



Association de
Banques Privées Suisses
Vereinigung
Schweizerischer Privatbanken
Association of Swiss Private Banks

Par e-mail

(annemarie.nussbaumer@finma.ch)

Autorité fédérale de surveillance des
marchés financiers FINMA
Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
CH-3003 Berne

Genève, le 1^{er} septembre 2016

Audition relative à la nouvelle circulaire « Transmission directe »

Madame,

Dans le cadre de l'audition ouverte le 7 juillet 2016, l'Association de Banques Privées Suisses (ABPS) soutient pleinement la prise de position de l'Association Suisse des Banquiers. La présente prise de position vise à mettre l'accent sur certains éléments qui sont clés pour les membres de l'ABPS.

Dans un monde qui exige de plus en plus de transparence, il est essentiel que l'art. 42c FINMAG soit interprété le plus largement possible. Il faut aussi qu'il puisse être appliqué de manière homogène par tous les assujettis. Dans l'ensemble, l'ABPS approuve l'orientation prise par la Circulaire « Transmission directe ». Elle estime cependant que certains points du projet devraient être améliorés :

- 1) Externalisation : la Circulaire ne doit pas limiter l'externalisation transfrontalière, et ceci devrait être mentionné explicitement au Cm 17.**
- 2) Obligation de déclaration au préalable à la FINMA : la distinction entre les informations qu'il faut déclarer à la FINMA au préalable et ceux que les assujettis peuvent transmettre directement devrait être précisée. Les exemples aux Cm 47 à 49 sont trop larges et devraient être supprimés.**
- 3) Modalités de traitement : les assujettis doivent pouvoir compter sur une réaction rapide de la FINMA lorsque celle-ci est sollicitée. Une procédure simplifiée et une adresse centralisée y contribueraient.**

1) Externalisation (Cm 17)

Le Cm 17 décrit le terme « transmission d'informations » de manière très large ; il ne règle par exemple pas expressément les situations où l'assujetti est amené à gérer les informations d'un tiers. En effet, dans le cas d'une externalisation (« outsourcing »), que celle-ci ait lieu au sein d'un même groupe ou entre tierces parties, l'entité prestataire n'est pas responsable de la façon dont les informations appartenant à une entité (suisse ou étrangère) doivent être traitées, protégées, archivées ou communiquées, au-delà des clauses contractuelles qui la lient à l'entité cliente. Ainsi, dans l'hypothèse où l'entité prestataire est par ailleurs assujettie à la Circulaire pour ses activités propres, elle ne doit pas considérer qu'il y a transmission d'information lorsque cette transmission est exécutée pour le compte de l'entité cliente. La Circulaire devrait le préciser.

La doctrine précise par ailleurs à ce sujet : « ...*les reportings réguliers on a rolling basis d'importance insignifiante ou encore les informations, situées en Suisse, mais ne concernant que des activités tombant sous la surveillance de l'autorité étrangère requérante (p.ex. données étrangères sauvegardées en Suisse, selon le principe de l'Outsourcing), ne semble a priori pas relever de faits importants.* »¹

D'où l'importance de définir aussi clairement ce qui constitue des « *faits importants* ».

2) Obligation de déclaration préalable à la FINMA (Cm 43ss)

La Circulaire donne de nombreux exemples d'informations dont la transmission nécessite, ou non, une déclaration préalable à la FINMA. Cet effort est apprécié, mais il est important que les exemples ne soient pas trop larges et ne contiennent pas de notions juridiques indéterminées qui sont sujettes à interprétation et difficiles à mettre en œuvre. Par exemple :

- Le Cm 47 prévoit une déclaration préalable à la FINMA pour toute transmission à une autorité de surveillance étrangère qui ne figure pas sur la liste de la FINMA. Or dans ce cas, les assujettis doivent « *procéder à des vérifications supplémentaires et prendre des mesures de précaution* » (Cm 23 – 24). Pourquoi donc imposer une déclaration préalable à la FINMA à chaque fois ?
- Le Cm 48 demande aux assujettis d'évaluer si les informations sont « indispensables » pour l'autorité requérante ou si leur étendue est « disproportionnée », ce qui les poussera à toujours demander son avis à la FINMA.
- Le Cm 49 évoque « des investigations préliminaires et des procédures étrangères susceptibles de donner lieu à des sanctions » : il faudrait être devin pour être sûr que les informations ne serviront jamais à cet effet.

L'ABPS propose donc de biffer les Cm 47 à 49. Les autres exemples pourraient être précisés comme le propose l'ASB dans sa prise de position, afin de faciliter l'application de la Circulaire. Il est important que la pratique de la FINMA n'aboutisse pas au résultat inverse de celui voulu par le législateur, qui entendait ouvrir les possibilités de communication entre assujettis et autorités étrangères.

3) Modalités de traitement (Cm 67ss)

Lorsqu'un assujetti veut déclarer des faits importants à la FINMA, il doit le faire « au moins cinq jours ouvrables avant la date de transmission envisagée ». Ce délai sera souvent trop long au regard des exigences des autorités étrangères. L'exception prévue au Cm 67 : « En cas d'urgence, l'assujetti doit prendre immédiatement contact avec la FINMA » deviendra ainsi la règle. Il est essentiel que les assujettis ne soient pas pénalisés du fait du délai de réaction de la FINMA. Ils doivent ainsi pouvoir présumer son accord en cas d'absence de réponse dans un délai donné, ou obtenir l'appui de la FINMA vis-à-vis de l'autorité étrangère en cas d'examen prolongé.

¹ Biba Homsy, Nouvelles dispositions en matière de coopération internationale: ouverture ou contrôle de la FINMA ? in : Jusletter 18 avril 2016, Rz 77

En outre, la procédure selon laquelle les faits importants devront être déclarés à la FINMA n'est pas spécifiée. Une transmission électronique doit être possible ; la FINMA devrait indiquer à quelle adresse ces déclarations peuvent être envoyées.

* * *

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame, nos salutations distinguées.

ASSOCIATION DE
BANQUES PRIVEES SUISSES



Jan Langlo
Directeur



Jan Bumann
Directeur adjoint



Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 - CH - 1204 Genève
Tél. 022 310 07 35 - Fax 022 310 07 39 - www.arif.ch - e-mail: info@arif.ch
TVA n° CHE-101.192.434



FINMA		
ORG	01. SEP. 2016	SB
E1		
Bemerkung:		FLY

AUTORITE FEDERALE DE
SURVEILLANCE DES MARCHES
FINANCIERS FINMA
Laupenstrasse 27
CH - 3003 Berne

A l'attention de Madame Anne-Marie
NUSSBAUMER

Genève, le 26 août 2016

Concerne : nouvelle circulaire « transmission directe »

Chère Madame,

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de prendre position sur la Circulaire «Transmission directe» en préparation par vos services et avons l'avantage de vous communiquer ici notre prise de position à son sujet.

Le projet mis en audition comporte une ambiguïté, en ce sens qu'il définit le cercle des assujettis auxquels elle s'appliquera, par seule référence à l'article 3 LFINMA.

Or, certains assujettis au sens de cette disposition échappent au champ d'application effectif de la Circulaire, en particulier les organismes d'autorégulation (OAR-SRO) dont nous sommes, dès lors que ceux-ci, quoique soumis à l'agrément et la surveillance de la FINMA, ne peuvent en aucune circonstance « *dépendre d'autorités étrangères de surveillance des marchés financiers* », ni être amenés à transmettre des informations en relation avec une « *transaction* » ou à l'égard de « *clients* » au sens de l'article 42c LFINMA.

Pour autant que la base légale soit donnée, il serait donc souhaitable de définir séparément quelles informations les OAR, dont la qualité d'organe délégataire d'une tâche publique au sens de l'art. 35 Cst a été reconnue par la jurisprudence (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_887/2010, du 28 avril 2011), pourraient être amenés à transmettre à des autorités étrangères par transmission directe (par exemple quant au fait qu'un intermédiaire financier leur est affilié, ou s'il a fait ou non l'objet de sanctions disciplinaires).

S'agissant des assujettis auxquels la circulaire tend à s'appliquer, notre principale remarque est qu'elle ne lève qu'imparfaitement l'incertitude de ces assujettis quant aux informations qu'ils peuvent transmettre sans transgresser l'article 271 CP. Dans une matière sanctionnée par le droit pénal, une telle incertitude n'est pas possible.

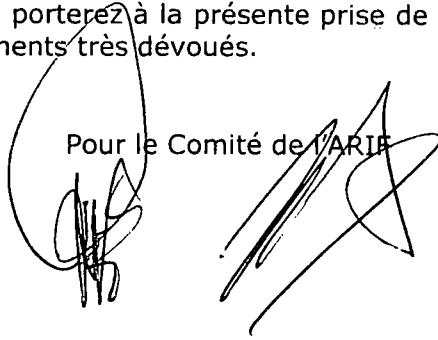
C'est sans compter la responsabilité civile qui pèse sur ces assujettis quant à la protection de leurs clients.

Il nous semblerait donc plus approprié de dresser un catalogue autoritatif et exhaustif, des informations qui peuvent être transmises directement, toutes autres devant faire l'objet d'une référence préalable à la FINMA, ou d'un envoi seulement par cette dernière. Ce catalogue pourrait d'ailleurs être revu et complété périodiquement en fonction des expériences pratiques.

À défaut, par précaution, nombre de transmissions anodines n'auront pas lieu de la part des assujettis, de sorte que le but du législateur ne sera pas atteint, et le travail de la FINMA s'en trouvera augmenté.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous adressons, Chère Madame, nos sentiments très dévoués.

Pour le Comité de l'ARIF



Annemarie.Nussbaumer@finma.ch
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Zürich, 1. September 2016

Anhörung FINMA-RS 2017/xx „Direktübermittlung“

Sehr geehrte Frau Nussbaumer

Für die Zustellung der Unterlagen im Zusammenhang mit der Anhörung zum eingangs erwähnten Rundschreiben danken wir bestens. Der Fachbereich Finanzmarkt von EXPERTsuisse (bestehend aus den Kommissionen für Bankenprüfung, kollektive Kapitalanlagen und Versicherungen) haben den Entwurf studiert und haben die nachfolgend erwähnten Hinweise anzubringen.

Im Erläuterungsbericht wird unter Kapitel 5 „Umsetzung“ ausgeführt: *„In organisatorischer Hinsicht erwartet die FINMA von den Beaufsichtigten, die zur Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 42c FINMAG erforderlichen Prozesse zu implementieren. Diese Prozesse sind Gegenstand der ordentlichen Prüfung.“* Wir stellen fest, dass im Entwurf des Rundschreibens weder die Anforderung an die Regelung der Prozesse noch an die Prüfung der Prozesse anlässlich der ordentlichen Prüfung festgehalten sind. Wir regen daher an, das Rundschreiben um diese beiden Punkte gemäss dem nachfolgenden Vorschlag zu ergänzen:

- [neue Rz]: Die Beaufsichtigten regeln die zur Einhaltung von Art. 42c FINMAG erforderlichen Prozesse in einer internen Weisung.
- [neue Rz]: Die Regelung der Prozesse zur Einhaltung von Art. 42c FINMAG sind Gegenstand der Prüfung nach Massgabe des FINMA-RS 13/3 „Prüfwesen“.

Für Fragen stehen Ihnen die Unterzeichnenden gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
EXPERTsuisse



Dr. Thorsten Kleibold
Mitglied der Geschäftsleitung



Rolf Walker
Präsident der Kommission
für Bankenprüfung



FORUM SRO | OAR | OAD

Einschreiben / vorab per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern

FINMA		
ORC	02. SEP. 2016	SB
E1		
Bemerkung:		FLP



Zug, 1. September 2016

Stellungnahme zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Direktübermittlung“

Sehr geehrte Frau Nussbaumer
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 7. Juli 2016, mit welchem Sie das Forum SRO zur Einreichung einer Stellungnahme in oben genannter Angelegenheit eingeladen haben.

Das Forum SRO ist ein im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragener Verein. Seine Mitglieder sind derzeit 10 Selbstregulierungsorganisationen (SRO) gemäss Geldwäschereigesetz, deren 9 ordentliche Mitglieder von der FINMA und ein assoziiertes Mitglied von der Eidgenössischen Spielbankenkommission beaufsichtigt werden. Zweck des Vereins ist es unter anderem, sich im Rahmen von Vernehmlassungen für die Belange der Mitglieder im Rahmen ihrer Tätigkeit als SRO einzusetzen. Für weitere Informationen steht Ihnen unsere Homepage www.forum-sro.ch zur Verfügung.

Gerne nehmen wir zu der oben genannten Vorlage wie folgt Stellung:

1. Generelle Bemerkungen

- 1 Das Forum SRO begrüsst es, dass die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) die rechtlichen Rahmenbedingungen für die direkte Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen an ausländische Behörden und Stellen durch Beaufsichtigte im neuen Rundschreiben „Direktübermittlung“ klären und damit eine einheitliche Anwendung von Art. 42c FINMAG gewährleisten will.

- 2 Aufgrund der Tatsache, dass im Rundschreiben explizit festgehalten wird, die Erfüllung der im anwendbaren Recht festgelegten Voraussetzungen liege in der Verantwortung der Beaufsichtigten, wird diesen das Risiko, das mit der Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen vor dem Hintergrund des Straftatbestands von Art. 271 StGB zusammenhängt, nicht abgenommen. Die Beaufsichtigten haben mithin wie bisher das Risiko einer Verurteilung wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat allein zu tragen. Es ist deshalb fraglich, ob die mit dem Rundschreiben verfolgten Ziele, nämlich die Konkretisierung der Voraussetzungen, unter welchen die Beaufsichtigten nicht öffentliche Informationen an ausländische Behörden und Stellen übermitteln dürfen, erreicht werden. Gerade weil Art. 42c FINMAG unterschiedlichen Auslegungen zugänglich ist, besteht für die Beaufsichtigten bzw. deren Organe oder Vertreter nicht nur eine Rechtsunsicherheit, sondern infolge von Art. 271 StGB und Art. 102 StGB ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko. Insofern sollten zwingend weitere Präzisierungen direkt in das Rundschreiben aufgenommen werden.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Randziffern

- 3 Ad Kapitel III. Allgemeines: Es ist in geeigneter Form klarzustellen, dass Art. 42c FINMAG nur eine Berechtigung zur Direktübermittlung begründet, aber keine Verpflichtung. An der Zuständigkeit für den Austausch nicht öffentlicher Informationen mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden hat sich mit Art. 42c FINMAG grundsätzlich nichts geändert. Nicht öffentliche Informationen sind nach wie vor in der Regel über den Amtshilfeweg auszutauschen. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes, dass eine direkte Übermittlung durch Beaufsichtigte nach Art. 42c FINMAG mithin nur möglich ist, wenn die FINMA den Amtshilfeweg nicht vorbehält, ist es erstaunlich, dass die FINMA im Erläuterungsbericht zum Rundschreiben festhält, sie werde von der Möglichkeit des Amtshilfewegvorbehalts zurückhaltend und vor allem dann Gebrauch machen, wo es aus der Aufsichtsperspektive erforderlich und sachgerecht erscheine (Erläuterungsbericht, S. 7). Eine solche Zurückhaltung kann aus der Schaffung von Art. 42c FINMAG nicht hergeleitet werden. Insofern ist die Präzisierung im Rundschreiben selber, dass Art. 42c FINMAG nur ein Recht aber keine Pflicht zur Direktübermittlung begründet, zwingend aufzunehmen.
- 4 Ad Kapitel III. Allgemeines sowie Rz. 31 und 71: Es ist in geeigneter Form im Rundschreiben explizit festzuhalten, dass die Strafbarkeit gemäss Art. 271 StGB (verbotene Handlungen für einen fremden Staat) entfällt, wenn die Beaufsichtigten Art. 42c FINMAG entsprechend der Auslegung der FINMA im Rundschreiben „Direktübermittlung“ anwenden. Es darf nicht angehen, dass die Beaufsichtigten letztlich ein Strafbarkeitsrisiko tragen, weil die Gesetzesbestimmung unklar ist und diese nur ungenügend im Rundschreiben der FINMA präzisiert wird.
- 5 Ad Rz. 23-26: In diesen Randziffern werden von der FINMA Konstellationen aufgelistet, in welchen die Beaufsichtigten namentlich weitere Abklärungen und Vorkehrungen zu treffen haben. Hierzu ist festzuhalten, dass eine gesetzliche Grundlage für die Verpflichtung der Beaufsichtigten zur Durchführung weiterer Abklärungen und Vorkehrungen fehlt. Da es sich bei der direkten Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht um eine Verpflichtung sondern um ein Recht der Finanzintermediäre handelt, ist auch die Vornahme weiterer Abklärungen und Vorkeh-

rungen eine reine Obliegenheit, wie dies zutreffend im Erläuterungsbericht festgehalten wird (Erläuterungsbericht, S. 9). Die Formulierung in Rz. 23 des Rundschreibens ist dahingehend zu ändern, dass das Treffen weiterer Abklärungen und Vorkehrungen nicht verpflichtend ist.

- 6 Formulierungsvorschlag zu Rz. 23: „Ziehen die Beaufsichtigten eine direkte Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen in Betracht, treffen sie namentlich dann weitere Abklärungen und Vorkehrungen, wenn [...]“
- 7 Rz. 26 des Rundschreibens ist zudem sehr allgemein formuliert und es wäre wünschenswert, dass die FINMA beispielhaft ausführt, welcher Art und wie fundiert die Hinweise sein müssen, dass die ersuchende Finanzmarktaufsichtsbehörde oder die ersuchende Stelle die Informationen im konkreten Fall nicht vertraulich behandeln.
- 8 Ad Rz. 27: Die FINMA unterlässt es, zu spezifizieren, worin die weiteren Abklärungen und Vorkehrungen gemäss Rz. 26 zu bestehen haben. Beispielhaft wird in Rz. 27 einzig die Möglichkeit genannt, eine Zusicherung der empfangenden Behörde oder Stelle einzuholen. Auch eine Zusicherung reicht nicht aus, wenn dennoch Hinweise fortbestehen, dass die Informationen von der Finanzmarktaufsichtsbehörde nicht vertraulich behandelt werden. Wünschenswert wäre es vor diesem Hintergrund, wenn die FINMA das genannte Beispiel der Einholung einer Zusicherung um weitere Beispiele ergänzen würde, damit die Beaufsichtigten abschätzen können, von welcher Qualität die weiteren Abklärungen und Vorkehrungen sein müssen.
- 9 Ad Rz. 29: Gemäss dieser Randziffer haben die Beaufsichtigten die Behörde oder Stelle anlässlich jeder Übermittlung schriftlich darauf hinzuweisen, dass die übermittelten Informationen vertraulich zu behandeln sind und ausschliesslich zum Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden dürfen. Darin liegt ein Widerspruch zu Rz. 22 des Rundschreibens, wonach die Beaufsichtigten vermuten dürfen, dass die Voraussetzungen der Vertraulichkeit und Spezialität erfüllt sind, wenn eine Behörde oder Stelle auf die von der FINMA veröffentlichten Liste der Behörden steht, an welche die FINMA in der Vergangenheit bereits Amtshilfe geleistet hat. Entweder können sich die Beaufsichtigten darauf verlassen, dass die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit bei denjenigen Behörden, welche auf der Liste stehen, erfüllt sind, und übermitteln die Informationen ohne entsprechende Hinweise, oder es fehlt die Gewissheit über die Einhaltung der Anforderungen der Spezialität und Vertraulichkeit, woraus folgt, dass auf die Übermittlung von Informationen zu verzichten ist. Rz. 29 ist dementsprechend zu streichen.
- 10 Ad Rz. 33 und Rz. 35: Es ist zu begrüssen, dass die FINMA das Verhältnis zwischen Art. 42c Abs. 1 und Art. 42c Abs. 2 FINMAG klärt. Demnach dürfen Informationen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG an ausländische Behörden und von diesen beauftragte Stellen nur übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfüllt sind und eine Übermittlung nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht möglich ist. Ebenfalls zu befürworten ist, dass in Rz. 35 des Rundschreibens explizit festgehalten wird, dass eine Übermittlung von Informationen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG an ausländische Straf- oder

Steuerbehörden ausgeschlossen sei, weil aus dem Wortlaut von Art. 42c Abs. 2 FINMAG eine entsprechende Einschränkung nicht abgeleitet werden kann. Im Erläuterungsbericht werden als ausländische Behörden auch die Finanzmarktaufsichtsbehörden genannt, sofern eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht möglich ist, weil eine Übermittlung nicht zum Zweck der Finanzmarktaufsicht erfolgen soll (S. 11, Fn. 5 des Erläuterungsberichts). Diese Klarstellung sollte der Vollständigkeit halber auch in Rz. 35 des Rundschreibens aufgenommen werden.

