

# Das neue Outsourcing Rundschreiben der FINMA





## HINTERGRUND UND KERNPUNKTE

Am 5. Dezember 2017 hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA das für Banken revidierte und für Versicherungen neu erlassene Rundschreiben «2018/3 Outsourcing – Banken und Versicherer» veröffentlicht. Das Rundschreiben tritt per 1. April 2018 in Kraft und definiert die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an den Umgang mit ausgelagerten Dienstleistungen von Banken, Effektenhändlern und Versicherungen.

Basierend auf den im Rahmen der über ein Jahr dauernden Anhörung eingegangenen Stellungnahmen von Banken, Effektenhändlern, Versicherungen und mittelbar Betroffenen wurde der im Dezember 2016 von der FINMA veröffentlichte Entwurf des Rundschreibens massgeblich abgeändert und in verschiedener Hinsicht entschärft.

Das neue Rundschreiben zeichnet sich im Gegensatz zu seinem Vorgänger dadurch aus, dass es konsequent prinzipienbasiert und technologieutral ausgestaltet ist. Dies mit dem erklärten Ziel, dass Institute die Anforderungen an ihre Auslagerungen in einer Weise umsetzen können, die ihren spezifischen Geschäftsmodellen und Risiken angemessen Rechnung trägt. Dieser von der FINMA neu verfolgte Ansatz rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil vom Rundschreiben neu nicht nur Banken und Effektenhändler, sondern auch Versicherungsunternehmen betroffen sind. Neben einer Stärkung der Eigenverantwortung der betroffenen Institute, die im Allgemeinen zu begrüssen ist, führt dieser neue Ansatz aber auch dazu, dass das Rundschreiben auf verschiedene Fragen keine konkreten Antworten mehr liefert. Die FINMA hat auch angekündigt, auf die bislang übliche Veröffentlichung von spezifischen «FAQ» oder anderen Auslegungshilfen zum Rundschreiben verzichten zu wollen.

Die wichtigsten Änderungen gegenüber dem bestehenden «Rundschreiben 2008/7 Outsourcing Banken» sind zusammengefasst die Folgenden:

- Das neue Rundschreiben findet neben schweizerischen Banken und Effektenhändlern sowie schweizerischen Zweigniederlassungen ausländischer Institute auch auf Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz und schweizerische Zweigniederlassungen von ausländischen Versicherern Anwendung.
- Für die Anwendbarkeit des Rundschreibens ist nach wie vor entscheidend, ob die Auslagerung wesentlich ist. Der Begriff der Wesentlichkeit wird prinzipienorientierter gestaltet und die Verantwortung dafür, zu bestimmen, ob eine ausgelagerte Tätigkeit wesentlich ist, wird dem auslagernden Institut übertragen. Der dem bislang geltenden Rundschreiben als Entscheidungsgrundlage für die Wesentlichkeit beigefügte Anhang wurde ersatzlos gestrichen. Eine ausgelagerte Funktion gilt dann als «wesentlich» im Sinne des neuen Rundschreibens, wenn von ihr aus Sicht des Outsourcers die Einhaltung der Ziele und Vorschriften der Finanzmarktaufsichtsgesetzgebung signifikant abhängt. Die betroffenen Institute können sich gemäss FINMA aber auch unter dem neuen Regime an der bisherigen Praxis für wesentliche Auslagerungen orientieren.

- Die mit Blick auf den Regelungsbereich des Rundschreibens sachfremden Verweise auf die datenschutzrechtlichen Vorgaben und das Bankkündengeheimnis wurden gestrichen. Diese bleiben aber weiterhin anwendbar.
- Über die ausgelagerten Funktionen ist neu ein stets aktuell zu haltendes Inventar zu führen, in dem die ausgelagerte Funktion umschrieben und der Erbringer, der Empfänger sowie die unternehmensintern für das Outsourcing verantwortliche Stelle genannt wird. Die Führung dieses Inventars wird für die betroffenen Institute zusätzlichen Aufwand verursachen.
- Die auslagernden Unternehmen sind verpflichtet, vor der Auslagerung eine Analyse der mit dem Outsourcing verbundenen Chancen und Risiken vorzunehmen.
- Für konzern- bzw. gruppeninterne Auslagerungen sind keine spezifischen Ausnahmen vorgesehen. Stattdessen legt das Rundschreiben fest, dass mit Blick auf bestimmte Anforderungen die Verbundenheit im Konzern bzw. in der Gruppe berücksichtigt werden kann.
- Bei Auslagerungen ins Ausland entfällt neu der früher erforderliche Nachweis der Prüfmöglichkeiten mittels Beibringung eines Rechtsgutachtens oder einer behördlichen Bestätigung. Die auslagernden Institute tragen aber nach wie vor die Verantwortung dafür, dass die Durchsetzung der Prüfrechte des Unternehmens, seiner Prüfgesellschaft sowie der FINMA bei Auslagerungen ins Ausland gewährleistet bleibt.
- Das Erfordernis einer separaten Orientierung von Kunden bei Auslagerungen ins Ausland, die Kundendaten zum Gegenstand haben, entfällt. Eine Pflicht zur Information des Kunden kann sich aber wie bisher aus den gesetzlichen Bestimmungen zum Datenschutz und Bankgeheimnis ergeben (vgl. «Regelungen zum Datenschutz und Bankkündengeheimnis» unten).

