

Zur Diskussion / A discuter

Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von IT-Kooperationen und IT-Outsourcing im Bankensektor

OLIVER SCHALLER* / BENNO KELLER**

- I. Einleitung
 - II. IT-Outsourcing im Bankensektor
 - III. Ökonomische Eigenschaften des IT-Outsourcing im Bankenbereich
 - IV. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des IT-Outsourcing
 - 1. Einleitung
 - 2. Kontrollübernahme (Art. 9 KG)
 - 3. Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)
 - 4. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG)
 - V. Praxis der Wettbewerbsbehörden
 - VI. Schlussfolgerungen
- Zusammenfassung / Résumé

In den letzten Jahren sind die Banken vermehrt dazu übergegangen, ihre Informationstechnologie (IT) an Dritte auszulagern (Outsourcing). Als Outsourcing-Partner fungieren dabei andere Banken oder spezialisierte IT-Anbieter. Der folgende Beitrag beleuchtet die wettbewerbsrechtlichen Implikationen des IT-Outsourcings und von IT-Kooperationen zwischen Banken. Es wird insbesondere auf die Fusionskontrolle, Wettbewerbsabreden und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingegangen.

Au cours de ces dernières années, les banques en sont de plus en plus venues à transférer leurs technologies de l'information (TI) à des tiers (outsourcing). L'outsourcing est effectué par d'autres banques ou par des fournisseurs spécialisés. L'article suivant met en lumière, au regard du droit de la concurrence, les conséquences qu'entraîne l'outsourcing des TI et la coopération entre banques dans le domaine des TI. Le contrôle des fusions, les accords en matière de concurrence et l'abus d'une position dominante sont plus particulièrement examinés.

I. Einleitung

Die Bedeutung der Informationstechnologie (IT) für das Bankgeschäft hat in den letzten Jahrzehnten ständig zugenommen. Sie ist heute zu einem entscheidenden Faktor für den Erfolg geworden. Dabei bildet die IT auch einen wesentlichen Kostenblock der Banken.

Die Tatsache, dass viele IT-Eigenentwicklungen am Ende ihres Lebenszyklus angelangt sind, zwingt viele Banken, ihre IT-Strategie grundsätzlich zu überdenken¹. Dabei ist eine zunehmende Tendenz zur Auslagerung der IT an Dritte («Outsourcing») zu beobachten².

In den letzten Jahren ist viel über die vertragsrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Aspekte des IT-Outsourcing geschrieben worden. Kaum eine Publikation ist jedoch auf die wettbewerbsrechtlichen Probleme des Outsourcing eingegangen³.

Die vorliegende Publikation befasst sich mit den Auswirkungen des IT-Outsourcing auf den Wettbewerb zwischen Banken. Es werden dabei Fragen im Zusammenhang mit Kontrollübernahmen, Wett-

¹ Siehe z.B. Neue Zürcher Zeitung, Veraltete IT-Systeme der Kantonalbanken. Hohe Kosten – geringes Zukunftspotenzial, 21. Oktober 2003, 27.

² Dieser Trend ist nicht nur im Bankenbereich zu beobachten. Er hat z.B. auch die Versicherungsindustrie erfasst, wie die Auslagerung der Informatik der Zürich Versicherungs-Gesellschaft an CSC zeigt.

³ Eine Ausnahme ist R. Jacobs, Kartellrechtliche Rahmenbedingungen des IT-Outsourcing, in: R. H. Weber / M. Berger / R. Auf der Mauer (Hg.), IT-Outsourcing, Zürich 2003, 271–284.

bewerbsabreden und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung diskutiert. Zudem wird auf die Praxis der Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich eingegangen.

II. IT-Outsourcing im Bankensektor

Bis vor einigen Jahren produzierten Banken praktisch sämtliche zur Erbringung ihrer Dienstleistungen notwendigen Prozesse und Inputs «inhouse» selbst. Dies galt insbesondere für die IT, bei welcher Eigenentwicklungen traditionellerweise vorherrschend waren.

Die wachsenden Anforderungen an die Informationstechnologie liess die Kosten für die Entwicklung und den Unterhalt von Hard- und Software stark ansteigen. Steigende Kundenbedürfnisse und Regularisanforderungen, wachsende Komplexität und die zunehmende Geschwindigkeit des technologischen Wandels trugen zur Kostenzunahme im IT-Bereich bei. Kostensteigerungen von 6–10% pro Jahr sind nicht aussergewöhnlich⁴. Dies zwingt viele Banken zum Überdenken ihrer IT-Strategie.

Seit einigen Jahren ist dabei ein Trend zur Auslagerung der IT an Dritte («Outsourcing») zu beobachten. Viele Banken wollen sich vermehrt auf ihre Kernkompetenzen konzentrieren und entscheiden sich für den Einkauf von IT-Lösungen. Unterstützt wird dieser Trend durch die vermehrte Verfügbarkeit von Standardlösungen. Das Outsourcing beschränkt sich dabei nicht nur auf die IT, sondern betrifft auch andere Aktivitäten, beispielsweise im Finanz- oder Human Resources-Bereich oder gar in der Produktentwicklung.