- 11 Ad Rz. 37: Wohlwollend zur Kenntnis genommen wird, dass im Rundschreiben explizit festgehalten wird, eine Übermittlung von Informationen an von ausländischen Behörden beauftragte Stellen sei gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass solche Stellen von ausländischen Straf- oder Steuerbehörden beauftragt worden seien.
- 12 Ad Rz. 41: Es wird begrüsst, dass unter Rz. 41 des Rundschreibens explizit festgehalten wird, dass eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig ist, wenn die zu übermittelnden Informationen umfassender sind, als was nach dem anwendbaren ausländischen Recht für die unmittelbare Abwicklung der Transaktion notwendig ist. Rz. 41 des Rundschreibens sollte allerdings dahingehend ergänzt werden, dass neben der Abwicklung auch die Genehmigung der Transaktionen ausdrücklich genannt wird.
- 13 Formulierungsvorschlag zu Rz. 41: „Sind die zu übermittelnden Informationen umfassender als was nach dem anwendbaren ausländischen Recht für die unmittelbare Abwicklung oder Genehmigung der Transaktionen notwendig ist, ist eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig. [...]“
- 14 Ad Rz. 43-45: Die von der FINMA unter Rz. 43-45 des Rundschreibens vorgenommene Auslegung geht über den Wortlaut von Art. 42c Abs. 3 FINMAG hinaus. Gemäss dem Gesetzestext von Art. 42c Abs. 3 FINMAG bedarf eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG der vorgängigen Meldung an die FINMA. Es geht mithin nicht um die wesentliche Bedeutung der Information selbst, sondern der Übermittlung. Dennoch unterscheidet die FINMA unter Rz. 43-45 des Rundschreibens zwischen der wesentlichen Bedeutung der Information selbst und der Übermittlung als solcher. Zwar dürfte es unumgänglich sein, die wesentliche Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG nicht nur auf die Übermittlung selbst, sondern auch auf die Informationen zu beziehen. Nichtsdestotrotz ist anzumerken, dass in Art. 29 Abs. 2 FINMAG von Vorkommnissen die Rede ist, während Art. 42c Abs. 3 FINMAG von Informationsübermittlungen spricht. Die in Rz. 44 f. des Rundschreibens implizierte Gleichstellung von Vorkommnissen und Informationen vermag deshalb nicht zu überzeugen. Eine Meldepflicht nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG haben die Beaufsichtigten und die Prüfgesellschaften, die bei ihnen Prüfungen durchführen, nur, wenn die Voraussetzungen von Art. 29 Abs. 2 FINMAG vorliegen, also bei Vorkommnissen, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind. Rz. 44 f. des Rundschreibens ist im Lichte dieser Überlegungen zu überarbeiten.
- 15 Ad Rz. 75: Die FINMA führt in Rz. 75 des Rundschreibens aus, dass sie statt eines Vorbehalts des Amtshilfewegs auch eine vorgängige Meldung der geplanten Informationsübermittlungen analog Art. 42c Abs. 3 FINMAG verlangen könne.

Für eine solche Möglichkeit besteht jedoch keine gesetzliche Grundlage, weshalb Rz. 75 des Rundschreibens ersatzlos zu streichen ist.

Wir danken Ihnen im Voraus für eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Dr. Martin Neese
Präsident



Caroline Kindler
Geschäftsführerin

Per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
z.H. Frau Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern

1. September 2016

Vernehmlassungsantwort zum neuen Rundschreiben 2017/xx Direktübermittlung

Sehr geehrte Frau Nussbaumer

Wir beziehen uns auf die am 7. Juli 2016 eröffnete Anhörung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) betreffend das neue Rundschreiben 2017/xx Direktübermittlung (**Rundschreiben**) und bedanken uns für die Möglichkeit, dazu Stellung nehmen zu können.

Der Erläuterungsbericht vom 7. Juli 2016 zum Rundschreiben hebt zu Recht hervor, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des Art. 42c FINMAG dem Bedürfnis privater, international tätigen Unternehmen nachgekommen sei, mit ausländischen Behörden zusammenarbeiten und ihnen direkt Informationen übermitteln zu können (Erläuterungsbericht vom 7. Juli 2016, S. 6; vgl. auch BBI 2014, S. 7620). Als im Gebiet des Wirtschaftsrechts tätige Anwaltskanzlei haben wir festgestellt, dass in der Praxis oft ein sehr grosses Bedürfnis besteht, ausländischen Behörden innerhalb von kurzer Zeit Informationen unkompliziert zur Verfügung zu stellen. Die Konkretisierung von Art. 42c FINMAG und insbesondere dessen Auslegung sind deshalb von grosser praktischer Bedeutung.

Das Rundschreiben unterstützt die Beaufsichtigten bei der selbständigen Anwendung von Art. 42c FINMAG. Wir sind jedoch der Meinung, dass das Rundschreiben in einigen Aspekten nicht zielführend ist und eine Übermittlung von Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden unnötigerweise erschwert und zum Teil dem Willen des Gesetzgebers widerspricht. Dies betrifft vor allem die extensive Auslegung der "Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung" nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG. Diese Ausnahmebestimmung zum Grundsatz der direkten Informationsübermittlung ist entsprechend der gesetzlichen Terminologie im Interesse der Einheit der Rechtsordnung auf Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG zu beschränken. Gemäss Botschaft zu Art. 29 FINMAG (BBI 2006, S. 2880) geht es dabei etwa um "**gravierende finanzielle, personelle oder organisatorische Probleme, Schwierigkeiten mit ausländischen Behörden oder Änderungen der Geschäftsstrategie, welche sich wesentlich auf die Risiken einer oder eines Beaufsichtigten auswirken**" (Hervorhebung hinzugefügt).

Wir erlauben uns deshalb, bezüglich des Rundschreibens einige Punkte anzuführen, die unserer Ansicht aus den genannten Gründen oder unklarheitshalber noch angepasst werden sollten:

- **Rz. 10 und 13:** Nach Rz. 10 gelten u.a. ausländische Straf- und Steuerbehörden nicht als Finanzmarktaufsichtsbehörden im Sinne von Art. 42c Abs. 1 FINMAG. Rz. 13 hält davon leicht divergierend fest, dass Stellen, welche *ausschliesslich* Aufgaben im Bereich des Steuer- oder Strafrechts wahrnehmen, nicht zu den Stellen gehören, an die gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG Informationen übermittelt werden dürfen. Eine Vereinheitlichung dieser beiden Randziffern dahingehend, dass auch in Rz. 10 die Terminologie *"ausschliesslich Aufgaben im Bereich des Steuer- und Strafrechts"* verwendet wird, wäre u. E. sinnvoll.

- **Rz. 27:** Nach unserer Meinung ist die Formulierung im letzten Satz dieser Randziffer (*"besteht keine Gewissheit ..."*) nicht sachgerecht. Aus Sicht der Beaufsichtigten ist *"Gewissheit"* kein adäquater Standard. Auch wenn eine Zusicherung (welche unseres Erachtens abgestützt auf Rz. 27 auch mündlich erfolgen kann) vorliegt, besteht nicht immer Gewissheit, dass diese auch eingehalten wird. Es dürfte aus Sicht der Beaufsichtigten z. B. dann schwierig sein Gewissheit zu haben, wenn die handelnden Personen der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde neu, unbekannt oder im internationalen Verkehr unerfahren sind. Aus unserer Sicht wäre es daher sinnvoll, Rz. 27 wie folgt zu ändern: *"Vertraulichkeit und Spezialität können beispielsweise durch eine Zusicherung der empfangenen Behörde oder Stelle oder in anderer geeigneter Weise wie beispielsweise einer schriftlichen Auskunft eines lokalen Anwalts dokumentiert werden. Gelingt dies nicht, ist auf eine Übermittlung der Informationen zu verzichten"*.

- **Rz. 32 ff.** betr. Art. 42c Abs. 2: Hinsichtlich Artikel 42c Abs. 2 ist der Rundschreibenentwurf nach unserer Beurteilung in mehrfacher Hinsicht zu eng beziehungsweise vom Gesetzestext nicht gedeckt:
 - **Rz. 32 i.V. Rz. 39:** Während der Gesetzestext den Begriff *"Geschäfte"* verwendet, ist in Rz. 32 von *"Transaktionen"* die Rede. In Rz. 39 werden dann *"Geschäfte"* und *"Transaktionen"* gleichgesetzt. Wir sind der Meinung, dass in Rz. 32 der Begriff *"Transaktionen"* durch *"Geschäfte"* ersetzt werden und Rz. 39 Satz 2 wie folgt beginnen sollte: *"Unter Geschäften sind zum Beispiel Transaktionen zu verstehen, die [...]"*. Nach unserem Verständnis ist der Begriff *"Geschäfte"* weiter als der Begriff *"Transaktionen"*, er umfasst auch rechtliche Vorgänge und Zustände, welche sich nicht in einer Transaktion manifestieren, sondern zum Beispiel in einer Anfrage einer ausländischen Aufsichtsbehörde über die Geschäftstätigkeit eines dieser Aufsicht unterstehenden Kunden.
 - **Rz. 33 letzte Zeile:** Anstelle von *"[...] wenn [...] eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht möglich ist."* schlagen wir vor: *"[...] wenn [...] eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht zulässig ist."*

- **Rz. 39** verwendet den Begriff "*direkten Zusammenhang*"; der Gesetzestext spricht nur von "*Zusammenhang*", weshalb wir vorschlagen das Wort "*direkten*" in Rz. 39 zu streichen.
 - **Rz. 40:** Das Erfordernis, dass die Übermittlung von Informationen "*für die Abwicklung oder Genehmigung der Transaktionen nach dem jeweils anwendbaren ausländischen Recht zwingend erforderlich*" sein soll, ist u. E. vom Gesetzestext, der das Informationsinteresse der ausländischen Behörde nicht qualifiziert, nicht gedeckt und zu restriktiv. Die Bestimmung geht wiederum von einem zu engen Verständnis der unter Art. 42c Abs. 2 fallenden Geschäfte aus. Wir schlagen vor, die Formulierung "*für die Abwicklung oder Genehmigung der Transaktionen*" durch "*für das Geschäft*" zu ersetzen und zumindest das Wort "*zwingend*" wegzulassen.
Ferner ist es den Beaufsichtigten oft gar nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich abzuklären, ob ein ausländisches Erfordernis nach dem anwendbaren ausländischen Recht "*erforderlich*" oder "*zwingend erforderlich*" ist. Es sollte deshalb genügen, dass die Übermittlung "*aufgrund des Auskunftsbegehrens als erforderlich erscheint*".
- **Rz. 49:** Das Beispiel in Rz. 49 ist u. E. zu allgemein und führt dazu, dass dem Bedürfnis der Beaufsichtigten, mit ausländischen Behörden zusammenzuarbeiten und ihnen Informationen direkt übermitteln zu können, nicht nachgekommen wird. Auch der Hinweis im Erläuterungsbericht zu Rz. 49, dass es nicht relevant sei, ob die entsprechenden Vorabklärungen, Untersuchungen oder Verfahren im Übermittlungszeitpunkt bereits eingeleitet seien, ist zu weit (Erläuterungsbericht, S. 12). Wir sind der Auffassung, dass es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, die Informationsübermittlung von wesentlicher (!) Bedeutung derart allgemein und weit zu fassen. Es kann bei ausländischen Behörden kaum je völlig ausgeschlossen werden, dass Informationen in irgend einer Weise gegen den Beaufsichtigten verwendet werden. Damit wird dem Sinn und Zweck der neuen Regelung nicht angemessen Rechnung getragen und die Ausnahmebestimmung von Art. 42c Abs. 3 in den Grundsatz verkehrt. Es erscheint uns wichtig, dass die Umsetzung so ausgestaltet wird, dass die vom Gesetzgeber den Beaufsichtigten in Aussicht gestellte Flexibilität gewahrt wird. Es besteht die Gefahr, dass künftig sogar heute unter Art. 271 StGB als unproblematisch geltende Informationsübermittlung einem Bewilligungsregime unterstellt wird, dies im Gegensatz zu ausdrücklichen gesetzgeberischen Absicht gemäss der Botschaft zum FinfraG (S. 7620).

Entsprechend schlagen wir vor, Rz. 49 wie folgt anzupassen: "*Informationen zuhanden ausländischer Vorabklärungen und Verfahren, die aufgrund von einschlägigen Erfahrungen bzw. einer realistischen Beurteilung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu Sanktionen gegen die Beaufsichtigten führen können.*"

- **Rz. 58 ff.:** Wir schlagen vor, folgende Beispiele in die Liste für Informationen, deren Übermittlung keiner vorgängigen Meldung an die FINMA bedürfen, aufzunehmen:

- "Allgemeine Weisungen, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formulare und ähnliche allgemeine Dokumente;"
- "Informationen und Unterlagen, deren Übermittlung ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 271 StGB fallen;"

Mit dem Hinweis auf Art. 271 StGB soll sichergestellt werden, dass Art. 42c nicht bloss zur Erleichterung der Übermittlung gegenüber der bisherigen Rechtslage dient, wie dies der Botschaft zum FinfraG (S. 7620) entspricht, sondern gleichzeitig auch zu einer Verschärfung. Sinn und Zweck von Art. 42c ist gemäss Botschaft entgegen den Ausführungen auf S. 7 des Erläuterungsberichts (2. Abschnitt a.E.) gerade nicht, auch solche Informationen und Dokumente einer Regulierung und damit potentiell einer Bewilligungspflicht zu unterstellen, die bisher frei übermittelt werden konnten. Für eine solche Verschärfung fehlt deshalb eine gesetzliche Grundlage. Sie kehrt die gesetzgeberische Absicht in ihr Gegenteil.

- **Rz 67 und 69:** Rz. 67 sieht eine Frist von fünf Arbeitstagen für die Meldung einer Informationsübermittlung an die FINMA vor. Dies lässt darauf schliessen, dass die FINMA eine Fünftagesfrist für ihre Entscheidung, ob sie den Amtshilfeweg vorbehält oder nicht, als genügend erachtet. Diese Frist sollte deshalb u. E. nicht in Rz. 67, sondern wie folgt in Rz. 69 aufgenommen werden: "*Die FINMA wird der Beaufsichtigten nach Eingang der Meldung innerhalb von maximal fünf Arbeitstagen mitteilen, ob eine Übermittlung zulässig ist oder nicht. Erfolgt innert Frist keine Rückmeldung durch die FINMA, ist die Informationsübermittlung zulässig*".

Dürfte, wie dies der gegenwärtige Entwurf des Rundschreibens vorsieht, eine Informationsübermittlung ohne vorgängige Rückmeldung durch die FINMA nicht erfolgen und erginge keine Rückmeldung innert angemessener Frist, entstünde für die Beaufsichtigte eine unzumutbare Rechtsunsicherheit auf unbestimmte Dauer. Ein solcher Zustand wäre gegenüber der ausländischen Behörde schwer vermittelbar. Gerade in dringlichen Situationen und wenn unklar ist, ob überhaupt eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung vorliegt, ist diese Ungewissheit nicht hinnehmbar. Eine Beaufsichtigte müsste sich entscheiden, ob sie die Informationen umgehend, ohne vorgängige Meldung an die FINMA der ausländischen Behörde übermitteln soll, oder ob sie eine Meldung machen soll, folglich jedoch die Informationen bis zur unbestimmten Genehmigung durch die FINMA nicht übermitteln darf.

Hinzu kommt, dass das in Rz. 69 statuierte Verbot einer Informationsübermittlung ohne vorherige Genehmigung durch die FINMA vom Wortlaut des Gesetzes nicht gedeckt ist und die erforderliche gesetzliche Grundlage deshalb fraglich ist.

Mit freundlichen Grüssen



Felix Dasser



Isabelle Meyer



Inviata per e-mail

Spettabile

FINMA

Att.ne Sig.ra A. Nussbaumer

Laupenstrasse 27

3003 Berna

Lugano, 18 agosto 2016/GV

Presenza di posizione sulla nuova circolare 2017/XX – Trasmissione diretta

Egregi Signori, Gentili Signore,

L'OAD FCT deplora che le ultime indagini conoscitive della FINMA siano state pubblicate unicamente in lingua tedesca e francese, e solo il comunicato stampa e altri documenti parziali siano stati pubblicati in lingua italiana. Comprendiamo che tradurre sempre tutto in tre lingue costituisce un onere temporale e finanziario non indifferente, nondimeno nel rispetto del federalismo e del numero di Intermediari Finanziari del settore parabancario di lingua Italiana auspichiamo che in futuro la nostra lingua venga tenuta in maggior considerazione.

L'OAD FCT pur comprendendo che la circolare rappresenta la concretizzazione di un disposto legislativo, art. 42c cpv. 1 LFINMA, ritiene che la prevista facoltà, in *casu* degli OAD, di trasmettere direttamente informazioni ad autorità estere sia improvvista.

Si ritiene che tale attività, la trasmissione di informazioni, dovrebbe essere centralizzata presso la vostra autorità per garantire una uniformità di prassi, una trasmissione unicamente della documentazione che è strettamente necessaria all'autorità estera richiedente, una gestione coerente dei casi e non da ultimo garantire alla vostra autorità una visione complessiva delle richieste pervenute e quindi una vostra sorveglianza diretta sull'attività degli OAD e indiretta sui loro affiliati.

Chiediamo pertanto che il progetto di circolare venga ritirato e modificato come sopra.

Ringraziandovi per l'opportunità concessaci per esprimere la nostra opinione cogliamo l'occasione per porgere distinti saluti.

Per l'OAD FCT

Massimo Tognola
Presidente

Luca Confalonieri
Segretario del comitato



Raiffeisenplatz 4
Postfach
9001 St.Gallen
Telefon 071 225 49 98
www.raiffeisen.ch
finma-office@raiffeisen.ch



FINMA		
ORG	26. AUG. 2016	SB
E1		
Bemerkung: MADR		

A-Post
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern
annemarie.nussbaumer@finma.ch

Für Sie zuständig:
Gabriela Glaus, RA – 071 225 49 98

St.Gallen, 25.08.2016

Stellungnahme zum Entwurf des FINMA-Rundschreibens 2017/xx „Direktübermittlung“

Sehr geehrte Frau Nussbaumer

Wir beziehen uns auf die Eröffnung der Anhörung zum Entwurf des FINMA-Rundschreibens 2017/xx „Direktübermittlung“ vom 7. Juli 2016 und bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Einleitende Bemerkungen zum Erläuterungsbericht zum FINMA-RS 2017/xx „Direktübermittlung“

Art. 42c FINMAG schafft einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund, um Schweizer Finanzdienstleistern, Behörden und anderen Stellen direkt Informationen zukommen lassen zu können. Fehlt eine solche Regelung, drohen Schweizer Finanzdienstleistern erhebliche Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Konkurrenten, welche nach ihrem jeweiligen nationalen Recht nicht solchen Einschränkungen unterliegen. Raiffeisen als national ausgerichtete Inlandsbank würde zudem gegenüber den Schweizer Grossbanken und anderen Auslandsbanken benachteiligt, da letztere im Rahmen ihrer ausländischen Beaufsichtigung in diesem Zusammenhang einen Wettbewerbsvorteil haben. Die Konkretisierung des Art. 42c FINMAG durch das geplante FINMA-RS ist deshalb zu begrüssen. Eine Zusammenfassung der Auslegung durch die FINMA erleichtert die Anwendung und räumt Rechtsunsicherheiten aus. Gerade im Hinblick auf mögliche strafrechtliche Konsequenzen, die eine falsche Auslegung nach sich ziehen kann, ist eine Unité de Doctrine essentiell. Daher regen wir an, falls nicht bereits erfolgt, auch die strafrechtlichen Behörden in die Vernehmlassung einzubeziehen.

Im Rundschreiben sollte unseres Erachtens der Sinn und Zweck von Art. 42c Abs. 1 FINMAG, aber auch insbesondere von Art. 42c Abs. 2 FINMAG, der im Gesetzgebungsverfahren im Nachhinein eingebracht worden ist, ausführlicher aufgezeigt werden, da dies für das gegenseitige Verständnis unter den Marktteilnehmern und für eine einheitliche Auslegung der Vorschriften essentiell ist.

Grundsätzlich gilt zum Punkt der Auslegung, dass hier ein grosszügiger Massstab anzulegen ist, da insbesondere Art. 42c Abs. 2 FINMAG den Zweck hat, den Informationsaustausch zu erleichtern. Durch eine (zu) enge Auslegung baut die FINMA hier zusätzliche Hürden auf (z.B. Einengung des Anwendungsbereiches auf Vollzug des Finanzmarktrechts, Einschränkung auf Transaktionen in Art. 42c Abs. 2 FINMAG).

Weiter erachten wir die zusätzlichen Anforderungen (z.B. Rz 26 / weitere Abklärungen erforderlich, soweit Hinweis auf fehlende Vertraulichkeit besteht), welche die FINMA mit dem Rundschreiben aufstellen möchte, als nicht sachgerecht, da die Analyse und Ermittlung dieser Voraussetzungen für die Finanzdienstleister nur mit einem ungerechtfertigt grossen Aufwand möglich sind.

Einzelne Bemerkungen zum FINMA-RS 2017/xx „Direktübermittlung“

Ergänzend zu den Ausführungen der SBVg, welche eine separate Stellungnahme einreichen wird, nehmen wir im Einzelnen wie folgt zum FINMA-RS 2017/xx „Direktübermittlung“ Stellung.

Zu Rz 5

Bestimmte Begriffe genauer zu definieren macht absolut Sinn. In dieser RZ werden als Gegenbeispiel zu den „Beaufsichtigten“ die Vermögensverwalter genannt. Angesichts des Entwurfs des Finanzinstitutsgesetzes (E-FINIG), in dem in Art. 4 Abs. 1 vorgesehen ist, dass zukünftig auch Vermögensverwalter unter die Aufsicht fallen, wäre ein anderes Beispiel angebracht oder zumindest eine Fussnote angezeigt, welche auf diese anderweitigen Entwicklungen hinweist.

Zu Rz 26 und 27

Die Anforderung der FINMA, wonach die Beaufsichtigten weitere Abklärungen und Vorkehrungen zu treffen haben, bedürfen einer klaren Präzisierung. Hierbei sollte die Anforderung im Rundschreiben weiter ausgeführt oder sollten Beispiele angebracht werden, welche Hinweise (bzw. nach Vorschlag SBVg „berechtigte Zweifel“) dies sein könnten.

Zu Rz 31

An dieser Stelle wäre wünschenswert, mehr Einzelheiten zu den Rechten von Kunden und Dritten gemäss Geschäfts- und Bankkundengeheimnis, dem Datenschutz und aus dem Arbeitsverhältnis zu erfahren. Auch wenn die Erfüllung dieser Voraussetzungen in der Verantwortung der Beaufsichtigten liegt, ist es ein Anliegen der Beaufsichtigten zu erfahren, welchen Massstab die Aufsichtsbehörde hierbei anlegt. Wir gehen davon aus, dass die durch die FINMA publizierten Länder diese Voraussetzungen erfüllen und die Finanzdienstleister diesbezüglich keine gesonderte Prüfpflicht trifft. Im Übrigen bedarf es entsprechender Länderinformationen seitens der FINMA.

