

OUTSOURCING

-

HAFTUNG, VERANTWORTUNG

Referat von:

URS SUTER

7. November 1996

OUTSOURCING - HAFTUNG, VERANTWORTUNG

1. EINLEITUNG

Wir stellen im heutigen Umfeld fest, dass sich Unternehmen verschiedenster Branchen wieder auf ihr eigentliches Kerngeschäft besinnen und auf die Fragen, mit welchen Kernkompetenzen sie ihre Ziele am besten erreichen können. Im Rahmen der Ausrichtung auf das Kerngeschäft können Bereiche, die nicht zwingend dazu gehören, Gegenstand von Auslagerungen sein. Diesem Auslagerungstrend nicht entzogen sind auch solche Aktivitäten, welche nicht direkt zum Kerngeschäft gehören, aber für dessen Abwicklung unabdingbar sind. Anfänglich wurden in erster Linie relativ einfache Bereiche mit geringem Risiko für das auslagernde Unternehmen ausgelagert. Heute besteht aber zunehmend ein Trend, dass auch für das Unternehmen sensitive Bereiche ausgelagert werden. So werden ganze Datenverarbeitungen nicht mehr innerhalb des Unternehmens „gemacht“ sondern durch Drittunternehmen erledigt. Im nachfolgenden interessiert nun, welche Bedeutung das Outsourcing in Bezug auf die Haftung und Verantwortlichkeit der auslagernden Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten hat. Dabei interessiert der Bereich, bei dem im Zusammenhang mit der Auslagerung firmen- oder kundensensitive Daten an nicht im auslagernden Unternehmen tätigen Serviceerbringern zugänglich werden. Als Dritte betrachte ich dabei alle, die ausserhalb der vertraglichen Beziehung zwischen auslagernder Unternehmung und Serviceerbringer stehen. Dritte können also Kunden der auslagernden Unternehmung, Behörden usw. sein. Ich will Ihnen diese Problematik an Hand einiger Beispiele illustrieren und abschliessend noch auf die besondere Problematik des Outsourcing in der Bankenbranche eingehen.

2. DEFINITION DES OUTSOURCING

Für die nachfolgenden Ausführungen verstehe ich unter Outsourcing folgendes: Beim Outsourcing lagert der Servicenehmer gewisse Tätigkeiten zu einem Serviceerbringer aus, um dafür eine gemeinsam definierte Dienstleistung zu beziehen. Aus der Optik des Outsourcers bedeutet Auslagerung somit:

- Einkauf klar definierter und in der Regel auch messbarer Dienstleistungen (Services)
- zu definierten Dienstleistungsqualitäten (Service Levels)
- von einem oder mehreren Serviceerbringern
- während einer definierten Zeitperiode

- zu einem definierten Honorar

Für die Erbringung dieser Dienstleistungen benötigt der Serviceerbringer vom Outsourcer firmen- oder kundensensitive Daten. Diese Aspekte sind im sogenannten Outsourcing-Vertrag und den dazugehörigen zusätzlichen Vereinbarungen festgehalten.

3. BEISPIEL 1 - AUSLAGERUNG DES STEUERDIENSTES

Bei diesem Beispiel präsentiert sich die Ausgangslage wie folgt:

Die Unternehmung verzichtet auf einen eigenen Steuerdienst, der sich mit den Steuerangelegenheiten der Gesellschaft befasst. Sie beauftragt einen externen Steuerberater mit sämtlichen Steuerbelangen. Hierunter fällt neben der Steuerberatung auch das Ausfüllen der Steuererklärungen. Diese werden vom Steuerberater aufgrund der von der Unternehmung zur Verfügung gestellten Daten ausgefertigt.

Welche Bedeutung hat diese Auslagerung nun für die Unternehmung?

