern. Das Gesetz lässt ausser bei Ungenügen des Notfallplans keine staatlichen organisatorische Eingriffe zu (Art. 9 Abs. 2 lit. d i.V.m. Art. 10 Abs.2 Satz 2 BankG). Demgemäss ist der mögliche Anwendungsbereich von Vorschriften in Bezug auf die Abwicklungsfähigkeit auch im Zusammenhang mit einem Outsourcing äusserst beschränkt; Vorschriften können sich nur im Fall des Notfallplans ergeben, nicht in Bezug auf die Abwicklungsfähigkeit. Fragen des Notfallplans sind aber nicht in diesem Rundschreiben zu regeln. Der Zweck kann somit nur generell die kritischen Dienstleistungen und deren Auslagerung behandeln, nicht die Abwicklungsfähigkeit der Bank. Rz. 1 sollte entsprechend angepasst werden.

Randziffer 4:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 4

Ein Outsourcing (Auslagerung) im Sinne dieses Rundschreibens liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine von der Bewilligungspflicht erfasste Geschäftstätigkeit des Unternehmens oder eine wesentliche Tätigkeit, die für die Erbringung einer solchen Geschäftstätigkeit notwendig ist, ganz oder teilweise zu erfüllen.

2. Begründung

Diese Randziffer definiert den *sachlichen* Anwendungsbereich des Rundschreibens und bezieht sich auf die Auslagerung einer Geschäftstätigkeit durch einen Bewilligungsträger. Es stellt sich die Frage, ob mit Geschäftstätigkeit schlichtweg jegliche Tätigkeit eines Unternehmens gemeint ist oder ob im Gegensatz dazu nur bestimmte Bereiche massgebend sein sollen. Gemäss Erläuterungsbericht ist der Begriff des Outsourcings weit zu verstehen. Es sei nicht entscheidend, ob es sich um eine für eine Bank spezifische oder typische Unternehmensaufgabe handle.

Unseres Erachtens kann sich eine Vorschrift über das Outsourcing nur auf *wesenseigene* Geschäftstätigkeiten einer Bank beziehen, d.h. Tätigkeiten, welche eine eigentliche Banktätigkeit ausmachen und entsprechend eine Bewilligung voraussetzen sowie zusätzlich Tätigkeiten, welche zur Erbringung solcher Bankdienstleistungen notwendig und erforderlich sind. So stellen IT Dienstleistungen zwar keine Bankdienstleistung dar, können aber relevant sein, weil sie für die Verwaltung und Bearbeitung von Bankkundendaten dienen. Demgegenüber haben Banken in früheren Jahren viele nachgelagerte Dienstleistungen im eigenen Betrieb aufgebaut, obwohl sie nicht direkt mit dem Bankkundengeschäft verbunden

sind und auch nicht der Bearbeitung von Bankkundendaten dienen. Die Auslagerung solcher Dienstleistungen ist unseres Erachtens auch nicht wesentlich.

Damit kann eine Auslagerung von nicht bewilligungspflichtigen Tätigkeiten, die auch nicht notwendigerweise der Ausführung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit dienen, kein Outsourcing im Sinne des Rundschreibens darstellen. (Beispiele: "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). Ebenso wenig kann die Auslagerung von IT-Dienstleistungen generell zu einer Anwendung des Rundschreibens führen (Beispiel: eine Bank schliesst einen Vertrag mit einem Webhosting Provider für die Bewirtschaftung eines Teils ihrer Website für Werbezwecke ab, ohne dass über diesen Teil Kundendaten oder die eigentliche Banktätigkeit gehostet werden, stellt im vorliegenden Zusammenhang kein Outsourcing dar).

Weiter stellen Dienstleistungen, die von Drittdienstleistern im Finanzbereich erbracht werden, insbesondere Finanzmarktinfrastrukturen wie Zahlungssystemen, Zentralverwahrern, Settlement- und Effektenabwicklungssysteme, Handelsplattformen usw. keine Bankdienstleistungen dar. Dies bedeutet, dass selbst wenn solche Dienstleistungen durch eine Bank ganz oder teilweise erbracht oder sie von einer anderen Bank oder einem Dritten bezogen werden, keine Tätigkeiten darstellen, welche durch das Rundschreiben erfasst sind. Das Gleiche gilt in Bezug auf die Depotbankfunktionen in ausländischen Wertschriften, Wertrechten oder Bucheffekten oder die Erbringung von Korrespondenzbankdienstleistungen (Abwicklung von Zahlungen in ausländischer Währung usw.). Dies gilt auch für den Fall, dass solche Dienstleistungen durch eine Zweigniederlassung eines schweizerischen Instituts im Ausland erbracht werden. Der Erläuterungsbericht führt dazu unseres Erachtens korrekt aus, dass eine solche Teilnahme oder derartige Beziehungen nicht vom Rundschreiben erfasst sind (S. 8 oben).

Auch der Einkauf einer Dienstleistung, die nicht zu den wesenseigenen Bankdienstleistungen gerechnet werden kann, kann nicht in den Anwendungsbereich des Rundschreibens fallen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es uns als notwendig, dass sowohl im Rundschreiben als auch im finalen Erläuterungsbericht klar gestellt wird, dass durch das Rundschreiben nur wesenseigene Banktätigkeiten, d.h. Geschäftstätigkeiten, welche eine eigentliche Banktätigkeit ausmachen und entsprechend eine Bewilligung voraussetzen sowie zusätzlich Tätigkeiten, welche zur Erbringung solcher Bankdienstleistungen notwendig und erforderlich sind, erfasst werden.

Problematisch erachten wir schliesslich den Zusatz "*oder teilweise*". Wenn zu entscheiden ist, was zur Auslagerung einer Dienstleistung gehört und was als periphere Leistung nicht mehr zum ausgelagerten Bereich gehört (bzw. gehören soll), sollte unseres Erachtens die Gesamtwürdigung (welche Elemente haben einen unmittelbaren, massgebenden Einfluss auf das Risikoprofil der Unternehmung) dafür entscheidend sein, ob eine relevante Auslagerung vorliegt oder nicht. Die Beurteilung kann zum Ergebnis führen, dass eine für sich genommen unbedeutende Teildienstleistung als Teil eines gesamten ausgelagerten Bereichs dennoch wesentlich ist. Umgekehrt sollte eine Dienstleistung, welche nur im Verbund mit anderen Dienstleistungen wesentlich erscheint, nicht als wesentlich im Sinne des Rundschreibens qualifizieren, wenn sie allein ausgelagert wird.

Randziffer 5:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 5

Wesentlich sind bei Banken jene Auslagerungen Dienstleistungen, die sich gemäss Prüfschema im Anhang in bedeutendem Masse 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.~~

Angepasster Anhang des geltenden Rundschreibens übernehmen (vgl. Anhang).

2. Begründung

Rz. 5 ist gegenüber Rz 4 eine weitere Einschränkung. Nur wenn eine durch das Rundschreiben erfasste Auslagerung vorliegt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese Auslagerung als wesentlich zu betrachten ist. Die in Rz 5 vorgeschlagene Umschreibung ist unseres Erachtens aber zu weit. Für die Wesentlichkeit der dem Rundschreiben unterliegenden Auslagerung sollte entscheidend sein, ob es sich um eine Tätigkeit bzw. Dienstleistung handelt, welche bei schlechter oder fehlerhafter Erfüllung durch den Dritten sich nach allgemeiner Lebenserfahrung in bedeutendem Ausmass negativ auf das Unternehmen auswirken könnte.

