

Wesentlichkeit einer Funktion bei Outsourcing durch Banken

Dr. Thomas Nagel, Associate bei Walder Wyss AG (Zürich) und Dozent bei der Fernfachhochschule Schweiz (Zürich)

Gemäss FINMA-Rundschreiben 2018/3 gelten besondere Regeln, wenn eine Bank wesentliche Funktionen auslagern möchte. Bei Outsourcing stellt sich in der Praxis stets die Frage, wann eine Funktion als «wesentlich» im Sinne der FINMA-Praxis gilt. Aus der FINMA-Praxis ergibt sich zu dieser Frage keine allgemeingültige Antwort. Dieser Beitrag soll für Banken Anhaltspunkte geben.

Hintergrund und Grundgedanken des FINMA-Rundschreibens 2018/3

Eine Auslagerung liegt vor, wenn ein Unternehmen bestimmte Tätigkeiten nicht (mehr) selbst ausübt, sondern eine andere Person damit beauftragt, diese selbständig und dauernd ganz oder teilweise zu erfüllen.

Auslagerungen können aus verschiedenen Gründen attraktiv sein: Sie können Ersparnisse bei diversen Betriebsabläufen mit sich bringen, das auslagernde Unternehmen kann in eine wettbewerbsfähigere Position kommen und es können Personalprobleme gelöst sowie Spezialwissen, Technologien und Infrastruktur eingekauft werden, welche das Unternehmen selbst nicht zur Verfügung hat bzw. deren Entwicklung zu viel Ressourcen in Anspruch nehmen würde.

Zwar trägt eine auslagernde Bank gegenüber der FINMA stets dieselbe Verantwortung, wie wenn sie die ausgelagerte Funktion selbst erbringen würde: Die Outsourcing-Dienstleister gelten als

Hilfspersonen i.S.v. Art. 101 OR, für deren Verhalten die Bank wie für eigene Handlungen haftet. Dennoch kann eine Auslagerung heikel sein: Durch Outsourcing werden u.U. Arbeiten, die sonst von einer durch die FINMA überwachten Bank bzw. deren Mitarbeitern ausgeführt werden, an Spezialunternehmungen ohne Bankenbewilligung übertragen. Damit könnte eine Aktivität mit regulatorischer Relevanz der Aufsicht der FINMA entzogen werden. Um dem entgegenzuwirken, hat die FINMA für die dauernde Auslagerung von Funktionen das FINMA-Rundschreiben 2008/7 mit dem Titel «Outsourcing Banken: Auslagerung von Geschäftsbereichen bei Banken» erlassen. Dieses wurde im Jahr 2018 durch das Rundschreiben 2018/3 mit dem Titel «Outsourcing: Auslagerungen Banken, Versicherungsunternehmen und ausgewählten Finanzinstituten nach FINIG» ersetzt. Das Rundschreiben stützt sich auf Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG (allgemeine Kompetenz der FINMA zum Erlass von Rundschreiben) sowie Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG (Vorschriften zur Organisation und Geschäftsführung von Banken).

Ist die ausgelagerte Funktion eine wesentliche, so fällt das Outsourcing unter das FINMA-Rundschreiben 2018/3 (siehe ebenda, Rz. 3). Der Begriff der wesentlichen Funktion soll nachfolgend für die Geschäftstätigkeiten von Banken ausgelegt werden. Nicht behandelt werden weitere Aspekte eines Outsourcings wie z.B. die Informationssicherheit (vgl. hierzu das FINMA-Rundschreiben 2008/21 mit dem Titel «Operationelle Risiken – Banken: Eigenmittelanforderungen und qualitative Anforderungen für operationelle Risiken bei Banken») oder der Datenschutz.

Nicht auslagerbare Tätigkeiten

Keinesfalls ausgelagert werden dürfen 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 (vgl. FINMA-Rundschreiben 2018/3, Rz. 7). Alle anderen Tätigkeiten dürfen grundsätzlich ausgelagert werden.