Unter «Outsourcing» wird im Allgemeinen die Vergabe von Servicedienstleistungen jeglicher Art an Externe verstanden. Gemäss dem Outsourcing-Rundschreiben der Eidgenössischen Bankenkommision liegt Outsourcing vor, wenn «eine Unternehmung eine andere Unternehmung (Dienstleister) beauftragt, selbstständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit der Unternehmung wesentliche Dienstleistung wahrzunehmen»⁵. Im engeren Sinn beinhaltet das Outsourcing den Übergang zum Fremdbezug von Dienstleistungen, welche bisher mit eigenen Ressourcen selbst erbracht worden sind⁶.

Im Bankensektor kommen als Outsourcing-Partner verschiedene IT-Provider in Betracht. Bereits in den achtziger und neunziger Jahren haben die Kantonal- und Regionalbanken ihre Kräfte auf gemeinsamen Plattformen wie AGI (heute Swisscom IT Services), Unicable, Finis, RTC, RBA-Holding und Verband der Raiffeisen gebündelt. In den letzten Jahren sind die Grossbanken als IT-Dienstleister für kleinere und mittlere Banken aktiv geworden. Dies ermöglicht es den Grossbanken, ihre Plattformen besser auszulasten und durch die Realisierung von Skaleneffekten die Stückkosten zu senken. Daneben existiert eine grössere Zahl unabhängiger IT-Anbieter, welche selbst nicht im Bankgeschäft tätig sind, wie z.B. Avaloq, EDS, ERI Bancaire, IBM, SAP, Unisys etc.

Die Motive für das Outsourcing der IT sind vielfältig. Obwohl mit dem Outsourcing oft die Hoffnung verbunden ist, Kosten einzusparen, ist die Kostensenkung in der Regel nicht das einzige Motiv⁷. Konzentration auf die Kerntätigkeit, Einkauf von Know-how, erhöhte Planbarkeit der Kosten, Variabilisierung von Fixkosten und Vermeidung von Fixkostensprüngen bei der Erneuerung der IT sind weitere wichtige Gründe für das Outsourcing der IT.

Mannigfaltig ist auch der Umfang des Outsourcing. Beim selektiven Outsourcing werden im Rahmen von Service-Level-Agreements einzelne Geschäftsprozesse ausgelagert, welche nur einen Teil einer bestimmten Leistung umfassen (z.B. Wertschriftenverwahrung und -verwaltung für Privatbanken). Die Teilauslagerung ganzer Geschäftsprozesse, z.B. Wertschriftenabwicklung, erfolgt im Rahmen des Business Process Outsourcing. Das IT Full Service Outsourcing schliesslich umfasst die komplette Auslagerung der IT und deren Betrieb. Dabei können auch die IT-Infrastruktur und die IT-Mitarbeiter an den Outsourcing-Partner übertragen werden.

⁴ E. Kilgus, Gutachten zur IT-Entwicklung im Bankensektor, RPW 2004/1, 232-276.

⁵ Eidg. Bankenkommision, Rundschreiben zur Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing) vom 26. August 1999. Stand vom 22. August 2002, EBK-RS 99/2, 1.

⁶ Ch. Stocker, Regulatorische Anforderungen an IT-Outsourcing. Finanzmarktbericht, in: Weber / Berger / Auf der Mauer (Fn. 3), 231.

⁷ Vgl. T. Brändli, Outsourcing. Vertrags-, Arbeits-, und Bankrecht, Bern 2001, 13.

III. Ökonomische Eigenschaften des IT-Outsourcing im Bankenbereich

Die Informationstechnologie weist verschiedene Eigenheiten auf, welche Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt für Banken-IT haben. Die Entwicklung von Software-Lösungen und der Aufbau von Hardware-Kapazitäten verursachen beispielsweise relativ hohe Fixkosten. Die variablen Kosten des Einsatzes einmal bestehender Kapazitäten sind demgegenüber vergleichsweise gering, was in steigenden Skalenerträgen in der Verarbeitung resultiert⁸. Steigende Skalenerträge führen ihrerseits zu einer relativ hohen optimalen Betriebsgrösse, was bedeutet, dass nur wenige Anbieter langfristig im Markt bestehen können⁹. Daher wird gelegentlich davon ausgegangen, dass in der Schweiz langfristig nur eine geringe Anzahl IT-Full - Service - Anbieter existieren kann¹⁰. In einer Studie von Andersen wurde bereits eine Tendenz zur Konzentration im Bereich der Bank-IT festgestellt¹¹.

Der Markt für Banken-IT ist zudem durch hohe Wechselkosten («Switching costs») gekennzeichnet. Ein Wechsel des IT-Dienstleisters ist in der Regel nur unter Inkaufnahme relativ hoher Setup- und Migrationskosten möglich. Im Sinne einer Faustregel rechnet man mit Migrationskosten von CHF 300 bis CHF 500 pro Kunde. Für eine mittlere Bank können sich diese Kosten somit rasch auf CHF 15 Mio. bis CHF 25 Mio. belaufen und 2–3 ordentliche IT-Jahresbudgets ausmachen¹².