Im Sinne der bewährten Praxis würden wir anstelle einer generellen Auflistung in Rz 5 die Weiterführung des geltenden Anhangs in modifizierter Form befürworten. Damit könnte erhebliche Rechtssicherheit geschaffen werden (was auch zu weniger Behördenanfragen führen sollte). Wir unterbreiten hierfür einen Vorschlag im Anhang.

Randziffer 6:

1. Antrag

Ebenfalls wesentlich sind bei systemrelevanten Banken, deren direkter Anteil an den inländischen systemrelevanten Funktionen der Finanzgruppe insgesamt 5 Prozent übersteigt, die Auslagerung von Dienstleistungen, die für das Fortführen systemrelevanter Funktionen im (drohenden) Insolvenzfall notwendig die für die Weiterführung von systemrelevanten Funktionen bzw. die Wirksamkeit des Notfallplans notwendig sind (kritische Dienstleistungen).

2. Begründung

Der Begriff der kritischen Dienstleistungen entstammt der FSB Guidance. Das schweizerische Gesetzesrecht kennt lediglich den Begriff der systemrelevanten Funktionen, welche in Bezug auf systemrelevante Banken durch die Schweizerische Nationalbank mittels Verfügung festgelegt werden (Art. 8 BankG). Der Begriff der kritischen Dienstleistungen bzw. der "Shared Critical Services" gemäss der FSB Guidance ist demgegenüber weiter. Massgeblich ist somit, dass die als systemrelevant festgelegten Funktionen nicht durch Einführung des Begriffs der kritischen Dienstleistungen erweitert werden, weil dies im Gesetz gar nicht vorgesehen ist. Wären kritische Funktionen unerlässlich im Sinne der Systemrelevanz, müssten sie von der SNB mittels Verfügung formell in den Katalog der systemrelevanter Funktionen aufgenommen werden.

Kritisch können unseres Erachtens deshalb höchstens solche Dienstleistungen sein, die in Anlehnung an Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG für die Weiterführung von systemrelevanten Funktionen notwendig (vgl. auch Art. 60 Abs. 3 BankV) bzw. für die Wirksamkeit des Notfallplans (Art. 61 Abs. 1 BankV) vorausgesetzt sind. Alle anderen als wesentlich betrachtete Dienstleistungen sind in diesem Sinne nicht als "kritisch" zu betrachten. Aufgrund der Verbindung zu den SIFs und dem Notfallplan ist auch gleichzeitig festzuhalten, dass es für die Anwendung der Vorschriften das Vorhandensein eines gewissen Umfangs an SIFs bedarf. Im Sinne von Art. 125 Abs. 3bis ERV könnte dabei auf einen Anteil an den inländischen SIFs der Finanzgruppe von insgesamt mehr als 5% ausgegangen werden.

Welche Dienstleistungen in diesem Sinne für eine systemrelevante Bank als kritisch zu betrachten sind, ist durch die FINMA im Einzelfall zu bestimmen. Im Sinne der Rechtssicherheit würden wir zudem begrüssen, wenn die FINMA hierfür im Rundschreiben Beispiele für solche Dienstleistungen aufführen könnte.

Randziffern 8 und 9:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 8 und 9:

Klarstellung im Erläuterungsbericht, dass ausländische Zweigniederlassungen von schweizerischen Banken, Versicherungen und Effekthändlern vom Anwendungsbereich des Rundschreibens nicht erfasst sind.

2. Begründung

Rz 8 und 9 regeln den territorialen Anwendungsbereich. In Bezug auf Banken und Effektenhändler mit Sitz in der Schweiz ist zu beachten, dass deren ausländischen Zweigniederlassungen bei der Auslagerung von Dienstleistungen den Anforderungen des lokalen Rechts unterstehen, dies insbesondere auch in Bezug auf die nach lokalem Recht definierten kritischen Dienstleistungen. Beides braucht nicht unbedingt der schweizerischen Terminologie und den schweizerischen Anforderungen zu entsprechen. Im Rundschreiben bzw. im Erläuterungsbericht wäre deshalb ausdrücklich festzuhalten, dass das Rundschreiben für ausländische Zweigniederlassungen von schweizerischen Banken, Effektenhändlern und Versicherungen nicht gilt.

Randziffer 12:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 12

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

2. Begründung

Diese Rz enthält fast ausschliesslich unbestimmte Rechtsbegriffe, die auslegungsbedürftig sind. Eine klarere Abgrenzung der Bereiche, die ausgelagert und jenen, die nicht ausgelagert werden können, würde mehr Rechtssicherheit schaffen.

Gemäss RS kann auch die Entscheidungsfindung über die Aufnahme und den Abbruch von Geschäftsbeziehungen nicht ausgelagert werden. Dies kann im Fall der Automatisierung ein Hindernis darstellen. So kann eine bei einem Drittanbieter genutzte Software (SaaS) über die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen automatisiert entscheiden. Auch der Begriff "Geschäftsbeziehungen" ist enger zu fassen, so dass nur Geschäftsbeziehungen mit "Bank- bzw. Versicherungskunden" erfasst werden. Geschäftsbeziehungen ausserhalb von der Bewilligung erfassten Tätigkeiten oder solche, die damit nicht im direkten Zusammenhang stehen, sollten vom Geltungsbereich ausgenommen werden (vgl. Begründung zu Rz 4).

Randziffern 13 und 14:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 13

Als zentrale Kontroll- und Führungsaufgaben an externe Dienstleister nicht vollständig 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.

Rz 14: streichen

2. Begründung

Zentrale Kontroll- und Führungsaufgaben sollen, wie der Entwurf richtig bemerkt, zwar nicht *vollständig* ausgelagert werden können, eine teilweise Auslagerung auch von solchen Tätigkeiten muss aber zulässig sein. Rein operative Aufgaben sind unseres Erachtens ohnehin kaum je zentral. 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. Dies müsste im Übrigen auch für die Geldwäschereifachstelle gelten, wie dies der Entwurf vorsieht. Im Sinne der Konsistenz müsste dazu wohl aber auch Art. 25 Abs. 4 GwV-FINMA präzisiert bzw. gestrichen werden. Zumindest innerhalb der gleichen Gruppe sollte die Geldwäschereifachstelle auch bei grösseren Banken ausgelagert werden dürfen. Die Beschränkung auf "*einzelne*" solcher Aufgaben geht damit zu wenig weit. Es sollte auch hier gelten: was rein operationell ist, soll ausgelagert werden dürfen, zentrale Kontroll- und Führungsaufgaben nicht

bzw. höchstens teilweise. Auf die Einschränkung auf unternehmensindividuelle Risiken kann daher verzichtet werden. Rz. 14 kann sodann gestrichen werden, wenn operative Tätigkeiten für alle Banken und Versicherungen ganz auslagerbar sind. Dies scheint auch im Einklang mit den Erklärungen im Erläuterungsbericht zu sein (S 9f.).

Zudem sollte ausdrücklich zwischen gruppeninternen und Auslagerungen an externe Anbieter unterschieden werden. Im internen Verhältnis ist es nicht nur sinnvoll, sondern oft notwendig, gewisse Funktionen bei einer Gruppengesellschaft zu zentralisieren. Soweit die Bankengruppe unter konsolidierter Aufsicht der FINMA steht, sehen wir keine Gründe, dass gruppeninterne Auslagerungen - z.B. im Bereich der Compliance oder des Risikomanagements - nicht zulässig sein sollten.