Gegenüber dem im Dezember 2016 veröffentlichten Vorentwurf wurden aufgrund der Kritik im Anhörungsverfahren zudem die zusätzlichen Anforderungen an die Auslagerung von Dienstleistungen bei systemrelevanten Banken aus dem Rundschreiben entfernt. Solche Institute sind allerdings weiterhin dazu verpflichtet, in ihrem Notfallplan zu beschreiben, wie die Auslagerung von Dienstleistungen mit dem Erfordernis zur Aufrechterhaltung systemrelevanter Funktionen im Notfall zu vereinbaren ist und müssen darlegen, dass die Auslagerung die Restrukturierung bzw. die geordnete Abwicklung im Insolvenzfall nicht erschwert.

Das revidierte Outsourcing-Rundschreiben tritt per 1. April 2018 in Kraft. Für *Banken* und *Effektenhändler* besteht eine fünfjährige Übergangsfrist bis zum 1. April 2023 zur Anpassung der bestehenden Outsourcing-Verträge an die neuen aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen. Bei einer früheren Anpassung von vertraglichen Grundlagen oder dem Abschluss neuer Outsourcing-Verträge sind die Bestimmungen des neuen Rundschreibens ab dessen Inkrafttreten zu berücksichtigen. Für neue Versicherungsunternehmen findet das Rundschreiben ab dem 1. April 2018 unmittelbar Anwendung. Übrige Versicherer sind von den neuen Regeln erst bei einer Geschäftsplanänderung betroffen.

# REGELUNGSINHALT

## 1. Zweck

Das Rundschreiben legt die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Outsourcing-Lösungen von Banken, Effektenhändlern und Versicherungsunternehmen fest, indem es Vorgaben zur Organisation von Auslagerungen macht. Zweck des Rundschreibens ist es, die mit Auslagerungen verbundenen Risiken zu begrenzen.

Nicht mehr vom Zweck und Regelungsgegenstand des Rundschreibens erfasst sind datenschutzrechtliche Aspekte sowie Fragen im Zusammenhang mit dem Geschäfts- und Bankkundengeheimnis. Mit dem Verzicht auf die Regelung dieser Themen soll eine klare Abgrenzung zwischen den aufsichtsrechtlichen Anforderungen der FINMA und den datenschutz-, straf- und privatrechtlichen Vorgaben erreicht werden. Die allgemeinen gesetzlichen Anforderungen zum Datenschutz sowie zum Bankkundengeheimnis sind jedoch weiterhin auch für die dem Rundschreiben unterliegenden Auslagerungen zu beachten.

## 2. Begriffe

Ein *Outsourcing (Auslagerung)* liegt nach dem revidierten Rundschreiben vor, wenn ein Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbstständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Funktion ganz oder teilweise zu erfüllen.

Als *Unternehmen* im Sinne des Rundschreibens geltend sämtliche von dessen Geltungsbereich erfassten Institute.

Im Gegensatz zum bestehenden Rundschreiben bezieht sich das neue Rundschreiben auf die Auslagerung einer *Funktion* und nicht mehr auf die Auslagerung einer *Dienstleistung*. Laut FINMA handelt es sich dabei um eine rein terminologische Anpassung, ohne dass sich im Vergleich zum bisherigen Rundschreiben materiell etwas ändern würde. Die Anforderungen der *selbstständigen* und *dauernden* Erfüllung der Funktion bleibt unverändert.

Für die Anwendbarkeit des Rundschreibens ist nach wie vor entscheidend, ob die Auslagerung wesentlich ist. Im Gegensatz zum bestehenden Regime wird der Begriff der *Wesentlichkeit* abstrakt umschrieben: Wesentlich sind gemäss der neuen Vorgabe jene Funktionen, von denen die Einhaltung der Ziele und Vorschriften der Finanzmarktaufsichtsgesetzgebung signifikant abhängt. Wann diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt vom auslagernden Institut ab und ist eigenverantwortlich von diesem zu bestimmen. Der dem bestehenden Rundschreiben als Entscheidungsgrundlage beigefügte Anhang mit Beispielen für wesentliche und unwesentliche Auslagerungen wurde ersatzlos gestrichen. Immerhin macht die FINMA klar, dass bei Banken die bisherige Praxis für die Beurteilung der Wesentlichkeit grundsätzlich weitergeführt wird. Bei Versicherungen werden in Übereinstimmung mit der bestehenden Aufsichtspraxis diejenigen Dienstleistungen als wesentlich gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG erachtet, die untrennbar mit dem Betrieb des Unternehmens verbunden sind. Hierunter fallen z.B. die Produktion, die Bestandesverwaltung, die Schadenregulierung, das Rechnungswesen, die Vermögensanlage und -verwaltung sowie die IT. Zudem beurteilt die FINMA vor dem Hintergrund von Art. 96 Abs. 4 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (AVO) neu auch das Risikomanagement und die Compliance als wesentliche Funktionen im Sinne des Rundschreibens.

Wie aus dem Anhörungsbericht hervorgeht, besteht bei Banken eine Vermutung dafür, dass eine Auslagerung, die dem Leistungserbringer Zugang zu Massen-Kundenidentifikationsdaten (sog. Massen-CID)<sup>1</sup> gewährt, als wesentlich einzustufen ist. Die Vermittlung des Zugangs zu bloss einzelnen Kundenidentifikationsdaten ist dagegen nicht von der Wesentlichkeitsvermutung erfasst.

Bei Versicherungen ist für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer Auslagerung mit Bezug auf Daten der Versicherten darauf abzustellen, wie stark die Interessen der Versicherten betroffen sind.

