



Advisory



Project Management



Training



In- and Outsourcing

Outsourcing – Was Trustees beachten sollten

Die Auslagerung von Funktionen und Aufgaben ist für viele lokale und internationale Trustees elementar bei der Erfüllung ihrer Geschäftstätigkeit. Während der Effizienz- und Qualitätsüberlegungen oft für ein Outsourcing sprechen, darf man allfällige damit einhergehende Risiken nicht unterschätzen.

Um diese Risiken zu minimieren enthält die für Trustees geltende Regulierung spezifische Vorschriften. So adressiert das seit dem 1. Januar 2020 für inländische und ausländische Trustees (neu) anwendbare Finanzinstitutsgesetz (FINIG) und die darin generell erhöhten regulatorischen Anforderungen an Trustees (vgl. dafür [Alithis Beitrag vom 6. Mai 2019](#)) die Möglichkeit des Outsourcings.

Dieser Beitrag beleuchtet die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Auslagerung von Aufgaben durch Trustees und soll damit Trustees praktische Hinweise geben, worauf sie bei einem Outsourcing achten sollten.

Marc Blumenfeld

28. Juli 2020

I. Wieso Outsourcing?

Der Gesetzgeber versteht unter Outsourcing die Übertragung eines Teiles der eigenen Aufgaben auf einen Dritten, wobei der beigezogene Dienstleistungserbringer über einen unternehmerischen Freiraum verfügt und die Übertragung auf Dauer ausgerichtet ist.

Aus Sicht des Trustees können drei Gründe für das Outsourcing gewisser Aufgaben sprechen:

- (1) *Fachexpertise / Know-How* – Anstatt selber teure Anschaffungen zu tätigen oder Fachkräfte einzustellen und das Risiko ihrer Auslastung zu tragen, können Trustees Know-How, das

ausserhalb Ihrer Kernkompetenzen liegt, durch Beizug geeigneter Experten je nach Bedarf einkaufen.

- (2) *Effizienzgewinn* – Je nach Kernkompetenz des Trustees, kann der Trustee gewisse Aufgabenbereiche gar nicht effizient und sorgfältig ausführen, wie z.B. das Portfoliomanagement, Buchhaltung etc. Die Auslagerung dieser Aufgabenbereiche erlaubt dem Trustee die eigene verfügbare Zeit für seine Kernkompetenz zu verwenden.
- (3) *Regulierung* – Je nach Tätigkeit und Grösse des Trustees kann lohnenswert sein, das für die Bewilligung notwendige Knowhow – z.B. ein Compliance oder Geldwäscherei Beauftragter – von einem Drittdienstleister zu beziehen, anstatt sich selber um die Bewilligung oder das entsprechende In-House Knowhow zu kümmern.

Trotz den tatsächlichen Vorteilen – und manchmal sogar der Notwendigkeit – des Outsourcings, birgt es auch Risiken. So können bei Versagen des Drittdienstleisters resp. ungetreuer Ausführung der ausgelagerten Aufgaben, Reputations-, Compliance- und Betriebsrisiken für den Trustee selber entstehen.

Darüber hinaus kann das Outsourcing - je nach Standort des Drittdienstleisters - auch Länderrisiken auslösen, die sich auch auf die Interessen der Begünstigten auswirken können, z.B. wenn ein Drittdienstleister einer ausländischen Gesetzgebung unterworfen

ist, wonach die Aufsichtsbehörden weitgehende Informationsrechte haben, welche die Interessen der Begünstigten einschränken könnten oder wenn der Buchhalter des Trustees ein nur schwach geschütztes internes Datenverarbeitungssystem hat.

Zu beachten ist, dass der Trustee sich mit dem Outsourcing nicht jeglicher Verantwortung entledigen kann. Denn gesetzlich bleiben Trustees trotz Outsourcing – selbst an besser qualifizierte Personen – gegenüber den Begünstigten für die Gesamtheit der ihnen übertragenen Aufgaben verantwortlich.

Aus diesem Grund sind Trustees gut beraten, einen umfassenden und reaktionsfähigen Rahmen für ihr eigenes Outsourcing einschliesslich entsprechendem Riskmanagement zu schaffen.