Randziffer 15:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 15

Systemrelevante Banken, deren direkter Anteil an den inländischen systemrelevanten Funktionen der Finanzgruppe insgesamt 5 Prozent übersteigt, treffen die notwendigen Massnahmen stellen sicher, so dass die Weiterführung ihrer systemrelevanten Funktionen das Outsourcing von keine Nachteile auf die Fortführung kritischer Dienstleistungen im Fall (drohender) Insolvenzfall der systemrelevanten Bank auch bei Auslagerung von kritischen Dienstleistungen weiterhin sichergestellt ist, 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).

2. Begründung

Massgeblich ist die Möglichkeit der Weiterführung der SIFs im Rahmen des Notfallplans. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem Bankengesetz und ist in der Bankenverordnung weiter ausgeführt: Systemrelevante Banken müssen nach Art. 60 Abs. 1 BankV sicherstellen, dass ihre SIFs im Fall drohender Insolvenz unabhängig von den übrigen Teilen der Bank ohne Unterbrechung weitergeführt werden können. Das Rundschreiben kann und soll diese Verpflichtung nicht weiter ausdehnen. Mit der anderen Umschreibung der Verpflichtung von Art. 60 BankV im Rundschreiben besteht aber gerade die Gefahr, so dass die Verpflichtungen zum Notfallplan weiter ausgedehnt werden, was nicht zulässig wäre (was wohl nicht beabsichtigt ist). Randziffer 15 bedarf unseres Erachtens daher erheblicher Korrekturen.

Wir verstehen Rz 15 so, dass im Fall der Auslagerung von kritischen Dienstleistungen an eine Konzerntochter oder an einen Dritten die Weiterführung der SIFs weiterhin sichergestellt sein muss, so wie wenn diese durch die systemrelevante Bank selbst betrieben werden. Unseres Erachtens sollte das Rundschreiben in diesem Zusammenhang nicht von "gefährden" oder von "Nachteilen" gesprochen werden. Es geht nicht darum, ob die Auslagerung nachteilig sein könnte, sondern nur darum, dass die Weiterführung dadurch tangiert bzw. weiterhin sichergestellt ist. Der Beweismassstab für den Nachweis ergibt sich bereits aus Art. 60 Abs. 2 BankV. Dieser Nachweis kann auf verschiedenste Weise erbracht werden. Die Prüfung erfolgt dabei nicht als Bestandteil des Outsourcings oder einer entsprechenden Genehmigung, sondern erfolgt im Rahmen der Prüfung des Notfallplans, wie Rz 15 richtigerweise klar stellt. Dabei sollte festgehalten werden, dass es nicht zu zwei Prüfungen, einmal unter dem Titel der Genehmigung unter dem randschrieben und zum zweiten Mal unter dem Titel der Abnahme des Notfallplans.

Die beiden Grossbanken haben ihre systemrelevanten Funktionen in spezielle Schweizer Töchter ausgliedert. Die übrigen Gruppengesellschaften in der Schweiz umfassen keine oder marginale systemrelevante Funktionen mehr. Die bestehenden Verfügungen der SNB bezeichnen aber immer noch jeweils die gesamten Gruppen als systemrelevant. Entsprechend sollte geklärt werden, dass die besonderen Anforderungen von Rz. 15 lediglich diejenigen Bank-Einzelinstitute betreffen, deren direkter Anteil an den inländischen systemrelevanten Funktionen der Finanzgruppe insgesamt 5 Prozent übersteigt. Dies in Anlehnung an Art. 125 Abs. 3bis ERV.

Randziffer 16:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 16

~~Systemrelevante Banken dürfen kritische Dienstleistungen nicht an Banken derselben Finanzgruppe auslagern.~~

2. Begründung

Gemäss Rz 16 dürften systemrelevante Banken kritische Dienstleistungen nicht an Banken derselben Finanzgruppe auslagern. Für ein solches Verbot fehlt jedoch eine gesetzliche Grundlage; zudem wäre es nicht verhältnismässig und würde den Vorgaben des FSB widersprechen. Es ist daher ersatzlos zu streichen:

- Das Bankengesetz sieht lediglich im Zusammenhang mit dem Notfallplan und erst nach ungenügender Mängelbehebung durch die systemrelevante Bank die Möglichkeit von Eingriffen in die Organisationsstruktur vor. Ausserhalb davon sieht es keine Grundlage für Eingriffe in die Organisationsstruktur der Bank vor (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. d i.V.m. Art. 10 Absatz 2 BankG).
- Während der Bundesrat in der Botschaft (Botschaft TBTF 2011, S. 4757f.) und auch noch in der parlamentarischen Debatte (dies allerdings nur im Zusammenhang mit dem Notfallplan) die Möglichkeit von Eingriffen schon vor dem Zeitpunkt einer drohenden Insolvenz vorsehen wollte ((BR Widmer-Schlumpf, AB 2011 N 1452; Fassung von Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG gemäss Botschaft), widersprachen ihm sowohl der Stände- als auch der Nationalrat ausdrücklich; der Ständerat änderte den Gesetzestext, welchem der Nationalrat zustimmte und zwar so, dass nun in der geltenden Fassung Eingriffe in die Organisationsstruktur vor dem Zeitpunkt der drohenden Insolvenz grundsätzlich unzulässig sind (Art. 9 Abs. 2 lit. d i.V.m. Art. 10 Abs. 2 BankG). Die FINMA darf nur im äussersten Fall regulatorisch auf die Organisation der Finanzdienstleister einwirken, dann nämlich, wenn der Nachweis eines wirksamen Notfallplans in Bezug auf die SIFs gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. d i.V.m. Art. 10 Abs. 2 BankG auch nach Ansetzen von Nachfristen nicht erbracht ist, wobei sie auch in diesem Fall die Verhältnismässigkeit beachten muss. Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 2 lit. d sind organisatorische Vorgaben im TBTF Regime nicht nur gesetzlich nicht vorgesehen, sondern solche Massnahmen wurden vom Gesetzgeber explizit verworfen (vgl. parlamentarische Diskussion AB S 2011, 637, 638, D. Marty, Kommissionssprecher); AB N 2011, 1453).
- Demnach ist es mangels gesetzlicher Grundlage mit der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbar, wenn das Rundschreiben solche organisatorische Massnahmen generell-abstrakt im Rahmen von TBTF (es geht ja nur um systemrelevante Unternehmungen) vorsieht.²
- Davon abgesehen wäre ein solches Verbot unverhältnismässig und würde dem Prinzip der Subsidiarität, welche auch vom Bundesrat in der TBTF Botschaft anerkannt wurde, widersprechen: Es ist nicht ersichtlich, weshalb es für eine systemrelevante Bank unsicher sein soll, eine Dienstleistung in eine von der FINMA beaufsichtigte Bank innerhalb des Konzerns auszulagern. Die Aufsicht durch die FINMA sollte ja gerade ein zusätzliches Sicherheitselement mit sich bringen. So hat die Bank bestimmte Liquiditäts- und Kapitalanforderungen zu erfüllen, was die Kontinuität der Dienstleistungserbringung sichern kann. Zudem hat die FINMA die Möglichkeit, Massnahmen gegenüber dem Beaufsichtigten zu ergreifen, falls sich ein Mangel einstellt – auch ausserhalb eines Sanierungsfalls. All diese Möglichkeiten stehen der FINMA bei einer nicht regulierten Gesellschaft nicht zur Verfügung. Kommt hinzu, dass die Weiterführung von kritischen Dienstleistungen innerhalb einer Finanzgruppe auch im Fall einer drohenden Insolvenz sichergestellt werden kann. So sieht etwa Art. 30 BankG vor, dass FINMA in einem Sanierungsplan Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse auf einen anderen Rechtsträger übertragen kann. Das Verbot von RZ 16 ist auch vor diesem Hintergrund verfassungsmässig kaum haltbar aber auch inhaltlich nicht konsistent. Die Aussagen auf S. 14 des Erläuterungsberichts, wonach diese neue Einschränkung der systemrelevanten Banken die Finanzmarktstabilität erhöhe und verhältnismässig erscheine, sind deshalb nicht nachvollziehbar. Mit oder ohne diese Rz. 16 müssen die systemrelevanten Banken die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen mittels Notfallplanung sicherstellen. Der Prüfungsmassstab des Notfallplans bleibt dabei gleich, daran kann das Rundschreiben nichts ändern.
- Die Unverhältnismässigkeit des Verbots zeigt sich schliesslich auch in der mangelnden Konsistenz zu den internationalen Vorgaben: Die FSB Guidance sieht im Sinne der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit vor, dass die dargestellten Servicemodelle aus Sicht der Resolutionplanung gleichwer-