Zu Rz 32 ff

Wir begrüssen, dass Art. 42c Abs. 2 FINMAG im Nachgang im Rahmen der parlamentarischen Beratung eingefügt wurde. Dieser Absatz ermöglicht vor allem die Meldung an ein ausländisches Transaktionsregister (als „von einer ausländischen Behörde beauftragte Stelle“) im Sinne des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes (FinfraG). Allerdings sind wir der Auffassung, dass das Wort „Transaktionen“ zu eng gefasst ist.

Zu Rz 67 - 71

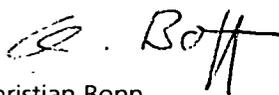
Wir stimmen dem beschriebenen Vorgehen im Hinblick auf die Pflicht der vorgängigen Meldung an die FINMA gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG zu. Jedoch sollte die im Erläuterungsbericht (Ziff. 4.4., S. 13) erwähnte fünftägige Antwortfrist der FINMA inklusive einer Handlungsanweisung bei verspäteter Antwort auch im Rundschreiben selber aufgenommen werden. Es ist zudem zu präzisieren, ob es sich um Kalender- oder Bankwerktag handelt.

Im Übrigen schliesst sich Raiffeisen Schweiz der SBVg an und unterstützt deren Änderungsvorschläge.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Raiffeisen Schweiz



Christian Bopp
Leiter Compliance & Tax



Gabriela Glaus
FINMA Office

Kopie: - Schweizerische Bankiervereinigung

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern
annemarie.nussbaumer@finma.ch

Basel, 1. September 2016
J.2/ ABA

Anhörung zum Rundschreiben „Direktübermittlung“

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 7. Juli 2016 eröffnete Anhörung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA betreffend den Entwurf des Rundschreibens „Direktübermittlung“ und bedanken uns für die Gelegenheit, Ihnen unsere Haltung darzulegen.

Unsere Bemerkungen und Anliegen sind im Folgenden in die Kapitel „Allgemeine Bemerkungen“, „Absicht des Gesetzgebers“, „konkrete Bemerkungen zu den einzelnen Randziffern“ sowie „konkrete Bemerkungen zum übrigen Rundschreiben“ gegliedert.

Ausserdem haben wir mit dem Untertitel „Anpassungsvorschläge“ unsere alternativen Formulierungsvorschläge zu den einzelnen Randziffern eingefügt.

**Zusammenfassung der Vorschläge der Schweizerischen Bankiervereinigung
zum neuen FINMA-RS 2017/xx Direktübermittlung**

I. Generelles

1. Sicherstellen eines weiten Anwendungsbereiches für Art. 42c Abs. 2 FINMAG als rechtssicher ausgestalteter Rechtfertigungsgrund unter Art. 271 StGB
2. Klare Abgrenzungen zwischen den verschiedenen Konstellationen von Art. 42c FINMAG mit Abs. 2 als Regel und Auffangbecken
3. Realisierung eines gesamtheitlichen, von Transparenz geprägten ‚Due Dilligence‘-Systems

II. Konkrete Punkte

1. Festlegung eines weiten Rahmens für „weitere Stellen“
2. Streichen der Erfordernisse von Amts- oder Berufsgeheimnis und Spezialitätsprinzip
3. Anwendungsbereich statt mit „Transaktionen“ in Anlehnung an Art. 6 Abs. 2 lit. c DSG mit „Abschluss, Abwicklung oder Beendigung von Geschäften sowie Erbringung von Dienstleistungen“ umschreiben
4. Anwendungsbereich nicht auf „Vollzug des Finanzmarktrechts“ einschränken
5. Informationspflichten über gesetzlich vorgesehene auf „in Zusammenhang mit Vertragsgestaltung und Dienstleistungserbringung geforderte“ ausdehnen
6. Klare Abgrenzung zu Amts- und Rechtshilfeverfahren
7. Widerspruchsfreie Anpassungen an die Ausführungen zu Art. 42c Abs. 2 FINMAG
8. Klarere Abgrenzung zu Art. 42c Abs. 2 FINMAG in den Katalogen von Rz 46 ff. u. 58 ff.
9. Es soll nicht dem Beaufsichtigten obliegen, die Amtshilfefähigkeit einer ausländischen Finanzmarktbehörde zu beurteilen, d.h. insbesondere ob diese die Bedingungen nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG einhält

I. Allgemeine Bemerkungen

1. Der heutige Geschäftsverkehr von Banken und Effekthändlern hat sehr oft direkt oder indirekt einen Auslandsbezug (Kunden, Gegenparteien, Custodians bzw. Sub-Custodians, Payment- und Settlementssysteme, Zentralverwahrer und Clearingorganisationen), teils selbst bei reinen Inlandtransaktionen. Solche Auslandsbezüge sind praktisch standardmässig mit Informations- und Meldepflichten unterschiedlichster Art verbunden. Aus schweizerischer Sicht waren solche Pflichten nach Art. 271 StGB in vielen Fällen problematisch, schwierig abzugrenzen und ergaben häufig unauflösbare Justizkonflikte für die Betroffenen.
2. Diese Situation wurde sowohl seitens der Industrie wie auch der Verwaltung als unbefriedigend und angesichts der Realität des Geschäftsalltags als nicht mehr zeitgemäss erachtet. Da mit der Umsetzung der G-20-Verpflichtungen in Bezug auf den OTC-Derivatehandel international neue, umfangreiche Informations- und Meldepflichten geschaffen wurden, wurde im Zusammenhang mit dem FinfraG mit Art. 42c FINMAG eine neue Regelung eingeführt. Diese wurde in der Vernehmlassung allgemein begrüsst, aber als ungenügend erachtet. Seitens der Industrie, unterstützt durch die Verwaltung, wurden daher auch während dem Gesetzgebungsprozess noch weitere Vorschläge eingebracht, welche vom Parlament aufgenommen wurden.
3. Art. 42c FINMAG bezweckt, den praktischen Anwendungsbereich von Art. 271 StGB im Anwendungsbereich des FINMAG einzuschränken und Rechtsicherheit für die Beaufsichtigten zu schaffen, wobei der FINMA anstelle der früheren Bewilligungsbehörde eine zusätzliche Aufgabe zugewiesen wurde.
4. Vor diesem Hintergrund ist der Erlass eines Rundschreibens zur Direktübermittlung durch die FINMA sehr zu begrüessen, weil damit zusätzliche Rechtsicherheit geschaffen und die praktische Umsetzung im Geschäftsalltag erleichtert wird.
Dabei sollten unseres Erachtens folgende grundsätzlichen Überlegungen beachtet werden:
 - Art. 42c FINMAG ist ein Erlaubnistatbestand gegenüber Art. 271 StGB; im Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG sind die Beaufsichtigten von strafrechtlicher Verfolgung befreit und können die Übermittlung von nichtöffentlichen Informationen und Daten direkt vornehmen bzw. Meldepflichten direkt erfüllen.
 - Art. 42c FINMAG findet nur Anwendung, soweit ein Fall von Art. 271 StGB vorliegt. Die Fälle, die schon nach bisheriger Praxis als ausserhalb dessen Anwendungsbereichs betrachtet wurden, werden durch Art. 42c FINMAG nicht zusätzlich erfasst und können damit auch keine Meldepflicht gegenüber FINMA auslösen.
 - In sachlicher Hinsicht erfasst Art. 42c FINMAG Tatbestände, welche unter Art. 271 StGB fallen und im Wesentlichen den Bereich der Finanzmarktangelegenheiten gemäss Art. 1 FINMAG sowie Geschäfte von Beaufsichtigten mit Kunden betreffen.

- Art. 42c Absätze 1 und 2 FINMAG regeln unterschiedliche Tatbestände; Absatz 2 weitet den Anwendungsbereich insoweit aus, als er auch die Informationsübermittlung an andere Stellen als ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden erlaubt und die Voraussetzungen für die Datenlieferung erleichtert (keine Anwendung von Art. 42 Abs. 2). Absatz 2 regelt einen anderen Fall als Absatz 1 und ist nicht subsidiär dazu.
 - Die direkte Übermittlung durch den Beaufichtigten sollte die Regel, ein Vorbehalt der FINMA die Ausnahme darstellen.
 - Mit dem Rundschreiben könnte zusätzliche Klarheit geschaffen werden, wenn diesem Fallkategorien angefügt werden. Wenn einer der Tatbestände unter Art. 271 StGB fällt, aber aufgrund der Fallliste keine Meldepflicht auslöst, ist die direkte Informationsübermittlung ins Ausland unter dem Gesichtspunkt von Art. 271 StGB unbedenklich.
 - Erfolgt in kritischen Fällen eine vorgängige Meldung an die FINMA, muss die FINMA prüfen, ob der Tatbestand im Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG liegt. Sie muss dem Beaufichtigten mitteilen, ob die direkte Übermittlung noch im Rahmen von Art. 42c FINMAG erfolgen kann und wenn ja, ob sie diese auf dem Amtshilfeweg übermitteln will oder die Informationsübermittlung durch den Beauftragten direkt erfolgen kann.
 - Behält sich die FINMA die Übermittlung auf dem Amtshilfeweg vor, unternimmt sie diese Informationsübermittlung direkt und ohne formelles Amtshilfegesuch. Es würde von der zuständigen ausländischen Behörde nicht verstanden, wenn die FINMA den Beaufichtigten anwiese, mit der ausländischen Behörde zuerst Kontakt aufzunehmen und diese zur Stellung eines Amtshilfegesuchs aufzufordern.
 - Ist der Tatbestand ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 42c FINMAG, wird der Beaufichtigte wie bisher bei der zuständigen Behörde eine Bewilligung einholen müssen, um von einer Strafverfolgung unter Art. 271 StGB geschützt zu sein.
 - Art. 42c Abs. 5 FINMAG („Supervisory Privilege“) ist nicht Gegenstand der Amtshilfe und wurde mehr oder weniger zufällig unter Art. 42c FINMAG eingefügt. Die Bestimmung betrifft das aufsichtsrechtliche Verhältnis, welches als Privileg ähnlich wie das Berufs- oder Amtsgeheimnis gegenüber Behörden, Gerichten und Privaten im In- und Ausland von der FINMA geltend gemacht werden kann. Es bildet daher zu Recht nicht Gegenstand dieser Vernehmlassungsvorlage.
5. Die FINMA sieht sodann die Anwendbarkeit insbesondere von Art. 42c Abs. 1 FINMAG bei jedem Austausch nicht öffentlich zugänglicher Informationen zwischen Beaufichtigtem und ausländischen Behörden vor. Art. 42c FINMAG wurde aber als Grundlage für die Informationspflichten eingeführt, die hoheitlichen Charakter aufweisen und im Widerspruch zu Art. 271 StGB stehen können.
6. Wenn die Weitergabe einer Information an eine ausländische Stelle nach schweizerischem Recht ohne weiteres zulässig ist, darf Art. 42c FINMAG nicht eine zusätzli-

che Schranke darstellen. Eine Anwendung von Art. 42c FINMAG auf solche Konstellationen, wie es der Erläuterungsbericht andeutet, wäre jedenfalls weder im öffentlichen Interesse noch verhältnismässig. Das ist im Rundschreiben explizit zu erwähnen.

7. Wie die FINMA zu Recht ausführt, liegen hingegen steuer- und strafrechtliche Meldepflichten ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 42c FINMAG.
8. Art. 42c FINMAG und entsprechend auch das vorgeschlagene Rundschreiben sind für die Beaufsichtigten von grösster Relevanz, da ein international tätiger Finanzintermediär kaum mehr agieren kann, ohne einer Vielzahl ausländischer Melde- und Informationspflichten zu unterstehen.
9. Wie die FINMA in ihrem Erläuterungsbericht weiter ausführt, besteht über die Auslegung von Art. 42c FINMAG einige Unklarheit. Vor diesem Hintergrund unterstützen wir ein Rundschreiben der FINMA, welches in Bezug auf die aufsichtsrechtlichen Aspekte grössere Klarheit und Rechtssicherheit bringt und den Beaufsichtigten als Richtschnur für verfahrenstechnische Fragen bei der Notifikation an die FINMA dient.

II. Absicht des Gesetzgebers bei Erlass von Art. 42c FINMAG (mit Fokus auf die Konstellation nach Abs. 2)

1. Bei Art. 42c FINMAG geht es um die in der Bankpraxis sehr bedeutsame Zulässigkeit des direkten Informationsflusses von Schweizer Finanzdienstleistern an ausländische Behörden und andere Stellen (vgl. Art. 42c Abs. 1 Ingress u. Abs. 2 FINMAG). Der Anwendungsbereich bezieht sich somit ausdrücklich nicht bloss auf Behörden, sondern erfasst insbesondere auch den Informationsfluss von privaten Finanzdienstleistern an ausländische Stellen, welche keine Behörden sind bzw. nicht sein müssen. Mit solchen „Stellen“ sind über Behörden hinaus alle an internationalen Finanzmarktgeschäften direkt oder indirekt Beteiligten wie etwa Börsen, Meldestellen, Selbstregulatoren, Clearingstellen, Transaktionsregister, Abwickler, Depotbanken und andere Verwahrer (Zentralverwahrer, Unterverwahrer, etc.), Zentrale Gegenparteien, Vertriebspartner, Finanzdienstleister und kotierte Gesellschaften gemeint.
2. Vor diesem Hintergrund kann im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG entgegen Rz 19, 20 und 30 nicht entscheidend sein, dass die Beteiligten an ein Amts- oder Berufsgeheimnis oder an das Spezialitätenprinzip gebunden sind. Solche Voraussetzungen sind ohnehin nicht praktikabel, weil sie im Einzelfall von einem Schweizer Finanzdienstleister nur mit grossem Aufwand geprüft werden könnten, verbunden mit verbleibenden Restrisiken und entsprechender Rechtsunsicherheit. Einem Schweizer Finanzdienstleister ist es auch nicht möglich, solche Unklarheiten direkt mit den ausländischen Behörden mittels ‚Memorandum of Understanding‘ zu regeln, wie dies der FINMA als Behörde offensteht. Langwierige Abklärungen mit gleichwohl unbefriedigenden Ergebnissen widersprechen gerade dem gesetzlichen

Zweck, zeitnahe Informationsübermittlungen zu gewährleisten (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBI 2014 7620).

3. Für Abschluss, Abwicklung und Beendigung von Geschäften und für die Erbringung von Dienstleistungen (wie z.B. der Verwahrung von Wertschriften) auf internationalen Finanzmärkten müssen Schweizer Finanzdienstleister zahlreiche Informationspflichten erfüllen. Ohne zeitgerechte und vollständige Erfüllung solcher Pflichten sind Schweizer Finanzdienstleister und ihre Kunden von den entsprechenden Märkten und Geschäften ausgeschlossen. Überdies drohen Sanktionen wie z.B. Nichtabschluss oder Kündigung wichtiger Verträge, Nichtigkeit von Transaktionen, „Einfrieren“ von Wertschriftenbeständen oder gar strafrechtliche Verfolgung (vgl. unten Ziff. II.10 u. Praxisbeispiele unten Ziff. III.12 lit. a-f).
4. Der Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist entsprechend der Zielsetzung des Gesetzgebers und der gewählten Formulierung bewusst weit auszulegen und muss insbesondere über bloss „Transaktionen“ hinaus alle möglichen Aktivitäten in Zusammenhang mit Abschluss, Abwicklung und Beendigung von Geschäften sowie mit der Erbringung von Dienstleistungen erfassen. Diese Auslegung wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzestext ausdrücklich von „Geschäften“ und nicht bloss von „Transaktionen“ spricht. Der Begriff „Geschäfte“ muss dem Regelungszweck entsprechend alle vernünftigerweise denkbaren Ausprägungen erfassen, welche ein Geschäft mit sich bringen kann. Er darf demzufolge nicht auf einzelne Phasen wie „Vertragsabschluss“ oder „Transaktion“ reduziert werden. Vielmehr hat er sowohl inhaltlich als auch in zeitlicher Hinsicht den ganzen Umfang und die ganze Dauer z.B. einer bestimmten Geschäftsbeziehung oder einer Dienstleistungserbringung abzudecken. Der Begriff muss sachlich auch nachgelagerte Anfragen von Behörden wie z.B. der FINMA erfassen, welche im Rahmen einfacher Marktabklärungen ausserhalb von oder vorgelagert zu formellen Verwaltungs- oder Strafverfahren ablaufen (zur Abgrenzung vgl. unten Ziff. II.8). Nur so wird der Schweizer Finanzdienstleister in die vom Gesetzgeber gewollte Lage versetzt, unter dem einzigen Vorbehalt formeller Verwaltungs- und Strafverfahren (für welche spezifische Verfahrensregeln gelten) ein „Geschäft“ richtigerweise als „Gesamtsystem“ unter allen vernünftigen Konstellationen umfassend zu bearbeiten, ohne mit ungewollten, unnötigen und geschäftsverhindernden Risiken konfrontiert zu werden (vgl. unten Ziff. II.14). Entgegen der im Erläuterungsbericht geäusserten Meinung der FINMA (vgl. Erläuterungsbericht, S. 10 f.) hat der Gesetzgeber in Art. 42c Abs. 2 FINMAG den Begriff „Geschäfte“ in Art. 42c Abs. 2 FINMAG bewusst gewählt, um diesen weiten Anwendungsbereich sicherzustellen. Gemäss erklärter Absicht der FINMA (vgl. Rz 1) darf diese die gesetzliche Regelung lediglich konkretisieren. Der FINMA fehlt die Kompetenz, die bewusste gesetzgeberische Absicht eines weiten Anwendungsbereiches durch Ersetzen des Begriffs „Geschäfte“ durch „Transaktionen“ über Gebühr einzuengen. Damit ginge der Regelung ein wesentlicher Teil des bezweckten und sinnvollen Anwendungsbereichs verloren.
5. Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfasst dieselbe Konstellation wie Art. 6 Abs. 2 lit. c DSG. Auch dort geht es darum, Datenflüsse ins Ausland in Zusammenhang mit Abschluss, Abwicklung und gegebenenfalls Beendigung von Verträgen bzw. Geschäften sowie mit der Erbringung von Dienstleistungen nicht durch Schutzbestimmungen einzuschränken oder gar zu verhindern. Vielmehr soll die Regelung solche „Geschäfte“

überhaupt ermöglichen, z.B. Datenübermittlungen zur Ausführung von Aufträgen im Bereich der Dienstleistung Internationaler Zahlungsverkehr, und dies sogar ohne angemessenes Datenschutzniveau im betreffenden Ausland (vgl. David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzrecht, Zürich 2008, Art. 6 DSGVO N 57 f.). Dementsprechend ist zur Herstellung eines in sich stimmigen Gesamtkonzepts auch bei Art. 42c FINMAG dieselbe Auslegung und derselbe Anwendungsbereich zu verwirklichen wie unter Art. 6 Abs. 2 lit. c DSGVO.

6. Auch die Einengung des Anwendungsbereichs auf „Vollzug des Finanzmarktrechts“ widerspricht dem vom Gesetzgeber gewollten weiten Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG. So müssen z.B. gestützt auf den UK Companies Act, d.h. einen gesellschaftsrechtlichen Erlass, Informationen übermittelt werden. Dies ist umso mehr gerechtfertigt, weil Verstösse gegen diese Offenlegungspflichten nicht bloss zivilrechtliche, sondern auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen (vgl. unten Ziff. III.12 lit. e). Dementsprechend wurde in der parlamentarischen Diskussion die vom Nationalrat vorgeschlagene Einschränkung des Zwecks „zum Vollzug des Finanzmarktrechts“ in der von den Räten verabschiedeten finalen Fassung im Anwendungsbereich von Abs. 2 ausdrücklich gestrichen. Zudem ermöglichen solche Informationsflüsse erst die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes und sind deshalb einem effizienten Finanzmarktrecht immanent (vgl. Art. 5 FINMAG u. unten Ziff. II.14).
7. Zu erfüllen sind sämtliche Informationspflichten in Zusammenhang mit internationaler Geschäftstätigkeit, welche im Rahmen der Vertragsgestaltung bzw. Dienstleistungserbringung gegenüber Schweizer Finanzdienstleistern gefordert werden, mithin insbesondere nicht nur solche gemäss zwingenden gesetzlichen Regelungen. Auch bei Informationspflichten ausserhalb des zwingenden gesetzlichen Rahmens drohen Schweizer Finanzdienstleistern einschneidende Sanktionen wie z.B. Nichtabschluss oder Kündigung wichtiger Verträge, Nichtigkeit von Transaktionen, „Einfrieren“ verwahrter Wertschriftenbestände oder sogar strafrechtliche Verfolgung (vgl. oben Ziff. II.3 u. Praxisbeispiele unten Ziff. III.12 lit. a, b u. f).
8. Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung bedürfen der vorgängigen Meldung an die FINMA, und diese kann den Amtshilfeweg vorbehalten (Art. 42c Abs. 3 u. 4 FINMAG), was im Fall laufender formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren zwingend ist. Dies verdeutlicht, dass es im Bereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht um für die Schweiz bzw. ihren Finanzmarkt bedeutsame Informationsübermittlungen oder um laufende formelle Amts- und Rechtshilfeverfahren geht. Regelungsmaterie sind vielmehr ausserhalb solcher Themen und Verfahren erfolgende niederschwellige Mitteilungen, welche für Abschluss, Abwicklung oder Beendigung von Geschäften sowie für die Erbringung von Dienstleistungen nötig sind. Nicht verhindert werden kann allerdings, dass auch niederschwellige Mitteilungen Weiterungen zur Folge haben können. Informationspflichten ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren können (u.a.) aufsichtsrechtlich, strafrechtlich oder steuerrechtlich motiviert sein. Auch niederschwellig übermittelte Informationen und Daten können deshalb - wie jeder andere Datenfluss auch - aus irgendeinem Grund zur Eröffnung eines formellen Verfahrens gegen den übermittelnden schweizerischen Finanzdienstleister oder einen seiner Kunden führen, z.B. wegen Verletzung börsenrechtlicher Regeln, von Steuerrecht, u.ä. Dies ist gerade in weltweit vernetzten Fi-

nanzmärkten sachlogisch sogar richtig und hinzunehmen. Umgekehrt kann auch die Verweigerung solcher Informationsflüsse rechtliche Nachteile nach sich ziehen, z.B. Nichtabschluss oder Nichtweiterführung wichtiger Verträge und damit faktisch den Ausschluss vom betreffenden Markt oder sogar die Eröffnung eines Verfahrens (vgl. Praxisbeispiele unten Ziff. III.12 lit. a-f). Ebendies will Art. 42c Abs. 2 FINMAG gerade verhindern (vgl. oben Ziff. II.3 u. II.7).