## 3. Geltungsbereich

Das revidierte Rundschreiben gilt wie bis anhin für Banken und Effektenhändler mit Sitz in der Schweiz sowie schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Banken und Effektenhändler. Neuerdings ebenfalls von diesem erfasst sind schweizerische Versicherungsunternehmen sowie bewilligungspflichtige Zweigniederlassungen ausländischer Versicherungsunternehmen.<sup>2</sup> Die Erfassung von schweizerischen Zweigniederlassungen ausländischer Finanz- bzw. Versicherungsinstitute wird damit begründet, dass diese der Aufsicht der FINMA unterstehen und der Regulator entsprechend dazu in der Lage sein muss, zu prüfen, ob die Dienstleistungserbringung aufsichtsrechtlich einwandfrei erfolgt.

Nicht mehr vom Anwendungsbereich des Rundschreibens erfasst sind sog. Finanzgruppen und -konglomerate, da diese als wirtschaftliche Einheit nicht Partei eines Auslagerungskontrakts sein können. Die Risiken im Zusammenhang mit Auslagerungen müssen bei solchen Gruppen jedoch aus einer konsolidierten Sicht evaluiert werden.

Ebenfalls nicht erfasst sind (originäre) Auslagerungen wesentlicher Funktionen von ausländischen Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen eines Instituts mit Sitz in der Schweiz. In diesem Fall obliegt die Kontrolle der Auslagerungen der zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörde.

Der in der Anhörung vorgebrachte Einwand, wonach sich aufgrund der bereits bestehenden gesetzlichen Grundlagen für Auslagerungen sowie für die Bewilligungspflicht der Geschäftspläne (Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG) bei Versicherungsunternehmen ein separates Outsourcing-Rundschreiben aufdränge, wurde von der FINMA nicht berücksichtigt. Ebenfalls nicht entsprochen wurde der Forderung nach einer generellen Ausnahmeregelung bzw. Befreiung von den Anforderungen für Finanzmarktinfrastrukturen als Anbieter von Outsourcing-Dienstleistungen (z.B. die SIX Group AG). Auch solche Auslagerungen sind vom Anwendungsbereich des Rundschreibens erfasst.

## 4. Genehmigungspflicht und Zulässigkeit

### (a) Genehmigungspflicht

Bei Banken und Effektenhändlern ist die Auslagerung von wesentlichen Funktionen wie bis anhin grundsätzlich nicht genehmigungspflichtig. Dagegen ist das Outsourcing wesentlicher Funktionen bei Versicherungsunternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. j i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG geschäftsplanrelevant, womit es von der FINMA wie bisher bewilligt werden muss.

<sup>1</sup> In Rz. 53 von Anhang 3 zum FINMA-Rundschreiben 2008/21 «Operationelle Risiken – Banken» werden «Massen-CID» (Massen-Kundenidentifikationsdaten) als Menge von CID definiert, die im Vergleich zur Gesamtzahl der Konten/Gesamtgrösse des Privatkundenportfolios bedeutend ist.

<sup>2</sup> Bislang war die Auslagerung von Funktionen durch Versicherungsunternehmen im Rundschreiben 2017/5 «Geschäftspläne Versicherungen» und den Erläuterungen der FINMA hierzu sehr restriktiv geregelt.

## (b) Zulässigkeit

Dem Grundsatz nach können sämtliche wesentlichen Funktionen von Banken, Effektenhändlern und Versicherungen ausgelagert werden. Hiervon bestehen die folgenden Ausnahmen:

Nicht auslagerbar sind wie bereits unter der heute geltenden Regelung die Oberleitung, die Aufsicht und die Kontrolle durch das oberste Leitungsorgan (Verwaltungsrat), zentrale Führungsaufgaben der Geschäftsleitung sowie Entscheide über die Aufnahme und den Abbruch von Geschäftsbeziehungen. Zusätzlich können neu auch Funktionen, die das Fällen von strategischen Entscheiden betreffen, nicht ausgelagert werden. Da diese Funktionen wohl bereits im Begriff der Oberleitung eingeschlossen sind, dürfte diese Ergänzung in der Praxis allerdings nicht von materieller Bedeutung sein. Der Hinweis auf Entscheidfunktionen betreffend die Aufnahme und den Abbruch von Geschäftsbeziehungen erscheint sehr weitgehend. Um eine überschüssige Anwendung zu verhindern, sollte diese Einschränkung so ausgelegt werden, dass es sich um Geschäftsbeziehungen handeln muss, die für das betreffende Unternehmen von einer gewissen Tragweite sind.

Ebenfalls nicht ausgelagert werden können die nicht-operativen Risikomanagement- und Compliance-Aufgaben. Diese Funktionen müssen in jedem Fall im Unternehmen verbleiben und in einer Weise ausgestaltet sein, die es ermöglicht, den ausgelagerten Bereich zu steuern und zu überwachen. Bei Unternehmen der Aufsichtskategorien 1 bis 3 werden die Risikomanagement- und Compliance-Aufgaben von einer unabhängigen Kontrollinstanz wahrgenommen. Bei Unternehmen der Aufsichtskategorien 4 und 5 genügt es, wenn eine hierfür bezeichnete Person in der Geschäftsleitung für die angemessene Beurteilung und Handhabung der Risiken im Zusammenhang mit der ausgelagerten Funktion besorgt ist. Operative Risikomanagement- und Compliance-Aufgaben (im Sinne des «Alltagsgeschäfts») können dagegen bei Unternehmen aller Aufsichtskategorien ausgelagert werden. Werden die Risikomanagement- und Compliance-Aufgaben auf Gruppenebene wahrgenommen, können auf Stufe der einzelnen Rechtseinheit daraus folgende Synergien genutzt werden, wobei aber auch in diesem Fall das oberste Leitungsorgan sowie die Geschäftsleitung der fraglichen Rechtseinheit für die angemessene Risikokontrolle auf Stufe des Rechtsträgers verantwortlich bleibt.

Das neue Regime bringt eine wesentliche Erleichterung für Versicherungsunternehmen mit sich, da diese bis anhin nicht mehr als zwei von drei Kernfunktionen auslagern durften.