² Da die Regelungen zu TBTF das speziellere Recht darstellen und der Wille des Gesetzgebers klar ist, wäre auch ein Rückgriff auf allgemeine Vorschriften zur angemessenen Organisation nicht zulässig.

tig sind: Erbringung durch die Bank In-house, im eigenen Unternehmen, Auslagerung an Dritte oder Auslagerung innerhalb der eigenen Bankengruppe an regulierte oder unregulierte Einheiten (section 3.1, S. 9).

Randziffer 21:**1. Antrag****Änderungsvorschlag zu Rz 21**

Über die ausgelagerten Dienstleistungen ist ein aktuell zu haltendes Inventar zu führen. Dieses enthält eine Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung, nennt Erbringer (inkl. allfällig beigezogener Hilfspersonen, Unterakkordanten, die selber wesentliche Dienstleistungen erbringen) und Empfänger sowie die unternehmensintern verantwortliche Stelle (vgl. Rz 27).

2. Begründung

Wir betrachten die Anforderung zum Führen eines Inventars grundsätzlich als sinnvoll. Damit wird sichergestellt, dass eine Gesellschaft den Überblick über die ausgelagerten Tätigkeiten hat und den Regulator entsprechend informieren kann. Zu fragen ist jedoch nach dem notwendigen Detaillierungsgrad. Die Pflicht soll aber so ausgestaltet sein, dass sie nicht einen übermässigen administrativen Aufwand generiert. Sodann sollte der Verweis auf Hilfspersonen gestrichen werden. Hilfspersonen sind vertragsrechtlich keine Sub-Unternehmer und somit qualitativ vom "Unterakkordanten" zu unterscheiden (wie der Begriff auch zutreffend in Rz 40 verwendet wird). Es kann hier nicht gemeint sein, dass alle Arbeitnehmer und Hilfspersonen eines Unterakkordanten aufzulisten sind, sondern nur die Unterakkordanten, die selber eine wesentliche Dienstleistung erbringen. Die Auflistung ihrer Arbeitnehmer oder Hilfspersonen bietet unseres Erachtens keinen Mehrwert.

Randziffer 23:**1. Antrag****Änderungsvorschlag zu 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 wesentlichen Risiken und Chancen einschliesst.

2. Begründung

An die Dokumentationspflicht der Analysen dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Wiederum gilt es übermässigen administrativen Aufwand zu vermeiden. Es sollen nur entscheidende Faktoren und die wesentlichen Risiken und Chancen dokumentiert werden, nicht aber weitergehende Informationen, welche für die Auslagerung nicht von entscheidender Bedeutung sind. Ebenso dürften die ökonomischen Überlegungen unseres Erachtens aus aufsichtsrechtlicher Sicht nicht relevant sein. Dabei geht es unternehmenspolitische Aspekte, die im Belieben der Unternehmung stehen.

Randziffer 24:**1. Antrag****Änderungsvorschlag zu 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 dem Risiko Rechnung tragen.

2. Begründung

Die Rz verlangt, dass dem Konzentrationsrisiko Rechnung getragen werden muss. Wie dies geschehen soll wird nicht beschrieben. Aus ökonomischen und betrieblichen Gründen muss es weiterhin möglich sein, Skaleneffekte durch eine Konsolidierung von Dienstleistern zu realisieren.

Bei gruppeninternen Dienstleistungserbringen ist naturgemäss davon auszugehen, dass ein hohes Konzentrationsrisiko besteht. Dieses Risiko wird allerdings bereits durch Art. 2bis(1)(b) BankG sowie die entsprechende Notfallplanung bei den systemrelevanten Banken adressiert. Entsprechend gehen wir davon aus, dass gemäss dieser Randziffer keine zusätzlichen Anforderungen anfallen. Die Bestimmung sollte daher nur in Bezug auf externe Dienstleister gelten.

Randziffer 25:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 25

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

2. Begründung

Für uns ist unklar, was unter "Transitions- und Wechselkosten" zu verstehen ist. Die kommerziellen Gesichtspunkte beim Entscheid über die Auswahl des Dienstleisters sind eine privatrechtliche Angelegenheit, welche allein vom Unternehmen selbst beurteilt werden und in welche das Aufsichtsrecht nicht hineinspielt. Entsprechend fehlt eine gesetzliche Grundlage für das Vorsehen von aufsichtsrechtlichen Pflichten, wie sie in Rz 25 stipuliert werden. Anders als bei der Prüfung der professionellen Fähigkeiten sowie der finanziellen und personellen Ressourcen des Dienstleisters, wo die Sicherheit der Dienstleistungserbringung im Vordergrund steht, geht es hier um rein unternehmerische Entscheidungskriterien des Unternehmens.

Die Aussagen in Rz. 25 betreffend Rückführung sind im Zusammenhang mit der Definition von "Outsourcing" sinnvoll. Eine Rückführung ist logischerweise dort nicht möglich, wo eine Dienstleistung nicht direkt zusammenhängt mit dem Bankgeschäft, aber auch der Bezug von Marktdaten sowie der Bezug von anderen, vom Bankgeschäft unabhängigen Waren, Informationen oder Dienstleistungen. Eine entsprechende Klarstellung in Rz. 4 wäre sinnvoll.

Die Forderung nach Ermöglichung der Rückführung von ausgelagerten Dienstleistungen verstehen wir so, dass in den jeweiligen Outsourcingvertrag eine entsprechende Klausel aufgenommen werden soll. Demgegenüber 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.

Randziffer 28:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu 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.

2. Begründung

Ein Vertrag, welcher auf operativer Ebene ein Weisungsrecht beinhaltet, ist schwer abzugrenzen von Leiharbeitsverträgen. Zudem steht das Weisungsrecht in einem gewissen Widerspruch zur Definition von Outsourcing unter dem Rundschreiben ("selbständige" und dauernde Aufgabenerfüllung, was *Handlungsspielraum* impliziert) und bietet Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Verantwortlichkeiten innerhalb des Verhältnisses der Leistungserbringung (insb. Gewährleistungs- und Haftungsfragen). Prak-

tikabler wäre eine Vorschrift, die von den Unternehmen verlangt, dass der Dienstleister zu Vertragsanpassungen, welche für die Einhaltung der regulatorischen Vorgaben notwendig sind, Hand bieten muss. Solche Regelungen lassen sich realistischerweise verhandeln, nicht aber in die interne Organisation eines Dienstleisters eingreifendes, konkretes Weisungsrecht.