9. Die Regelung von Art. 42c FINMAG fördert das in internationalen Finanzmärkten eminent wichtige Transparenzprinzip, welches als Gesamtkonzept im Verhältnis eines Schweizer Finanzdienstleisters gleichermaßen zu ausländischen Staaten und Behörden wie auch zu weiteren Stellen und Gesellschaften (vgl. oben Ziff. II.1) gelten muss. Solche aus Gründen der Transparenz zu übermittelnden Informationen und Daten führen zu einem gesamtheitlichen ‚Due Diligence‘-System, wie es im Bereich des Vertragsrechts etwa bei der Auswahl eines Vertragspartners oder im Bereich des Unternehmenskaufs (M&A) schon lange anerkannt ist und laufend weiter verstärkt wird, z.B. betr. Behandlung von Inhaberaktien.
10. Die besondere Problematik liegt in der Anwendung der Strafbestimmung von Art. 271 StGB, welche öffentliche Interessen der Schweiz schützt. Mit Blick auf diese Bestimmung haben Schweizer Finanzdienstleister nur sehr geringen Spielraum, ausländischen Anforderungen an Informationsübermittlung nachzukommen. Die Bestimmung von Art. 42c FINMAG schafft einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund für Schweizer Finanzdienstleister, Behörden und anderen Stellen im Ausland direkt Informationen zukommen zu lassen. Ohne eine solche Regelung drohen Schweizer Finanzdienstleistern erhebliche Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Konkurrenten, welche nach ihrem jeweiligen ausländischem Recht i.d.R. nicht mit solchen Einschränkungen konfrontiert sind (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBI 2014 7620). Auch wären z.B. rein schweizerisch strukturierte Banken wohl zudem auch gegenüber den Schweizer Grossbanken und andern stark international strukturierten Schweizer Banken erheblich benachteiligt, welche als Folge (auch) ausländischer Beaufsichtigung hier einen Wettbewerbsvorteil hätten.
11. In jedem Fall von notwendigen Informationsflüssen an ausländische Behörden oder andere Stellen eine vorgängige Bewilligung bei den zuständigen Schweizer Behörden einzuholen, wäre nur schon aus zeitlichen Gründen nicht möglich (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBI 2014 7620). Dies würde die entsprechenden Geschäfte für Schweizer Finanzdienstleister und ihre Kunden verunmöglichen (vgl. Praxisbeispiel hinten Ziff. III.12 lit. d).
12. Zur Sicherstellung des vom Gesetzgeber bezweckten weiten Anwendungsbereichs sind klare und damit rechtssichere Regeln notwendig. Im Vergleich zwischen den verschiedenen von Art. 42c FINMAG geregelten Konstellationen ist diejenige von Art. 42c Abs. 2 FINMAG mit den quantitativ häufigsten Fällen und den qualitativ am wenigsten hohen Anforderungen als Regel und Auffangbecken zu etablieren. Dementsprechend sind die andern Konstellationen, insbesondere diejenigen gemäss Art. 42c Abs. 3 und 4 FINMAG („Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung“ und „Vorbehalt Amtshilfeweg“) entsprechend klar und eindeutig von Art. 42c Abs. 2 FINMAG abzugrenzen (vgl. oben Ziff. II.8 u. unten Ziff. IV.8).

13. Rechte von Kunden und Dritten werden trotz dieser weiten Auslegung nicht beeinträchtigt. Im Gegenteil sind solche gemäss ausdrücklicher Anordnung zu schützen (vgl. Art. 42c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 am Ende FINMAG). Dies ist trotz weiter Auslegung des Anwendungsbereichs möglich, namentlich durch vorgängige Einholung der Einwilligung (Botschaft FinfraG, in: BBI 2014 760).
14. Vorstehend skizzierte Auslegung von Art. 42c FINMAG entspricht dem erklärten gesetzgeberischen Willen, dient der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und stärkt die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz. Damit dient Art. 42c FINMAG zwei wesentlichen Zielen des FINMAG gemäss Zweckbestimmung von Art. 5 FINMAG. Funktionsfähige Finanzmärkte und das dazugehörige Finanzmarktrecht gebieten es geradezu, insbesondere auch unter dem Aspekt der Gewährsbestimmungen (vgl. für Banken insb. die Organisations- und Gewährspflichten gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a u. c Bankengesetz), dass Beaufsichtigte niederschwellige Informationen ins Ausland übermitteln können, ohne sich und ihre Mitarbeitenden nicht angemessenen erheblichen Risiken wie etwa von Nichtabschluss oder Kündigung wichtiger Verträge, Nichtigkeit von Transaktionen, „Einfrieren“ von Wertschriftenbeständen oder gar strafrechtlicher Verfolgung im Inland (gemäss Art. 271 StGB) oder im Ausland auszusetzen (vgl. oben Ziff. II.3 u. Praxisbeispiele unten Ziff. III.12 lit. a-f).

III. Konkrete Bemerkungen zu den einzelnen Randziffern

1. *Bemerkungen zu Rz. 3*

Begründung

Zweiter Satz: „Spontan“ erscheint in diesem Zusammenhang klärungsbedürftig. Die Übermittlung erfolgt in jedem Fall aufgrund einer lokalen gesetzlichen/regulatorischen Pflicht oder aufgrund einer Forderung, welche vom Vertragspartner im Rahmen der Vertragsgestaltung oder Dienstleistungserbringung gefordert wird (vgl. oben Ziff. II.7 u. unten Ziff. III.16/20-21). Dabei sind die Informationen entweder auf Ersuchen („Pull-System“) oder dann eben von der übermittelnden Partei ohne Ersuchen zu übermitteln („Push-System“).

Art. 42c FINMAG wurde zu dem Zweck ins Aufsichtsrecht übernommen, dass der Informationsaustausch zwischen Beaufsichtigten und ausländischen Behörden bzw. Stellen erleichtert, namentlich im Anwendungsbereich von Art. 271 StGB ein Rechtfertigungsgrund besteht (vgl. oben Ziff. II.10). Aus diesem Grund sollte das Rundschreiben nicht davon ausgehen, dass sämtliche Informationsübermittlungen den Anforderungen an Art. 42c FINMAG genügen müssen. Dort, wo bereits vor dem Inkrafttreten von Art. 42c FINMAG eine formlose Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen möglich war, soll dies neu nicht erschwert werden. Dies würde auch dem Zweck der Gesetzgebung diametral widersprechen. Die Randziffer 3 ist entsprechend einzuschränken.

Anpassungsvorschlag

Art. 42c FINMAG bezieht sich auf ~~sämtliche~~ Übermittlungen nicht öffentlich zugänglicher ... Übermittlungen gestützt auf Art. 42c FINMAG können ~~spontan oder~~ auf Gesuch oder ohne Gesuch der ausländischen Behörde oder Stelle hin erfolgen. Übermittlungen, welche die Voraussetzungen von Art. 271 StGB nicht erfüllen sind von Art. 42c FINMAG und daher auch von diesem Rundschreiben nicht erfasst.

2. Bemerkungen zu Rz. 4

Begründung

Nicht abgedeckt wird hier der Fall, dass Informationen (die im Ausland lokal vorhanden sind oder dorthin geschickt werden) von einer ausländischen Niederlassung an eine ausländische Behörde oder Stelle übermittelt werden. Dieser in der Praxis wichtige Anwendungsfall sollte erwähnt werden.

Anpassungsvorschlag

... Kontrollen) anwendbar. Die Zulässigkeit der Übermittlung von Informationen durch eine ausländische Niederlassung bestimmt sich nach lokalem Recht.

3. Bemerkungen zu Rz. 8 und 9

Begründung

Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 1 FINMAG definiert sich im Wesentlichen durch Art. 1 Abs. 1 FINMAG. Damit sind Direktübermittlungen in den Aufsichtsgebieten möglich, welche dort aufgezählt werden. Dies beinhaltet neben bank- und börsenrechtlichen Tatbeständen auch z.B. solche von Geldwäscherei. Hier sollte das Rundschreiben den Anwendungsbereich mit einem Verweis auf Art. 1 Abs. 1 FINMAG klären. Sodann sollte die Geldwäscherei auch in Rz. 9 explizit genannt werden. Derselbe Verweis sollte auch in Rz. 9 vorgenommen werden.

Anpassungsvorschlag Rz. 8

... im Finanzmarkt zukommen. Art. 1 Abs. 1 FINMAG definiert die Sachbereiche in welchen eine Direktübermittlung nach Abs. 1 möglich ist.

Anpassungsvorschlag Rz. 9

„Aufsicht“ umfasst in sachlicher Hinsicht die Durchsetzung der Finanzmarktgesetze nach Art. 1 Abs. 1 FINMAG, so insbesondere ... , die geldwäschereirechtlichen Informations- und Meldepflichten, ...

4. Bemerkungen zu Rz. 12

Begründung

Die Anforderung, dass die Stelle durch ein ausländisches Gesetz legitimiert sein soll, kann zu eng ausgelegt werden. Es sollte genügen, wenn das ausländische Recht eine solche Delegation zulässt (z.B. Delegation im Rahmen einer staatlich anerkannten Selbstregulierung). Die Formulierung sollte daher etwas offener gewählt werden und sich auf das anwendbare Recht insgesamt beziehen.

Anpassungsvorschlag

... im Sinne von Rz. 7 sind, aber aufgrund ausländischen ~~Gesetze~~ Rechts oder einer Delegation ...

5. Bemerkungen zu Rz. 13

Begründung

Grundsätzlich geht es hier nur um das Steuer- und Strafrecht, weitere Stellen werden sowohl im Rundschreiben als auch im Erläuterungsbericht nicht erwähnt. Insofern erübrigt sich die „beispielhafte“ Aufzählung. Das Wort „beispielsweise“ kann demnach gestrichen werden.

Anpassungsvorschlag

Stellen, welche ausschliesslich Aufgaben im Bereich des Steuer- oder Strafrechts wahrnehmen, gehören ~~beispielsweise~~ nicht zu den Stellen, an die gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG Informationen übermittelt werden dürfen.

6. Bemerkungen zu Rz. 14

Begründung

Der Kundenbegriff ist gem. Erläuterungsbericht (S. 9, Abs. 1) extensiv auszulegen, was im Text mit dem Wort „sämtliche“ statt „diejenigen“ besser zum Ausdruck gebracht werden sollte. Zudem ist die Aufzählung der Natur der Sache nach nicht abschliessend, was im Text evident zu halten ist. Überdies ist der Kundenbegriff umfassend betroffen und erfasst mithin auch z.B. dessen Bevollmächtigte oder wirtschaftlich Berechtigte an den Werten des Kunden, was ebenfalls im Text aufscheinen muss. Vgl. auch Rz. 15.

Anpassungsvorschlag

„Kunden“ sind ~~diejenigen~~ sämtliche natürlichen und juristischen Personen, deren Schutz das FINMAG und die Finanzmarktgesetze bezwecken, nämlich insbesondere Gläubiger, Anleger sowie Versicherte, aber auch weitere im Rahmen der Kundenbeziehung direkt Beteiligte wie z.B. Bevollmächtigte des Kunden oder wirtschaftlich Berechtigte an seinen Werten (vgl. Art. 5 FINMAG).

7. Bemerkungen zu Rz. 16

Begründung

Die Übermittlung dieser Information könnte eine Verletzung des Datenschutzgesetzes bedeuten. Auch im Fall von Rz. 16 müssen unter Umständen die Rechte dieser Personen gemäss DSG gewahrt werden. Diese Frage sollte im RS adressiert werden.

Anpassungsvorschlag

... als Gewährsträger beziehen. Datenschutzrechtliche Anforderungen bleiben auch in diesem Fall vorbehalten.

8. Bemerkungen zu Rz. 17

Begründung

Gemäss Rz. 17 ist jede Informationsübermittlung relevant, auch wenn sie über Dritte erfolgt. Unseres Erachtens gilt es hier zu differenzieren. Sofern die Weiterleitung an einen Dritten ausdrücklich mit dem Zweck der Übermittlung an die Ausländische Behörde erfolgt, ist Art. 42c FINMAG anwendbar. Soweit die Übermittlung der Information an einen Dritten keinen Zusammenhang mit einer behördlichen Anfrage oder einer Meldepflicht hat, sondern aus kommerziellen Überlegungen erfolgt, ist Art. 42c FINMAG nicht anwendbar, auch wenn die entsprechende ausländische Behörde später der Information habhaft wird.

Ergänzende Bemerkung:

Rz 17 erklärt im Detail den Begriff „Übermittlung von Informationen“. Diesbezüglich ist wichtig, dass das RS grenzüberschreitendes Outsourcing nicht limitiert. Die Archivierung oder die Verwahrung von Daten kann grundsätzliche grenzüberschreitend erfolgen, sei dies innerhalb von Bankengruppen oder zwischen Banken und externen Dienstleistungserbringern. Um sicher zu stellen, dass dies durch das RS nicht eingeschränkt wird, ist das Thema explizit im RS zu erwähnen.

Anpassungsvorschlag

... davon ob sie direkt oder über Dritte mit dem Zweck zur Weiterleitung an Behörden oder andere Stellen geschieht.

9. Bemerkungen zu Rz. 23-29

Begründung

Wir sind der Auffassung, dass es nicht dem Beaufsichtigten obliegen kann, die Amtshilfefähigkeit einer ausländischen Finanzmarktbehörde zu beurteilen, d.h. insbesondere ob diese die Bedingungen nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG einhält. Dies wird durch die FINMA im Rahmen ihrer Praxis zur Amtshilfe geprüft, welche in Anwendung des Amtsgeheimnisses erfolgt. Die Beaufsichtigten kennen die Beurteilungskriterien und diese Praxis im Einzelnen (soweit nicht durch FINMA

publiziert) nicht und müssen diese auch nicht kennen, sondern müssen auf die Beurteilung durch die FINMA abstellen können. Das Vorstehende trifft umso mehr zu, wenn sich eine ausländische Behörde auf der Liste der FINMA befindet. Der Beaufichtigte muss dann auf die Beurteilung der Amtshilfefähigkeit durch die FINMA vollumfänglich abstellen können. Sonst würde von ihm verlangt, an der Beurteilung der FINMA zu zweifeln. Wenn die FINMA selbst zum Schluss kommt, dass in Bezug auf die Amtshilfefähigkeit einer Behörde i.S. Art. 42c Abs. 1 FINMAG Zweifel bestehen, wird sie diese von der Liste nehmen müssen. Solange dies nicht der Fall ist, muss der Beaufichtigte unter Vorbehalt von eigenem besserem Wissen auf die Amtshilfefähigkeit der entsprechenden ausländischen Behörde vertrauen können. Mit dieser Rechtslage besteht im Sinne eines in sich stimmigen Gesamtkonzepts richtigerweise (auch) hier (vgl. oben Ziff. II.5) Gleichlauf mit dem DSG, unter welchem der EDÖB gehalten ist, eine Liste der Länder mit angemessenem Datenschutz i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSG zu führen (Art. 7 VDSG u. dazu Erläuterungen des BJ zur DSG/VDSG-Änderung vom 28.9.2007, S. 6; David Rosenthal/Yvonne Jöhri, a.a.O., Art. 6 DSG N 30).

Dies trifft aber auch zu, wenn sich eine Behörde nicht auf der Liste befindet. Die Beaufichtigten sind nicht in der Lage, eine solche Beurteilung vorzunehmen. Solange es sich um eine ausländische Behörden handelt, die nach ihrem ausländischem Recht für bestimmte Bereiche im Finanzmarktrecht Aufsichtsfunktionen ausüben, muss ein Beaufchtigter davon ausgehen können, dass diese grundsätzlich auch amtshilfefähig ist. Eine Ausnahme wird man nur dann machen, wenn das entsprechende Land bzw. die entsprechenden Behörden sich auf einer Sanktionsliste der UNO oder einer anderen supranationalen Organisation befindet, welche Liste auch von der Schweiz anerkannt wird. Folglich muss es genügen, wenn der Beaufichtigte den Adressaten auf die Vertraulichkeit und das Spezialitätsprinzip hinweist. Es darf hier auch kein strengere Massstab gelten als üblicherweise in der Amtshilfe.

Die Pflicht, die ausländische Behörde oder Stelle schriftlich auf die Vertraulichkeit, Konnex zum Vollzug des Finanzmarktrechts und Verbot der Weiterleitung hinzuweisen, kann aber nicht umfassend und in jedem Einzelfall anwendbar sein. So wäre eine entsprechende Pflicht bei einem fortlaufenden Transaktionsreporting an ein Transaktionsregister praktisch unmöglich. Je nach den Umständen, muss mangels Praktikabilität auf den Hinweis verzichtet werden könne. In solchen Fällen muss ein einmaliger, generischer Hinweis genügen.

Ergänzende Bemerkung

Gemäss RS beabsichtigt die FINMA, eine aktualisierte Liste mit den Behörden, an die die Beaufichtigten Informationen übermitteln dürfen, zu veröffentlichen. Es ist absolut zwingend, dass diese aktuelle Liste den Beaufichtigten tatsächlich und jederzeit zur Verfügung steht. Die Liste darf nicht nur Finanzmarktbehörden, sondern muss auch andere Behörden und Stellen beinhalten, mit denen die Beaufichtigten regelmässig Informationen austauschen.

Zudem sieht das RS vor, dass die Beaufichtigten eigenständige Abklärungen treffen müssen, sofern eine Behörde oder andere Stelle nicht auf dieser Liste steht. Ein solcher Fall müsste dann zwingend an die FINMA gemeldet werden.

Hier ist nicht klar, warum die Beaufsichtigten diese zusätzlichen Abklärungen bezüglich ausländischer Behörde machen müssen und nicht die FINMA, die dann gestützt darauf ihre Liste allenfalls aktualisieren muss.

Anpassungsvorschlag zu Rz. 23

Die Beaufsichtigten weisen den Adressaten der Informationsübermittlung darauf hin, dass das Spezialitätsprinzip und die Geheimhaltung der Informationen einzuhalten ist, wenn er nicht auf der Liste gemäss Rz. 21 steht. Bei wiederkehrenden Informationsübermittlungen hat dies mindestens einmal vor der ersten Meldung zu geschehen. ~~haben namentlich dann weitere Abklärungen und Vorkehrungen zu treffen, wenn~~

Anpassungsvorschlag zu Rz. 24-29

Streichen

10. Bemerkungen zu Rz. 18

Begründung

Das Rundschreiben verlangt, dass der Finanzintermediär „sicherstellt“, dass die entsprechenden Voraussetzungen des Art. 42 Abs. 2 FINMAG erfüllt sind. Unseres Erachtens kann es aber nur darum gehen, dass der Finanzintermediär, angemessene Vorkehrungen trifft, damit die Voraussetzungen erfüllt sind. Faktisch sicherstellen kann er es nicht.

Anpassungsvorschlag zu Rz. 18

Dazu muss der Finanzintermediär angemessene Massnahmen treffen ~~sicherstellt sein~~, dass ...

11. Bemerkungen zu Rz. 30

Begründung

Die Rechte der Betroffenen können gewahrt bleiben, indem diese beispielsweise auf die Geheimnispflicht verzichten. Diese Möglichkeit sollte explizit im Rundschreiben erwähnt sein, damit klar ist, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Daten Dritter an ausländische Behörden übermittelt werden dürfen.

Anpassungsvorschlag

Arbeitsverhältnis zu wahren. Der Kunde bzw. der Dritte kann aber auf die Geheimnispflicht verzichten oder der Beaufsichtigte kann die Passagen, die Rückschlüsse auf deren Identität zulassen, schwärzen ...

12. Bemerkungen zu Rz. 32

Zu Unrecht wird der Anwendungsbereich auf Informationen in Zusammenhang mit der Ausführungen von „Transaktionen“ von Kunden und Beaufichtigten beschränkt (vgl. oben Ziff. II, insb. U-Ziff. 4-5). Schweizer Finanzdienstleister haben in Zusammenhang mit Abschluss, Abwicklung und Beendigung von Geschäften sowie mit Erbringung von Dienstleistungen zahlreiche Informationspflichten gegenüber Behörden oder andern Stellen zu erfüllen (vgl. dazu Beilage 1: „Zulässige Direktübermittlung von Informationen an ausländische Stellen und Behörden“).

Solche Stellen können zwar Behörden wie insbesondere Aufsichtsbehörden sein, aber auch andere an internationalen Finanzmarktgeschäften direkt oder indirekt Beteiligte wie etwa Börsen, Meldestellen, Selbstregulatoren, Clearingstellen, Transaktionsregister, Abwickler, Depotbanken und andere Verwahrer (Zentralverwahrer, Unterverwahrer, etc.), Zentrale Gegenparteien, Vertriebspartner, Finanzdienstleister und kotierte Gesellschaften (vgl. oben Ziff. II.1).