Anforderungen an das Outsourcing nicht wesentlicher sowie wesentlicher Funktionen

Für *nicht wesentliche Funktionen* bestehen keine spezifischen Anforderungen der FINMA. Eine Bank kann solche Funktionen auslagern, ohne dass das FINMA-Rundschreiben 2018/3 berücksichtigt wird. Grundsätzlich kann es jedoch auch für nicht wesentliche Funktionen ratsam sein, gewisse Punkte des FINMA-Rundschreibens 2018/3 zu berücksichtigen. So ist z.B. aus rechtlicher bzw. beweistechnischer Perspektive praktisch in jeder Situation ein schriftlicher Vertrag empfehlenswert, in dem die gegenseitigen Rechte und Pflichten klar definiert sind. Selbstverständlich gelten auch für solche Funktionen die Vorschriften bezüglich Datenschutz, Bankkundengeheimnis sowie Datensicherheit. Diese Aspekte müssen bei der Auslagerung nicht wesentlicher Tätigkeiten ebenfalls berücksichtigt und in den Verträgen verankert werden.

Für *wesentliche Funktionen* stellt das FINMA-Rundschreiben 2018/3 spezifische Regeln auf, auf welche an dieser

Stelle nicht vertieft eingegangen werden soll. Die Anforderungen betreffen vor-dergründig die angemessene Organisation und bezwecken deren Risikobegrenzung. Wesentliche Funktionen dürfen in der Regel nur ausgelagert werden, wenn diese inventarisiert werden, der externe Dienstleister durch die Bank sorgfältig ausgewählt/instruiert/kontrolliert wird, die (Daten)sicherheit gewährleistet ist und die FINMA ihre Prüfungs- und Aufsichtskompetenzen jederzeit ungehindert ausüben kann sowie wenn zwischen dem externen Dienstleister und der auslagernden Bank ein Vertrag besteht, in dem die Rechte und Pflichten beider Parteien so ausgestaltet sind, dass die Anforderungen des Rundschreibens jederzeit erfüllt werden können. Erhöhte Anforderungen gelten ausserdem bei Auslagerungen ins Ausland, was den erhöhten Risiken bei grenzüberschreitendem Outsourcing Rechnung trägt. Umgekehrt gelten gewisse Erleichterungen bei konzerninternen Auslagerungen. Im Gegensatz zu Versicherungsunternehmen (vgl. FINMA-Rundschreiben 2018/3, Rz. 10) besteht bei Banken bei der Auslagerung wichtiger Funktionen keine Genehmigungspflicht.

Grammatikalische und teleologische Auslegung der Wesentlichkeit

Gemäss FINMA-Rundschreiben 2018/3 (Rz. 4) gilt eine Funktion als wesentlich, «von der die Einhaltung der Ziele und Vorschriften der Finanzmarktaufsichtsgesetzgebung signifikant abhängt». Die Definition lässt sich somit in die folgenden kursiv hervorgehobenen Elemente gliedern: Die *Ziele* oder *Vorschriften der Finanzmarktaufsichtsgesetzgebung* müssen *berührt* werden. Es müssen ausserdem eine gewisse *Signifikanz* der ausgelagerten Funktion für die Ziele und Vorschriften der Finanzmarktgesetzgebung sowie eine *Abhängigkeit* der Einhaltung der Ziele und Vorschriften der Finanzmarktgesetzgebung von der ausgliederten Funktion vorliegen. Diese

Elemente werden nachfolgend ausgelegt.

Die *Ziele der Finanzmarktaufsicht* ergeben sich aus Art. 4 FINMAG. Demnach bezweckt die Finanzmarktaufsicht nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.

Als *Vorschriften der Finanzmarktgesetzgebung* gelten alle in Art. 1 FINMAG genannten Gesetze. Diese wären das Pfandbriefgesetz (PfG), das Versicherungsvertragsgesetz (VVG), das Kollektivanlagengesetz (KAG), das BankG, das FINIG, das Geldwäschereigesetz (GwG), das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), das Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) und das FIDLEG. Für Banken sind das FINIG, das VVG und das VAG nicht relevant, alle anderen Finanzmarktgesetze können jedoch durch eine Auslagerung tangiert sein. Ist die Einhaltung eines oder mehrerer dieser Gesetze durch eine Auslagerung einer Bank signifikant betroffen, so kann eine wesentliche Funktion vorliegen.