Randziffer 31:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 31

Das Unternehmen und der Dienstleister erarbeiten ein Sicherheitsdispositiv, das die Weiterführung der ausgelagerten Dienstleistung in ~~sämtlichen~~ vorhersehbaren Notfällen erlaubt gewährleistet. Bei Errichtung und Anwendung des Sicherheitsdispositivs gilt für das Unternehmen derselbe Sorgfaltsmassstab, wie wenn es die ausgelagerte Dienstleistung selber erbringen würde.

2. Begründung

Die Formulierung dieser Bestimmung wurde verschärft. Bisher war gefordert, dass das Sicherheitsdispositiv die Weiterführung des ausgelagerten Bereichs erlaubt. Neu soll verlangt sein, dass die Weiterführung "gewährleistet" sei. Mit dieser Wortwahl wird eine Nähe zu Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG suggeriert, die mit dem Gesetz nicht im Einklang steht. Das Gesetz verlangt einen Notfallplan nur bei systemrelevanten Banken und nur mit Bezug auf deren systemrelevante Funktionen. Nur dort ist gefordert, dass der Plan die Weiterführung dieser Funktionen "gewährleisten" soll. Für eine Ausdehnung solcher strengen Anforderungen auf alle Fälle von Outsourcing und bei allen Banken fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, Art. 9 lässt sich nicht verallgemeinern. Damit entfällt auch die Notwendigkeit einer Änderung des Rundschreibens in diesem Punkt.

Die Rz scheint unseres Erachtens auch über das Ziel hinauszuschiessen, wenn Vorkehrungen für sämtliche vorhersehbare Notfälle getroffen werden sollten. Es ist nicht möglich, für alles Mögliche und Denkbare vorzusorgen. Die Unternehmung muss zwangsläufig eine gewisse Triage vornehmen. Das gilt im Übrigen auch für den Fall, dass eine Dienstleistung gar nicht ausgelagert wird, auch in diesem Fall wird man sich vernünftigerweise kaum auf sämtliche Vorfälle vorbereiten können.

Randziffer 32:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 32

Das Unternehmen und dessen Prüfgesellschaft sowie die FINMA müssen in der Lage sein, die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen beim Dienstleister zu prüfen. Zu ihren Gunsten ist vertraglich ein ~~jederzeitiges~~, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht einzuräumen.

2. Begründung

Diese Randziffer fordert ein *jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes* Einsichts- und Prüfrecht. Das Prüfrecht ist zwar wichtig, es muss aber dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz folgen und ist der entsprechenden Situation im Einzelfall anzupassen. So ist bei der Auslagerung in eine Cloud beispielsweise ein Prüfrecht anders auszugestalten als beispielsweise bei klassischen Bankdienstleistungen. Der vorgeschlagene Wortlaut ist deshalb zu absolut formuliert. Zudem soll auch sichergestellt sein, dass allfällige Prüfungen effektiv durchgeführt werden können, dabei zeigt sich, dass solche Prüfungen besonders dann effizient und ergiebig sind, wenn sich der Prüfling entsprechend vorbereiten kann.

Randziffer 36:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 36

Auslagerungen ins Ausland sind erst zulässig, nachdem das Unternehmen ausdrücklich nachgewie-

sen hat, dass es selber, seine Die FINMA führt eine Liste mit Ländern, für welche der Nachweis bereits erbracht wurde. Für Länder die sich auf dieser Liste befinden ist kein neuerlicher Nachweis zu erbringen. Die FINMA...

2. Begründung

Es ist unklar, was durch das Erfordernis der Ausdrücklichkeit zusätzlich verlangt wird, beinhaltet doch schon das Erfordernis des Nachweises einen konkreten Beleg. Sofern eine bestimmte Form verlangt wird, sollte dies im Rundschreiben ausgeführt werden. Um unnötigen Aufwand und Kosten zu vermeiden, welche sich durch eine Vielzahl von Anfragen durch die unterschiedlichen Unternehmen zur gleichen Frage und in Bezug die gleiche Jurisdiktion ergeben würden, wäre es für die Unternehmen äusserst hilfreich, wenn die FINMA eine Liste mit Ländern führen würde, für welche ein Nachweis erfolgt ist. (ähnlich zur Verpflichtung der Unternehmen, ein Inventar führen zu müssen).

Randziffer 37:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 37

Bei der Auslagerung von Massen-Kundenidentifikationsdaten (Client Identifying Data) ins Ausland ist die FINMA vorgängig zu informieren.

2. Begründung

Bei der Auslagerung von Massen-CID verlangt der Entwurf eine vorgängige Information der FINMA. Wann ein solcher Sachverhalt meldepflichtig ist, beurteilt sich allgemein am Massstab von Art. 29 Abs. 2 FINMAG und beinhaltet entsprechend auch ein qualitatives Element. Wir lehnen diesen Vorschlag ab, denn hier würden zusätzliche und neue unverhältnismässige administrative *Aufwände* anfallen. Solange die Anforderungen des RS eingehalten werden (und bspw. die Auditrechte gewahrt bleiben), entstehen weder für Kunden noch für den Finanzplatz Vorteile aus der Vorabmeldung. Die Meldung an die FINMA bringt hier keinen Zusatznutzen.

Die Definition Massen-CID gemäss RS "Operationelle Risiken" ist wenig tauglich bzw. wenig aussagekräftig. Je nach Grösse des Privatkundenportfolios ergeben sich für die Banken unterschiedliche absolute Schwellenwerte (was zu einer Ungleichbehandlung führt). Es ist sodann schwierig 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. Rz. 37 erscheint somit entbehrlich.

Auf jeden Fall sollte FINMA im Sinne der Rechtssicherheit aber klarstellen, was mit Massen CID im vorliegenden Kontext gemeint ist.

Randziffer 38:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu 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.

2. Begründung

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Rz 15. Zwar verlangen Art. 64-66 BankV von systemrelevanten Banken die Vorlage eines Stabilisierungsplanes sowie die Einreichung der für einen Abwicklungsplan der FINMA notwendigen Informationen. Die Frage der Sanier- und Liquidierbarkeit ist hingegen lediglich im Sinne eines Anreizsystems für systemrelevanten Bankengruppen vorgesehen (Kapitalrabatte bei Verbesserungen derselben). Daraus lassen sich Rechte der systemrelevanten Bank (Anspruch auf Kapitalrabatte), aber keine Rechtspflichten für die Unternehmen ableiten. Noch weniger lassen sich solche An-

forderungen verallgemeinern, wie dies im Entwurf zu dieser Randziffer postuliert wird. Hierfür besteht offensichtlich keine gesetzliche Grundlage. Ausserhalb der Anforderungen zum Notfallplan ergibt sich gerade keine Pflicht, die "Sanier- und Abwickelbarkeit zu "gewährleisten." Die entsprechenden Ausführungen im Entwurf sind daher zu streichen.

Damit bestreiten wir nicht, dass die Abwicklung von Banken eine Kernaufgabe der FINMA darstellt und dass sie hierfür die notwendigen Informationen benötigt. Im Fall eines Outsourcings sind die Daten vom Outsourcingprovider zur Verfügung zu stellen. Entsprechend schlagen wir eine Anpassung der Rz 38 vor.