Das Verhältnis Unternehmung: Kunde ist durch diese Auslagerung nicht betroffen. Der Steuerberater der Gesellschaft benötigt in der Regel keine kundenspezifischen Daten. Er erhält hingegen Einblick in firmensensitives Zahlenmaterial. Bei diesem Outsourcing stellen sich also keine besonderen Fragen in Bezug auf Geheimhaltung von Daten Dritter. Auf die Stellung der Gesellschaft als Steuerpflichtige hat dieses Outsourcing keine Konsequenzen. Die Unternehmung bleibt Steuersubjekt und hat somit die aufgrund des durch die Beratung des externen Steuerberaters initiierten Transaktionen anfallenden Steuerfolgen und Steuerlasten zu tragen. Bei schlechter Beratung hat die Bank höchstens einen Anspruch gegenüber dem Berater aus Vertrag. Hingegen schützt die schlechte Beratung nicht vor den Steuerfolgen. Dasselbe gilt im Zusammenhang mit dem Einreichen der Steuererklärung. Hier ist und bleibt die Unternehmung als Steuerpflichtige Verfahrenspartei und hat somit die Konsequenzen von Verfahrensverletzungen, fehlerhafter oder unterlassener Deklaration von Steuerfaktoren zu tragen. Auch hier kann die Gesellschaft nur versuchen, sich aufgrund der Vertragsbeziehungen beim Steuerberater schadlos zu halten. Sofern ein steuerstrafrechtlicher Sachverhalt vorliegt, muss der Steuerberater aber allenfalls damit rechnen, dass er als Gehilfe oder Anstifter steuerstrafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden könnte.

Schon dieses einfache Beispiel des Outsourcing zeigt, dass die Auslagerung keinen Einfluss hat auf die gesetzlichen Verpflichtungen des Auslagernden. Bei Missachtung oder Nichtgenügen der gesetzlichen Verpflichtungen hat der Out-

sourcer die damit allenfalls verbundenen Sanktionen zu tragen. Er kann nur versuchen, sich aufgrund des mit dem Serviceerbringer abgeschlossenen Vertrages schadlos zu halten.

4. BEISPIEL 2 -AUSLAGERUNG DER SALÄRBUCHHALTUNG

Bei diesem Sachverhalt lagert die Unternehmung die gesamte Salärbuchhaltung und damit verwandte Arbeiten, wie Erstellen von Lohnausweisen, Erstellen der Abrechnungen für die Sozialversicherungen, Meldung von Versicherungsfällen usw., an einen Dritten aus. Bei diesem Outsourcing werden zwar keine kundenrelevanten Daten dem Serviceerbringer zugänglich gemacht, hingegen aber sensible Mitarbeiterdaten. Auf die vertragliche Beziehung Arbeitnehmer : Unternehmung hat dieses Outsourcing keinen Einfluss. Die Unternehmung haftet dem Arbeitnehmer für sämtliche, diesem aus dem Arbeitsvertrag zustehenden Ansprüche. Im weiteren muss sie dafür besorgt sein, dass die Lohnbescheinigungspflicht sowie die Abrechnungen mit den Sozialversicherungen korrekt erfolgen. Kommt die Unternehmung diesen Verpflichtungen nicht nach, so kann sie hierfür direkt belangt werden, sei dies von den Steuerbehörden für die nicht korrekte Lohnbescheinigung, sei es von den Sozialversicherungen für die nicht korrekte Abrechnung. Im weiteren haftet sie dem Mitarbeiter dafür, dass der Serviceerbringer mit den ihm von der Unternehmung zur Verfügung gestellten Personaldaten keinen Unfug treibt. Die Unternehmung muss sich also darum kümmern, dass die Daten tatsächlich nur für die mit der Salärbuchhaltung zusammenhängenden Belange verändert werden. In Zusammenhang mit diesem Outsourcing gilt es aber zusätzlich noch den arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz zu berücksichtigen. Demnach darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind (Art 328b OR). Es ist offensichtlich, dass die in Zusammenhang mit der Salärbuchhaltung benötigten Angaben bearbeitet werden dürfen. Hingegen ist hiedurch nur die Bearbeitung durch den Arbeitgeber abgedeckt. Hingegen bedarf das Outsourcing der Lohnbuchhaltung m.E. der Zustimmung durch den Arbeitnehmer, werden doch hiedurch aufgrund des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers geheimzuhaltende Daten Dritten zugänglich gemacht. Die Voraussetzungen für eine Bearbeitung durch Dritte ohne diese Zustimmung gemäss Art. 14 Datenschutzgesetz sind m.E. nicht gegeben. Der Arbeitgeber würde also eine Persönlichkeitsverletzung begehen und hätte hierfür einzustehen.