Zusätzliche Erleichterungen bestehen für die Auslagerung von Führungs- und Kontrollfunktionen bei Versicherungscaptives. Einerseits kann das Management von Direkt- und Rückversicherungscaptives mit Sitz in der Schweiz (einschliesslich zentraler Führungsaufgaben der Geschäftsleitung) auf spezialisierte Captive-Management-Gesellschaften ausgelagert werden. Andererseits ist eine Auslagerung des Managements von Zweigniederlassungen ausländischer Direktversicherungscaptives innerhalb des Konzerns oder auf spezialisierte Captive-Management-Gesellschaften möglich, wobei in diesem Fall die aufsichtsrechtliche Funktion des Generalbevollmächtigten nicht eingeschränkt werden darf. Diese Regelung für Versicherungscaptives deckt sich mit der bisherigen Praxis der FINMA.

## 5. Anforderungen an auslagernde Unternehmen

### (a) Inventarisierung der ausgelagerten Funktionen

Als neues Element sieht das Rundschreiben die Pflicht zur Inventarisierung der ausgelagerten Funktionen vor: Vom Geltungsbereich des Rundschreibens erfasste Institute

müssen über ausgelagerte Funktionen, welche die Wesentlichkeitsschwelle erreichen (vgl. «2. Begriffe» oben), ein aktuell zu haltendes Inventar führen.

In das Inventar sind eine Umschreibung der ausgelagerten Funktion, der Erbringer (einschliesslich etwaiger Unterakkordanten) und der Empfänger der Dienstleistung sowie die unternehmensintern für die Auslagerung verantwortliche Stelle aufzunehmen. Für die Frage, ob ein Unterakkordant im Inventar erwähnt werden muss oder nicht, ist es entscheidend, ob dessen Beitrag als wesentlich im Sinne des Rundschreibens zu beurteilen ist. Dies kann auch bei repetitiven oder austauschbaren Tätigkeiten der Fall sein. Die Nennung der verantwortlichen Stelle innerhalb des Unternehmens ist ein direkter Ausfluss der Pflicht, die ausgelagerte Funktion in das interne Kontrollsystem (IKS) des auslagernden Instituts zu integrieren (vgl. «5.(e) Sicherheit» unten). Aus der Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung bzw. dem Erbringer muss nach Auffassung der FINMA in jedem Fall ersichtlich sein, ob Massen-Kundenidentifikationsdaten ins Ausland ausgelagert werden.

Aufgrund der Inventarisierungspflicht muss das auslagernde Institut sicherstellen, dass ihm diejenigen Informationen, die nur beim Dienstleister verfügbar sind, von Letzterem bekannt gegeben werden. Dies betrifft insbesondere die Identität der eingesetzten Unterakkordanten. Für die Dienstleister bedeutet dies, dass sie gegenüber dem Auftraggeber eine grössere Transparenz gewährleisten müssen.

Für Versicherungsunternehmen sieht das Rundschreiben vor, dass das Inventar Gegenstand des Geschäftsplanformulars J<sup>3</sup> ist. Das Inventar bzw. Änderungen an diesem sind per se nicht Gegenstand einer Melde- bzw. Genehmigungspflicht. Genehmigungspflichtig sind jedoch die Outsourcing-Verträge und die im Geschäftsplanformular J ausdrücklich als solche bezeichneten Elemente (dunkelblaue Hinterlegung). Der im Rahmen der Anhörung gemachte Antrag, wonach auch für Banken ein Musterformular für die Erfüllung der Inventarisierungspflicht bereitgestellt werden soll, wurde nicht umgesetzt.

### (b) Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters

Wie bis anhin müssen die Anforderungen an die Leistungserbringung vor dem Vertragsabschluss festgelegt und dokumentiert werden. Im Gegensatz zum alten Rundschreiben fehlt aber ein Hinweis darauf, dass die «genauen» Anforderungen festzulegen sind. Die Vorgaben wurden in Bezug auf diesen Aspekt damit leicht gelockert. Die Festlegung der Leistungserbringung beinhaltet neu eine Risikoanalyse, die die wesentlichen ökonomischen und operativen Überlegungen und die mit der Auslagerung verbundenen Chancen und Risiken einschliesst. Mit dem Einbezug ökonomischer und operativer Überlegungen fliessen auch Aspekte in den aufsichtsrechtlichen Anforderungskatalog mit ein, die an sich nicht von aufsichtsrechtlicher Relevanz sind. Eine Abschwächung dieses Punkts erfolgt aber dadurch, dass nur die *wesentlichen* Überlegungen einfließen müssen.

Bei der Auswahl des Dienstleisters müssen dessen professionelle Fähigkeiten sowie finanzielle und personelle Ressourcen berücksichtigt und geprüft werden. Werden mehrere Funktionen an denselben Dienstleister ausgelagert, so ist zudem dem Konzentrationsrisiko angemessen Rechnung zu tragen. Die Bezugnahme auf etwaige Konzentrationsrisiken wurde in der Anhörung kritisiert, da Dienstleistungen aus einer Hand auch Vorteile in Form einer Kosten- und Komplexitätsreduktion mit sich bringen können und mitunter auch robuster sind. Auch wenn dieser Aspekt keinen Eingang in das Rundschreiben gefunden hat, sollten allfällige Vorteile einer Konzentration wie z.B. die Reduktion von Schnittstellenrisiken im IT-Bereich in die allgemeine

<sup>3</sup> Erhältlich unter <<https://www.finma.ch/de/bewilligung/versicherungen/geschaeftsplan/>>.