Der *Zugriff* auf die für die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit notwendigen Daten soll gemäss Rz 38 jederzeit in der Schweiz möglich sein. Gemäss Erläuterungsbericht bedeutet dies "Lesbarkeit der Daten in der Schweiz". Vorab erscheint es uns nicht einsichtig, weshalb das ausländische Domizil eines Dienstleisters per se einen Einfluss auf die Abwicklung / Sanierbarkeit einer Unternehmung in der Schweiz haben sollte bzw. die Verfügbarkeit der Informationen deshalb per se eingeschränkt sein soll.

Zudem ist unklar, was *Lesbarkeit* im Inland bedeutet: Genügt ein regelmässiger Datentransfer oder müssen technische Schnittstellen auf sämtliche notwendigen Rohdaten beim Dienstleister möglich sein? Letzteres wäre freilich nur unverhältnismässig. Das Erfordernis sollte daher unseres Erachtens präzisiert werden.

Randziffer 40:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 40

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

2. Begründung

Der Beizug von Unterakkordanten sollte nur dann einer Genehmigung bedürfen, wenn die Dienstleistung des Unterakkordanten selbst als "wesentliche Dienstleistung" Gegenstand des Rundschreibens bilden könnte. Ansonsten würde dies zu unverhältnismässigem Aufwand ohne Zusatznutzen führen. Eine Genehmigung für die Auslagerung untergeordneter Tätigkeiten ist daher unseres Erachtens nicht sinnvoll. Dies sollte klargestellt werden.

Randziffern 43 ff.:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 43 – 45

Zusätzlich müssen systemrelevante Banken, deren direkter Anteil an den inländischen systemrelevanten Funktionen der Finanzgruppe insgesamt 5 Prozent übersteigt, bei der Auslagerung von kritischen Dienstleistungen folgende Punkte für den Zeitpunkt der (drohenden) Insolvenz vertraglich festhalten:

- ~~Die Das Recht der~~ Übertragung ~~barkeit~~ der kritischen Dienstleistung resp. des entsprechenden Vertragsverhältnisses durch die systemrelevante Bank ist zu gewährleisten;
- ~~Der Die Pflicht des~~ Dienstleisters, hat Gewähr dafür zu bieten, dass er seine Leistung fortzuführen nicht einstellt, solange das Unternehmen seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt. Ein allenfalls vorgesehene ordentliches Kündigungsrecht kann vorbehalten werden.

2. Begründung

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu den Anforderungen zum Notfallplan oben unter Rz..... Auch im vorliegenden Fall kann es nur um Anforderungen gehen, welche Bestandteil des Notfallplans sind. Gemäss art. 9 Abs. 2 lit. d BankG sind diese nicht umzusetzen, sondern im Notfallplan vorzusehen.

Art. 60 Abs. 3 BankV spricht alsdann zwar von "vorbereitend umzusetzen", aber nur "soweit dies für die ununterbrochene Weiterführung der systemrelevanten Funktionen notwendig ist". Im vorliegenden Zusammenhang kann dies nur bedeuten, dass die entsprechenden Vorkehren im Fall einer drohenden Insolvenz zum Tragen kommen bzw. Rechtswirkung entfalten müssen, hingegen nicht schon vorher umzusetzen sind. Die vorgeschriebenen vertraglichen Abreden müssen ihre Wirkung somit erst auf den Zeitpunkt der drohenden Insolvenz entfalten. Eine allgemeine Pflicht zur Übertragung von Vertragsverhältnissen oder zur Fortführung der vertraglichen Pflichten würde weit über die gesetzliche Verpflichtung hinausgehen und wäre auch nicht sachgerecht. Zudem erscheint es eine Selbstverständlichkeit, dass die Leistungspflicht während der Vertragsdauer grundsätzlich immer besteht, soweit sie vereinbart und die Gegenleistung erbracht wurde. Rz 43 ist damit zu präzisieren.

Rz 43 ff sind weiter zu absolut formuliert, insoweit über die Pflicht zur Fortführung der Dienstleistungen bei entsprechender Gegenleistung hinaus ein "Gewährleisten" verlangt wird. Die Fortführungspflicht lässt sich nur vertraglich vereinbaren, nicht aber deren "Gewährleistung." Das Verhalten ihrer Vertragspartei kann die Bank weder voraussehen noch im Ernstfall vorschreiben oder beeinflussen. Dies sollte in Rz 43 ff. durch eine entsprechende Formulierung reflektiert werden.

Im Sinne der Konsistenz sollte auch diese Rz ausschliesslich auf systemrelevante Banken, deren direkter Anteil an den inländischen systemrelevanten Funktionen der Finanzgruppe insgesamt 5 Prozent übersteigt, anwendbar sein.

Schliesslich könnte nicht vorgeschrieben werden, dass das ordentliche Kündigungsrecht auch im Zeitpunkt der drohenden Insolvenz vertraglich auszuschliessen sei. Eine vertraglich vorgesehene ordentliche Kündigung, unter Einhaltung der dafür vorgeschriebenen (allenfalls für diesen Fall aber längere) Kündigungsfrist, wird auch in solchen Fällen weiterhin möglich sein müssen. Wir schlagen deshalb vor, dies zur Klarheit ausdrücklich in den Rz zu reflektieren.

Randziffer 47:

1. Antrag

Änderungsvorschlag zu Rz 47

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

2. Begründung

Das vorgesehene Übergangsregime würde zu einem erheblichen Aufwand führen. Die Übergangsfrist von zwei Jahren für bestehende Verträge erscheint daher zu kurz bemessen. Wir beantragen deshalb die entsprechende Übergangsfrist um ein Jahr auf **drei** Jahre zu verlängern.

Zudem kann nicht jede nur so geringfügige Anpassung der Verträge zu einer unmittelbaren Geltung des Rundschreibens führen. Nur wenn ein Vertragsverhältnis grundlegend verändert wird, rechtfertigt sich auch eine umfangreichere Revision desselben.

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

1. 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

foreign banks . in switzerland .

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA
Michael Brügger

PER EMAIL
regulation@finma.ch

Zürich, 31 January 2017

FINMA Circular Outsourcing – Comments AFBS

Sir, Madam

On 6 December 2016 FINMA published the draft revision of its Circular Outsourcing for commentary. We take the opportunity to point out some aspects which are of particular relevance for foreign banks in Switzerland that belong to a foreign group, either as subsidiary or as a branch.

Principle based approach and scope of application

Our Association welcomes the principle-based approach of the draft revision. Within the specified framework the proposed Circular leaves sufficient room to design an outsourcing policy according to size, activities, legal set-up and risk exposure of each institute. As foreign banks in Switzerland are very often included into their respective group's outsourcing activities, the flexibility of the chosen approach allows to design an outsourcing policy which is compatible both with group-internal parameters and supervisory requirements.

In such group-wide outsourcing projects, many of the requirements on selection, instruction and controls are pre-set, and cannot be modified. It is still useful for the Swiss entity to follow the Circular's procedure, albeit in a formal way. Exception to this rule is Par 2. Banks are required to take into account the concentration risk, if several services are outsourced to the same partner firm. Whenever the outsourcing partner is the whole group, the concentration risk is managed and controlled on group-level; the responsible home country supervisor supervises the group-outsourcing. On the level of the Swiss entity, Business Continuity Plans assure that dependency of the Group is taken into proper account. We propose therefore that the Circular carves out the application of Par 24 to these kinds of projects in a suitable way.