Switching costs führen dazu, dass die Kunden «gefangen» sind, wenn sie sich einmal für einen Anbieter entschieden haben («lock-in»)¹³. Dies ermöglicht es den Anbietern, von bestehenden («gefangenen») Kunden höhere Preise zu verlangen. Auf der anderen Seite dürfte sich im Anfangsstadium ein intensiver Wettbewerb um Neukunden entwickeln, da die Anbieter versuchen, eine möglichst grosse Kundenbasis aufzubauen. Zudem dürften sich die Nachfrager in den Verträgen mit ihrem IT-Dienstleister gegen ungerechtfertigte Preiserhöhungen absichern. In einem gesättigten Markt können Switching costs jedoch den Markteintritt für neue Anbieter erschweren, da ein Grossteil der Kunden bereits «gefangen» ist. Dadurch wird der potenzielle Wettbewerb geschwächt.

IV. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des IT-Outsourcing

1. Einleitung

Das Kartellgesetz (KG; SR 251) bezweckt die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderer Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 1 KG). Der Wettbewerb soll im Sinne einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung gefördert werden.

Das Kartellgesetz ruht auf drei Säulen:

- Fusionskontrolle (Art. 9 / 10 KG);
- Verbot von Wettbewerbsabreden, sofern sie den Wettbewerbs beseitigen oder erheblich beeinträchtigen und sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 KG); und
- Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG).

Zur Durchsetzung des Kartellgesetzes verfügt die Wettbewerbskommission (Weko) über spezielle Befugnisse. Sie kann Verfügungen erlassen und unzulässige Kartelle, missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Zusammenschlüsse untersagen (Art. 10 Abs. 2, Art. 18 Abs. 3 und Art. 30 Abs. 1 KG).

⁸ Dies dürfte zumindest bis zu einer gewissen Betriebsgrösse der Fall sein. Ab einer gewissen Betriebsgrösse können die Durchschnittskosten aufgrund steigender Komplexität wieder anzusteigen.

⁹ Aufgrund eines IT-Kostenvergleichs kam eine Studie der Beratungsfirma itopia zum Schluss, dass bezüglich IT-Kosten Skaleneffekte lediglich bis zu einer Bankgrösse von 700 Mitarbeitern existieren, vgl. Itopia Corporate Information Technology, flyer 1/2003, www.itopia.ch/publikationen/img_publ/flyer_2003_1.pdf.

¹⁰ Z.B. Kilgus (Fn. 4), 247 f.

¹¹ A. Andersen, Satisfaction Survey of Integrated Banking Packages 2001/2002 in the Swiss Private Banking Industry, www.avalog.com/download/Anderson_Integrated_Banking_Packages_E_Oct03.pdf.

¹² Kilgus (Fn. 4), 240.

¹³ National Economic Research Associates, Switching costs, report prepared for the Office of Fair Trading and the Department of Trade and Industry, 2003, www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/CFD52220-7862-41A7-8F6F-53F3B4FE78FE/0/oft655.pdf.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht stellen sich bei IT-Kooperationen die folgenden Fragen:

- Führt das Outsourcing der IT zur Aufgabe der Unabhängigkeit der outsourcenden Bank und somit zur Kontrollübernahme durch den Outsourcing-Partner?
- Führt eine Kooperation im IT-Bereich zwischen Banken zu einer Verhaltensabstimmung, sodass der Wettbewerb zwischen den kooperierenden Banken beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wird?
- Entstehen im IT-Bereich dominante Anbieter, welche ihre dominante Stellung allenfalls missbrauchen könnten?

Diese Fragen sind insofern von Bedeutung, als im Schweizer Bankensektor seit längerer Zeit eine Konzentrations- und Konsolidierungstendenz zu beobachten ist. Diese hat dazu geführt, dass die Anzahl Banken in der Schweiz zwischen 1993 und 2002 gemäss Angaben der Schweizer Nationalbank um rund ein Viertel abgenommen hat. Von ursprünglich fünf Grossbanken gibt es heute noch deren zwei. Bei der Anzahl Zweigstellen bzw. Bankfilialen betrug der Rückgang in der selben Zeitperiode knapp ein Drittel¹⁴.

Eine steigende Konzentration birgt die Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen, mit negativen Folgen für die Konsumenten, die Innovation und letztlich auch für die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes. Beim Zusammenschluss zwischen UBS und SBV hat die Weko acht verschiedene geographische Märkte identifiziert, in welchen aufgrund der hohen Marktkonzentration Wettbewerbsprobleme auftreten könnten. Es handelt sich hier insbesondere um den Markt für KMU-Kredite (Firmenkredite unter CHF 2 Mio.), und zwar in den Regionen Appenzell / St. Gallen, Basel, Genf, Neuenburg, Solothurn / Seeland / Oberaargau, Tessin und Wallis¹⁵.

In den folgenden Abschnitten wird auf die drei oben aufgeworfenen Fragen eingegangen.