Auch dieses Beispiel veranschaulicht deutlich, dass das Outsourcing der Unternehmung nichts an ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Mitarbeitern ändert. Sie hat dafür besorgt zu sein, dass trotz Outsourcing sämtliche Verpflichtungen des Arbeitsvertrages erfüllt werden. Dies gilt auch für ihre gesetzli-

chen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Zudem muss der Arbeitgeber auch dafür besorgt sein, dass die Zustimmungen der Arbeitnehmer vorliegen.

5. BEISPIEL 3 - AUSLAGERUNG DER DEPOTADMINISTRATION

Eine Vermögensverwaltungsgesellschaft mit Sitz in der Schweiz, welche zu einer internationalen Gruppe gehört, verwaltet die Konti und Depots ihrer Kunden bei Schweizer Banken aufgrund einer Verwaltungsvollmacht im Namen und auf Rechnung ihrer Kunden. Im Rahmen der Reorganisation der Gruppe ist vorgesehen, dass die Depotadministration, beinhaltend das Führen einer Schattenbuchhaltung für die Konti/Depots der Kunden bei den Banken und das entsprechende Reporting an die Kunden, grenzüberschreitend im Ausland konzentriert werden soll.

Wie ist diese Auslagerung nun aus Sicht des Kunden zu beurteilen?

Zuerst gilt es festzuhalten, dass reine Vermögensverwaltungsgesellschaften keiner aufsichtsrechtlichen Geheimhaltungspflicht unterliegen, also weder dem Bankgeheimnis noch dem mit Inkrafttreten des Börsengesetzes neuen Berufsgeheimnis des Effekthändlers. Die Kundendaten geniessen also unter diesem Rechtstitel keinen Geheimnisschutz. Hingegen sind für die Zulässigkeit des Outsourcings die in der Schweiz massgeblichen Geheimhaltungsvorschriften des Privatrechts, nämlich des Persönlichkeitsschutzes, sowie des Auftragsrechts aufgrund des Vermögensverwaltungsvertrages sowie das Datenschutzrecht zu berücksichtigen. Diese Bestimmungen bezwecken das gleiche. Der Kunde einer Vermögensverwaltungsgesellschaft muss darüber informiert werden, wenn die Gesellschaft im Rahmen des Outsourcing Serviceerbringern geheimzuhaltende Informationen weitergibt. In den Genuss dieser Geheimhaltung fallen alle Daten, welche aus der geschäftlichen Beziehung zwischen der Vermögensverwaltungsgesellschaft mit dem Kunden bekannt werden. Im Zusammenhang mit der Auslagerung der Depotadministration handelt es sich hiebei insbesondere um folgende Angaben:

- die Tatsachen der Existenz einer Kundenbeziehung
- die Identität des Kunden
- Angaben zu Konti und Depots des Kunden sowie zur Performance dieser Anlagen
- Angaben zu den Geschäftsbeziehungen des Kunden

Hieraus ergibt sich, dass die Weitergabe dieser Daten an Dritte im Rahmen des Outsourcing nur dann zulässig ist, wenn der Kunde hiezu ausdrücklich zustimmt.

Es empfiehlt sich aus Beweisgründen, diese Zustimmung in Schriftform einzuholen.

Im Zusammenhang mit der Weiterleitung von Daten ins Ausland gilt es zu berücksichtigen, dass diese ohne Zustimmung des Kunden nur mit Zustimmung des eidgenössischen Datenschutzbeauftragten erfolgen darf oder, wenn der Transfer in ein Land erfolgt, das über eine gleichwertige Datenschutzgesetzgebung wie die Schweiz verfügt und sichergestellt ist, dass nicht eine Weiterleitung in ein Drittland ohne gleichwertigen Datenschutz vorgesehen ist. Der Datenschutzbeauftragte hat eine unverbindliche Liste der Länder erstellt, die eine vergleichbare Datenschutzgesetzgebung wie die Schweiz haben. Für den Outsourcer bedeutet dies, dass er im Einzelfall die Gleichwertigkeit des ausländischen Rechts prüfen müsste. Um diesen Gefahren auszuweichen, würde es sich empfehlen, dass der Outsourcer auch bezüglich des Transfers an ausländische Serviceerbringer die Zustimmung des Kunden einholt. Diese schriftliche Zustimmung schützt den Outsourcer im weiteren davor, dass er allenfalls noch strafrechtlich wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes zur Rechenschaft gezogen wird.