II. Regulatorische Rahmenbedingungen

Das FINIG setzt den Grundsatz für das Outsourcing, wonach **«Finanzinstitute eine Aufgabe Dritten nur übertragen dürfen, wenn sie über:**

- (1) **die für diese Tätigkeit notwendigen Fähigkeiten,**
- (2) **Kenntnisse und Erfahrungen, und**
- (3) **die erforderlichen Bewilligungen verfügen.»**

Entsprechend der zivilrechtlichen Regeln haftet der Trustee für die sachgemässe Instruktion und sorgfältige Überwachung des Drittdienstleisters (Art. 14 Abs. 1 FINIG). Die

Finanzinstitutsverordnung (FINIV) präzisiert den Umfang des regulierten Outsourcings dahingehend, dass diese Voraussetzungen nur erfüllt sein müssen, wenn der Trustee einen Dienstleistungserbringer beauftragt, selbständig und dauernd eine **wesentliche Aufgabe** ganz oder teilweise wahrzunehmen, und sich dadurch die der Bewilligung zugrundeliegenden Umstände ändern (Art. 15 Abs. 1 FINIV). Als wesentliche Aufgabe gilt dabei die werterhaltende und zweckgebundene Verwaltung des Trust-Vermögens (Art. 15 Abs. 2 lit. a FINIV i.V.m. Art. 19 FINIG). Ferner erwähnt das Gesetz explizit, dass Trustees das Risikomanagement und die interne Kontrolle an eine qualifizierte Stelle auslagern können (Art. 21 Abs. 2 FINIG). Massgebend ist dabei, dass mit der Auslagerung nicht die volle Entscheidungskompetenz des Trustees übertragen wird (Art. 16 Abs. 1 FINIV).

Nicht unter Outsourcing i.S. des FINIG fällt dabei das Outsourcing verschiedener mit der Kerntätigkeit verbundene Aufgaben, wie z.B. die Buchhaltung, die Steuer- und Rechtsberatung, das Hosting vom Internetauftritt des Trustees, sowie der Wartung und Instandsetzung von internen Datenverarbeitungssystemen (Software). Welche Aufgaben dem Trustee tatsächlich als wesentlich zugerechnet werden können, hängt darüber hinaus vom Umfang der dem Trustee übertragenen Aufgaben gemäss der Trusturkunde ab. Die Verantwortung des Trustees kann von der blossen Auszahlungsverantwortung (z.B. bare Trust) bis zur Eigentümerstellung über den Trust reichen (z.B. Discretionary Trusts). Ob es sich bei der ausgelagerten Aufgabe tatsächlich um eine wesentliche Aufgabe i.S.

des Gesetzes handelt ist daher im Einzelfall genau zu prüfen.

Entscheidet sich der Trustee eine **wesentliche Aufgabe** an einen Drittdienstleister auszulagern, hat er folgendes zu beachten (Art. 17 FINIV):

- Der Trustee bleibt ungeachtet der effektiv ausgelagerten Aufgabe für die Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Pflichten **verantwortlich**.
- Der Trustee muss bei der Auslagerung die Interessen der Kunden wahren.
- Das Outsourcing wird schriftlich oder digital in einem Vertrag geregelt, worin mindestens festgehalten wird, (i) welche Partei welche Kompetenzen und welche Verantwortlichkeiten trägt, (ii) ob und wie der Dritte zur Weiterübertragung befugt ist, (iii) wie der Dritte Rechenschaft für seine Arbeit ablegt und (iv) über welche Kontrollrechte der Trustee verfügt (*siehe dazu nachstehend III. Best Practice*)

Zusammengefasst: Werden diese Vorschriften eingehalten, ist also auch die Auslagerung wesentlicher Aufgaben erlaubt.

Doch auch die Auslagerung von «unwesentlichen» Aufgaben birgt Risiken. Der Trustee haftet für die ordentliche Instruktion, Auswahl und Überwachung, wenn er Aufgaben auslagert, die nicht i.S. des Gesetzes **wesentlich** sind (Art. 55 OR). Der Trustee sollte auch hier die Risiken im Auge behalten und z.B. nur Drittpersonen beiziehen, die fachlich für die Aufgabenerfüllung geeignet sind.

III. Best Practice

Während die FINMA für Banken, Versicherungen und Effektenhändler den Mindestrahmen für das Outsourcing im «Rundschreiben 2018/03 Outsourcing – Banken und Versicherer» ("**Rundschreiben Outsourcing**") festlegt, werden Trustees im Sinne einer proportionalen Praxisanwendung voraussichtlich vom revidierten Rundschreiben Outsourcing nicht erfasst. Demnach werden sich Trustees beim Outsourcing primär auf Art. 17 FINIV abstützen müssen. Dennoch kann das Rundschreiben Outsourcing und die bisherige Praxis der FINMA bei Banken (und Kleinbanken) auch Trustees als hilfreiche Leitplanke dienen.