2. Kontrollübernahme (Art. 9 KG)

Gemäss Art. 4 Absatz 3 KG gilt jeder Vorgang, der zur Übernahme der Kontrolle eines bisher unabhängigen Unternehmens oder Unternehmensteils durch ein anderes führt, als Unternehmenszusammenschluss. Die Weko kann Zusammenschlüsse, die zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, untersagen oder Bedingungen und Auflagen zur Sicherstellung des Wettbewerbs machen (Art. 10 KG).

Führt das Outsourcing der IT zu einer faktischen Kontrollübernahme durch den IT-Provider und somit zur Aufgabe der Unabhängigkeit der outsourcenden Bank oder eines Teils davon, so ist die Transaktion als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren. Sie ist der Weko zu melden, sofern die in Art. 9 KG bestimmten Umsatzschwellen erreicht werden.

Eine Kontrollübernahme dürfte in der Regel dann vorliegen, wenn eine IT-Abteilung mit eigenständiger juristischer Person als Ganzes an den Outsourcing-Partner übertragen wird. Eine solche IT-Tochtergesellschaft dürfte die Voraussetzungen für die Qualifizierung als eigenständigen Unternehmensteil gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. b KG erfüllen¹⁶. In der Regel dürfte ein Unternehmenszusammenschluss auch gegeben sein, wenn die ganze IT-Abteilung inklusive Hard- und Software, Lizenzverträgen, Personal etc. übertragen wird, auch wenn die Abteilung nicht über eine eigene juristische Person verfügt¹⁷.

Wenn keine Aktiven übertragen werden und das Outsourcing nicht zu einer Kontrollübernahme über einen eigenständigen Unternehmensteil führt, so bleibt die Frage, ob der Outsourcing-Partner einen derart grossen Einfluss auf die outsourcende Bank ausüben kann, dass von einem faktischen Kontrollenerwerb über die ganze Bank auszugehen ist.

Die outsourcende Bank gibt sich aufgrund der hohen Wechselkosten in eine gewisse Abhängigkeit zum IT-Dienstleister. In der Regel bindet sich die Bank dabei langfristig an ihren Partner. Vertrags-

¹⁴ Schweizerische Nationalbank, Die Banken in der Schweiz 2002, Tabellen 4.6 und 48.3, www.snb.ch/d/publikationen/publi.html?file=banken/text_bank.html.

¹⁵ RPW, 1998/2, 278 ff.

¹⁶ Jacobs (Fn. 3), 273.

¹⁷ Jacobs (Fn. 3), 275.

dauern von bis zu 10 Jahren sind aufgrund der hohen Investitionen nicht aussergewöhnlich. Abhängigkeit vom Outsourcing-Partner, Kontrollverlust und Abgabe von Know-how sind denn auch die am häufigsten genannten Gründe, welche den Ausschlag gegen das Outsourcing geben¹⁸.

Da zwischen der IT und den Arbeitsabläufen einer Bank eine enge Wechselwirkung besteht, kann das IT-Outsourcing insbesondere zu einer Begrenzung des organisatorischen Freiraums im Bereich der Logistik führen. Fraglich ist zudem, inwieweit Innovationen und neue Produktentwicklungen durch die Auslagerung der IT eingeschränkt werden, da Innovationsentscheide in der Regel vom Plattform-Provider getroffen werden dürften.

Die Möglichkeit der Einflussnahme auf die outsourcende Bank hängt unter anderem von der Art des IT-Dienstleisters ab. Während ein neutraler, im Bankgeschäft nicht tätiger IT-Provider keine Anreize haben dürfte, Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Bank zu nehmen, können bei einer Bank als IT-Provider Interessenkonflikte entstehen. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Plattform-Provider sämtliche Geschäftsentscheide der outsourcenden Bank beeinflussen kann. Aus Sicht des Wettbewerbs ist es entscheidend, dass sich die outsourcende Bank die Unabhängigkeit in Bezug auf die Kundenschnittstelle bewahren kann, um als eigenständiger Wettbewerber auftreten zu können. Ein Verlust der Unabhängigkeit allein aufgrund des Outsourcings der IT ist daher eher unwahrscheinlich.

Durch zusätzliche Kooperationselemente, wie zum Beispiel eine Kapitalbeteiligung, Refinanzierungskredite, Einsitz im Verwaltungsrat der outsourcenden Bank usw. kann die outsourcende Bank jedoch ihre Unabhängigkeit faktisch verlieren. In diesem Fall ist der Unternehmenszusammenschluss der Weko zu melden, falls die Umsatzschwellen von Art. 9 des Kartellgesetzes erreicht werden.

3. Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)

Gemäss Art. 4 Absatz 1 KG sind Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Falls die IT-Kooperation durch eine Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, ist vom Vorliegen einer Wettbewerbsabrede auszugehen. Diese Frage ist insbesondere bei Kooperationen zwischen Banken relevant, etwa bei einer Grossbank, die ihre Plattform einer kleineren oder mittleren Bank zur Verfügung stellt. Die Banken gehen eine langfristig angelegte Partnerschaft ein, während sie an der Kundenfront miteinander im Wettbewerb stehen.