Further, we suggest recognizing explicitly that activities, which a foreign bank undertakes with its branch in Switzerland, does not count as outsourcing. A branch is a dependent unity of a bank, and as such it is integrated into the parent entity in some cases by legal set-up (liquidity management, concentration and large exposure risk management, own capital activities), in other cases by organisational design. In neither case, a specific outsourcing contract is necessary. Of course, any outsourcing activities, which the branch maintains with third parties or with other group entities than its immediate parent company, would count as such and, thus, require the application of the Circular.

Data protection and Circular Outsourcing

We welcome the consistent separation of data protection issues from the outsourcing contract management. We, therefore, propose to clarify the comments in the explanatory report that outsourcing of CIDs (in the footnote the reference is made to mass-CID) is always a “material service”. This view contradicts the proposed separation of data protection from outsourcing aspects. We propose to repeal this requirement, even more so as this obligation is not included in the Circular itself. The report must not go beyond the requirements in the Circular.

We anticipate an increase in intra-group discussions on the outsourcing of all client data to an entity abroad. The Circular seems to allow such outsourcing, be it as full outsourcing or as outsourcing of processing activities (with direct access to process from outside to data stored in a server based in Switzerland). However, it would be very helpful to understand whether or not from FINMA's point of view there are limits of such outsourcing, as such far-reaching outsourcing agreements do not only affect confidentiality rules (i.e. bank secrecy), but possibly touch aspects of supervisory sovereignty.

Information on outsourcing of Mass CID's to FINMA

An information duty to FINMA is stipulated when mass-CIDs are outsourced. The wording raises questions on form and extent of the information: Is it a simple letter or does and will FINMA expect more information on the kind and scope of data, the reason of outsourcing, the granularity of the data? Moreover, the requirement is not easily implemented, as the term Mass-CID is very loosely defined in the Circular Operational Risk. Banks will apply different internal levels to define when information on mass-CID-outsourcing is needed. We are concerned that this leads to unnecessary discussions with auditors on compliance with the Circular.

Register

The Circular requires banks and insurance companies to keep a register. Reference is made to Form J, applicable for insurance companies only. We understand that the register for banks does not have to be more extensive than this form, as the Circular applies to both sectors. We propose that Par 22 explicitly states that banks keep a register equivalent to the Form J. This clarification on the content of the register facilitates the audit process.

Transition Period

Setting up the internal processes to include existing outsourcing agreements into the new framework will initially require time. As the definite features are only known when the Circular is published, it is not possible for banks to immediately apply the new processes to an outsourcing agreement. We propose that financial institutes are given an initial six-months period to allow alignments of processes, internal guidelines and documents. After that period, the new rules apply to new projects, while existing outsourcing projects (including those which were becoming effective in the initial 6 months period) will be aligned to the new requirements within the following 2 years.

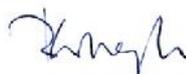
We thank you to take note of our proposals.

Best Regards

ASSOCIATION OF FOREIGN BANKS IN SWITZERLAND



Martin Maurer
General Secretary



Raoul Wuergler
Deputy General Secretary

Geschäftsstelle

Wallstrasse 8
Postfach
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66
Telefax 061 206 66 67
E-Mail 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 m.corti@vskb.ch

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 verunmöglicht** (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 berechtigte 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 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 Provider zuständigen Prüfgesellschaft ersetzbar sein muss. Rz 32 muss deshalb marktgängige 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

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA
Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Bearbeitet durch: F. Grossen, Rechtsanwältin
Direktwahl: 031 357 94 72

Bern, 30. Januar 2017

FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“

Sehr geehrter Herr Brügger
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zum geplanten Rundschreiben „Outsourcing – Banken und Versicherer“ Stellung zu nehmen. Gerne nehmen wir wie folgt Stellung:

III. Geltungsbereich

Wir sind der Auffassung, dass kleinere und mittlere Versicherungsunternehmen der Aufsichtskategorien 5, 4 und 3 generell vom Geltungsbereich ausgenommen werden sollten.

Im Besonderen gilt dies für die Krankenzusatzversicherer. Diesbezüglich ist unseres Erachtens zu berücksichtigen, dass die meisten Versicherer das KVG- und VVG-Geschäft formell in verschiedenen Rechtsträgern führen, gleichzeitig aber die administrative Abwicklung des Versicherungsgeschäfts durch eine einzige Gesellschaft erfolgt, sei dies durch eine Dienstleistungsgesellschaft oder durch einen der beiden Versicherer, in der Regel die KVG-Gesellschaft. Die Politik hat sich wiederholt gegen eine Trennung der Bereiche KVG und VVG ausgesprochen. Aus diesem Grund sollten die Bestimmungen des geplanten Rundschreibens, die das Führen des KVG- und VVG-Geschäfts aus einer Hand erschweren würden, für die Krankenzusatzversicherer keine Anwendung finden.

Hat ein Unternehmen, wie im Fall der Visana Versicherungen AG, die gesamte Durchführung des Versicherungsgeschäfts an eine gruppeninterne Dienstleistungsgesellschaft ausgelagert, die unter der gleichen Oberleitung und der gleichen operativen Führung wie das Versicherungsunternehmen selber steht (Direktor des Versicherungsunternehmens ist gleichzeitig CEO des Dienstleisters), ist es aus unserer Sicht aus Risikoüberlegungen nicht erforderlich und mit Blick auf die Verwaltungskosten auch nicht sinnvoll, wenn zahlreiche Aufgaben im Unternehmen selber verbleiben müssen und als Folge davon teure Doppelspurigkeiten entstehen. In einem solchen Fall sollte das Rundschreiben ebenfalls keine Anwendung finden.

IV. Zulässigkeit

Wir begrüßen die geplante Regelung, wonach die Auslagerung aller wesentlichen Dienstleistungen zulässig ist.

Nicht auslagerbar sind gemäss dem geplanten Rundschreiben die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle durch das Oberleitungsorgan, zentrale Führungsaufgaben der Geschäftsleitung sowie Funktionen, die das Fällen von strategischen Entscheiden umfassen. Nicht auslagerbar sind auch Entscheide über die Aufnahme und den Abbruch von Geschäftsbeziehungen sowie das Risikomanagement und die Compliance, wobei einzelne rein operative Aufgaben dennoch ausgelagert werden dürfen.

Die Bestimmungen werfen aus unserer Sicht verschiedene Fragen auf und sollten konkretisiert werden. Welche Führungsaufgaben der Geschäftsleitung werden als „zentral“ erachtet? Was für Funktionen sind gemeint mit Funktionen, die das Fällen von strategischen Entscheiden umfassen?

V. Anforderungen an auslagernde Unternehmen

In Rz. 27 wird festgehalten, dass unternehmensintern eine verantwortliche Stelle zu definieren ist, die für die Überwachung und Kontrolle des Dienstleisters zuständig ist. Dessen Leistungen sind fortlaufend zu überwachen und zu beurteilen.

Steht der gruppeninterne Dienstleister unter der gleichen Oberaufsicht und der gleichen operativen Führung wie das Versicherungsunternehmen selber, ist diese Vorgabe unseres Erachtens aus Risikoüberlegungen nicht erforderlich und mit Blick auf die dadurch resultierende Aufblähung der Verwaltungskosten nicht sinnvoll (vgl. Bemerkung oben).

VI. Auflagen und Ausnahmen

Wir begrüssen die Möglichkeit, dass die FINMA in begründeten Fällen Ausnahmen machen kann und von der Einhaltung des Rundschreibens ganz oder teilweise befreien kann.