Beurteilung von Konzentrationsrisiken einfließen dürfen. Im Übrigen ist anzumerken, dass Auslagerungen mehrerer Funktionen an denselben Provider nicht per se ein unzulässiges Konzentrationsrisiko bedeuten. Ebenfalls in die Evaluation einfließen müssen schliesslich die Möglichkeiten und die Folgen eines Wechsels des Dienstleisters. Die geordnete Rückführung der ausgelagerten Funktion muss sichergestellt sein. Sodann muss der Dienstleister Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung bieten.

Das revidierte Rundschreiben verlangt weiter, dass die Zuständigkeiten des Unternehmens und des Dienstleisters vertraglich festzulegen und abzugrenzen sind und insbesondere die Frage der Schnittstellen und Verantwortlichkeiten zu regeln ist.

Wie bereits unter dem bestehenden Regime wird verlangt, dass die ausgelagerte Funktion in das interne Kontrollsystem (IKS) des auslagernden Instituts zu integrieren ist. Die mit der Auslagerung verbundenen wesentlichen Risiken sind systematisch zu identifizieren, zu überwachen, zu quantifizieren und zu steuern. Die Überwachung und Kontrolle des Leistungserbringers muss dabei durch eine interne Stelle des auslagernden Unternehmens erfolgen. Schliesslich muss sich das Unternehmen die zur Überwachung und Kontrolle notwendigen Weisungs- und Kontrollrechte vom Dienstleister vertraglich einräumen lassen.

### **(c) Konzern- bzw. gruppeninterne Auslagerungen**

Das Rundschreiben gilt grundsätzlich auch bei Auslagerungen innerhalb einer Unternehmensgruppe. Im Zusammenhang mit der Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters (vgl. «5.(b) Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters» oben) sowie der vertraglichen Ausgestaltung des Auslagerungsverhältnisses (vgl. «5.(h) Vertrag» unten) kann die Verbundenheit im Konzern bzw. in der Gruppe allerdings berücksichtigt werden, sofern die mit der Auslagerung typischerweise verbundenen Risiken im Gruppenkontext nachweislich nicht bestehen oder gewisse Anforderungen nicht relevant bzw. anders geregelt sind.

So muss zum Beispiel das Auswahlverfahren bei einem internen Dienstleister nicht gleich umfangreich sein wie bei einem externen Dienstleister, insbesondere wenn die Dienstleistungsqualität des internen Leistungserbringers bereits bekannt ist. In Fällen, bei denen eine beherrschende Beteiligung am Dienstleister besteht, können bei internen Dienstleistungen die Kontrollrechte stärker ausgeübt werden als dies gegenüber einem unbeteiligten Dritten der Fall wäre. Es besteht mithin eine faktische Kontrollmöglichkeit. Sodann dürfte es im Konzern regelmässig auch möglich sein, die vorgängige Risikoanalyse mit Blick auf die Auslagerung anders auszugestalten als bei einer Auslagerung an einen externen Dienstleister. Weiter können im Konzernverbund geringere Dokumentationsanforderungen bestehen (vgl. «5.(h) Vertrag» unten). Schliesslich können nach der hier vertretenen Auffassung die Konzentrations- und Wechselrisiken bei

gruppeninternen Auslagerungen mangels Relevanz in diesem Kontext unberücksichtigt bleiben (vgl. hierzu «5.(b) Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters» oben).

Trotz dieser Beispiele dürfte es aufgrund der im Rundschreiben enthaltenen (alternativen) Erfordernisse der «nachweislich» nicht bestehenden Risiken, der «fehlenden Relevanz» gewisser Anforderungen oder der «anderen Regelung» bestimmter Anforderungen für die betroffenen Institute zuweilen schwierig sein, zu beurteilen, ob bei gruppeninternen Auslagerungen gewisse Vorgaben des Rundschreibens keine Anwendung finden. Damit die Möglichkeit zur Berücksichtigung des Gruppenkontext in der Praxis nicht bedeutungslos bleibt, sollten an die Nachweis- bzw. Relevanzanforderungen nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Bei Finanzkonzernen, die von einer ausländischen Aufsichtsbehörde reguliert werden, dürften auch die für diese geltenden ausländischen Vorgaben betreffend Auslagerungen angemessen zu berücksichtigen sein.

### **(d) Verantwortung**

Wie bereits bisher legt auch das neue Rundschreiben fest, dass das Unternehmen gegenüber der FINMA trotz der Auslagerung weiterhin dieselbe Verantwortung trägt, wie wenn es die ausgelagerte Funktion selbst erbringen würde. Zusätzlich verlangt das Rundschreiben, dass das auslagernde Institut die ordnungsgemässe Geschäftsführung jederzeit gewährleisten muss.

### **(e) Sicherheit**

Bei sicherheitsrelevanten Auslagerungen (namentlich im Bereich IT) sind durch das Unternehmen und den Dienstleister vertraglich die Sicherheitsanforderungen festzulegen, deren Einhaltung zudem vom Auftraggeber überwacht werden muss. Sodann ist ein Sicherheitsdispositiv zu erarbeiten, das die Weiterführung der ausgelagerten Funktion in Notfällen erlaubt. Bei der Erarbeitung dieses Sicherheitsdispositivs hat das auslagernde Unternehmen denselben Sorgfaltsmassstab anzuwenden, wie wenn es die ausgelagerte Funktion selbst erbringen würde.