Gemäss Art. 5 Absatz 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

Falls die Kooperation dazu führt, dass die beteiligten Banken ihr Verhalten an der Kundenfront aufeinander abstimmen, könnte dies den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen oder gar beseitigen. Voraussetzung ist allerdings, dass die beteiligten Banken über eine gewisse Marktstellung verfügen.

Wie im Fall der Kontrollübernahme ist daher auch hier entscheidend, dass sich die Kooperationspartner die vollständige Unabhängigkeit bezüglich der Kundenschnittstelle bewahren¹⁹. Falls sich die Zusammenarbeit auf den IT-Bereich beschränkt, scheint es eher unwahrscheinlich, dass dadurch der Wettbewerb zwischen den Kooperationspartnern erheblich beeinträchtigt oder gar beseitigt wird.

In der Praxis zeigt sich jedoch, dass Kooperationen im IT-Bereich manchmal durch andere Vereinbarungen ergänzt werden. Diese können den gegenseitigen Einsitz im Verwaltungsrat, Kapitalbeteiligungen, Abstimmung der Geschäftspolitik, Informationsaustausch und weiteres mehr umfassen. Solche zusätzliche Kooperationselemente können in der Gesamtheit dazu führen, dass die Kooperationspartner nicht mehr als unabhängige Wettbewerber auftreten, sondern eine Abstimmung des Ver-

¹⁸ Vgl. S. Reinecke Das Phänomen «Abhängigkeit» im IT-Outsourcing, io management 1998, 40.

¹⁹ In der Praxis dürfte es schwierig sein, im Einzelfall zwischen einer Wettbewerbsabrede und einer Kontrollübernahme zu unterscheiden. Intuitiv scheint bei vergleichbaren Kooperationspartnern eher eine Wettbewerbsabrede im Vordergrund zu stehen.

haltens erfolgt. Unter diesen Voraussetzungen ist nicht auszuschliessen, dass die Kooperation als Ganzes zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.

Die Wettbewerbsbehörden werden deshalb im Einzelfall immer sämtliche Kooperationsbereiche analysieren müssen.

Falls eine Kooperation zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt, hat zudem eine Effizienzprüfung zu erfolgen. Gemäss Art. 5 Absatz 2 KG sind Abreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, falls sie notwendig sind, um Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen.

Theoretisch ist die zugrundeliegende Frage bei der Effizienzprüfung, ob der volkswirtschaftliche Gewinn aufgrund einer Effizienzsteigerung den volkswirtschaftlichen Verlust einer verminderten Wettbewerbsintensität wettmacht. In der Praxis prüfen die Wettbewerbsbehörden, ob die Abrede geeignet, notwendig und verhältnismässig ist, um die geltend gemachten Einsparungen zu realisieren²⁰.

Die Kriterien der Notwendigkeit und der Verhältnismässigkeit implizieren, dass nur solche Kooperations Elemente zulässig sind, welche zur Erzielung der Kosteneinsparungen tatsächlich notwendig sind. Für die Realisierung von Kosteneinsparungen scheinen über die reine IT-Kooperation hinausgehende Vereinbarungen nicht notwendig zu sein²¹.

4. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG)

Ein Unternehmen ist gemäss Art. 4 Abs. 2 KG marktbeherrschend, wenn es sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich gemäss Art. 7 KG unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Marktstellung andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

Gegenwärtig gibt es eine hohe Zahl von IT-Anbietern in der Schweiz. Aufgrund von Skalenerträgen wird jedoch erwartet, dass sich die Anzahl IT-Plattformen zukünftig reduzieren wird. In der Schweiz dürfte längerfristig nur eine geringe Anzahl Full Service Provider bestehen können²². Da die Markteintrittsbarrieren möglicherweise bedeutend sind, könnten in Zukunft dominante Player im IT-Bereich entstehen.

Falls marktbeherrschende Stellungen im IT-Bereich entstehen, besteht die Gefahr, dass diese missbraucht werden, um andere Banken im Wettbewerb zu benachteiligen. Ein Anreiz zur Wettbewerbsverzerrung dürfte insbesondere dann bestehen, wenn es sich bei den marktbeherrschenden IT-Anbietern um Banken handelt, welche gleichzeitig selbst im Bankgeschäft tätig sind.

Problematisch wären beispielsweise Exklusivverträge, welche es der outsourcenden Bank verunmöglichen würde, mit anderen Providern zusammenzuarbeiten. Solche Exklusivverträge können den Markteintritt für andere Unternehmen erheblich erschweren und somit in der Aufnahme des Wettbewerbs behindern. Dabei sind jedoch auch «legitimate business reasons» zu prüfen²³.

Im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes wurde der Marktbeherrschungsbegriff präzisiert. Das Ziel der Änderung von Art. 4 Absatz 2 KG bestand darin, dass bei der Feststellung der Marktbeherrschung auch die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen sind²⁴. Es scheint jedoch nicht angebracht, von langen Vertragsdauern und hohen Wechselkosten allein auf eine Marktbeherrschung des Anbieters zu schliessen. Insbesondere wenn vor Vertragsabschluss ein intensiver Wettbewerb um Neukunden stattfindet.