Aus dem Gesagten ergibt sich somit, dass in einem Fall, bei dem geheimhaltungswürdige Kundendaten weitergegeben werden, ein Outsourcing ohne ausdrückliches Einverständnis des Kunden nicht zulässig ist. Hiedurch wird theoretisch die Auslagerungsfreiheit des Vermögensverwalters weitestgehend eingeschränkt. In der Praxis wird es aber so sein, dass der Kunde entweder mit dem Outsourcing einverstanden ist oder sich wohl einen anderen Vermögensverwalter suchen muss. Für den Vermögensverwalter dürfte es praktisch unmöglich sein, mit vernünftigen Kosten individuelle Lösungen zu realisieren. Neben der Zustimmungsbedürftigkeit des Kunden hat der Outsourcer noch dafür besorgt zu sein, dass der Serviceerbringer mit den von ihm zu verarbeitenden Daten keinen Unfug treibt. Für solchen Unfug hätte der Outsourcer gegenüber dem Kunden einzustehen.

6. BEISPIEL 4 - OUTSOURCING BEI BANKEN

Im Gegensatz zu den vorgenannten Beispielen gilt es für das Outsourcing bei Banken, die zusätzlichen, branchenspezifischen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Einerseits unterstehen einer Bank anvertraute Kundendaten einem gesetzlich geregelten Geheimnisschutz, nämlich dem Bankgeheimnis. Andererseits benötigt eine Bank für ihren Betrieb eine Bewilligung und ist während der Dauer ihrer Tätigkeit der Aufsicht durch die Eidgenössische Bankenkommission unterstellt. Diese Aufsicht wird mit Hilfe der bankengesetzlichen Revisionsstelle durchgesetzt. In ihrer Berichterstattung hat die bankengesetzliche Revisionsstelle u.a. zu prüfen, ob die Voraussetzungen der seinerzeitigen Bewilligung des Bankbetriebes eingehalten sind. Hierzu gehören insbesondere die Gewähr der einwandfreien Geschäftsführung sowie das Vorhandensein einer der Geschäftstätigkeit entsprechenden Verwaltungsorganisation. Sind diese Voraussetzungen nicht mehr gewährleistet, so droht der Bank in letzter Konsequenz der Bewilligungsentzug.

Was bedeutet dies nun für das Outsourcing bei Banken?

1. Wichtige Kernkompetenzen einer Bank sind Vertrauen, Diskretion und Professionalität. Der Kunde vertraut darauf, dass seine Bank seine Kundendaten diskret behandelt und dafür sorgt, dass sie Dritten - hiezu gehören u.a. auch Behörden, insbesondere die Steuerbehörde - nicht zugänglich gemacht werden. Das Outsourcing bedeutet für den Kunden nun, dass seine Kundendaten einem Dritten zugänglich gemacht werden. Dieser Dritte untersteht in der Regel nicht mehr der bankengesetzlichen Aufsicht. Zudem ist dieser Dritte häufig lediglich im Rahmen des Outsourcing-Vertrages im Einflussbereich der auslagernden Bank. Dem bankengesetzlichen Geheimnisschutz unterstehen auch Beauftragte einer Bank, die in dieser Eigenschaft geheimzuhaltende Tatsachen erfahren haben. Inwieweit diese Geheimhaltung durch den Serviceerbringer tatsächlich eingehalten wird, zeigt sich letztlich erst dann, wenn der betroffene Kunde feststellt, dass seine Daten unbefugten Dritten zugänglich gemacht wurden oder für Zwecke verwendet wurden, die eindeutig ausserhalb seiner eingegangenen Geschäftsbeziehung zur Bank liegen. Outsourcing unter diesem Gesichtspunkt bedeutet für den Kunden somit zuerst, dass durch die Zugänglichmachung seiner Daten durch die Bank an einen Dritten die Chancen des Datenmissbrauches beträchtlich zunehmen. Diese Problematik wird noch dadurch verschärft, dass die ausgelagerten Tätigkeiten, wie beispielsweise der Zahlungsverkehr, Massengeschäft sind, der Serviceerbringer also geheim zu haltende Daten unzähliger Kundenbeziehungen erfährt. Outsourcing kann somit das Ausspionieren von Geschäftsgeheimnissen beträchtlich erleichtern. Meines Erachtens verlangt das Outsourcing von Kundendaten in jedem Fall die Zustimmung des Bankkunden. Doch nützt dem