In Übereinstimmung mit dem neuen prinzipienorientierten und technologieneutralen Ansatz lässt das Rundschreiben den betroffenen Instituten einen relativ grossen Freiraum bei der Festlegung der Sicherheitsanforderungen. Spezifische Standards werden nicht vorgegeben. Zudem wird die Pflicht zur Bestimmung von konkreten Sicherheitsanforderungen auf sicherheitsrelevante Outsourcings beschränkt, wobei die Frage, ob ein solches vorliegt, vom auslagernden Institut zu beantworten ist. Wie die Sicherheitsanforderungen bei sicherheitsrelevanten Auslagerungen konkret umzusetzen sind, muss gemäss FINMA institutsspezifisch und in Abhängigkeit der ausgelagerten Tätigkeit, der konkreten Risiken sowie der verwendeten Systeme und Technologien im Einzelfall beurteilt werden.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Soweit Kundendaten betroffen sind, ergibt sich im Übrigen bereits aus der Datenschutzgesetzgebung die Pflicht, die angemessenen organisatorischen und technischen Massnahmen zum Schutz der Daten zu treffen, bzw. die Pflicht des auslagernden Unternehmens, den Dienstleister auf solche Sicherheitsmassnahmen zu verpflichten und deren Umsetzung zu überwachen (vgl. «Regelungen zum Datenschutz und Bankkundengeheimnis» unten).

Die Anforderungen an das Sicherheitsdispositiv werden im Vergleich zum bestehenden Rundschreiben reduziert: Neu muss das Sicherheitsdispositiv nicht mehr sämtliche voraussehbaren Notfälle abdecken, sondern «nur» noch die Weiterführung der ausgelagerten Funktion in Notfällen erlauben. Der Umfang des Sicherheitsdispositivs ist von den betroffenen Instituten im Rahmen der Risikoanalyse eigenverantwortlich festzulegen. Dabei sollen laut FINMA als Mindeststandard auch die Selbstregulierungen des Schweizerischen Versicherungsverbands bzw. der Schweizerischen Bankiervereinigung berücksichtigt werden.

#### **(f) Prüfung und Aufsicht**

Wie bereits unter dem bestehenden Regime sieht das revidierte Rundschreiben vor, dass sowohl das auslagernde Unternehmen als auch dessen Prüfgesellschaft sowie die FINMA in der Lage sein müssen, die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen beim Dienstleister zu prüfen. Hierzu ist ihnen vertraglich ein jederzeitiges, vollumfängliches und ungehindertes Einsichts- und Prüfrecht in Bezug auf den ausgelagerten Geschäftsbereich einzuräumen. Die Prüftätigkeiten können an die Revisionsstelle des Dienstleisters delegiert werden, sofern diese über die erforderlichen fachlichen Kompetenzen verfügt. Im neuen Rundschreiben nicht mehr enthalten ist der Verweis auf die interne Revision des auslagernden Unternehmens. Da die interne Revision ein Teil des auslagernden Unternehmens bildet, ändert dies jedoch nichts am Bedeutungsgehalt des Prüfrechts. Im Übrigen entsprechen die Anforderungen an das jederzeitige Prüf- und Einsichtsrecht weitgehend denjenigen, welche bereits unter dem Rundschreiben 2008/7 anwendbar waren.

In Bezug auf die Begriffe «jederzeit», «vollumfänglich» und «ungehindert» stellt die FINMA vor dem Hintergrund der in der Anhörung geäußerten Kritik am Prüfungs- und Aufsichtserfordernis klar, dass diese nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ausgelegt werden müssen. So sei es zulässig, wenn Prüfungshandlungen nur unter Gewährung einer angemessenen Vorlaufzeit durchgeführt werden können. Sodann beziehe sich das Erfordernis der vollumfänglichen Einsichts- und Prüfrechts nur auf aufsichtsrechtlich relevante Sachverhalte. Ferner beschränke sich der Begriff «ungehindert» auf die ausgelagerte Funktion; dieses Erfordernis sei auch dann erfüllt, wenn die Prüf- und Einsichtsrechte nur unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse Dritter wahrgenommen werden können. Schliesslich weist die FINMA darauf hin, dass insbesondere im IT-Bereich (z.B. bei der Nutzung einer Cloud-Infrastruktur) die Präsenz vor Ort nicht in jedem Fall zwingend erforderlich sei. Vielmehr sei es auch denkbar, dass das Einsichtsrecht über Distanz ausgeübt werde.

#### **(g) Auslagerungen an ausländische Dienstleister**

Auslagerungen ins Ausland sind zulässig, sofern das Unternehmen ausdrücklich zusichern kann, dass es selber, seine Prüfgesellschaft sowie die FINMA ihre Einsichts- und Prüfrechte wahrnehmen und durchsetzen können.

Das bisher vorgesehene formelle Erfordernis eines vorgängigen Nachweises der Prüfmöglichkeit im Ausland mittels Rechtsgutachten oder (alternativ) einer Bestätigung einer ausländischen Aufsichtsbehörde wurde gestrichen. Diese Streichung ist darauf zurückzuführen, dass unter dem bestehenden Regime Nachweise von Prüfrechten im Ausland mittels Rechtsgutachten in der Praxis in vielen Fällen entweder gar nicht oder lediglich mit zahlreichen Einschränkungen (so zum Beispiel bei Auslagerungen nach Deutschland) erbracht werden konnten und bei einer strikten Auslegung der Norm viele – durchaus gängige – Auslagerungsdestinationen eigentlich hätten weggefallen müssen. Bestätigungen von ausländischen Aufsichtsbehörden waren in der Praxis nicht von Relevanz.