²⁰ O. Schaller, Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, Fribourg 2002, 313.

²¹ Siehe Abschnitt V.

²² Z.B. Kilgus (Fn. 4), 247 f.

²³ Exklusivverträge könnten allenfalls auch unter die Anwendung von Artikel 5 KG fallen.

²⁴ BBI 2002, 2045; R. Zäch, die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: W. Stoffel / R. Zäch (Hg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich et al. 2004, 53 ff.

V. Praxis der Wettbewerbsbehörden

Die Wettbewerbsbehörden hatten sich bisher in drei Fällen mit IT-Kooperationen im Bankenbereich zu beschäftigen.

Beim Zusammenschluss zwischen Swisscom und AGI IT Services zur Swisscom IT Services kam die Weko in einem ersten Fall zum Schluss, dass durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird²⁵. Da im Bereich der Bankenplattformen starke Konkurrenten existierten, unter anderem die Grossbanken, konnte eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom IT Services ausgeschlossen werden.

In einem zweiten Fall hatte das Sekretariat der Weko die Kooperation zwischen der UBS und der Postfinance im Bereich des Aktivgeschäfts zu beurteilen²⁶. Dabei handelt es sich nicht um eine IT-Kooperation im eigentlichen Sinn, sondern um die Auslagerung von Business-Prozessen. Die Abwicklung der Kredite erfolgt dabei auf den Systemen der Postfinance. Im Rahmen einer Vorabklärung fand das Sekretariat keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, insbesondere nachdem die Parteien auf zwei Klauseln im Kooperationsvertrag verzichtet hatten, welche den Wettbewerb allenfalls beschränkt hätten.

Im bisher bedeutendsten Fall war schliesslich das Kooperationsvorhaben zwischen der Credit Suisse und der Bank Linth zu beurteilen²⁷. Die Parteien reichten zunächst eine Zusammenschlussmeldung ein, worauf die Weko ein Fusionskontrollverfahren eröffnete. Nachdem die Parteien ihre Zusammenschlussmeldung zurückgezogen hatten, eröffnete die Weko eine Untersuchung. Sie hatte gewisse Bedenken, da das Kooperationsvorhaben nicht nur eine Zusammenarbeit in der IT, sondern verschiedene andere Kooperationsbereiche vorsah. So war beispielsweise beabsichtigt, dass die Credit Suisse ihre Kapitalbeteiligung an der Bank Linth von etwa 5% bis auf ein Drittel erhöhen könnte. Zudem war ein Einsitz im Verwaltungsrat der Bank Linth, ein Refinanzierungskredit, die Optimierung des Geschäftsstellennetzes sowie die Auftrennung von einzelnen Kundensegmenten vorgesehen.

Die Wettbewerbsbehörde erachtete insbesondere die Tatsache, dass die Migration der IT an eine Bank erfolgen sollte, welche als schweizweit zweitgrösste Bank mit der Bank Linth im Retailbanking in Konkurrenz stand, als möglicherweise problematisch²⁸. Zudem erachtete sie die IT-Kooperation zusammen mit den anderen Kooperationsbereichen als geeignet, die Geschäftspolitik wie auch das operative Geschäft zumindest aufeinander abzustimmen. Demgegenüber kam die Wettbewerbsbehörde aufgrund einer Prüfung des IT-Kooperationsvertrages zum vorläufigen Schluss, dass die IT-Kooperation alleine, d.h. ohne die anderen Kooperationsbereiche, keine wettbewerbsrechtliche Bedenken hervorrufen konnte²⁹.

Dabei stellt sich die Frage, ob solche zusätzliche Kooperationselemente als Nebenabreden anzusehen sind, welche für die IT-Kooperation notwendig und angemessen sind³⁰. Indem sie die IT-Kooperation und die übrigen Kooperationsbereiche separat prüfte, verneinte dies die Weko implizit. Obwohl bei einer IT-Kooperation ein Interesse an weitergehenden Vereinbarungen bestehen kann, scheinen diese nicht zwingend zu sein³¹.

Da sich die Parteien bezüglich der finanziellen Aspekte nicht einigen konnten, kam die Kooperation jedoch nicht zustande. Das Verfahren wurde daher eingestellt. Die Weko hatte somit keine Gelegenheit, Effizienzgründe im Rahmen einer IT-Kooperation zu beurteilen. An dieser Stelle sei lediglich auf eine Studie der Beratungsfirma itopia verwiesen³². Aufgrund eines IT-Kostenvergleichs kam diese Studie zum Schluss, dass bezüglich IT-Kosten Skaleneffekte lediglich bis zu einer Bankgrösse von 700 Mitarbeitern existieren. Das Kostensenkungspotenzial durch IT-Outsourcing sei zwar erkennbar, allerdings nur ansatzweise. Es bleibt somit abzuwarten, welche Kostensenkungspotenziale durch die Auslagerung der IT mittel- bis langfristig erreicht werden können.

²⁵ RPW 2001/4, 752–760.

