

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 Grundlagen 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