Der Begriff «*signifikant*» ist gemäss hier vertretener Ansicht dahingehend auszulegen, dass nicht jede Auslagerung – selbst wenn sie Ziele und Vorschriften der Finanzmarktgesetzgebung tangiert – als eine Auslagerung einer wesentlichen Funktion zu gelten hat. Vielmehr muss aufgrund der Quantität oder der Qualität der ausgelagerten Informationen oder Funktionen eine erhöhte Wichtigkeit für die Einhaltung der Ziele und Vorschriften der Finanzmarktaufsichtsgesetzgebung gegeben sein. Mit anderen Worten muss aufgrund eines risikobasierten Ansatzes entschieden werden, ob die Auslagerung einer Funktion für die Einhaltung der Gesetze eine hohe Relevanz hat. So müsste z.B. das Auslagern einer Funktion, bei deren Ausübung ein Out-

sourcing-Dienstleister Einblick in vereinzelte Kundendaten erhält, (noch) nicht zwingend als «signifikant» gelten. Anders verhält es sich meines Erachtens, wenn im Rahmen eines Outsourcings ein massgeblicher Teil der Kundendaten bzw. gar der ganze Stamm an Kundendaten nicht anonymisiert an einen Outsourcing-Dienstleister übertragen wird.

MERKE

Nicht jede ausgelagerte Tätigkeit, welche die Ziele und Vorschriften der Finanzmarktgesetzgebung tangiert, gilt als wesentlich. Eine Bank muss unter Anwendung des risikobasierten Ansatzes im Einzelfall entscheiden, ob die Auslagerung einer Funktion für die Einhaltung der Gesetze eine hohe Relevanz hat («signifikant» ist) und damit als wesentlich gilt.

Die Einhaltung der Finanzmarktgesetzgebung muss ausserdem von der Funktion «abhängen». Daraus lässt sich meines Erachtens ableiten, dass eine Funktion, falls sie nicht korrekt ausgeübt oder nicht gemäss den Vorschriften des FINMA-Rundschreibens übertragen wird, zu einer bedeutenden Verletzung finanzmarktrechtlicher Gesetze führen kann.

Gemäss der hier vertretenen Ansicht sollte sich der Entscheid, ob eine Funktion als wesentlich zu gelten hat, stets am Sinn und Zweck des FINMA-Rundschreibens orientieren. Dies bedeutet: Nur wenn eine Tätigkeit eine erhöhte (signifikante) Relevanz für die Einhaltung finanzmarktrechtlicher Vorschriften aufweist, kann sie als wesentlich i.S.d. FINMA-Rundschreibens 2018/3 gelten. Dies bringt mit sich, dass eine Funktion erst dann als wesentlich gilt, wenn durch ihre Auslagerung ein Bereich der Aufsicht der FINMA entzogen werden könnte, der in deren Zuständigkeitsbereich fällt. Der Begriff der Wesentlichkeit sollte mit anderen Worten mittels teleologischer Reduktion eingeschränkt werden, sofern

dies aufgrund der Umstände korrekt erscheint.

Systematische Auslegung der Wesentlichkeit

Zur Konkretisierung des Begriffs der Wesentlichkeit lohnt sich auch ein Blick in andere finanzmarktrechtliche Erlasse.

Ähnliche Abgrenzungsfragen wie bei Auslagerungen stellen sich im Zusammenhang mit Art. 29 Abs. 2 FINMAG, der für FINMA-Beaufichtigte eine Meldepflicht für Vorkommnisse vorsieht, die «für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind». Da die Aufsicht im Finanzmarktbereich recht weit gehen kann (je nach beaufsichtigtem Institut), ist auch der Kreis möglicher Vorkommnisse weit. Dieser wird – wie auch im FINMA-Rundschreiben 2018/3 – durch das Element der «Wesentlichkeit» eingegrenzt. Der Gesetzgeber konkretisiert in der Botschaft zum FINMAG (BBI 2006 2880), dass «[...] gravierende finanzielle, personelle oder organisatorische Probleme, Schwierigkeiten mit ausländischen Behörden oder Änderungen der Geschäftsstrategie, welche sich wesentlich auf die Risiken einer oder eines Beaufsichtigten auswirken», gemeint sind. Diese Definition kann meines Erachtens (auch wenn sie vage ist) zur Auslegung des Begriffs der Wesentlichkeit im Outsourcing-Bereich beigezogen werden.