Werden die Krankenzusatzversicherer resp. Versicherungsunternehmen mit der oben erwähnten Konstellation (Versicherungsunternehmen und Dienstleister stehen unter der gleichen Oberleitung und der gleichen operativen Führung) nicht ohnehin vom Geltungsbereich ausgenommen, ist es unseres Erachtens angezeigt, dass eine ganze oder teilweise Befreiung von der Pflicht zur Einhaltung des Rundschreibens erfolgt.

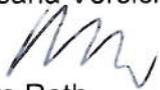
VII. Übergangsbestimmungen

Gemäss Rz. 49 gilt das Rundschreiben für Erstbewilligungen ab dessen Inkrafttreten. Für Änderungsgenehmigungen gilt es ab dem Zeitpunkt, in dem eine Geschäftsplanänderung zur Genehmigung unterbreitet bzw. mitgeteilt wird.

Diese Bestimmung sollte dahingehend präzisiert werden, dass das Rundschreiben für Änderungsgenehmigungen ab dem Zeitpunkt gilt, in dem der FINMA eine Geschäftsplanänderung gestützt auf Art. 4 Abs. 2 lit. j i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG mitgeteilt wird.

Mit freundlichen Grüssen

Visana Versicherungen AG


Urs Roth
Direktor


Franziska Grossen

EINSCHREIBEN

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herr Michael Brügger
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Ihre Referenz
Unsere Referenz
Datum

31. Januar 2017

Stellungnahme zum FINMA Rundschreiben „2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“

Zurich Insurance Group AG
Mythenquai 2
Postfach
CH-8022 Zürich

Sehr geehrter Herr Brügger

Telefon +41 (0)44 625 25 25
<http://www.zurich.com>

Gerne nehmen wir zum Entwurf des FINMA Rundschreibens „2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“ wie folgt Stellung:

Tel. direkt +41 44 625 37 61
ivan.javier.perez@zurich.com

1 Einleitende Bemerkungen

Die Zurich begrüsst grundsätzlich eine Regelung im Bereich des „Outsourcings“, da dies dem Bedürfnis der Zurich sowohl nach Sicherstellung einer einheitlichen Praxis für Versicherungen als auch nach Rechtssicherheit entspricht. Der vorliegende Entwurf des FINMA Rundschreibens „2017/xx „Outsourcing – Banken und Versicherer“ (das „Rundschreiben“) erweist sich jedoch bei genauerem Hinsehen als eine deutliche Verschärfung der bisherigen für den Versicherungssektor geltenden FINMA-Praxis. Diese Praxisverschärfung ist weder begründet noch sinnvoll. Zurich erachtet deshalb folgende Änderungen als zentral:

a Separates Rundschreiben für Banken und Versicherer

Wie bereits oben erwähnt, geht das Rundschreiben mit einer verschärften Outsourcing-Praxis der FINMA für den Versicherungsbereich einher, insbesondere was die Anforderungen an die Auswahl, Instruktion und Kontrolle und an die Prüfung und Aufsicht des Dienstleisters, die Anforderungen bei Auslagerungen ins Ausland sowie die vertraglichen Pflichten betrifft. Dies ist in erster Linie auf das Bestreben der FINMA zurückzuführen, Banken und Versicherer einer weitgehend einheitlichen Regelung zu unterstellen. Diese weitgehende Vereinheitlichung der Outsourcing-Praxis für Banken und Versicherer ist jedoch weder mit Blick auf das unterschiedliche Risikoprofil von Versicherern im Vergleich zu Banken noch aus rechtssystematischer Sicht zu rechtfertigen. Z.B. ist nicht nachvollziehbar, weshalb gewisse Anforderungen, welche mit Blick auf die Sanierung und Abwicklung von (systemrelevanten) Banken entwickelt wurden, auch für Versicherer gelten sollen. Ferner ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass wesentliche Auslagerungen von Versicherern gestützt auf Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG der

Genehmigung durch die FINMA unterliegen, während dies bei Banken nicht der Fall ist. Somit sind die Kontroll- und Eingriffsrechte der FINMA bei Versicherern deutlich ausgeprägter als bei Banken. Entsprechend erübrigt sich bei Versicherern im Bereich des Outsourcings die Übernahme des stark kontroll- und regelbasierter Regulationsansatzes, wie er im Rahmen der bisherigen FINMA-Praxis für Banken Anwendung findet. Die Zurich plädiert deshalb für die Beibehaltung einer separaten Regelung für Banken einerseits und Versicherungen andererseits, wobei bei Versicherern in erster Linie und sofern sinnvoll auf die bisherige Aufsichtspraxis abgestellt werden sollte.

b Erleichterte Anforderungen bei gruppeninternen Outsourcings

Die Zurich spricht sich im Weiteren für eine Unterscheidung zwischen gruppeninternen und gruppenexternen Outsourcings und damit verbundenen Erleichterungen bei gruppeninternen Outsourcings aus. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Gruppen in der Regel über ein gemeinsames Risiko- und Weisungssystem verfügen, dem alle Gruppengesellschaften unterstellt sind. Ferner ist die Bündelung von Know-how bzw. die Bildung von Know-how-Zentren für bestimmte Dienstleistungen bzw. Funktionen bei einem oder mehreren bestimmten Gruppenunternehmen, welche für andere Gruppenunternehmen Leistungen erbringen, aus Gründen der Qualität und Unabhängigkeit in vielen Fällen im Sinne einer effektiven Risikobegrenzung sinnvoll. Dies betrifft insbesondere auch die Kontrollfunktionen Risk Management und Compliance, weshalb z.B. die Auslagerung von Kontrollfunktionen mindestens innerhalb einer Gruppe keinen Beschränkungen unterliegen sollte. Ebenso erscheinen bei der Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters erleichterte Anforderung bei gruppeninternen Outsourcings angemessen.

c Lockerung der Anforderungen für Auslagerungen ins Ausland

Die von der FINMA in den Randziffern 36 – 38 vorgesehenen Anforderungen für Auslagerungen ins Ausland wären mit einem erheblichen administrativen und finanziellem Aufwand verbunden, wodurch Auslagerungen ins Ausland massiv erschwert würden. Auch könnten die vorgeschlagenen Regelungen dazu führen, dass den Versicherungsunternehmen faktisch der Zugang zu digitalen Technologien verunmöglich würde, z.B. im Bereich von Cloud-Lösungen. Damit würden Sie im Vergleich zur ausländischen Konkurrenz einen substantziellen Wettbewerbsnachteil erleiden. Dies gilt es zu vermeiden, weshalb Zurich eine Vereinfachung dieser Anforderungen fordert.

d Keine Anwendung der Outsourcing-Regelungen

Es muss sichergestellt werden, dass die neue Outsourcing-Regelung auf bereits vor Inkrafttreten dieser Regelung erfolgte Outsourcings nicht rückwirkend anwendbar ist. Die Übergangsbestimmungen sind entsprechend zu präzisieren.

Seite 3

2 Kommentare zu den einzelnen Randziffern

Für die Kommentare zu den einzelnen Randziffern verweist Zurich auf die Eingabe des Schweizerischen Versicherungsverbands (SVV) vom 31. Januar 2017.

Freundliche Grüsse
Zurich Insurance Group



Olivier Hirsbrunner
Head Group Regulatory Relations



Ivan J. Pérez
Group Regulatory Relations