

Nur per Email: martin.boesiger@finma.ch

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herrn Martin Bösiger
Laupenstrasse 27
CH – 3003 Bern

12. Juli 2019

**Kleinbankenregime; Teilrevision diverser FINMA-Rundschreiben;
Anhörung: 18/3 „Outsourcing – Banken und Versicherer“**

Eingabe der LAUX LAWYERS AG zur laufenden Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bösiger

Wir nehmen Bezug auf die Einladung zur Anhörung zur Teilrevision verschiedener FINMA Rundschreiben im Zusammenhang mit dem Kleinbankenregime. Diese Eingabe beschränkt sich auf eine Stellungnahme zu den geplanten Änderungen im Rundschreiben 2018/3 "Outsourcing - Banken und Versicherer".

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 und Abnehmer von IT-Leistungen zu unterstützen. Mit dieser Aufgabenstellung beraten wir sowohl Kunden und Nutzer von regulierten Outsourcings – namentlich Klienten in der Versicherungs- und Bankenbranche – als auch Anbieter von solchen Leistungen (kundenindividuelle Auslagerungen, Cloud Computing und Managed Services). Daneben engagieren sich unsere Anwälte in verschiedenen nationalen und internationalen Fach- und Branchenverbänden der IT und Informationssicherheit.

Wir reichen hiermit unsere Positionen zu den vorgeschlagenen Änderungen in den Rz 18, 18.1. sowie 33 des Rundschreibens 2018/3 ein und bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

1. Grundsätzliches

Aus unserer Sicht ist es begrüßenswert, dass die FINMA die Zusammenarbeit zwischen Anbietern und Nutzern von Outsourcing-Angeboten optimieren und schlankere Prozesse unterstützen möchte. Der Verzicht auf das Erfordernis einer vorgängigen Genehmigung beim Beizug oder Wechsel von wesentlichen Unterakkordanten erleichtert die Arbeit der Marktteilnehmer, gerade im Bereich von standardisierten Outsourcing-Dienstleistungen (wie z.B. Cloud-Computing Dienstleistungen), während an den regulatorisch zu Recht geforderten Kontrollen festgehalten wird.

Die aktuelle Formulierung der vorgeschlagenen Änderungen könnte jedoch so interpretiert werden, dass sie zu neuen Pflichten und grösserem inhaltlichen wie administrativen Aufwand führt.

Da die eigentliche Praxisänderung (bzgl. der vorgängigen Genehmigung von wesentlichen Unterakkordanten) in Rz 33 beschrieben wird und die praktischen Folgen Rz 18 und 18.1 betreffen, möchten wir zunächst auf Rz 33 eingehen.

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

2. Rz 33 (Wesentliche Unterakkordanten)

Dass vom bisherigen – oft unpraktikablen – Erfordernis einer vorgängigen Genehmigung wesentlicher Unterakkordanten abgesehen wird, ist richtig und für die Zusammenarbeit zwischen Outsourcing-Providern und regulierten Unternehmen wichtig.

Die neu vorgeschlagene Regelung ist nicht mehr prinzipienbasiert. Sie verlangt die Beendigung des Outsourcing-Verhältnisses und antizipiert damit die in der Praxis wohl einschneidendste Handlungsoption seitens des Unternehmens im Falle eines Beizugs oder Wechsels eines Unterakkordanten, der wesentliche Dienstleistungen erbringt. Dem Unternehmen stehen im Einzelfall jedoch regelmässig verschiedene Möglichkeiten offen, eine durch den Wechsel geschaffene neue oder geänderte Situation wieder unter Kontrolle zu bringen.

Es steht ein ganzer Strauss an weiteren Massnahmen organisatorischer, technischer oder vertraglicher Natur zur Verfügung um die Kontrolle über die ausgelagerten Dienstleistungen trotz eines (im Einzelfall vielleicht ungewünschten) Beizugs oder Wechsels eines Unterakkordanten aufrecht zu erhalten. So wäre beispielsweise denkbar, das bestehende Outsourcing-Setup durch Anpassung der Dienstleistungen (bspw. Auswahl anderer Datacenter-Regionen mit anderen [wesentlichen] Unterakkordanten des Dienstleisters) aufrecht zu erhalten.

Rz 33 sollte deshalb wie folgt geändert werden:

Das Unternehmen stellt sicher, dass es frühzeitig über ~~hat~~ den Beizug oder Wechsel von Unterakkordanten, die wesentliche Funktionen erbringen, ~~von seiner Genehmigung abhängig zu machen~~ informiert wird, und damit die Möglichkeit hat diesem zu widersprechen oder andere geeignete Massnahmen zu treffen, bis hin zur geordneten Beendigung des Outsourcings ~~das Outsourcing gemäss Rz 18.1 geordnet zu beenden~~. Werden solche Unterakkordanten beigezogen, sind ihnen die Pflichten und Zusicherungen des Dienstleisters, die zur Erfüllung dieses Rundschreibens erforderlich sind, zu überbinden.

3. Rz 18 (Auswahl des Dienstleisters)

Es wird niemand bestreiten, dass der Dienstleister prinzipiell das Recht hat, Unterakkordanten für die Leistungserbringung beizuziehen. Der Beizug oder Wechsel eines Unterakkordanten und dessen mögliche Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmen und Dienstleister werden in Rz 33 geregelt. Diese Regelung erscheint uns als ausreichend und abschliessend. Eine zusätzliche explizite Erwähnung des Unterakkordanten in Rz 18 kann indes dazu führen, dass das Unternehmen beim Entscheid über das Outsourcing zusätzliche Anforderungen prüft, die über Rz 33 hinausgehen, oder sich gar in der Pflicht sieht, Vertragsverhandlungen mit dem Unterakkordanten selbst führen zu müssen resp. mit diesem direkt Verträge abzuschliessen. Dies ist unnötig, systemwidrig und greift in die Vertragsautonomie des Dienstleisters ein.