Trotz der Streichung des formellen Erfordernisses eines Nachweises sind die auslagernden Institute nicht davon entbunden, die Prüfrechte bei einer Auslagerung ins Ausland «angemessen abzuklären». Wie bisher tragen sie aus Sicht der FINMA die Verantwortung dafür, dass die Prüfrechte (sowie die faktische Möglichkeit einer Prüfung) auch bei Auslagerungen ins Ausland gewährleistet bleiben. Dieses – nicht direkt in das Rundschreiben aufgenommene – Erfordernis einer «angemessenen Abklärung» dürfte durch ein Rechtsgutachten bzw. eine Einschätzung einer mit der fraglichen Rechtsordnung vertrauten Rechtsabteilung des auslagernden Instituts oder des Dienstleisters erfüllt werden können.

Neu hält das Rundschreiben ausdrücklich fest, dass die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des auslagernden Unternehmens in der Schweiz gewährleistet sein muss. Um dies zu gewährleisten, muss der Zugriff auf die dafür benötigten Informationen in der Schweiz jederzeit möglich sein. Dieses Erfordernis ist bei Banken auch dann erfüllt, wenn von der Schweiz aus auf die Daten zugegriffen werden kann, was bei Informationen in digitalisierter Form regelmässig der Fall sein dürfte.

Werden Massen-Kundenidentifikationsdaten ins Ausland ausgelagert, muss dies in jedem Fall aus der Umschreibung der ausgelagerten Dienstleistung bzw. des Erbringers im von der auslagernden Unternehmung zu führenden Inventar hervorgehen (vgl. II.5.(a)).

#### **(h) Vertrag**

Auslagerungen müssen auch unter dem revidierten Rundschreiben auf einem schriftlichen Vertrag beruhen. Dieser muss neben einer Beschreibung der ausgelagerten Funktion einen gewissen Mindestinhalt aufweisen. Hierzu gehört eine Regelung, wonach der Beizug von Unterakkordanten, die wesentliche Funktionen erbringen, von der vorgängigen Genehmigung des auslagernden Unternehmens abhängig zu machen ist. Einem solchen Unterakkordanten müssen zudem die Pflichten und Zusicherungen des Leistungserbringers, die zur Erfüllung des Rundschreibens erforderlich sind, überbunden werden. Im Gegensatz zum bestehenden Regime muss die Zustimmung zum Beizug von Unterakkordanten nicht mehr zwingend schriftlich erfolgen. Sodann wird die aktuelle Regelung insofern entschärft, als dass die vorgängige Genehmigungspflicht nur dann besteht, wenn der Leistungserbringer *wesentliche* Teile an einen Unterakkordanten weiter auslagert.

Zusätzlich sind vertragliche Vorkehrungen zur Umsetzung der übrigen Vorgaben des Rundschreibens zu treffen. Dies betrifft insbesondere die folgenden Punkte:

- Vertragliche Einräumung der erforderlichen Weisungs- und Kontrollrechte zugunsten des auslagernden Unternehmens gegenüber dem Leistungserbringer.
- Vertragliche Festlegung der Sicherheitsanforderungen bei sicherheitsrelevanten Auslagerungen (namentlich im Bereich IT).
- Vertragliche Einsichts- und Prüfrechte zugunsten des auslagernden Unternehmens, dessen Prüfgesellschaft und der FINMA.
- Vertragliche Verpflichtung des Dienstleisters, der FINMA sämtliche für die Aufsichtstätigkeit benötigten Auskünfte und Unterlagen in Bezug auf den ausgelagerten Geschäftsbereich zur Verfügung zu stellen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Dienstleister selbst der Aufsicht der FINMA untersteht.
- Regelung der Wahrnehmung der Einsichts- und Prüfrechte durch den Auftraggeber, dessen Prüfgesellschaft und die FINMA sowie des Zugriffs auf die für die Sanierbarkeit und Abwickelbarkeit des Unternehmens notwendigen Informationen bei Auslagerungen ins Ausland.

Die von einzelnen Anhörungsteilnehmern geforderte Aufnahme von geringeren Dokumentationsanforderungen bei gruppeninternen Auslagerungen wurde nicht umgesetzt. Die Verbundenheit im Konzern bzw. in der Gruppe kann für die Zwecke der vertraglichen Vereinbarung allerdings berücksichtigt werden, sofern die mit der Auslagerung typischerweise verbundenen Risiken nachweislich nicht bestehen oder gewisse Anforderungen nicht relevant bzw. anders geregelt sind. Daraus könne folgen, dass im Konzernverhältnis geringere Dokumentationsanforderungen gelten als im Verhältnis zwischen nicht verbundenen Gesellschaften. Zum Beispiel kann im Konzernverhältnis auch mit internen Richtlinien und Weisungen gearbeitet werden.

Schliesslich muss das auslagernde Unternehmen wie bereits unter der bestehenden Praxis die internen Bewilligungsverfahren für Outsourcing-Projekte und die Zuständigkeiten für die fraglichen Vertragsabschlüsse festlegen.

## 6. Auflagen und Ausnahmen

Wie bisher ist es auch unter dem neuen Rundschreiben möglich, dass die FINMA einem Institut in begründeten Fällen Auflagen macht oder dieses von der Einhaltung der Vorgaben des Rundschreibens ganz oder teilweise befreit. Im Versicherungsbereich ist die Möglichkeit zur Gewährung von Ausnahmen laut FINMA aufgrund von Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG jedoch nur eingeschränkt möglich.

## 7. Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen

Das neue Rundschreiben tritt per 1. April 2018 in Kraft und findet unmittelbar Anwendung auf Outsourcingverhältnisse von Banken und Effektenhändlern, die nach dem Inkrafttreten abgeschlossen oder geändert werden. Outsourcingverhältnisse solcher Institute, die zu diesem Zeitpunkt bereits bestehen, sind innerhalb einer Übergangsfrist von fünf Jahren – d.h. bis spätestens am 1. April 2023 – so anzupassen, dass die Vorgaben des Rundschreibens eingehalten sind.