Für Finanzinstitute i.S.v. Art. 2 Abs. 1 FINIG enthält Art. 15 FINIV eine Definition, welche Funktionen für die verschiedenen Kategorien von Finanzinstituten als wesentlich gelten. Dabei knüpft Art. 15 FINIV an denjenigen Artikel aus dem FIDLEG an, in dem die charakteristische Leistung des jeweiligen Finanzinstituts beschrieben ist (z.B. das Verwalten individueller Portfolios, die Anlageberatung, die Portfolioanalyse sowie das Anbieten von Finanzinstrumenten bei Vermögensverwaltung). Demgegenüber enthalten das BankG, die BankV sowie das FINMA-Rundschreiben 2018/3 keine ent-

sprechenden Hinweise. Der Begriff muss somit gemäss dem Willen des Gesetzgebers und des Regulators im Einzelfall für jede Bank spezifisch ausgelegt werden. Die Definition von Art. 15 FINIV kann meines Erachtens analog zur Auslegung des Begriffs der Wesentlichkeit beigezogen werden. Daraus ergibt sich, dass es sich um für eine Bank charakteristische Leistungen bzw. Funktionen der Bank handeln muss, welche ausgelagert werden, damit ein Outsourcing vom FINMA-Rundschreiben 2018/3 erfasst wird.

Historische Auslegung der Wesentlichkeit

Die FINMA legte im Anhang des FINMA-Rundschreibens 2008/7 (der Vorgängerversion des FINMA-Rundschreibens 2018/3) Beispiele von Funktionen vor, welche gemäss ihrer Praxis als wesentlich oder nicht wesentlich einzustufen waren.

Gemäss hier vertretener Ansicht kann die Liste heute nur noch als Auslegungshilfe dienen, sie darf jedoch nicht ohne Weiteres direkt angewendet werden. Dies aus den folgenden zwei Gründen: Erstens definierte die FINMA im Rundschreiben 2008/7 wesentliche Funktionen noch anders, und zwar als «Dienstleistungen, welche sich insbesondere auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationellen und rechtlichen Risiken auswirken». Zweitens handelt es sich bei der Änderung des Rundschreibens nicht um ein Versehen: Durch die Streichung der Beispiele aus dem Rundschreiben stellte die FINMA als Rechtssetzer klar, dass nicht wie bis anhin allgemeingültig gewisse Funktionen als (nicht) wesentlich gelten, sondern dass jedes Institut für sich individuell untersuchen und anschliessend definieren muss, wie dieser Begriff auszulegen ist. Es soll mithin ein risikobasierter Ansatz gewählt werden, um die Frage nach der Wesentlichkeit einer spezifischen Funktion zu beantworten.

ACHTUNG

Das FINMA-Rundschreiben 2008/7 enthielt noch eine allgemeingültige Auflistung von wesentlichen und unwesentlichen Funktionen. Diese Liste kann heute höchstens als Auslegungshilfe des FINMA-Rundschreibens 2018/3 dienen, jedoch nicht mehr ohne Weiteres i.H. angewendet werden.

Mögliche Beispiele wesentlicher und nicht wesentlicher Funktionen von Banken

Durch die obenstehende Auslegung des Wesentlichkeitsbegriffs lassen sich dessen Konturen zumindest ein wenig schärfen. Da die meisten Banken «klassische» Tätigkeiten wie Finanzierungen, Kontoführung, Zahlungsaufträge sowie Finanzdienstleistungen (z.B. Vermögensverwaltung) anbieten, sollte es meines Erachtens möglich sein, konkrete Beispiele für wesentliche und nicht wesentliche Funktionen zu nennen. Es ist zu beachten, dass die nachfolgenden Beispiele lediglich als Indikation dienen und eine Bank nicht davon befreien, gestützt auf ihr eigenes Geschäftsmodell die Wesentlichkeit auf die individuellen Verhältnisse angepasst zu beurteilen.

Gemäss hier vertretener Ansicht können die folgenden Funktionen von Banken als wesentlich i.S.d. FINMA-Rundschreibens 2018/3 eingestuft werden:

- Tätigkeiten, bei denen eine Vielzahl von Kundendaten nicht anonymisiert übertragen werden (z.B. Versand von Kundenbriefen an eine Vielzahl von Kunden, Übertragung einer bedeutenden Anzahl von Kundendaten in eine Cloud oder an einen Anbieter für Dokumentenaufbewahrung);
- Auslagerung banktypischer Tätigkeiten wie Kontoführung, Vermögensverwaltung, Anlageberatung etc.;

- Auslagerung von Funktionen, bei denen direkter Kundenkontakt mit einer Vielzahl von Kunden hergestellt wird (unabhängig vom Kommunikationsmittel);
- Auslagerung kritischer Funktionen, welche zur Aufrechterhaltung des täglichen Betriebs notwendig sind;
- Auslagerung von Compliance-Funktionen (z.B. in Bezug auf die Einhaltung des BankG, GwG, FIDLEG etc.);
- Auslagerung eines charakteristischen Teils einer Finanzdienstleistung (mehr als eine Hilfsdienstleistung wie z.B. das Zurverfügungstellen von Aktienkursen oder Musterportfolios);
- Auslagerung des Kundendienstes (z.B. Callcenter).