Beispielsweise im Bereich Zahlungsverkehr gibt es - u.a. zur Verhinderung von Geldwäscherei - entsprechende Informationspflichten über die Hintergründe eines Zahlungsauftrags z.B. gegenüber den Behörden von Kanada, welche in direktem Zusammenhang mit einer Transaktion zur Anwendung kommen können. Selbst bei solchen Konstellationen gehen die Pflichten aber über den rein transaktionsspezifischen Ansatz hinaus. Beispielsweise fordern kanadische Behörden mit Bezug auf Kunden, welche unabhängig von einer spezifischen Transaktion gegen Bestimmungen der Geldwäschereibekämpfung verstossen haben, unter Androhung von Busse weiterführende Angaben.

Zahlreiche andere typische Informationspflichten haben keinerlei Konnex zu einzelnen Transaktionen. Beispielhaft ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien folgende typischen Konstellationen erwähnt:

- a) Offenlegungspflichten können innerhalb von zweistufigen Dienstleistungsketten entstehen. Setzen Schweizer Finanzdienstleister z.B. zur Verwahrung von Wertschriften Unterverwahrer ein, sind sie in zahlreichen Ländern mit Informationspflichten über Wertschriftenbestände konfrontiert. Beispielsweise verlangt in den USA die Aufsichtsbehörde FINRA von US-Unterverwahrern („Subcustodians“), im Rahmen von „AML“-Aktivitäten Kontrollen der Wertschriftenbestände in sog. „Omnibus-Accounts“ durchzuführen. Beantwortet ein Schweizer Finanzdienstleister entsprechende Anfragen des Unterverwahrers z.B. zu den hinter den Beständen stehenden „Beneficial Owners“ nicht, meldet der Unterverwahrer diese Weigerung der FINRA. Dies kann dazu führen, dass der Unterverwahrer auf Anweisung der FINRA seine Dienstleistung nur noch unter dem Vorbehalt anbietet, dass seine Anfragen stets zeitverzugslos und vollständig beantwortet werden. Nichtbefolgung solcher Offenlegungspflichten kann zum „Einfrieren“ der verwahrten Wertschriftenbestände führen. Intensität und Abklärungstiefe solcher Offenlegungspflichten sind gesetzlich nicht zwingend vorgegeben, sondern obliegen dem Ermessen des Unterverwahrers bzw. der Aufsichtsbehörde. Solche Konstellationen sind demzufolge auch Beispiele dafür, dass die Einschränkung auf Informationen, welche nach dem anwendbaren

ausländischen Recht zwingend erforderlich sind (vgl. Rz 34 u. 40), zu kurz greift (vgl. oben Ziff. II.7 u. unten Ziff. III.14/20).

- b) Solche Offenlegungspflichten können auch bei mehrstufigen Dienstleistungsketten entstehen. Zur rechtskonformen Unterverwahrung finnischer Aktien bei einer finnischen Depotstelle etwa muss sich der Verwahrer in das finnische ‚Foreign Custodian Register‘ eintragen lassen und sich dabei verpflichten, auf Nachfrage der finnischen Steuerbehörden hin Informationen über die wirtschaftlich berechtigten Empfänger von finnischen Effektausschüttungen wie z.B. Zinsen und Dividenden, welche auf verwahrten Wertschriftenbeständen geschuldet sind, zu liefern (vgl. finnischer Act on the Taxation of Nonresidents‘ Income and Capital (627/1978), Section 10b (970/2005), Subsection 3; Details gemäss ‚Application Form‘ „Application - Foreign Custodian (Intermediary) Register 6154e“). Bei Nichtbefolgung dieser Offenlegungspflichten auf Anfrage würde der Verwahrer aus dem Register gestrichen und könnte demzufolge keine finnischen Wertschriften mehr verwahren. Dementsprechend sieht sich der Verwahrer veranlasst, diese Pflichten auf die ihm einliefernden Schweizer Finanzdienstleister zu überbinden. Auch diese müssen die Pflichten akzeptieren, andernfalls ihnen keine Depotstelle für finnische Wertschriften mehr zur Verfügung stünde.
- c) Zahlreiche Länder sehen transaktionsbezogene Offenlegungspflichten vor. Dies ist z.B. gemäss ‚Hongkong Identity-Rule‘ der Fall (vgl. Hongkong Securities and Futures Ordinance, Chapter 571, Section 181). Regelmässig gehen solche Regeln aber effektiv über einen rein transaktionsbezogenen Fokus hinaus, so auch in Hongkong: Gestützt auf die ‚Hongkong Identity-Rule‘ können in Hongkong kotierte Unternehmen, (auch) von einem Schweizer Finanzdienstleister die Offenlegung der Identität ihrer Aktionäre zu verlangen (vgl. Hongkong Securities and Futures Ordinance, Chapter 571, Section 328 u. 330). Die Verletzung dieser Offenlegungspflichten wird scharf sanktioniert (Busse bis zu Hongkong \$ 100‘000.-- od. Gefängnis bis zwei Jahre). Solchen Pflichten entgeht ein Schweizer Finanzdienstleister nur, wenn er auf Investments in Hongkong bzw. über die Börse Hongkong verzichtet.
- d) Selbst Investments in Anlagefonds sind in zahlreichen Ländern von Offenlegungspflichten erfasst. Beispielsweise statuiert der australische ‚Corporation Act 2001‘ (Section 672 A u. B) Auskunftspflichten der Fondsleitung eines Anlagefonds gegenüber australischen Gesellschaften über die Identität der Aktionäre bzw. Fondsanleger sowie die Anzahl der gehaltenen Titel samt „Begleitumständen“. Diese Offenlegungspflichten erstrecken sich auch auf Bevollmächtigte und ‚Ultimate Beneficial Owners‘ und gehen somit wesentlich weiter als börsenrechtliche Offenlegungspflichten. Solche Offenlegungspflichten sind gegebenenfalls innert 2 Tagen zu erfüllen. Bei Nichterfüllung der Pflichten droht Nichtigkeit der Aktienübertragung, Blockierung der Stimmrechte und Übertragung der Aktien an die ‚Australian Securities and Investment Commission‘ (ASIC). Gemäss den Vorgaben der FINMA sind Schweizer Finanzdienstleister gehalten, diese Sanktionen zu vermeiden. Dies führt ohne gesetzlichen Rechtfertigungsgrund (in Form von Art. 42c Abs. 2 FINMAG) zum Verzicht auf Verwahrung australischer Wertschriften durch einen Schweizer Finanzdienstleister.

- e) In zahlreichen Ländern finden sich Offenlegungspflichten überdies sogar in formal zivilrechtlichen Rechtsakten. Gestützt auf den ‚UK Companies Act‘ steht beispielsweise kotierten UK Gesellschaften Anspruch auf Auskunft über die Identität der Aktionäre von Aktien zu, welche (auch) ein Schweizer Finanzdienstleister gekauft hat. Bei Verletzung dieser Offenlegungspflicht drohen scharfe Sanktionen bis zu 2 Jahren Gefängnis.
- f) Gemäss den ‚Financial Crime Compliance Principles‘ der ‚International Securities Systems Association‘ (ISSA) vom 27. August 2015 besteht ausserhalb von zwingendem Recht im Sinne einer blossen Empfehlung die generelle Forderung an Finanzdienstleister, bei Finanzmarktgeschäften gegenüber Kunden ein generelles vertragliches Auskunftsrecht zu vereinbaren. Genannte ISSA-Prinzipien werden zunehmend als internationaler Standard qualifiziert.

Zahlreiche Finanzmarktteilnehmer befolgen deshalb diese Empfehlung und fordern in der Vertragsgestaltung (auch) gegenüber Schweizer Finanzdienstleistern eine allgemeine Auskunftsbereitschaft mit Bezug auf die hinter den vertraglich zu regelnden Geschäften stehenden Endkunden. Um einheitliche Prozesse und ein sich stimmiges Gesamtkonzept sicherzustellen wird diese Empfehlung auch im Verhältnis zwischen verschiedenen Schweizer Finanzdienstleistern zunehmend zur Regel.

Der Begriff „Transaktionen“ ist deshalb durch die dem Gesetzeszweck entsprechende weiter gefasste Formulierung „Abschluss, Abwicklung und Beendigung von Geschäften sowie Erbringung von Dienstleistungen“ zu ersetzen. Zu überlegen ist überdies, ob der besseren Verständlichkeit willen direkt im Rundschreiben an geeigneter Stelle einzelne illustrative Konstellationen als Beispiele erwähnt werden sollten.

13. Bemerkungen zu Rz. 33

Diese Einschränkung ist insofern nicht korrekt, als Abs. 1 von Art. 42c FINMAG nicht denselben Anwendungsbereich wie Abs. 2 abdeckt. Folgerichtig will die von den Räten final verabschiedete Fassung von Art. 42c FINMAG die beiden Konstellationen auch bewusst unterschiedlichen Voraussetzungen unterstellen (vgl. oben Ziff. II.4/6). Die gesetzgeberische Absicht widerspiegelt sich auch mit aller wünschbaren Klarheit in der Gesetzessystematik. Insbesondere findet sich die Voraussetzung „zum Vollzug des Finanzmarktrechts“ mittels Verweis auf Art. 42 Abs. 2 beim Artikel 42c FINMAG bewusst nur in Abs. 1 lit. a und nicht auch bei Abs. 2 (vgl. oben Ziff. II.6).

Demzufolge ist Rz. 33 ersatzlos zu streichen oder im Sinne der Ausführungen umzuformulieren.

Ergänzende Begründung und Anpassungsvorschlag

Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 42c FINMAG ergibt sich, dass Abs. 2 einen anderen Sachverhalt regelt als Abs. 1. Abs. 2 kann somit nicht einfach als

Subsidiär zu Abs. 1 betrachtet werden. Dies hat unter anderem zur Folge, dass gemäss Abs. 2 die Voraussetzungen nach Art. 42 FINMAG für die Informationsübermittlung nicht erfüllt sein müssen (vgl. oben Ziff. III.13). Dabei die Einhaltung des Vertraulichkeits- bzw. Spezialitätsprinzips zu fordern würde über das Ziel hinausschiessen (vgl. oben Ziff. II.2). Zudem geht es bei Abs. 2 um Daten die das Geschäft mit Kunden betreffen.

In der Praxis wird es sodann oftmals unklar sein, ob eine Übermittlung nach Absatz 1 zulässig ist oder nicht. Im Zweifel bzw. bei Vorliegen dessen Voraussetzungen muss es daher möglich sein, sich auf den zweiten Absatz zu stützen, ansonsten das ganze System einzustürzen droht: Eine Berufung auf Absatz 1 ist aus vorgenannten Gründen in der Praxis oftmals für den vorsichtigen Rechtsanwender nicht möglich; stellt sich im Nachhinein allerdings heraus, dass eine Übermittlung nach Absatz 1 zulässig (gewesen) wäre, dann fiel die Zulässigkeit der Übermittlung nach Absatz 2 dahin. Mit anderen Worten ist die Formulierung „darüber hinaus“ in Absatz 2 nicht im Sinne einer Subsidiarität sondern vielmehr als eine Ergänzung zu Absatz 1 zu verstehen: Wenn das Kriterium des Zusammenhangs mit Geschäften von Beaufsichtigten oder Kunden gegeben ist, dann ist eine Berufung auf den zweiten Absatz in jedem Fall zulässig.

Anpassungsvorschlag

~~Art. 42c Abs. 2 FINMAG stellt gegenüber Art. 42c Abs. 1 FINMAG eine Erweiterung dar, ist aber auch subsidiär zu diesem die es erlaubt, eine Übermittlung unbesehen von Absatz 1 vorzunehmen, sofern die Informationen im Zusammenhang mit Geschäften oder Dienstleistungen des Beaufsichtigten und/oder von Kunden stehen. Gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG darf eine Information nur dann übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind und zudem eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht möglich ist.~~

14. Bemerkungen zu Rz. 34

Die Einschränkung auf gesetzliche Regeln des anwendbaren Rechts ist nicht richtig. Zur sinnvollen Lösung der von Art. 42c FINMAG abgedeckten Regelungsthematik sind darüber hinaus auch darüber hinaus erhobene Anforderungen in Zusammenhang mit Vertragsgestaltung und Dienstleistungserbringung erfasst (vgl. oben Ziff. II.7 u. Praxisbeispiele gemäss Ziff. III.12 lit. a, b u. f). Solche müssen selbstverständlich plausibel, vernünftig und gesetzeskonform sein.

Nach dem Gesagten ist Rz 34 entsprechend den Ausführungen umzuformulieren.

15. Bemerkungen zu Rz. 35

Richtig ist, dass im Bereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG keine direkten Informationsflüsse an ausländische Straf- oder Steuerbehörden erfolgen sollen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Regelung von Abs. 2 nur für den nieder-

schwelligen Informationsfluss ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren zur Verfügung steht (vgl. oben Ziff. II.8). Demgegenüber werden direkte Informationsflüsse an Straf- oder Steuerbehörden in aller Regel im Rahmen formeller Verfahren gefordert.

Auch Informationspflichten ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren können aber einen gesetzgeberischen Zweck haben, welcher insbesondere (auch) aufsichtsrechtlich, strafrechtlich oder steuerrechtlich motiviert sein kann. Demzufolge kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch solche niederschweligen Informationsflüsse zur Eröffnung von Verfahren (und zu weiteren rechtlichen Nachteilen) führen (vgl. oben Ziff. II.8). Denkbar ist auch, dass ein Empfänger von niederschweligen Informationen eines Schweizer Finanzdienstleister in der Folge seinerseits verpflichtet wird, diese Informationen in ein formelles Verfahren einzuliefern (z.B. in der Konstellation gemäss oben Ziff. III.14.4 lit. b). Dies alles ist gestützt auf das Transparenzprinzip und ein gesamtheitliches System von ‚Due Diligence‘ zur Verwirklichung funktionierender Finanzmärkte unabdingbar und deshalb hinzunehmen (oben Ziff. II.8-9). Entscheidend ist nur, dass die unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfolgende Informationsflüsse jedenfalls ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren, mithin niederschwellig, erfolgen.

Vorstehende Zusammenhänge sind in Rz 35 klarzustellen. Insbesondere ist die aktuelle Formulierung ausdrücklich auf „direkte“ Übermittlungen an Straf- oder Steuerbehörden „im Rahmen formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren“ einzuschränken.

Ergänzende Begründung und Anpassungsvorschlag

Einschränkungen gemäss Bemerkungen vorne Rz 8 und 10 gelten auch hier. Satz 2: Wie ausgeführt ist Absatz 2 nicht als subsidiär sondern komplementär zu betrachten. Darüber hinaus erscheint es schwer verständlich, dass Meldungen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden nur deswegen anderen gesetzlichen Voraussetzungen unterstehen sollen, weil der nationale Gesetzgeber sich für eine Meldung unmittelbar an eine Finanzmarktaufsichtsbehörde anstatt an ein Transaktionsregister entschieden hat (das mittelbar die übermittelten Informationen ohnehin der Finanzmarktaufsichtsbehörde zur Verfügung stellen würde).

Anpassungsvorschlag

Nicht direkt übermittelt werden darf gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG an ausländische Straf- oder Steuerbehörden im Rahmen formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren (siehe aber Vorbehalt bezüglich Aufsichtsbehörden mit strafrechtlichen Kompetenzen in Rz. 8). ~~Übermittlungen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder von diesen beauftragte Stellen fallen für gewöhnlich unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG.~~

16. Bemerkungen zu Rz 36

Rz 36 ist im Sinne des bezweckten weiten Anwendungsbereichs von Art. 42c Abs. 2 FINMAG zu eng gefasst.

Zu eng ist die Einschränkung auf Regelungen ausländischer Gesetze. Vom Anwendungsbereich erfasst sind richtigerweise auch darüber hinausgehende Anforderungen in Zusammenhang mit Vertragsgestaltung und Dienstleistungserbringung, welche selbstverständlich plausibel, vernünftig und gesetzeskonform sein müssen (oben Ziff. II.7 u. III.16; vgl. Beispiele in Ziff. III.12 lit. a, b u. f).

Zudem ist die Aufzählung möglicher „Stellen“ richtigerweise beispielhaft und nicht abschliessend formuliert. Aus Klarheitsgründen ist die Liste gleichwohl im Sinne der Ausführungen sinnvoll zu ergänzen (vgl. oben Ziff. II.2 u. III.12). Mit Blick auf im operativen Alltag häufige Konstellationen (vgl. Beispiele oben Ziff. III.12 lit. c-e) fehlt in der Aufzählung insbesondere die eigenständige Kategorie der kotierten Gesellschaften.

Rz. 36 ist im Sinne der Ausführungen zu korrigieren bzw. zu ergänzen.

17. Bemerkungen zu Rz. 37

Die Einschränkung von Rz. 37 ist nicht korrekt. Massgebend kann einzig sein, dass die Informationspflicht ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfverfahren gefordert wird (vgl. oben Ziff. II.8-9 u. III.15).

Die Formulierung von Rz. 37 gemäss Entwurf ist auch nicht praktikabel. Solche Einschätzungen bedürfen, um nicht vage und willkürlich zu sein, vertiefter Abklärungen. Diese sind i.d.R. aufwendig, führen regelmässig gleichwohl nicht zu eindeutigen Ergebnissen und widersprechen dem gesetzgeberischen Zweck zeitnaher Informationsübermittlung zur Gewährleistung funktionierender Finanzmärkte (vgl. oben Ziff. II.2/11).

Zur Sicherstellung einer klaren Abgrenzung ist Rz. 37 deshalb am besten ersatzlos zu streichen.

18. Bemerkungen zu Rz. 38

Begründung

Allgemein sollte hier klargestellt werden, dass zwischen „nicht öffentlich zugänglichen Informationen“ i.S.v. Art. 42c Abs. 1 FINMAG und „nicht öffentlichen Informationen“ i.S.v. Art. 42c Abs. 2 FINMAG kein inhaltlicher Unterschied besteht.

Anpassungsvorschlag

Streichen

19. Bemerkungen zu Rz. 39

Die Einschränkung auf „Transaktionen“ geht zu weit und engt nur schon die klare gesetzliche Regelung „Geschäfte“ unzulässigerweise ein (vgl. oben Ziff. II.4-5).

Die Formulierung ist deshalb analog zu Rz 32 im Sinne des vom Gesetz bezweckten weiten Anwendungsbereichs zu korrigieren. Insbesondere ist der Begriff „Transaktionen“ durch „Abschluss, Abwicklung oder Beendigung von Geschäften sowie Erbringung von Dienstleistungen“ zu ersetzen (vgl. oben Ziff. II.4 u. III.12).

Ergänzende Begründung und Anpassungsvorschlag

Wir können hier auf die Begründung zu Rz 32 verweisen. Aus denselben Gründen ist diese Randziffer ebenfalls anzupassen. Auch in dieser Rz muss darauf hingewiesen werden, dass nicht nur Transaktionsbezogene Informationen, sondern auch Geschäftsbeziehungsbezogene Daten von Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfasst sind.

Anpassungsvorschlag

Bei den Informationen, die von Beaufsichtigten gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG übermittelt werden dürfen, handelt es sich ausschliesslich um solche, die im direkten Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen. Damit sind sowohl allg. Information zur Kundenbeziehung, zu Geschäften und Dienstleistungen wie auch zu~~Unter Geschäften sind zu~~ einzelnen Transaktionen erfasst, die die Beaufsichtigten im Rahmen ihrer bewilligten Geschäftstätigkeit üblicherweise für Kunden, für sich selbst oder innerhalb der Gruppe im Ausland tätigen, beispielsweise Effekttentransaktionen.

20. Bemerkungen zu Rz. 40

Die Aussage, dass die Informationsübermittlung nach dem anwendbaren Recht zwingend erforderlich sein muss, ist nicht korrekt (vgl. oben Ziff. II.7, III.14 u. III.16). Die Formulierung ist deshalb dahingehend abzuschwächen, dass es nur, aber immerhin darauf ankommt, ob die Information von der relevanten Stelle aus Gründen gefordert wird, welche in Zusammenhang mit Abschluss, Abwicklung oder Aufhebung des Geschäftes oder mit Erbringung der Dienstleistung als **plausibel und** vernünftig zu qualifizieren sind.

21. Bemerkungen zu Rz. 41

Mit Blick auf die von uns richtigerweise geforderte Anpassung von Rz 40 ist die Regelung von Rz 41 **obsolet und ersatzlos zu streichen**. Ein absoluter oberer ‚Cap‘ des maximal zulässigen Umfangs niederschwelliger Informationsflüsse ausserhalb formeller Verfahren (vgl. oben Ziff. II.8) kann generell nicht zum Voraus festgelegt werden. Der zulässige Rahmen ist im Gegenteil abhängig vom konkreten „Geschäft“ und den auf die Konstellation anwendbaren Regeln. Das

Rundschreiben muss gerade in dieser Hinsicht bewusst offen bleiben, um auch künftige, nicht vorhersehbare Entwicklungen ebenfalls miterfassen zu können. Andernfalls würde der Rahmen viel zu eng gesetzt und die Regulierung könnte in absehbarer Zeit ihren Zweck, niederschwellige Informationsflüsse im Interesse von Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes zu ermöglichen, im Sinne von Art. 5 FINMAG nicht mehr erfüllen (vgl. oben Ziff. II.14).

Ergänzende Begründung und Anpassungsvorschlag Rz. 40 und 41

Wie bereits erwähnt darf Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht auf die unmittelbare Transaktion beschränkt werden sondern muss alle Daten rund um die Geschäftsbeziehung erfassen (vgl. Begründung zu Rz 32). Die Abgrenzung zwischen Abs. 1 und Abs. 2 ist eine andere (vgl. Rz 32 u. oben Ziff. II.6 u. III.13). Zudem besteht wohl auch ein Recht der Beaufsichtigten Informationen (z.B. freiwillig) an eine Stelle nach Abs. 2 zu liefern. Dies ist und müsste weiterhin ohne weiteres zulässig sein. Da dies den Souveränitätsanspruch der Schweiz nicht betrifft und es sich nicht um Finanzmarktinformationen handelt, fallen diese Informationsübermittlungen nicht unter Art. 42c FINMAG und auch nicht unter das vorliegende Rundschreiben. Rz. 40 und 41 sind somit zu streichen. Die Einfügung von Art. 42c FINMAG soll wie erwähnt den Informationsfluss erleichtern und nicht neue bzw. zusätzlich Hürden für bereits zulässige Informationsformen aufstellen.