Bankkunden die Verweigerung der Zustimmung in der Regel herzlich wenig, da ihm häufig keine Alternativen zur Verfügung stehen.

2. Aus bankenaufsichtsrechtlicher Sicht muss sich die Bank bewusst sein, dass das Outsourcing weder die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung noch eine für die Geschäftstätigkeit ausreichende Verwaltungsorganisation beeinträchtigen darf. Die Bankentätigkeit darf also durch das Outsourcing weder erschwert noch verunmöglicht werden. Ausgelagerte Tätigkeiten müssen weiterhin adäquat kontrolliert werden können. Zudem muss sichergestellt werden, dass die bankengesetzlichen Anforderungen erfüllt werden und die Integrität, Verfügbarkeit und Vertraulichkeit der Bankdaten gewährleistet sind. In keinem Fall darf Outsourcing die Vertrauensbeziehung Kunde : Bank, noch das Image, noch das Verhältnis zu den Aufsichtsbehörden beeinträchtigen.
3. Aus aufsichtsrechtlicher Sicht ist im weiteren zu verlangen, dass das Outsourcing den Prüfungsauftrag der bankengesetzlichen Revisionsstelle nicht beeinträchtigt. Es muss also sichergestellt werden, dass die Revisionsstelle in der Lage ist, beim Serviceerbringer selber sämtliche von ihr als nötig erachteten Prüfungshandlungen durchzuführen. Soweit der Serviceerbringer nicht einer bankenähnlichen Aufsicht unterstellt ist, kann nur so sichergestellt werden, dass durch das Outsourcing die bankenrechtliche Aufsicht nicht beeinträchtigt wird. Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, dass aus haftungsrechtlicher Sicht die bankengesetzlichen Revisionsstellen gut beraten sind, bei ihren Prüfungsarbeiten die entsprechenden Spezialisten einzusetzen. Der traditionelle Wirtschaftsprüfer dürfte bei diesen Prüfungsaufgaben häufig überfordert sein mit der Konsequenz, dass die bankengesetzliche Revisionsstelle nicht mehr in der Lage wäre, ihren Prüfungsauftrag zu erfüllen, was tendenziell die schweizerische Aufsichtspraxis gefährden würde.

Outsourcing bei Banken bedeutet also zusätzliche Verantwortung, verbunden mit den entsprechenden Haftungsrisiken für die Bankorgane sowie die auslagernde Bank. Auch hier entbindet Outsourcing die Bank nicht vom Einhalten der gegenüber dem Kunden eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen. Hinzu kommt aber noch, dass es für die Bank überlebenswichtig ist, dass durch unüberlegtes, verfehltes oder nicht kontrollierbares Outsourcing das Image der Bank nicht gefährdet wird. Je nach Schwere der Ursache kann ein solcher Imageschaden aber durchaus geeignet sein, den Betrieb einer Bank existentiell zu gefährden mit entsprechenden Schäden und Verlusten der Bankkunden. Weiter muss sich die Bank bewusst sein, dass Outsourcing nichts an der aufsichtsrechtlichen Situation ändert. Die Bank hat für die geeigneten Massnahmen besorgt zu sein, dass die eigentliche Bankentätigkeit nicht beeinträchtigt wird. Andernfalls muss sie mit aufsichtsrechtlichen Sanktionen, die bis zum Bewilligungsentzug führen können, rechnen. Nicht

ausser Acht gelassen werden darf, dass das Outsourcing auch an die Bankenaufsicht, und damit insbesondere die bankengesetzliche Revisionsstelle, welche für die Bankenaufsicht vor Ort bei der einzelnen Bank die Prüfungen vornimmt, neue Anforderungen stellt. Die bankengesetzliche Revisionsstelle ist gut beraten, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, damit sie diesen Herausforderungen gewachsen ist.