Gemäss hier vertretener Ansicht können die folgenden Funktionen von Banken als *nicht wesentlich* i.S.d. FINMA-Rundschreibens 2018/3 eingestuft werden. Die nachfolgende Liste steht stets unter dem Vorbehalt, dass die Funktionen durch Dritte ausgeübt werden, *ohne dass ganze Sätze von Kundendaten bzw. indem nur anonymisierte Kundendaten übertragen werden:*

- Erbringung einer Dienstleistung, welche mittels Übertragung von anonymisierten Kundendaten oder lediglich Daten einzelner Kunden erfolgen kann, soweit nicht die Einhaltung weiterer Finanzmarktgesetze tangiert wird (z.B. statistische Auswertung anonymer Nutzerdaten aus dem

- E-Banking zwecks Durchführung von Studien, Mitteilung der Daten eines einzelnen Kunden zwecks Durchführung eines Backgroundchecks);
- Beziehungen mit Korrespondenz- und Depotbanken (sofern nicht der gesamte Zahlungsverkehr oder die gesamte Wertschriftenverwaltung über eine Bank abgewickelt werden);
- Teilnahme an Effektenabwicklungssystemen, sofern über diese keine oder bloss anonymisierte Kundendaten übertragen werden;
- Auslagerung von Buchhaltungsdienstleistungen;
- Bargeldlieferungen, Geldautomatenversorgung sowie Werttransporte;
- Auslagerung der Verwaltung bank-eigenen Vermögens;
- Erstellung, Entwicklung, Wartung und Kauf von Software, ohne dass der externe Dienstleister Kundeninformationen erhält;
- Inkassowesen (viele Banken lassen sich in den AGB für das Inkasso von Forderungen vom Bankkundengeheimnis befreien);
- Sicherheitsdienste;
- Verwaltung und Wartung eigener Liegenschaften;
- Betreiben von Mensen/Kantinen;
- Personaldienstleistungen;
- Rechts- oder Steuerberatung;
- Hilfsdienstleistungen für eine charakteristische Hauptdienstleistung einer Bank (z.B. das Zurverfügungstellen von Aktienkursen oder Musterportfolios).

Schlussbemerkungen

Wie die obenstehenden Ausführungen zeigen, ist der Begriff der «Wesentlichkeit» unscharf. Da meines Erachtens viele Banken (mit teilweise verschiedenen Schwerpunkten) ähnliche Dienstleistungen anbieten, könnte der Begriff der Wesentlichkeit durchaus durch die FINMA weiter präzisiert werden, wie sie es bereits im mittlerweile aufgehobenen FINMA-Rundschreiben 2008/7 getan hat. Dies würde Rechtssicherheit schaffen. Durch die unscharfen Konturen des Begriffs scheinen in der Praxis viele Banken die Wesentlichkeit weit auszulegen und im Zweifel stets von der Wesentlichkeit einer ausgegliederten Funktion auszugehen. Damit entsteht ein hoher administrativer Aufwand, der teils nicht nötig wäre, um die Einhaltung der Ziele und Vorschriften der Finanzmarktaufsichtsgesetzgebung zu gewährleisten.

ÜBER DEN AUTOR

Thomas Nagel ist Rechtsanwalt im Banking & Finance-Team bei der Walder Wyss AG und Dozent für Corporate Governance and Financial Market Compliance an der Fernfachhochschule Schweiz in Zürich.

New publication by Schulthess Swiss Corporation Law: A Primer for Legal Practitioners



Homburger AG (ed.)

Jörg Schmid

March 2022

392 pages, PrintPlus
ISBN 978-3-7255-8283-9
CHF 98.00



Schulthess Juristische Medien AG • Zwingliplatz 2 • 8001 Zürich • www.schulthess.com

Schulthess 