Die vorgeschlagene Regelung hat unseres Erachtens zudem einen Perspektivenwechsel zur Folge und führt so zu weiteren Verpflichtungen, welche in Anbetracht der Regelungen in Rz 33 unnötig sind: Der bisherige Wortlaut («Möglichkeiten und Folgen eines Wechsels») bezieht sich auf die Planung von Exit-Strategien des Unternehmens bereits zum Zeitpunkt der Auswahl des Dienstleisters (es geht um die Planung eines Wechsels des Dienstleisters auf Initiative des Unternehmens). Demgegenüber ist die Perspektive beim vorgeschlagenen neuen Wortlaut eine andere: Neu geht es darum, welche Vorkehrungen das Unternehmen beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses auf Seiten des Dienstleisters zu treffen hat (Wechsel eines Unterakkordanten durch den Dienstleister). Die FINMA führt damit einen neuen «Trigger Event» ein. Der Wechsel eines Unterakkordanten könnte zwar im Einzelfall tatsächlich

einen solchen «Trigger Event» darstellen, welcher das Unternehmen zu einem Wechsel bewegt (oder zwingt), hat aber mit der eigentlichen Exit-Strategie und deren Planung zum Zeitpunkt der Auswahl («Folgen eines Wechsels») nichts zu tun. Dieser Perspektivenwechsel scheint weder nützlich noch sinnvoll.

Der Unterakkordant hat naturgemäss keine direkte vertragliche Beziehung zum Unternehmen und kann gegenüber dem Unternehmen nicht zusätzlich zum Dienstleister Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung bieten. Es obliegt dem Dienstleister, den beizuziehenden Unterakkordanten vertraglich zur Gewähr seiner spezifischen Leistungserbringung zu verpflichten und dem Unternehmen zu ermöglichen, dies bei Bedarf zu überprüfen.

Rz 18 sollte deshalb wie folgt geändert werden:

Ferner sind beim Entscheid über das Outsourcing und bei der Auswahl des Dienstleisters die Möglichkeiten und Folgen eines Wechsels ~~des Dienstleisters oder gegebenenfalls dessen Unterakkordanten, die wesentliche Funktionen erbringen~~, zu berücksichtigen. Der Dienstleister ~~und die Unterakkordanten haben~~ hat Gewähr für eine dauerhafte Leistungserbringung zu bieten.

4. Rz 18.1 (Rückführung)

Der erste Satz ist sinnvoll. Er definiert eine wichtige und nachvollziehbare Anforderung abschliessend. Der zweite Satz erweckt den Eindruck diese Anforderung zu konkretisieren. Eine geordnete Rückführung oder Übertragung auf einen anderen Dienstleister kann jedoch ohnehin nicht stattfinden, wenn der bisherige Dienstleister die Dienstleistung nicht bis zur Rückführung oder Übertragung erbringt. Entsprechend ist es üblich, dass sich Unternehmen dies vertraglich versprechen lassen, z.B. durch genügend lange (ggf. asymmetrische) Kündigungsfristen oder Optionen auf Übergangsfristen, allenfalls verbunden mit Beendigungsdienstleistungen (sog. "Termination Assistance"). Eine Konkretisierung im zweiten Satz erscheint deshalb nicht nötig und es wird vorgeschlagen, den zweiten Satz zu streichen.

Ein Anbieter muss in der Lage sein, Outsourcing-Angebote an die technologischen Möglichkeiten und die Marktsituation anpassen zu können. Ein Unternehmen hat bei der gehörigen Auswahl der Outsourcing-Dienstleistung die möglichen Limitationen und Risiken, die sich aus standardisierten Angeboten ergeben könnten, in die Bewertung miteinzubeziehen. Mit dem Begriff der «unveränderten» Erbringung der Dienstleistung werden dem Dienstleister aber indirekt Pflichten auferlegt, die er im Einzelfall nicht erfüllen kann. Ein konkretes Angebot während einer (möglicherweise sehr langen) Übergangsphase für jedes betroffene Unternehmen unverändert belassen zu müssen, kann den Anbieter zwingen, seine Outsourcing-Dienstleistung in etlichen Versionen parallel zu erbringen. Sollte am zweiten Satz festgehalten werden, wird vorgeschlagen, das Wort «unverändert» zu streichen sowie zum Schluss des Satzes «möglich ist» durch «abgeschlossen ist» zu ersetzen (andernfalls könnte die Dienstleistung sofort beendet werden, wenn die blossige Möglichkeit einer Rückführung/Übertragung festgestellt wird).

Rz 18.1 sollte deshalb wie folgt geändert werden:

Die geordnete Rückführung der ausgelagerten Funktion oder die Übertragung auf einen anderen Dienstleister muss sichergestellt sein. ~~Der bisherige Dienstleister muss so lange verpflichtet bleiben, die Dienstleistung unverändert zu erbringen, bis eine Rückführung oder eine Übertragung auf einen anderen Dienstleister möglich ist.~~

Wir danken Ihnen 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



Christian Laux
Partner



Alexander Hofmann
Partner