Überhaupt stellt sich im Zusammenhang mit Outsourcing im Bankenbereich die Frage, ob hier nicht ein Regelungsbedarf besteht. Als Bereiche seien genannt:

- Mindeststandards für Outsourcing-Erbringer
- Festschreibung der Tätigkeiten, welche ausgelagert werden dürfen
- Kontrollpflichten des Outsourcers bzw. der Revisionsstelle
- Sicherstellung der bankenrechtlichen Aufsicht auch bei Outsourcing

Hingegen erachte ich eine Aufsicht für Outsourcing-Erbringer nicht als praktikabel. Hier müssen andere Lösungen gefunden werden.

7. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Aus den dargestellten Beispielen ergibt sich, dass sich die Stellung des Outsourcers und somit seine Verantwortung und potentiellen Haftungsrisiken gegenüber Dritten durch das Outsourcing nicht ändert. Outsourcing ist eine vertragliche Beziehung zwischen Outsourcer und Serviceerbringer ohne direkte Drittwirkung. Vielmehr wird die Verantwortung des Outsourcers insbesondere gegenüber seinen Kunden dadurch noch erhöht, dass er sicherstellen muss, dass der Serviceerbringer mit den ihm zur Verfügung gestellten Daten keinen Unfug treibt. Die Sicherstellung ist für den Outsourcer insoweit schwieriger, als der Serviceerbringer häufig nur über den Vertrag seinem Einflussbereich unterstellt ist.

Von Bedeutung ist zudem die gesamte Problematik des Persönlichkeitsrechts und somit des Datenschutzes. Konsequente Berücksichtigung dieser Aspekte bedeutet, dass Outsourcing, bei dem sensitive Daten Dritter, dem Serviceerbringer zugänglich gemacht werden, nur mit Zustimmung der Betroffenen zulässig ist. Missachtung führt zu entsprechender Haftung und Verantwortlichkeit des Outsourcers.

Als weitere Erkenntnis gilt es festzuhalten, dass es sich für den Outsourcer empfiehlt, die Zustimmung seiner Vertragspartner für die Auslagerung einzuholen, wenn geheim zu haltende oder schutzwürdige Daten im Rahmen des Outsourcings einem Serviceerbringer zugänglich gemacht werden. Dies gilt insbesondere auch für Outsourcing über die Landesgrenze.

Kunden stehen diesem Outsourcing aber häufig praktisch machtlos gegenüber. Die Zustimmungsverweigerung hat vielfach die Konsequenz, dass die Geschäftsbeziehung abgebrochen werden müsste, da der Outsourcer gar nicht mehr in der Lage wäre, auf individuelle Kundenwünsche einzugehen. Dies zumal dann, wenn die ausgelagerte Tätigkeit Massengeschäft sind. Für den Kunden gibt es zudem häufig kaum valable Alternativen. Als typisches Beispiel sei auf den Zahlungsverkehr verwiesen.

Outsourcing bei Banken stellt zusätzliche Probleme. Zum einen gilt es, die Problematik des gesetzlichen Geheimnisschutzes zu berücksichtigen, andererseits muss dafür gesorgt werden, dass der Bankbetrieb durch das Outsourcing nicht beeinträchtigt wird. Insbesondere muss weiterhin Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung sowie für eine der Geschäftstätigkeit entsprechende Organisation gesorgt sein. Sichergestellt sein muss zudem, dass die Bankenaufsicht durch das Outsourcing nicht beeinträchtigt wird.

Urs Suter
Zürich, 7. November 1996