Sodann ist einer der wichtigsten Anwendungsfälle in der Praxis (und historisch gesehen eines der wichtigsten Gebiete, wo Gesuche für Ausnahmen nach Art. 271 StGB gestellt wurden) sind die Transaktionsmeldepflichten für OTC-Derivate, welche im Nachgang an die G20 Ziele in verschiedenen Jurisdiktionen eingeführt wurden oder werden (in der Schweiz durch FinfraG). Hier führt die Meldepflicht gerade nicht dazu, dass eine Transaktion nicht abgewickelt oder sonst zivilrechtlich ungültig werden könnte. Aus unserer Sicht muss eine regulatorische Pflicht zur Meldung genügen; eine Verknüpfung mit der Abwicklung oder Genehmigung der Transaktion ist nicht sachgerecht. Ebenso scheint es angezeigt, nicht nur auf ausländisches Recht sondern zusätzlich auf Regularien und Bestimmungen von Handelsplätzen oder sonstigen Finanzmarktinfrastrukturen zu verweisen.

Auch gemäss Rz 41 erscheint eine Verknüpfung mit der unmittelbaren Abwicklung als nicht sachgerecht. Zu Satz 2 sei der Hinweis erlaubt, dass hier – nach der hier vertretenen Auffassung allerdings zu Recht – die Subsidiarität in Frage gestellt wird; nach der im Rundschreiben dargestellten Ansicht wäre eine Übermittlung nach Abs. 2 sowieso nicht zulässig (auch nicht, wenn keine umfassenderen Angaben zu übermitteln wären), wenn die Voraussetzungen von Abs. 1 gegeben sind. Wie bei Rz 40 sollte auch hier klar gestellt werden, dass neben dem ausländischen Recht auch Regularien und Bestimmungen von Handelsplätzen oder sonstigen Finanzmarktinfrastrukturen zu berücksichtigen sind und ferner auch von Vertragspartnern im Rahmen der Vertragsgestaltung oder Dienstleistungserbringung geforderten Pflichten (vgl. oben Ziff. II.7 u. III.16/19).

Anpassungsvorschlag zu Ziff 40 und 41

Streichen

22. Bemerkungen zu Rz. 42

Gesetzliche Geheimhaltungspflichten z.B. gemäss Bankenrecht oder Datenschutzrecht gelten uneingeschränkt. Es ist deshalb richtig, dass die Rechte von Kunden und Dritten zu wahren sind. Dies kann insbesondere durch vorgängige Einwilligung erfolgen (vgl. oben Ziff. II.13). Richtig ist, dass die in diesem Zusammenhang zu treffenden Massnahmen in der Verantwortlichkeit des Finanzdienstleister liegen, sich mit Bezug auf die Gültigkeit nach dem anwendbaren (Zivil-) Recht richten und demzufolge in diesem Rundschreiben nicht im Detail zu regeln sind (vgl. Rz 30 f. u. 42).

23. Bemerkungen zu Rz. 43 ff.

Gemäss RS müssen Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung der FINMA vorgängig gemeldet werden, was in der praktischen Anwendung problematisch ist. Zudem müsste hier nicht auf die Wesentlichkeit einer Information abgestützt werden; vielmehr sollten nur ausserordentliche Informationen an die FINMA gemeldet werden müssen; wesentliche Informationen, die jedoch nicht ausserordentlich sind, sollten direkt übermittelt werden können.

Das RS listet hierzu diverse Beispiele für die beiden Anwendungsfälle auf. Bei diversen Fällen wird es in der Praxis jedoch immer noch zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, unter welchen Anwendungsbereich nun ein bestimmter Sachverhalt fällt. Zwei Beispiele hierzu:

Rz 48 stützt sich auf die Unverhältnismässigkeit einer Anfrage, was grossen Interpretationsspielraum lässt.

Rz 49 bezüglich ausländischer Vorabklärungen, die zu Sanktionen führen können. Auch hier ist der Interpretationsspielraum zu gross. Aus Klarheitsgründen ist dieses Beispiel am besten zu streichen (vgl. unten Ziff. IV.5).

Klarere resp. detailliertere Beispiele würden die Umsetzung erleichtern.

Konkret möchten wir anregen, eine periodisch aktualisierte Liste aktueller und künftig hinzugefügter Praxisbeispiele ausserhalb des Rundschreibens, z.B. mittels FAQs oder einer vergleichbar flexiblen Publikation zu unterhalten. Dies hätte den Vorteil, dass der Beispielkatalog dynamisch weitergeführt und laufend an die Praxis angepasst werden könnte, ohne dass immer gleich das Rundschreiben zu revidieren ist.

IV. Konkrete Bemerkungen zum übrigen Rundschreiben

1. *Bemerkungen zu Rz. 15*

Mit Blick auf die zahlreichen Konstellationen, mit welchen Schweizer Finanzdienstleister im Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG konfrontiert sein können, sind in der Aufzählung typischer „Dritter“ zusätzlich Bevollmächtigte aufzuführen (vgl. Praxisbeispiel oben Ziff. II.12 lit. d).

2. *Bemerkungen zu Rz. 19*

Die sachliche Einschränkung des Anwendungsbereichs auf „Vollzug des Finanzmarktrechts“ ist unrichtig und unnötig (vgl. oben Ziff. II.6) und dementsprechend **ersatzlos zu streichen** oder im Sinne der Ausführungen zu korrigieren.

3. *Bemerkungen zu Rz. 21 ff.*

Die in diesem Abschnitt erwähnte **Liste** ist der zu regelnden Thematik entsprechend aus Transparenz- und Klarheitsgründen über Behörden hinaus auf weitere ausländische Stellen auszudehnen (vgl. oben Ziff. I.1 u. II.1.2).

Ergänzende Begründung und Anpassungsvorschlag zu Rz. 21

Der Wortlaut in Ziff. 20 ist auf jenen von Art. 42c Abs. 1 FINMAG anzupassen. Von Abs. 2 sind aber auch Stellen (inkl. Vertragspartner) ausserhalb eigentlicher Aufsichtstätigkeit erfasst (vgl. oben Ziff. II.1 u. III.12, ferner Ziff. II.7 u. III.14/16).

Anpassungsvorschlag

Die FINMA veröffentlicht eine Liste mit Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren ausländische Stellen, an welche sie in ...

4. *Bemerkungen zu Rz. 30 f.*

Vgl. einleitende Bemerkungen (oben Ziff. II.2 u. II.13) u. Ausführungen zu Rz 42 (oben Ziff. III.22).

5. *Bemerkungen zu Rz. 46 ff.*

Einzelne der im Katalog aufgeführten Konstellationen sind entsprechend unseren Ausführungen fälschlicherweise aufgeführt und stellen vielmehr Anwendungsfälle von Art. 42c Abs. 2 FINMAG dar. Dies trifft insbesondere auf den in Rz. 49 genannten Fall zu. Auch niederschwellige Informationen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG können als „Verfahren“ im weitesten Sinn oder zumindest „Vorverfahren“

qualifiziert werden. Jedenfalls können auch niederschwellige Informationen später Basis für die Eröffnung eines Verfahrens (und zu weiteren Rechtsnachteilen) gegen den die Information übermittelnden Schweizer Finanzdienstleister oder einen seiner Kunden führen (vgl. oben Ziff. II.8 u. III.12).

Rechtsbegriffe wie „Verfahren“ und „Vorverfahren“ werden weltweit der jeweiligen Rechtstradition entsprechend teilweise völlig unterschiedlich verwendet und sind deshalb als Abgrenzungskriterium im internationalen Anwendungsbereich gänzlich ungeeignet. Dies legt kollisionsrechtlich eine sehr offene und weite Auslegung des Anwendungsbereichs nahe (Werner W. Wyss, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Datenschutzrecht, Basel 2015, § 11 Datenschutz im Finanzwesen, N 11.92 zum Rechtsbegriff „Gericht“ gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG). Im vorliegenden Fall von Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist der Funktion der Bestimmung als Regel und Auffangbecken entsprechend dessen Anwendungsbereich weit auszulegen (vgl. oben Ziff. II.4/8/12). Zur Erreichung dieses gesetzgeberischen Ziels sind spiegelbildlich dazu im Rahmen von Art. 42c Abs. 3-5 FINMAG relevante Begriffe wie „Verfahren“ und „Vorverfahren“ eng auszulegen und überdies jedenfalls auf Verfahren zu begrenzen, welche aus Schweizer Sicht überhaupt Gegenstand eines formellen Amts- oder Rechts-hilfverfahrens sein können. Nur so lässt sich der vom Gesetzgeber bezweckte weite Anwendungsbereich für Art. 42c Abs. 2 FINMAG und folgerichtig die Etablierung dieser Konstellation als Regelfall und Auffangbecken realisieren (vgl. oben Ziff. II.12).

Letztlich können irgendwelche Informationen und Daten Ursache und Grundlage für die Eröffnung eines Verfahrens (sowie für weitere Rechtsnachteile) sein (vgl. oben Ziff. II.8 u. III.12). Auch unter diesem Blickwinkel ist die in Rz. 49 genannte Konstellation als Abgrenzungskriterium nicht geeignet.

Aus all diesen Gründen empfehlen wir, das Abgrenzungskriterium von Rz. 49 ersatzlos zu streichen.

Ergänzende Begründung und Anpassungsvorschlag Rz. 46 ff.

Der Fallkatalog, den die FINMA im Rundschreiben aufführt ist grundsätzlich hilfreich. Allerdings muss auch hier wieder erwähnt werden, dass bislang zulässige Übermittlungsformen nicht neu formalisiert werden dürfen. Wo bisher ein formloser Informationsaustausch möglich war, soll dies auch weiterhin möglich bleiben. So wäre es z.B. nicht praktikabel, wenn Audit Reports (Rz. 53) immer erst nach vorheriger Meldung übermittelt werden dürfen. Hierzu besteht eine bewährte Praxis, wonach auch eine nachträgliche allenfalls konsolidierte Meldung an die FINMA genügt. Zudem wäre die Abkehr von dieser Praxis rein aufgrund der Menge der Meldungen auch nicht praktikabel. Rz. 53 ist zu streichen.

Eine vorgängige Meldepflicht soll bestehen, wenn die Informationsübermittlung zu Sanktionen gegen den Beaufsichtigten führen kann (Rz. 49). Diese Formulierung ist zu offen und aus Klarheitsgründen am besten zu streichen.

Rz. 47: Nicht einsichtig ist, wieso das blosses Fehlen auf der FINMA-Liste per se zur einer Meldepflicht führen soll.

Rz. 48: In diesem Falle wäre die Übermittlung nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG per se unzulässig, siehe Rz 19.

In Rz. 50 ist zu konkretisieren, dass die Meldepflicht nur ausgelöst wird, wenn es um Verstösse durch den Beaufsichtigten geht. Der Beaufsichtigte verfügt oft gar nicht über genügend Informationen um zu beurteilen, ob ein Rechtsverstoss seiner Kunden vorliegt. Entsprechend ist die Randziffer zu präzisieren.

Bei Rz. 52 ist nicht klar, geht für uns nicht hervor weshalb solche Meldungen vorgängig gemeldet werden müssen. Die Randziffer ist zu streichen.

Rz. 55 geht in seiner Absolutheit wohl etwas weit. Es kann durchaus auch Fälle geben bei welchen die Übermittlung solcher Informationen nicht wesentlich ist. Nur schon aufgrund der Art der Dokumente (Dokumente von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat) lässt sich noch nicht auf ihre Wesentlichkeit schliessen. Der Inhalt konkrete Inhalt sollte massgebend sein. Das ist in Rz 55 zu verdeutlichen.

Rz. 58: Transaktionsmeldungen an Transaktionsregister erfolgen in Umsetzung einer regulatorischen Initiative der G20 Staaten und dienen der Markttransparenz. Die Schweiz ihrerseits hat mit FinfraG eine entsprechende Pflicht eingeführt. Eine vorgängige Meldung wäre hier weder sachgerecht noch praktikabel, auch vor dem Hintergrund, dass die FINMA eine Anzahl von Meldungen erhalten würde, die kaum zu verarbeiten wäre .

Anpassungsvorschlag

Rz. 47: streichen

Rz. 48: streichen

Rz. 49: streichen

Rz. 50: Informationen, welche mögliche Verstösse des Beaufsichtigten gegen das schweizerische Recht zum Inhalt haben.

Rz. 52: streichen

Rz. 53: streichen

Rz. 55: Informationen welche für die Aufgabenerfüllung der Geschäftsleitung und/oder des Verwaltungsrats erstellt oder gesammelt werden und (inklusive der entsprechenden Protokolle), sofern sie eine der vorgenannten Sachverhalte betreffen.

Rz. 58: standardisierte Meldungen nach allgemein anerkannten internationalen Grundsätzen, in Erfüllung der Markttransparenz oder – integrität dienender regulatorischer Vorschriften (bspw. Meldungen von Derivattransaktionen an Transaktionsregister, Meldepflichten nach Art 26 MiFIR oder Dodd Frank Act)

6. Bemerkungen zu Rz 58 ff.

Aus Gründen von Klarheit und Rechtssicherheit schlagen wir vor, in den Katalog von Rz 58 ff. ergänzend typische Konstellationen aufzunehmen, welche wir in dieser Stellungnahme aufgeführt haben (vgl. oben insb. Ziff. III.12). Dabei muss

es insbesondere auch darum gehen, möglichst viele typische Gruppen von „Stellen“ zu erwähnen, welche unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG relevant sein können (vgl. oben Ziff. II.1 u. III.12), etwa auch Konstellationen mit kotierten Gesellschaften (vgl. dazu oben Ziff. III.12 lit. c-e u. III.16).

7. Bemerkungen zu Rz. 67 ff

Begründung

Wenn eine ausländische Behörde Informationen verlangt, muss es oft sehr schnell gehen (vgl. oben Ziff. II.2/11). Es sollte daher sichergestellt werden, dass nicht nur die Meldung des Beaufsichtigten an die FINMA rechtzeitig ergeht, sondern ebenso die Rückmeldung der FINMA entsprechend umgehend erfolgt. Um dies sicher zu stellen, schlagen wir vor, dass Informationen übermittelt werden dürfen, wenn sich die FINMA nicht bis zur beabsichtigten Meldung den Amtshilfeweg vorbehält. Dies ist im Rundschreiben so festzuhalten. In komplexen Fällen, in welchen die vorgesehenen fünf Tagesfrist zur Beurteilung des Falles ausnahmsweise nicht ausreicht, soll die Frist auch erstreckt werden können. Diesfalls wäre es hilfreich, wenn die FINMA die ausländische Behörde über die verspätete Übermittlung informiert. Die Information der FINMA hat gegenüber der ausländischen Behörde mehr Autorität. Damit kann der Beaufsichtigte ggf. besser vor Sanktionen der ausländischen Behörde wegen verspäteter Informationsübermittlung geschützt werden.

Zudem ist bei dringenden Fällen das Verfahren klarer zu regeln. Oftmals muss der Beaufsichtigte Informationen innert Tagesfrist herausgeben. Hier muss sichergestellt werden, dass der Beaufsichtigte innert 24 Stunden auf ein Gesuch einer ausl. Behörde reagieren kann.

Anpassungsvorschlag zu Rz. 67

Beabsichtigt eine Beaufsichtigte, eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung im Sinne von Art. 42c Abs. 3 FINMAG vorzunehmen, so hat eine Meldung an die FINMA mindestens fünf Arbeitstage vor der beabsichtigten Übermittlung zu erfolgen. ~~In dringenden Fällen hat die Beaufsichtigte sofort mit der FINMA Kontakt aufzunehmen.~~

Anpassungsvorschlag zu Rz. 69

Es darf keine Informationsübermittlung im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 3 FINMAG erfolgen, bevor eine Rückmeldung der FINMA erfolgt ist. Behält sich die FINMA nicht bis zum vom Beaufsichtigten angegebenen Übermittlungstermin den Amtshilfeweg vor, können die Informationen direkt übermittelt werden. In begründeten Fällen, kann die FINMA diesen Zeitraum erstrecken und teilt dies vorgängig dem Beaufsichtigten und der anfragenden ausländischen Behörde mit.

Ergänzungsvorschlag Rz. 69bis

In dringenden Fällen, wenn eine Informationsübermittlung vor der in Rz. 67 aufgestellten Frist von 5 Tagen erfolgen soll, hat die Beaufsichtigte sofort mit der FINMA Kontakt aufzunehmen. Behält sich die FINMA nicht bis zum vom Beauf-

sichtigten angegebenen Übermittlungstermin den Amtshilfeweg vor, können die Informationen direkt übermittelt werden. In begründeten Fällen, kann die FINMA diesen Zeitraum erstrecken und teilt dies vorgängig dem Beaufsichtigten mit und interveniert bei der anfragenden ausländischen Behörde.

8. Bemerkungen zu Rz. 71

Begründung

Die Aufgabe der FINMA ist der Vollzug der Finanzmarktgesetze. Stellt die FINMA einen Verstoss gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen fest, muss sie angemessene Massnahmen ergreifen. In diesem Fall bedeutet dies, dass die FINMA dem beaufsichtigten mitteilen muss, wenn sie der Meinung ist, dass die direkte Informationsübermittlung in einem konkreten Fall nicht den Anforderungen von Art. 42c FINMAG entspricht. Ggf. muss sie die Übermittlung untersagen. Tut sie dies nicht, kann sie später nicht ein Verstoss gegen Aufsichtsrecht (also gegen Art. 42c FINMAG) monieren. Dies wäre schon aus Gründen des Vertrauensschutzes problematisch. Rz. 71 ist daher zu streichen und die Frage nach allg. verwaltungsrechtlichen Prinzipien zu beurteilen.

Anpassungsvorschlag

Streichen

9. Bemerkungen zu Rz. 72

Begründung

Die Bestimmung bedarf unserer Ansicht nach einer Klarstellung: Behält die FINMA die Übermittlung auf dem Amtshilfeweg vor, sollte sie diese Informationsübermittlung direkt und ohne Notwendigkeit für ein formelles Amtshilfegesuch vornehmen. Dies ist insbesondere auch im berechtigten Interesse des Beaufsichtigten, denn bei nicht rechtzeitiger Informationsübermittlung können sich schwere Nachteile inklusive direkte oder indirekte Sanktionen für diesen im Ausland ergeben. Zudem würde es von der zuständigen ausländischen Behörde nicht verstanden, wenn die FINMA den Beaufsichtigten anweisen würde, mit der ausländischen Behörde zuerst Kontakt aufzunehmen und diese zur Stellung eines Amtshilfeersuchens aufzufordern. In diesem Sinne wäre die Amtshilfe dann gewissermassen „spontan“. Wir regen deshalb eine entsprechende Präzisierung im Rundschreiben an.

Anpassungsvorschlag

Behält sich die FINMA den Amtshilfeweg vor, nimmt sie die Informationsübermittlung an die ausländische Behörde umgehend (ohne Notwendigkeit eines zusätzlichen Amtshilfeersuchens) vor.

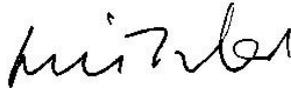
Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen.

Für allfällige Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung unserer Stellungnahme stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Rolf Bruggemann



Christoph Winzeler

Zulässige Direktübermittlung von Informationen an ausländische Stellen und Behörden

Diese Liste ist nicht abschliessend und wird periodisch aktualisiert.

Für nachfolgende Sachverhalte erachten wir die direkte Übermittlung von Informationen an ausländische Stellen und Behörden als zulässig, weil die Voraussetzungen von Art. 42c Abs. 1 oder 2 erfüllt sind, oder weil sie gar nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB und Art. 42c FINMAG fallen.

Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es wertvoll, wenn die FINMA eine entsprechende Liste mit zulässigen Sachverhalten erstellt und untenstehende Fälle darin auführt. Das würde es den Beaufsichtigten erlauben diese an sich unproblematischen, alltäglichen und für internationale Tätigkeiten unausweichlichen Offenlegungs- und Auskunftspflichten aller Art ohne weiteres zu erfüllen. Nachfolgend werden typische Fallgruppen mit illustrativen Konstellationen aufgelistet (sowohl Fallgruppen als auch aufgeführte Konstellationen nur beispielhaft).

