

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.