Gestützt darauf empfehlen wir folgende Punkte **vor** der Auslagerung mit dem Drittdienstleister vertraglich zu regeln:

- **Zentrale Übersicht und Aufsicht über alle ausgelagerten Funktionen des Trustees (Art. 17 Abs. 2 lit. a FINIV)** – Der Trustee sollte ständig einen aktiven Überblick über alle ausgelagerten Tätigkeiten halten, um sich u.a. nicht der mangelhaften Aufsicht der Drittdienstleister haftbar zu machen.
- **Regelung der Befugnisse zur Weiterübertragung der ausgelagerten Dienstleistungen (Art. 17 Abs. 2 lit. b FINIV)** – Je nach Gebotenheit kann der Trustee die Weiterübertragung explizit gewähren, konkret beschränken oder ganz untersagen.
- **Rechenschaftspflichten des Drittdienstleisters (Art. 17 Abs. 2 lit. c FINIV)** – Die klare Umschreibung der

Rechenschaftspflicht des Drittdienstleisters hilft dem Trustee seine Überwachungspflichten wahrzunehmen.

- **IT-Sicherheit** – Der Outsourcing Vertrag sollte konkrete Mindestanforderungen und Gewährleistungen des Drittdienstleisters an die IT-Sicherheit beinhalten, namentlich die vertragliche Verpflichtung zur Implementierung der notwendigen, branchenüblichen Standards.
- **Datenschutz** – Datenschutzgesetze sehen vertragliche Mindestanforderungen vor, die im Zusammenhang der Übertragung von Personendaten an Drittdienstleister einzuhalten sind. Der Trustee hat gerade beim grenzüberschreitenden Outsourcing den Datenschutz seiner Geschäftsdaten zu gewährleisten.
- **Gewährleistung der Einhaltung regulatorischen Voraussetzungen** – Werden bewilligungspflichtige Tätigkeiten ausgelagert, sollte der Drittdienstleister die Einhaltung der regulatorischen Vorschriften und der entsprechenden Bewilligungspflichten gewährleisten
- **Kontroll-, sowie Informations- und Einsichtsrechte des Trustees (Art. 17 Abs. 2 lit d FINIV)** – Der Trustee ist im Rahmen seiner Überwachungspflicht verpflichtet die Tätigkeiten des Drittdienstleisters jederzeit beaufsichtigen zu können.
- **Klare Beendigungsregeln** – Je nach anwendbaren (ausländischen) Recht können Mandatsverträge nicht jeder-

zeit beendet werden. Es sind deshalb in jedem Fall Kündigungsmechanismen festzulegen.

- **Herausgabeansprüche des Trustees** – Nach Beendigung Geschäftsbeziehung hat der Drittdienstleister grundsätzlich alle Informationen des Trustees zu löschen und ihm wieder herauszugeben.
- **Umgang mit Kickbacks** – Gerade im Zusammenhang mit der Auslagerung des Portfoliomanagements oder der Vermögensverwaltung, sollten mit dem Drittdienstleister klare Regeln festgelegt werden, wie mit Kickbacks umgegangen wird; u.a. um Interessenkonflikte zu vermeiden.

Wesentlich ist insbesondere die sorgfältige Dokumentation, z.B. bezüglich der Risikoprüfung im Zusammenhang mit dem Abschluss der Outsourcingverträge, die Beschreibung der übertragenen Aufgaben, die Regelung der Weiterübertragung derselben oder auch die Überwachung der Drittpersonen. Dies insbesondere mit Blick auf eine allfällige Einsichtnahme durch die internen oder externen Revisoren oder auch die Aufsichtsbehörden.

IV. Zusammenfassung

Technische Herausforderungen, hoher Professionalisierungsgrad, fehlendes Spezialwissen und erhöhte regulatorische Anforderungen können Trustees dazu bewegen, einen Teil ihrer Aufgaben an Drittdienstleister zwecks Effizienzgewinn auszulagern.

Das neue Regulierungsregime erlaubt und ermutigt Trustees zum Outsourcing und anerkennt damit ihren Wichtigkeitsgrad im Tagesgeschäft. Der im FINIG und ihrer Verordnung skizzierte rechtliche Rahmen muss jedoch für die praktische Umsetzung mit der Praxis der FINMA und Vorgaben von Branchenorganisationen angereichert werden, damit Trustees die Auslagerung entsprechend ihrem zivilrechtlichen und regulatorischen Haftungsrisiko ausreichend klar regeln können.

Trustees sind deshalb in Einzelfall gut beraten, die Auslagerung vertraglich im Lichte ihrer konkreten Verantwortlichkeiten im Zusammenhang der ausgelagerten Tätigkeiten und ihren regulatorischen Verpflichtungen genau auszugestalten und die Erfüllung dieser Pflichten zu dokumentieren.

Alithis ist ein modernes Dienstleistungsunternehmen im Bereich Recht, Compliance und Regulatorisches mit mehr als 10 Jahren Erfahrung mit Trusts und gemeinnützigen Organisationen

Alithis AG
Dufourstrasse 105
CH-8008 Zürich

welcome@alithis.ch
+41 44 520 40 20