I. Offenlegungs-, Auskunfts- u. Reportingsuchen auf Basis von Börsenrecht (Bsp)

Rechtsordnung	Auskunftsersuchen	Behörde od. Stelle
USA	Dodd-Frank CFTC Swap Dealer Reporting	U.S. Commodity Futures Trading Commission
USA	Dodd-Frank CFTC ETD Large Trader Reporting	U.S. Commodity Futures Trading Commission
USA	Dodd-Frank CFTC Swaps Large Trader Reporting	U.S. Commodity Futures Trading Commission
USA	Weitere (SEC Large Trader Reporting, FINRA Rule 2360 etc.)	Diverse
Diverse (Bsp.: Australien, Hongkong, Indonesien, Japan, Korea, Singapur, Taiwan; Thailand)	Meldepflicht aufgrund Erreichen/Überschreiten von Positionslimiten	Diverse
Singapur	Singapore Reporting of Derivatives Contracts	Transaktionsregister
Australien	ASIC Derivative Transactions Rules (Reporting)	Transaktionsregister
Kanada	Canada OTC Reporting	Transaktionsregister
Hong Kong	Hong Kong OTC Reporting	Transaktionsregister
Israel	Bank of Israel Reporting	Israelische Nationalbank
EU/EWR	Art. 26 MiFIR – Obligation to Report Transactions	Zuständige Behörde des Mitgliedstaats
USA	CME Anfrage betreffend EFRP Transaktionen, welche CME routine-mässig untersucht	"Chicago Mercantile Exchange" (CME)
USA	CFTC Anfrage betreffend EFP Transaktion	CFTC
USA	Börsenanfragen betreffend allfälliger Gesetzesverletzungen (z.B. Cross oder Wash Trades)	Börsen wie CME oder Handelsüberwachungsstelle European Energy Exchange (EEX)
Hong Kong	EQ: SFC Hong Kong (inkl Offenlegung der Identität des Kunden)	Securities and Futures Commission Hong Kong (SFC Hong Kong)

China	Offenlegung der Kundenidentität auf dem Börsenplatz Shenzhen	China Securities Depository and Clearing Corporation Limited, Shenzhen Branch
Süd-Korea, Brasilien, Taiwan, Indien, Chile, Kolumbien, Kuwait, Pakistan, Peru, Türkei, VAE, Venezuela	In vielen Märkten ist es erforderlich, einen Investor Code und/oder eine Tax ID bei der zuständigen lokalen Finanzmarktaufsichtsbehörde oder Steuerbehörde zu beantragen. Die Beantragung entsprechender Investorennummern und Tax ID's ist eine Bedingung, um im lokalen Markt Wertschriften erwerben zu können. In der Regel müssen in den betroffenen Märkten auch auf den Endkunden segregierte Depots eröffnet werden.	Informationen und Dokumente werden bei Beantragung der ID an die lokale Drittverwahrungsstelle geliefert und gehen von dieser weiter an die für die Ausstellung der ID zuständigen Behörden. In manchen Märkten kann oder muss der Kunde das auch selbst machen.

II. Offenlegungs- und Auskunftersuchen auf Basis von Fremdwährungsgeschäften (Bsp)

Rechtsordnung	Auskunftersuchen	Behörde od. Stelle
Malaysia	Monatliche Offenlegungspflichten mit Bezug auf Endkunden, welche Werte in der Währung Ringgit [MYR] (und/oder malaysische Debt Securities) über einem Schwellenwert von MYR 1 Mio. halten	
Indien	Offenlegungs- und Auskunftersuchen bei Trade-Finance Aktivitäten in der Währung Renminbi betr. Endkunden	Diverse Behörden u. Stellen

III. Offenlegungs- und Auskunftersuchen auf Basis von Verwahrungssachverhalten (Bsp)

Rechtsordnung	Auskunftersuchen	Behörde od. Stelle
USA	Informationspflichten über Wertschriftenbestände in Omnibus-Accounts über dahinter stehende Endanleger (inkl. BO)	US-(Unter-) Verwahrer auf Verlangen der FINRA
Japan	Offenlegungspflicht mit Bezug auf Endkunden bei Handel mit Japanischen Government Bonds	Bank of Japan
Malaysia	Offenlegung der Kundenidentität im Omnibus Account (Wertschriften von ausländischen Investoren).	Lokale Drittverwahrungsstelle auf Anfrage der Malaysian Securities Commission Segregierte Depots, lokale

	Monatliche Offenlegung der Kundenidentität von Kunden, die malaysische Debt Securities (oder Ringgit [MYR]) über einem Schwellenwert von MYR 1 Million halten.	Drittverwahrungsstelle macht Reporting an die Zentralbank
Norwegen	Inhaber der Nomineelizenz darf Wertschriften von ausländischen Investoren bei der lokalen Drittverwahrungsstelle in einem Omnibus Account halten (statt individuell segregiert)	Auf Anfrage von FINANSTILSYNET (Aufsichtsbehörde, welche die Nominee-Lizenz erteilt)
Polen	Offenlegung der Kundenidentität bei Omnibus-Accounts	Lokale Drittverwahrungsstelle auf Anfrage der Finanzmarktaufsichtsbehörde
Finnland	Informationen über die wirtschaftlich berechtigten Empfänger von finnischen Effektausschüttungen wie z.B. Zinsen und Dividenden	SIX auf Verlangen der finnischen Depotstelle gemäss Foreign Custodian Register
Südkorea	Offenlegung der Kundenidentität auf Anfrage beim Omnibus-Account (natürliche Personen mit Vermögensverwaltungsmandat)	Lokale Drittverwahrungsstelle auf Anfrage der Finanzmarktaufsicht
Eröffnung von segregierten Depots für einzelne Kundengruppen (z.B. Residents oder Nationals) oder für alle Kunden erforderlich auch in Märkten ohne Investor/Tax-ID	Alle nach der lokalen Regulierung erforderlichen Dokument (KYC/AML) zur Eröffnung segregierter Depots müssen der lokalen Drittverwahrungsstelle und teilweise dem Broker zwecks Kontoeröffnung und Führung der Konti geliefert werden.	Nach lokalem Recht zuständige Stellen (z.B. Drittverwahrungsstelle, Broker, etc.)
Verschiedene Länder	Offenlegung für Dividenden- oder Zinszahlungen, damit Emittent oder lokale Drittverwahrungsstelle den korrekten Quellensteuersatz anwenden können.	Drittverwahrungsstelle Gesellschaft

IV. Offenlegungs- und Auskunftersuchen auf Basis von Gesellschaftsrecht (Bsp)

Rechtsordnung	Auskunftersuchen	Behörde od. Stelle
In verschiedenen Ländern können Gesellschaften bei Nominee-Eintragungen die Offenlegung der effektiven Aktionäre (inkl. Umfeld wie z.B. Bevollmächtigte) verlangen auf der Basis des Gesellschaftsrechts (z.B.	Meldung an die Gesellschaft. In einigen Ländern können die Gesellschaften bei Nichtoffenlegung versuchen, diese gerichtlich oder über die Finanzmarktaufsicht (Australien) durchzusetzen.	Gesellschaft, ev. Finanzmarktaufsicht

Australien, UK, Frankreich)		
Hong Kong	EQ: SFC Hong Kong (inkl Offenlegung der Identität des Kunden als Aktionär)	Gesellschaften mit Bezug auf ihre Aktionäre

V. Offenlegungs- und Auskunftersuchen auf Basis von Benchmarking-Regulierung (Bsp)

Rechtsordnung	Auskunftersuchen	Behörde od. Stelle
USA	Oversee Compliance with Rulebook of the Benchmark Administrator	ICE Benchmark Administration (IBA)
EU	Oversee Compliance with Rulebook of the Benchmark Administrator	CME Benchmark Europe Limited

VI. Offenlegungs- und Auskunftersuchen auf Basis von Geldwäschereibekämpfung (Bsp)

Rechtsordnung	Auskunftersuchen	Behörde od. Stelle
Spanien	Geldwäschereimeldungen im Rahmen von Marktzugang	z.B. spanische FIU
Kanada	Geldwäschereimeldungen in Zusammenhang mit Zahlungsverkehr und/oder bei Betreuung qualifizierter Privatkunden	Verschiedene kanadische Behörden u. Stellen

VII. Offenlegungs- und Auskunftersuchen auf Basis von Standards und Usanzen (Bsp)

Rechtsordnung	Auskunftersuchen	Behörde od. Stelle
ISSA-Principles	Forderung bei Finanzmarktgeschäften gegenüber Kunden ein generelles vertragliches Auskunftsrecht zu vereinbaren	Vertragspartner in Nachachtung der Financial Crime Compliance Principles' der 'International Securities Systems Association' (ISSA)

VIII. Weitere Offenlegungs- und Auskunftersuchen auf Basis von niederschwelligem Informationsfluss ausserhalb formaler Amts- oder Rechtshilfverfahren (Bsp)

Rechtsordnung	Auskunftersuchen	Behörde od. Stelle
Verschiedene Länder, z.B. Spanien	Auskunftersuchen mit Bezug auf Informationen zu konkretem Fall (je nach Sachverhalt auch betr. Kundendaten) gestützt auf Generalklausel gemäss Art. 13 des Act 24/1988 betr. Securities Markets	z.B. spanische Aufsichtsbehörde CNMV
Diverse Länder	Vertragspartner bei Finanzgeschäften aller Art fordern (vernünftige, plausible u. nach lokalem Recht nicht rechtswidrige) vertragliche Pflichten ausserhalb des	Vertragspartner wie z.B. Börsen, Meldestellen, Selbstregulatoren, Clearingstellen, Abwickler, Depotbanken und andere Verwahrer (Zentralverwahrer,

Beilage 1

	zwingenden Rechts zu bestimmten Sachverhalten Auskünfte und Informationen zu liefern, andernfalls der Schweizer Finanzdienstleister von den betr. Geschäften bzw. Geschäftsfeldern ausgeschlossen ist	Unterverwahrer, etc.), Zentrale Gegenparteien, Vertriebspartner, Finanzdienstleister und kotierte Gesellschaften
--	---	--



SRO-SLVASSL

⊕ Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV

Einschreiben / vorab per Mail

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern

FINMA		
ORG	19. AUG. 2016	SB
EA		
Bemerkung:		FL

Zürich, 18. August 2016

Stellungnahme der SRO/SLV zum Entwurf des neuen Rundschreibens 2017/xx „Direktübermittlung“

Sehr geehrte Frau Nussbaumer

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Direktübermittlung“, welche wir hiermit fristgerecht gerne wahrnehmen.

1. Generelle Bemerkungen

- 1 Die SRO/SLV begrüsst es, dass die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) die rechtlichen Rahmenbedingungen für die direkte Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen an ausländische Behörden und Stellen durch Beaufschlagte im neuen Rundschreiben „Direktübermittlung“ klären und damit eine einheitliche Anwendung von Art. 42c FINMAG gewährleisten will.
- 2 Aufgrund der Tatsache, dass im Rundschreiben explizit festgehalten wird, die Erfüllung der im anwendbaren Recht festgelegten Voraussetzungen liege in der Verantwortung der Beaufschlagten, wird diesen das Risiko, das mit der Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen vor dem Hintergrund des Straftatbestands von Art. 271 StGB zusammenhängt, nicht abgenommen. Die Beaufschlagten haben mithin wie bisher das Risiko einer Verurteilung wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat allein zu tragen. Es ist deshalb fraglich, ob die mit dem Rundschreiben verfolgten Ziele, nämlich die Konkretisierung der Voraussetzungen, unter welchen die Beaufschlagten nicht öffentliche Informationen an ausländische Behörden und Stellen übermitteln dürfen, erreicht werden. Gerade weil Art. 42c FINMAG unterschiedlichen Auslegungen zugänglich ist, besteht für die Beaufschlagten bzw. deren Organe oder Vertreter nicht nur eine Rechtsunsicherheit, sondern infolge von Art. 271 StGB und Art. 102 StGB ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko. Insofern sollten zwingend weitere Präzisierungen direkt in das Rundschreiben aufgenommen werden.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Randziffern

- 3 **Ad Kapitel III. Allgemeines:** Es ist in geeigneter Form klarzustellen, dass Art. 42c FINMAG nur eine Berechtigung zur Direktübermittlung begründet, aber keine Verpflichtung. An der Zuständigkeit für den Austausch nicht öffentlicher Informationen mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden hat sich mit Art. 42c FINMAG grundsätzlich nichts geändert. Nicht öffentliche Informationen sind nach wie vor in der Regel über den Amtshilfeweg auszutauschen. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes, dass eine direkte Übermittlung durch Beaufschlagte nach Art. 42c FINMAG mithin nur möglich ist, wenn die FINMA den Amtshilfeweg nicht vorbehält, ist es erstaunlich, dass die FINMA im Erläuterungsbericht zum Rundschreiben festhält, sie werde von der Möglichkeit des Amtshilfewerhalts zurückhaltend und vor allem dann Gebrauch machen, wo es aus der Aufsichtsperspektive erforderlich und sachgerecht erscheine (Erläuterungsbericht, S. 7). Eine solche Zurückhaltung kann aus der Schaffung von Art. 42c FINMAG nicht hergeleitet werden. Insofern ist die Präzisierung im Rundschreiben selber, dass Art. 42c FINMAG nur ein Recht aber keine Pflicht zur Direktübermittlung begründet, zwingend aufzunehmen.
- 4 **Ad Kapitel III. Allgemeines sowie Rz. 31 und 71:** Es ist in geeigneter Form im Rundschreiben explizit festzuhalten, dass die Strafbarkeit gemäss Art. 271 StGB (verbotene Handlungen für einen fremden Staat) entfällt, wenn die Beaufschlagten Art. 42c FINMAG entsprechend der Auslegung der FINMA im Rundschreiben „Direktübermittlung“ anwenden. Es darf nicht angehen, dass die Beaufschlagten letztlich ein Strafbarkeitsrisiko tragen, weil die Gesetzesbestimmung unklar ist und diese nur ungenügend im Rundschreiben der FINMA präzisiert wird.
- 5 **Ad Rz. 23-26:** In diesen Randziffern werden von der FINMA Konstellationen aufgelistet, in welchen die Beaufschlagten namentlich weitere Abklärungen und Vorkehrungen zu treffen haben. Hierzu ist festzuhalten, dass eine gesetzliche Grundlage für die Verpflichtung der Beaufschlagten zur Durchführung weiterer Abklärungen und Vorkehrungen fehlt. Da es sich bei der direkten Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht um eine Verpflichtung sondern um ein Recht der Finanzintermediäre handelt, ist auch die Vornahme weiterer Abklärungen und Vorkehrungen eine reine Obliegenheit, wie dies zutreffend im Erläuterungsbericht festgehalten wird (Erläuterungsbericht, S. 9). Die Formulierung in Rz. 23 des Rundschreibens ist dahingehend zu ändern, dass das Treffen weiterer Abklärungen und Vorkehrungen nicht verpflichtend ist.
- 6 Formulierungsvorschlag zu Rz. 23: „Ziehen die Beaufschlagten eine direkte Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen in Betracht, treffen sie namentlich dann weitere Abklärungen und Vorkehrungen, wenn [...]“
- 7 Rz. 26 des Rundschreibens ist zudem sehr allgemein formuliert und es wäre wünschenswert, dass die FINMA beispielhaft ausführt, welcher Art und wie fundiert die Hinweise sein müssen, dass die ersuchende Finanzmarktaufsichtsbehörde oder die ersuchende Stelle die Informationen im konkreten Fall nicht vertraulich behandeln.
- 8 **Ad Rz. 27:** Die FINMA unterlässt es, zu spezifizieren, worin die weiteren Abklärungen und Vorkehrungen gemäss Rz. 26 zu bestehen haben. Beispielhaft wird in Rz. 27 einzig die Möglichkeit genannt, eine Zusicherung der empfangenden Behörde oder Stelle einzuholen. Auch

eine Zusicherung reicht nicht aus, wenn dennoch Hinweise fortbestehen, dass die Informationen von der Finanzmarktaufsichtsbehörde nicht vertraulich behandelt werden. Wünschenswert wäre es vor diesem Hintergrund, wenn die FINMA das genannte Beispiel der Einholung einer Zusicherung um weitere Beispiele ergänzen würde, damit die Beaufsichtigten abschätzen können, von welcher Qualität die weiteren Abklärungen und Vorkehrungen sein müssen.

- 9 **Ad Rz. 29:** Gemäss dieser Randziffer haben die Beaufsichtigten die Behörde oder Stelle anlässlich jeder Übermittlung schriftlich darauf hinzuweisen, dass die übermittelten Informationen vertraulich zu behandeln sind und ausschliesslich zum Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden dürfen. Darin liegt ein Widerspruch zu Rz. 22 des Rundschreibens, wonach die Beaufsichtigten vermuten dürfen, dass die Voraussetzungen der Vertraulichkeit und Spezialität erfüllt sind, wenn eine Behörde oder Stelle auf die von der FINMA veröffentlichte Liste der Behörden steht, an welche die FINMA in der Vergangenheit bereits Amtshilfe geleistet hat. Entweder können sich die Beaufsichtigten darauf verlassen, dass die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit bei denjenigen Behörden, welche auf der Liste stehen, erfüllt sind, und übermitteln die Informationen ohne entsprechende Hinweise, oder es fehlt die Gewissheit über die Einhaltung der Anforderungen der Spezialität und Vertraulichkeit, woraus folgt, dass auf die Übermittlung von Informationen zu verzichten ist. Rz. 29 ist dementsprechend zu streichen.
- 10 **Ad Rz. 33 und Rz. 35:** Es ist zu begrüessen, dass die FINMA das Verhältnis zwischen Art. 42c Abs. 1 und Art. 42c Abs. 2 FINMAG klärt. Demnach dürfen Informationen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG an ausländische Behörden und von diesen beauftragte Stellen nur übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfüllt sind und eine Übermittlung nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht möglich ist. Ebenfalls zu befürworten ist, dass in Rz. 35 des Rundschreibens explizit festgehalten wird, dass eine Übermittlung von Informationen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG an ausländische Straf- oder Steuerbehörden ausgeschlossen sei, weil aus dem Wortlaut von Art. 42c Abs. 2 FINMAG eine entsprechende Einschränkung nicht abgeleitet werden kann. Im Erläuterungsbericht werden als ausländische Behörden auch die Finanzmarktaufsichtsbehörden genannt, sofern eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht möglich ist, weil eine Übermittlung nicht zum Zweck der Finanzmarktaufsicht erfolgen soll (S. 11, Fn. 5 des Erläuterungsberichts). Diese Klarstellung sollte der Vollständigkeit halber auch in Rz. 35 des Rundschreibens aufgenommen werden.
- 11 **Ad Rz. 37:** Wohlwollend zur Kenntnis genommen wird, dass im Rundschreiben explizit festgehalten wird, eine Übermittlung von Informationen an von ausländischen Behörden beauftragte Stellen sei gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass solche Stellen von ausländischen Straf- oder Steuerbehörden beauftragt worden seien.
- 12 **Ad Rz. 41:** Es wird begrüsst, dass in Rz. 41 des Rundschreibens explizit festgehalten wird, dass eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig ist, wenn die zu übermittelnden Informationen umfassender sind, als was nach dem anwendbaren ausländischen Recht für die unmittelbare Abwicklung der Transaktion notwendig ist. Rz. 41 des Rund-

schreibens sollte allerdings dahingehend ergänzt werden, dass neben der Abwicklung auch die Genehmigung der Transaktionen ausdrücklich genannt wird.

- 13 Formulierungsvorschlag zu Rz 41: „Sind die zu übermittelnden Informationen umfassender als was nach dem anwendbaren ausländischen Recht für die unmittelbare Abwicklung oder Genehmigung der Transaktionen notwendig ist, ist eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig. [...]“
- 14 **Ad Rz. 43-45**: Die von der FINMA in Rz. 43-45 des Rundschreibens vorgenommene Auslegung geht über den Wortlaut von Art. 42c Abs. 3 FINMAG hinaus. Gemäss dem Gesetzestext von Art. 42c Abs. 3 FINMAG bedarf eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG der vorgängigen Meldung an die FINMA. Es geht mithin nicht um die wesentliche Bedeutung der Information selbst, sondern der Übermittlung. Dennoch unterscheidet die FINMA in Rz. 43-45 des Rundschreibens zwischen der wesentlichen Bedeutung der Information selbst und der Übermittlung als solcher. Zwar dürfte es unumgänglich sein, die wesentliche Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG nicht nur auf die Übermittlung selbst, sondern auch auf die Informationen zu beziehen. Nichtsdestotrotz ist anzumerken, dass in Art. 29 Abs. 2 FINMAG von Vorkommnissen die Rede ist, während Art. 42c Abs. 3 FINMAG von Informationsübermittlungen spricht. Die in Rz. 44 f. des Rundschreibens implizierte Gleichstellung von Vorkommnissen und Informationen vermag deshalb nicht zu überzeugen. Eine Meldepflicht nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG haben die Beaufsichtigten und die Prüfungsgesellschaften, die bei ihnen Prüfungen durchführen, nur, wenn die Voraussetzungen von Art. 29 Abs. 2 FINMAG vorliegen, also bei Vorkommnissen, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind. Rz. 44 f. des Rundschreibens ist im Lichte dieser Überlegungen zu überarbeiten.
- 15 **Ad Rz. 75**: Die FINMA führt in Rz. 75 des Rundschreibens aus, dass sie statt eines Vorbehalts des Amtshilfewege auch eine vorgängige Meldung der geplanten Informationsübermittlungen analog Art. 42c Abs. 3 FINMAG verlangen könne. Für eine solche Möglichkeit besteht jedoch keine gesetzliche Grundlage, weshalb Rz. 75 des Rundschreibens ersatzlos zu streichen ist.

Wir bitten Sie aus all diesen Gründen um Berücksichtigung unserer Anliegen und Anträge. Zur Besprechung von Detailfragen stehen die Unterzeichnenden jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen


Dr. Markus Hess
Sekretär SRO-Kommission


MLaw Lea Ruckstuhl
Leiterin Fachstelle SRO/SLV

Einschreiben / Vorab per mail

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern



FINMA		
ORG	01. SEP. 2016	SB
E1		
Bemerkung:		FLY

Zürich, 31. August 2016

Stellungnahme der SRO-SVV zum Entwurf des neuen Rundschreibens 2017/xx „Direktübermittlung“

Sehr geehrte Frau Nussbaumer

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Direktübermittlung“, welche wir hiermit fristgerecht gerne wahrnehmen.