²⁶ RPW 2003/2, 255–264.

²⁷ RPW 2003/3, 514–528.

²⁸ RPW 2003/3, 522.

²⁹ RPW 2003/3, 526.

³⁰ Gemäss den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (2004/C 101/97) sind Nebenabreden «vermutete Wettbewerbsbeschränkungen, die mit der Durchführung der den Wettbewerb nicht beschränkenden Hauptvereinbarung unmittelbar verbunden, dafür notwendig und angemessen sind».

³¹ Vgl. Kilgus (Fn. 4), 261.

³² Itopia Corporate Information Technology (Fn. 9).

VI. Schlussfolgerungen

Das Outsourcing der IT hat in den letzten Jahren im Bankensektor stark an Bedeutung gewonnen, nicht zuletzt aufgrund der schwierigen Wirtschaftslage und dem daraus resultierenden Kostendruck. Diese Entwicklung dürfte auch in Zukunft anhalten, selbst wenn der Kostendruck bei einer Erholung der Wirtschaft etwas nachlassen dürfte.

Aufgrund der hohen Marktkonzentration in einzelnen Bankmärkten verfolgt die Weko diese Entwicklungen. Das Ziel ist es, durch die Erhaltung des wirksamen Wettbewerbs die Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Bankensektors zu fördern.

Das Outsourcing stellt die Wettbewerbsbehörden dabei vor besondere Herausforderungen. Es ist zu vermeiden, dass über IT-Kooperationen das Wettbewerbsverhalten der Marktteilnehmer negativ beeinflusst wird. Die Vorteile des Outsourcings zu nutzen und gleichzeitig mögliche Nachteile zu verhindern ist eine schwierige Gratwanderung, welche die Wettbewerbsbehörden auch in Zukunft beschäftigen wird.

Für die Banken stellen sich beim Outsourcing der IT daher verschiedene wettbewerbsrechtliche Fragen. Insbesondere wenn eine Grossbank als Outsourcing-Partner auftritt, besteht unter Umständen die Möglichkeit, dass der Wettbewerb beeinträchtigt wird, sei es durch eine Kontrollübernahme, Wettbewerbsabrede oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Die Wettbewerbsbehörden dürften dabei insbesondere über die reine IT-Kooperation hinausgehende Vereinbarungen kritisch betrachten.

Zusammenfassung

Die Informationstechnologie (IT) ist zu einem zentralen Erfolgsfaktor der Banken geworden. Die zunehmende Geschwindigkeit des technologischen Wandels liess die IT dabei zu einem immer bedeutenderen Kostenblock der Banken werden. Aus diesem Grund haben mehrere Banken begonnen, ihre IT auszulagern, sei es an spezialisierte Unternehmen oder im Rahmen von IT-Kooperationen an andere Banken. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sind beim Outsourcing der IT drei Punkte zu beachten:

Erstens kann das IT-Outsourcing unter die Fusionskontrolle (Art. 9 KG) fallen. Wenn die outsourcende Bank oder Teile davon aufgrund des Outsourcing-Vertrags die Unabhängigkeit verliert, müssen die beteiligten Unternehmen die Transaktion den Wettbewerbsbehörden melden, sofern die Schwellenwerte von Art. 9 KG erreicht werden. Die Wettbewerbskommission kann einen solchen Zusammenschluss untersagen oder unter Auflagen zulassen, falls dieser zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 KG). Diese Beurteilung hängt unter anderem vom Umfang des Outsourcing, von der Unabhängigkeit bezüglich der Kundenschnittstelle und allenfalls von anderen Kooperationselementen (z.B. Kapitalbeteiligung, Gewährung von Refinanzierungskrediten, Vertretung im Verwaltungsrat etc.) ab. Die Gefahr eines Verlusts der Unabhängigkeit besteht insbesondere dann, wenn es sich beim Outsourcing-Partner ebenfalls um eine Bank handelt.

Zweitens kann das IT-Outsourcing allenfalls eine Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG) darstellen. Falls das Outsourcing der IT zu einer Verhaltensabstimmung führt, könnte der Wettbewerb dadurch unter Umständen beseitigt oder erheblich beeinträchtigt werden. In der Praxis zeigt sich, dass das IT-Outsourcing manchmal durch andere Kooperationselemente ergänzt wird, wie z.B. die Abstimmung des Filialnetzes und der Geschäftspolitik sowie den gegenseitigen Einsitz im Verwaltungsrat etc. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung muss daher sämtliche Kooperationsbereiche miteinbeziehen. Falls der Wettbewerb durch die Kooperation nicht beseitigt, aber erheblich beeinträchtigt wird, ist zudem zu prüfen, ob die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist. Dabei muss die Abrede notwendig sein, um die geltend gemachten Effizienzvorteile gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu realisieren. Es ist fraglich, ob durch eine Reduktion der IT-Kosten zusätzliche, über die reine IT-Kooperation hinausgehende Kooperationselemente gerechtfertigt werden können. Ähnlich wie im Falle eines Zusammenschlusses scheint auch bei einer Wettbewerbsabrede eine unzulässige Wettbewerbsbe-

schränkung wahrscheinlicher, wenn es sich beim Outsourcing-Partner ebenfalls um eine Bank handelt.