Banken und Effektenhändler müssen sich damit bewusst sein, dass eine Anpassung bestehender Outsourcingvereinbarungen unmittelbar die Pflicht auslöst, die Anforderungen des Rundschreibens umzusetzen. Nicht als Anpassung des Outsourcingverhältnisses im Sinne der Übergangsbestimmung dürften allerdings geringfügige Abänderungen bestehender Verträge wie z.B. die Änderung von Mengen- oder Preisangaben (Ersetzung von Price Sheets) oder Änderungen von Kontaktangaben gelten.

Für Versicherungsunternehmen gilt ein anderes Regime: Neue Versicherungen unterstehen dem in Kraft gesetzten Rundschreiben ab der Erstbewilligung. Für existierende Versicherungsunternehmen gilt das Rundschreiben ab dem Zeitpunkt, in dem eine Geschäftsplanänderung der FINMA zur Genehmigung unterbreitet bzw. mitgeteilt wird. Diese Ungleichbehandlung von Versicherungen und Banken/ Effektenhändlern wird von der FINMA damit begründet, dass für Versicherungen bisher kein Outsourcing-Rundschreiben bestand und mit dem neuen Rundschreiben zu weiten Teilen die bereits etablierte Praxis kodifiziert wird.

## REGELUNGEN ZUM DATENSCHUTZ UND BANKKUNDENGEHEIMNIS

Die im heute geltenden Rundschreiben enthaltenen Bestimmungen zu den datenschutzrechtlichen Vorgaben und zum Bankkundengeheimnis wurden zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten aus dem revidierten Rundschreiben entfernt. Dies erscheint sachgerecht, da es sich hierbei um privat- bzw. strafrechtliche und damit um sachfremde Elemente gehandelt hat.

Die vom Rundschreiben betroffenen Institute müssen aber die Vorgaben der Datenschutzgesetzgebung und des

Bankkundengeheimnisses nach wie vor einhalten und insbesondere auch im Rahmen ihrer Auslagerungsaktivitäten bzw. der Dokumentation von Auslagerungen berücksichtigen. So sind bei der Auslagerung der Verarbeitung von Kunden- und sonstigen Personendaten beispielsweise konkrete technische und organisatorische Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit zu treffen. Sodann gelten bei der Auslagerung solcher Daten spezifische Offenlegungs- und Zustimmungserfordernisse.

## HANDLUNGSBEDARF FÜR BANKEN, EFFEKTEHÄNDLER UND VERSICHERER

Das neue Rundschreiben «2018/3 Outsourcing – Banken und Versicherer» führt für die betroffenen Banken, Effektenhändler und Versicherer unmittelbar insbesondere zu folgendem Handlungsbedarf:

- Es ist festzulegen, in welchem Format das neu über die ausgelagerten Funktionen zu erstellende Inventar geführt wird. Sodann ist sicherzustellen, dass die Inventarisierung der ausgelagerten Funktionen korrekt erfolgt.
- Es ist zu prüfen, ob für Auslagerungen die internen Prozesse in einer Weise ausgestaltet sind, die die Einhaltung der Vorgaben des revidierten Rundschreibens erlaubt. Dies gilt z.B. für das Erfordernis einer vorgängigen Analyse der mit dem Outsourcing verbundenen Chancen und Risiken.
- Gegebenenfalls sind Anpassungen in der IT-Infrastruktur vorzunehmen um den jederzeitigen Zugriff der mit Blick auf die Sanierbarkeit bzw. Abwickelbarkeit des auslagernden Unternehmens erforderlichen Informationen sicherzustellen.
- Es sollte frühzeitig evaluiert werden, welcher Anpassungsbedarf sich bei der bestehenden Outsourcing-Dokumentation aufdrängt.

Ab dem 1. April 2018 müssen sämtliche neu abgeschlossenen oder abgeänderten Outsourcing-Vereinbarung den Vorgaben des Rundschreibens entsprechen. Vor diesem Hintergrund ist auch zu prüfen, ob aufgrund des neuen Wesentlichkeitsbegriffs gewisse Auslagerungen vom Anwendungsbereich des Rundschreibens erfasst sind, bei welchen dies unter der bestehenden Regelung nicht der Fall gewesen wäre.



## Baker McKenzie unterstützt seine Klienten darin, die Herausforderung, in einer globalen Wirtschaft wettbewerbsfähig zu bleiben, zu meistern.

Wir lösen komplexe rechtliche Probleme grenzüberschreitend und in allen Praxisbereichen. Unsere im Laufe von 65 Jahren entwickelte, einzigartige Kultur ermöglicht es unseren 13.000 Mitarbeitern, lokale Märkte zu verstehen, in verschiedenen Jurisdiktionen zu navigieren und als Team eng mit unseren Klienten zusammenzuarbeiten.

Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an unser Regulatory-Team in Zürich:



Marcel Giger  
+41 44 384 13 16  
marcel.giger  
@bakermckenzie.com



Joachim Frick  
+41 44 384 12 31  
joachim.frick  
@bakermckenzie.com



Jan Nussbaumer  
+41 44 384 15 30  
jan.nussbaumer  
@bakermckenzie.com



Philip Spoerlé  
+41 44 384 14 96  
philip.spoerle  
@bakermckenzie.com

[www.bakermckenzie.com](http://www.bakermckenzie.com)

©2018 Baker McKenzie. All rights reserved. Baker & McKenzie International is a global law firm with member law firms around the world. In accordance with the common terminology used in professional service organizations, reference to a "partner" means a person who is a partner or equivalent in such a law firm. Similarly, reference to an "office" means an office of any such law firm.

This may qualify as "Attorney Advertising" requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.