Drittens kann das Outsourcing der IT allenfalls ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG) bedeuten. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG ist ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich unzulässig, wenn es durch den Missbrauch seiner Stellung andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Im Bereich der Bank-IT ist nicht auszuschliessen, dass zukünftig solche marktbeherrschende Stellungen entstehen könnten. In diesem Fall könnte beispielsweise der Abschluss von Exklusivverträgen den Markteintritt von Konkurrenten erschweren. Ein solches Verhalten könnte missbräuchlich sein, wenn es nicht durch sachliche Gründe (Legitimate business reasons) gerechtfertigt werden kann. In Zukunft sind zudem bei der Feststellung der Marktbeherrschung die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zwischen einer Bank und ihrer IT-Anbieter zu prüfen.

Aufgrund der zunehmenden Konzentration im Bankensektor verfolgt die Wettbewerbskommission die Entwicklungen im Bereich des IT-Outsourcing genau. Dabei achtet sie darauf, dass die Vorteile des Outsourcing nicht nur die negativen Effekte einer Wettbewerbsbeschränkung zunichte gemacht werden.

Résumé

Les technologies de l'information (IT) représentent de plus en plus un facteur-clé de production et de réussite pour les banques. L'enjeu est de taille dans la mesure où ces technologies évoluent rapidement et constituent un poste toujours plus important du budget des instituts financiers. C'est pourquoi les banques cherchent à conclure des accords de coopération IT avec d'autres banques ou à externaliser leurs services IT. Cette tendance à l'outsourcing-IT peut avoir des effets sur la concurrence entre banques à trois niveaux:

Le premier concerne le contrôle de concentration (art. 9 LCart). Si les accords d'externalisation font perdre à la banque ou à une partie de celle-ci son indépendance, les entreprises en cause devront alors notifier leur opération à la Commission de la concurrence dans la mesure où les seuils prévus à l'art. 9 Lcart sont atteints. En effet, cette perte d'indépendance de la banque est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace, sans provoquer d'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporterait sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 LCart). Le résultat de l'analyse dépend entre autres du degré d'intégration IT souhaité, de la marge de manœuvre laissée à la banque par rapport à sa politique commerciale, à ses relations avec la clientèle ou à d'éventuels autres éléments de l'accord (p.ex. participation au capital de la banque, octroi généreux de crédits de refinancement, nouvelle entrée au conseil d'administration). Le risque de perte d'indépendance est d'autant plus grand que l'opérateur externe est lui aussi une banque déjà active sur les mêmes marchés financiers.

Le deuxième niveau a trait aux accords en matière de concurrence (art. 5 LCart). Si les accords d'externalisation conduisent à une coordination du comportement des acteurs sur le marché, il est possible qu'ils suppriment la concurrence efficace ou l'affectent notablement sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique. La pratique démontre que l'outsourcing de l'IT peut s'accompagner d'accords annexes, tels que l'optimalisation des réseaux de filiales, l'adaptation des politiques commerciales, l'élection réciproque de représentants aux conseils d'administration. L'appréciation concurrentielle doit tenir compte de l'ensemble des effets de ces accords. S'ils ne suppriment pas la concurrence, ces accords risquent de l'affecter notablement. Dans ce cas, seule une analyse des motifs d'efficacité permettra d'éviter leur illicéité. Encore faudra-t-il démontrer que ces accords sont nécessaires pour atteindre les gains d'efficacité exhaustivement énumérés à l'art. 5 al. 2 LCart. Relevons qu'une diminution des coûts liés aux technologies de l'information ne saurait justifier la conclusion d'accords annexes affectant notablement la concurrence sur le marché d'autres prestations financières. Là aussi, le risque d'accords illicites augmente en présence d'accords réunissant des instituts financiers concurrents.

Le troisième niveau est celui de l'abus de position dominante (art. 7 LCart). Une entreprise est en position dominante selon l'art. 4 al. 2 LCart, lorsqu'elle est à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). Son comportement est réputé illicite lorsqu'elle abuse de sa position dominante et entrave ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantage les partenaires commerciaux. En matière de technologie de l'information, on ne peut pas exclure que de telles positions dominantes se développent. En pareil cas, un contrat d'exclusivité pourrait par exemple rendre beaucoup plus difficile l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché. Un tel comportement pourrait être abusif s'il n'est pas justifié par des conditions commerciales légitimes (legitimate business reasons). A l'avenir, il faudra aussi apporter une attention particulière aux rapports de dépendance unissant la banque à son opérateur IT.

En raison du processus de concentration que connaissent les marchés financiers, la Commission de la concurrence suit avec attention l'évolution des coopérations IT. Elle doit s'assurer que les avantages issus de l'externalisation des services IT ne soient pas utilisés au détriment de la capacité concurrentielle du secteur bancaire suisse.

* Dr. iur., Vizedirektor des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Bern.

** Dr. rer. pol., wissenschaftlicher Mitarbeiter des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Bern.