1. Generelle Bemerkungen

- 1 Die SRO-SVV begrüsst es, dass die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) die rechtlichen Rahmenbedingungen für die direkte Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen an ausländische Behörden und Stellen durch Beaufichtigte im neuen Rundschreiben „Direktübermittlung“ klären und damit eine einheitliche Anwendung von Art. 42c FINMAG gewährleisten will.
- 2 Aufgrund der Tatsache, dass im Rundschreiben explizit festgehalten wird, die Erfüllung der im anwendbaren Recht festgelegten Voraussetzungen liege in der Verantwortung der Beaufichtigten, wird diesen das Risiko, das mit der Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen vor dem Hintergrund des Straftatbestands von Art. 271 StGB zusammenhängt, nicht abgenommen. Die Beaufichtigten haben mithin wie bisher das Risiko einer Verurteilung wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat allein zu tragen. Es ist deshalb fraglich, ob die mit dem Rundschreiben verfolgten Ziele, nämlich die Konkretisierung der Voraussetzungen, unter welchen die Beaufichtigten nicht öffentliche Informationen an ausländische Behörden und Stellen übermitteln dürfen, erreicht werden. Gerade weil Art. 42c FINMAG unterschiedlichen Auslegungen zugänglich ist, besteht für die Beaufichtigten bzw. deren Organe oder Vertreter nicht nur eine Rechtsunsicherheit, sondern infolge von Art. 271 StGB und Art. 102 StGB ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko. Insofern sollten zwingend weitere Präzisierungen direkt in das Rundschreiben aufgenommen werden.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Randziffern

- 3 **Ad Kapitel III. Allgemeines:** Es ist in geeigneter Form klarzustellen, dass Art. 42c FINMAG nur eine Berechtigung zur Direktübermittlung begründet, aber keine Verpflichtung. An der Zuständigkeit für den Austausch nicht öffentlicher Informationen mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden hat sich mit Art. 42c FINMAG grundsätzlich nichts geändert. Nicht öffentliche Informationen sind nach wie vor in der Regel über den Amtshilfeweg auszutauschen. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes, dass eine direkte Übermittlung durch Beaufichtigte nach Art. 42c FINMAG mithin nur möglich ist, wenn die FINMA den Amtshilfeweg nicht vorbehält, ist es erstaunlich, dass die FINMA im Erläuterungsbericht zum Rundschreiben festhält, sie werde von der Möglichkeit des Amtshilfevorbehalts zurückhaltend und vor allem dann Gebrauch machen, wo es aus der Aufsichtsperspektive erforderlich und sachgerecht erscheine (Erläuterungsbericht, S. 7). Eine solche Zurückhaltung kann aus der Schaffung von Art. 42c FINMAG nicht hergeleitet werden. Insofern ist die Präzisierung im Rundschreiben selber, dass Art. 42c FINMAG nur ein Recht aber keine Pflicht zur Direktübermittlung begründet, zwingend aufzunehmen.
- 4 **Ad Kapitel III. Allgemeines sowie Rz. 31 und 71:** Es ist in geeigneter Form im Rundschreiben explizit festzuhalten, dass die Strafbarkeit gemäss Art. 271 StGB (verbotene Handlungen für einen fremden Staat) entfällt, wenn die Beaufichtigten Art. 42c FINMAG entsprechend der Auslegung der FINMA im Rundschreiben „Direktübermittlung“ anwenden. Es darf nicht angehen, dass die Beaufichtigten letztlich ein Strafbarkeitsrisiko tragen, weil die Gesetzesbestimmung unklar ist und diese nur ungenügend im Rundschreiben der FINMA präzisiert wird.
- 5 Zudem sollte die Möglichkeit geschaffen werden, dass die FINMA auf expliziten Wunsch eines Beaufichtigten das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 42c FINMAG prüft. So kann bei Bedarf die notwendige Rechtssicherheit im Einzelfall geschaffen werden.
- 6 Formulierungsvorschlag zu Rz. 71: „Die FINMA prüft bei Eingang einer Meldung gemäss Art. 42c FINMAG auf Ersuchen der Beaufichtigten ebenfalls, ob die Voraussetzungen einer Übermittlung gemäss Art. 42c FINMAG erfüllt sind.“
- 7 **Ad Rz. 23-26:** Die Formulierung in Rz. 23 des Rundschreibens ist dahingehend anzupassen, dass das Treffen weiterer Abklärungen und Vorkehrungen nicht verpflichtend ist.
- 8 Formulierungsvorschlag zu Rz. 23: „Ziehen die Beaufichtigten eine direkte Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen in Betracht, treffen sie namentlich dann weitere Abklärungen und Vorkehrungen, wenn [...]“
- 9 Rz. 26 des Rundschreibens ist zudem sehr allgemein formuliert und es wäre wünschenswert, dass die FINMA beispielhaft ausführt, welcher Art und wie fundiert die Hinweise sein müssen, dass die ersuchende Finanzmarktaufsichtsbehörde oder die ersuchende Stelle die Informationen im konkreten Fall nicht vertraulich behandeln.
- 10 **Ad Rz. 33 und Rz. 35:** Im Erläuterungsbericht werden als ausländische Behörden auch die Finanzmarktaufsichtsbehörden genannt, sofern eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG

SRO-SVV OAR-ASA

nicht möglich ist, weil eine Übermittlung nicht zum Zweck der Finanzmarktaufsicht erfolgen soll (S. 11, Fn. 5 des Erläuterungsberichts). Diese Klarstellung sollte der Vollständigkeit halber auch in Rz. 35 des Rundschreibens aufgenommen werden.

- 11 **Ad Rz. 41:** Es wird begrüsst, dass in Rz. 41 des Rundschreibens explizit festgehalten wird, dass eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig ist, wenn die zu übermittelnden Informationen umfassender sind, als was nach dem anwendbaren ausländischen Recht für die unmittelbare Abwicklung der Transaktion notwendig ist. Rz. 41 des Rundschreibens sollte allerdings dahingehend ergänzt werden, dass neben der Abwicklung auch die Genehmigung der Transaktionen ausdrücklich genannt wird.
- 12 Formulierungsvorschlag zu Rz 41: „*Sind die zu übermittelnden Informationen umfassender als was nach dem anwendbaren ausländischen Recht für die unmittelbare Abwicklung oder Genehmigung der Transaktionen notwendig ist, ist eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig. [...]*“
- 13 **Ad Rz. 75:** Die FINMA führt in Rz. 75 des Rundschreibens aus, dass sie statt eines Vorbehalts des Amtshilfewegs auch eine vorgängige Meldung der geplanten Informationsübermittlungen analog Art. 42c Abs. 3 FINMAG verlangen könne. Für eine solche Möglichkeit besteht jedoch keine gesetzliche Grundlage, weshalb Rz. 75 des Rundschreibens ersatzlos zu streichen ist.

Wir bitten Sie aus all diesen Gründen um Berücksichtigung unserer Anliegen und Anträge. Zur Besprechung von Detailfragen stehen die Unterzeichnenden jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SRO-SVV



Dr. Peter Friedrich
Vizepräsident des Vorstandes



Thomas Jost
Leiter der Geschäftsstelle

SRO TREUHAND SUISSE, Monbijoustr. 20, PF 7956, 3001 Bern

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau
Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern

SRO-TREUHAND|SUISSE
Monbijoustrasse 20
Postfach 7956
CH-3001 Bern

Tel. +41 31 380 64 80
Fax + 41 31 380 64 31
sro@treuhandsuisse.ch
www.sro-treuhandsuisse.ch
CHE-114.114.805 MWST

Bern, 31. August 2016 SK/PL

Vernehmlassung zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx Direktübermittlung

Sehr geehrte Frau Nussbaumer

Wir nehmen Bezug auf die Publikation der Anhörung zum geplanten Rundschreiben 2017/xx "Direktübermittlung" und nehmen namens und im Auftrag der SRO TREUHAND|SUISSE als eine der geplanten Adressatinnen des Rundschreibens gerne die Gelegenheit wahr, ein paar Punkte aus Sicht einer betroffenen SRO anzubringen:

Vorab ist festzuhalten, dass die SRO TREUHAND|SUISSE die Intention des Rundschreibens begrüsst, den Adressaten des Rundschreibens eine gewisse Guidance in einem Bereich zu geben, der von diesen fast nicht zu handhaben ist.

1. Enge Auslegung aus staatsrechtlicher Sicht

Die Revision der Bestimmungen über die Amtshilfe, die durch das FinfraG induziert wurde, ist in dieser Allgemeinheit bedenklich. Dies gilt es, obwohl das Gesetz in Kraft ist, zu bedenken. Ganz generell sind wir deshalb der Ansicht, dass sämtliche Bestimmungen, die eine Ermächtigung des Finanzintermediärs zu einer Direktübermittlung von Daten an ausländische Behörden und erst recht an "andere Stellen", führen, **eng** auszulegen sind. Das gilt für alle Daten, unabhängig davon, ob Kunden, Dritte oder Mitarbeiter betroffen sind. Daran ändert nichts, dass die Art. 42-42c FINMAG formell eine (gültige) Ausnahme zu Art. 271 StGB sind. Materiell ist aus Sicht der SRO TREUHAND|SUISSE mit diesen Bestimmungen eine Regelung getroffen worden, die in dieser Allgemeinheit nicht für alle Konstellationen passend ist.

Es ist für eine SRO – wie auch generell für die Beaufsichtigten – schwierig zu erkennen, ob eine ausländische Behörde und erst recht eine ausländische Stelle über die notwendigen Kompetenzen bezüglich Finanzmarktaufsicht verfügt, um die verlangten Informationen zu beantragen. Noch schwieriger ist die Beurteilung der Frage, ob die anfragende Behörde tatsächlich aufsichtsrechtlich relevante Informationen verlangt oder ob es de facto eine nicht erlaubte Anfrage in Umgehung der Bestimmungen zur Rechtshilfe in Strafsachen darstellt. Die Ausführungen der FINMA im Erläuterungsbericht bleiben letztlich vage, was angesichts der Schwierigkeiten zur notabene umstrittenen und in einer komplizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts austarierenden Abgrenzung (erlaubte) Amtshilfe versus (verkappte, verpönte) Rechtshilfe in Strafsachen selbst im Bereich der Amtshilfe der FINMA für die Privaten, die die entsprechenden Ressourcen und Fachkenntnisse nicht haben, eine Zumutung und damit faktisch unmöglich ist. Daran wird auch die angekündigte im Anhörungsentwurf noch nicht enthaltene Liste über "akzeptierte" ausländische Aufsichtsbehörden und Stellen nichts ändern.

Eine enge Auslegung rechtfertigt sich weiter, da keine Einschränkung erfolgt, wonach eine Berichterstattung nur an eine Behörde oder Stelle in einem Land erfolgen kann, das nach den anerkannten Standards rechtstaatliche Prinzipien einhält. Solche Vorbehalte existieren sonst im Amtshilferecht, gerade auch im Finanzmarktrecht und speziell in der Geldwäschereibekämpfung, ausgerechnet hier nicht, wo eine Ausnahme zu Art. 271 StGB geschaffen wird. Hier will man einem

Marktteilnehmer die Abklärungspflicht überlassen, ob irgendein Amt oder irgendeine Stelle im Land x Auskunft erhalten darf. Es hat nicht einmal den Vorbehalt der Staaten, die auf einer Sanktions- oder Embargoliste stehen oder sonstwie über mangelhafte Staatsstrukturen verfügen (failing states). Das kann wohl nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, Abklärungen dieser Tragweite unbesehen auf Private zu übertragen.

Die SRO TREUHAND|SUISSE beantragt deshalb eine Formulierung im Rundschreiben, die einerseits klarstellt, dass die Gesetzesbestimmungen auch im an sich vorgesehenen Bereich (EU-Marktaufsichtsbehörden) eng auszulegen sind und im Zweifel eine Anfrage zur Direktübermittlung verweigert werden darf.

Die SRO TREUHAND|SUISSE fordert deshalb, dass die FINMA nicht nur wie geplant eine Liste der anerkannten Staaten, mit denen sich Amtshilfe etabliert hat, beifügt, sondern auch eine Negativliste führt oder auf Anfrage den Betroffenen zur Verfügung stellt, welchen Ländern bzw. welchen Behörden oder Stellen in solchen Ländern auf keinen Fall Auskunft zu erteilen ist. Es kann ja nicht sein, dass Private eine extensivere Pflicht zur Auskunfterteilung haben, als die FINMA im Rahmen eines Amtshilfepflichtverfahrens, welche bekanntlich in solchen Fällen die Weiterleitung von Informationen verweigern kann. Sollte das so sein, wird jede ausländische Aufsichtsbehörde den Amtshilfeweg unterlaufen und direkt auf die betroffenen Privaten greifen. Damit ist man rechtsstaatlich fast gleich weit, wie wenn Daten gezielt gekauft werden.

2. Enge Auslegung aufgrund der ratio legis des FinfraG

Eine enge Auslegung rechtfertigt auch der Umstand, dass die neuen Bestimmungen offensichtlich im Zusammenhang mit den den Meldepflichten unter dem FinfraG und damit im Zusammenhang mit dem europäischen Recht (MiFID II und MiFIR) stehen und richtigerweise in das FinfraG gehört hätten. Das ergibt sich nicht nur aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmungen, sondern klar auch aus den exemplarisch aufgestellten Listen der Informationen, die nur nach vorgängiger Information der FINMA weitergeleitet werden dürfen (Rz. 47-57) und denjenigen Informationen, die ohne vorgängige Information übermittelt werden dürfen (Rz. 59-65). Alle diese Tatbestände betreffen nur

- Informationen aus dem Bereich der prudentiellen Aufsicht
- Solvenzvorschriften von Banken und anderen Finanzintermediären
- Tatbestände der Marktaufsicht gemäss FinfraG

Damit schießt das Gesetz und das geplante Rundschreiben im Bereich der Finanzintermediäre und der SROs, die ausschliesslich einer GwG-Aufsicht unterstehen über das Ziel hinaus bzw. kann für diese gar nicht anwendbar sein. Die übrigen Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG unterliegen keiner prudentiellen Aufsicht, weshalb Informationen, wie sie in den Rz. 47-65 namentlich genannt werden, von den DUFIs noch von den einer SRO angeschlossenen Finanzintermediären eingeholt werden können. Das GwG, das für die Kategorie der übrigen Finanzintermediäre eine auf die Geldwäschereibekämpfung eingeschränkte Aufsicht statuiert, geht als *lex specialis* dem FINMAG vor. Daran ändert auch Art. 3 FINMAG nichts (siehe auch Ausführungen unter 4.).

Aus Sicht der SRO TREUHAND|SUISSE sollte deshalb bereits beim Geltungsbereich nicht pauschal auf Art. 3 FINMAG verwiesen werden, sondern nur auf diejenigen Finanzintermediäre, die einer prudentiellen Aufsicht unterliegen. Die übrigen Finanzintermediären unterliegen keiner prudentiellen Aufsicht, unabhängig davon, ob sie als DUFIs der FINMA unterstellt oder einer SRO angeschlossen sind. Es kann ja wohl nicht die Absicht des Gesetzgebers, sein, dass ausländische Aufsichtsbehörden oder Stellen mehr Informationen direkt von Schweizer Finanzintermediären erhalten können als die eigene Aufsichtsbehörde bzw. die SRO's. Auch diesbezüglich ist wohl von einem gesetzgeberischen Versehen auszugehen.

3. Expliziter Vorbehalt der Rechtshilfe in Strafsachen

Die SRO TREUHAND|SUISSE stellt mit einiger Besorgnis fest, dass der Vorbehalt zugunsten der Rechtshilfe in Strafsachen im Gesetz fehlt – was wohl ein gesetzgeberischer Fehler war –, dass aber auch die FINMA diesen Vorbehalt lediglich in einer Fussnote (FN 5) im Erläuterungsbericht festhält. Für

Rechtshilfe in Strafsachen existiert ein etabliertes, aber kompliziertes Verfahren gestützt auf das IRSG oder verschiedene Staatsverträge, die indessen ihrerseits Vorbehalte kennen, falls im anfragenden Land die Verfahrensgarantien ungenügend sind.

Aus Sicht der SRO TREUHAND|SUISSE wäre es wichtig, dass dieser Vorbehalt nicht nur im Erläuterungsbericht, sondern auch im Rundschreiben selbst festgehalten wird. Es kann einem Privaten (Finanzintermediär oder SRO) nicht zugemutet werden, abzuklären, ob

- eine verkappte Anfrage für Rechtshilfe in Strafsachen vorliegt
- einer konkrete Anfrage nach den Grundsätzen der Rechtshilfe in Strafsachen aufgrund der rechtsstaatlichen Situation im ersuchenden Staat auch Folge geleistet würde. Der Vorbehalt in den Art. 2 und 3 IRSG ist auch durch die Behörden nicht leicht zu klären; Private sind indessen nicht in der Lage, diese Abklärungen vorzunehmen.

4. Übrige Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG gehören nicht zum Adressatenkreis

Wie bereits unter 2. erwähnt, ist der Hintergrund der Gesetzesänderungen und in der Folge auch des Rundschreibens letztlich die in MiFID II bzw. MiFIR vorgesehene Meldungen von Transaktionen über Handelsplattformen in ein europäisches Transaktionsregister, das es notabene zur Zeit noch nicht gibt – und auch noch nicht klar ist, wie ein solches dereinst aussehen soll. Mit dem FinfraG hat die Schweiz diese Bestimmungen nicht nur einfach übernommen, sondern auch vor Inkrafttreten der MiFID II, die unter anderem gerade wegen der Schwierigkeiten bei Umsetzung dieser Meldungen in ein Transaktionsregister erst auf den 3. Januar 2018 in Kraft treten wird, vorweggenommen. Das Ziel des FinfraG ist es, den Schweizer Börsen, Banken, Effektenhändlern, Clearingstellen und Zahlungssystemen etc. (weiterhin) den Marktzutritt in Europa zu ermöglichen. Die vorgesehene Direktübermittlung von Informationen ist denn auch die Konsequenz. Aber dessen ungeachtet geht die Schweiz weiter, indem Daten potentiell an Behörden aller Länder, nicht nur an Behörden und Stellen in der EU weitergeleitet werden sollen. Dass diese Erweiterung an potentiell alle Länder problematisch ist, wurde bereits unter 1. ausgeführt.

Hier ist noch einmal auf den Adressatenkreis zurückzukommen: Mit der letztlich unnötigen Einfügung dieser Bestimmungen ins FINMAG statt ins FinfraG und einem pauschalen Verweis auf die Beaufsichtigten gemäss Art. 3 FINMAG wird den unterschiedlichen Kategorien von Beaufsichtigten nicht genügend Rechnung getragen und so letztlich Art. 7 Abs. 2 FINMAG (same business, same risk, same rule) verletzt. Die "übrigen" Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG können, da nicht prudentiell beaufsichtigt, keine Tätigkeit ausführen, die unter das BankG, BEHG, PFG, FinfraG oder VAG fällt! Sonst wären sie keine übrigen Finanzintermediäre mehr, sondern "normal" Beaufsichtigte. Entsprechend verfügen weder die FINMA noch die SRO's über Daten, die in den Bereich der prudentiellen Aufsicht fallen, weshalb diesbezüglich eine Amtshilfe und in der Folge auch eine Direktübermittlung entfallen müssen. Kommt hinzu, dass die meisten der übrigen Finanzintermediäre auch keine Niederlassungen im Ausland haben, so dass die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen über die konsolidierte Aufsicht für sie auch nicht anwendbar sind.

Trotz der Verankerung im FINMAG ist deshalb bei der Auslegung unseres Erachtens darauf Wert zu legen, dass der börsenrechtliche Hintergrund nicht vergessen wird. Das ist im Rundschreiben zwar an einzelnen Stellen erfolgt, wenn es um die potentiellen Daten, die übermittelt werden sollen, nicht aber konsequent bezüglich des "Geltungsbereichs".

Die SRO TREUHAND|SUISSE ist der Ansicht, dass **alle übrigen Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG generell von der Datenübermittlung an ausländische Stellen ausgenommen werden müssen**, unabhängig davon, ob sie einer SRO angeschlossen sind oder als DUFI von der FINMA beaufsichtigt werden. Massgebend ist nicht Art. 3 FINMAG, der von "Beaufsichtigten" spricht, sondern die Trennung in prudentielle und rein GwG-mässige Aufsicht, die im GwG vorgenommen wird und vorgeht. Sind aber die übrigen Finanzintermediäre ausgenommen, müssen es auch die SROs sein, da diese nicht etwas übermitteln können, was die angeschlossenen Finanzintermediäre verweigern dürfen.

Dass die FINMA diese Ansicht letztlich teilt, zeigt das in Rz. 5 genannte Beispiel des Vermögensverwalters, der einer SRO angeschlossen ist und der keine Auskunft zu erteilen hat. Unseres Erachtens ist aber die Begründung in Rz. 5 zu eng: Massgebend ist nicht, dass der Vermögensverwalter einer SRO angeschlossen ist. Massgebend ist, dass der Vermögensverwalter als ein Beispiel für die

grosse und heterogene Gruppe der übrigen Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG keiner prudentiellen Aufsicht unterliegen und das Wahlrecht haben, ob sie einer SRO angeschlossen oder direkt der FINMA unterstellt sein wollen, wobei auch die FINMA-Unterstellung auf die Geldwäschereiaufsicht beschränkt bleibt.

Neben den oben erwähnten konzeptionellen Gründen sprechen auch die nachfolgenden Punkte, die für die Geldwäschereiaufsicht typisch sind, gegen eine Unterstellung unter diese Bestimmungen:

- In der Geldwäschereibekämpfung existiert der etablierte Mechanismus der Meldepflicht an die MROS und/oder direkt an die Strafuntersuchungsbehörden bei einem begründeten bzw. einfachen Verdacht auf Geldwäscherei, Terrorismusbekämpfung oder qualifiziertem Steuervergehen (Art. 9 GwG und Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB). Die MROS ihrerseits ist aufgrund der Bestimmungen im GwG ermächtigt, die erhaltenen Informationen an andere Financial Intelligence Units (FIUs) im Ausland weiterzuleiten (Amtshilfe). Dafür wurde das GwG 2013 im Rahmen der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012 extra angepasst (Art. 30-32 GwG).
- Eine Datenübermittlung direkt durch Finanzintermediäre an ausländische FIUs ist im GwG nicht vorgesehen und kann nun nicht durch die Hintertür mit diesen Bestimmungen im FINMAG unterlaufen werden. Auch diesbezüglich gilt, dass die Amtshilfe gemäss GwG dem FINMAG als Spezialregelung vorgeht. Der Gesetzgeber hat bewusst die MROS geschaffen und keine pauschale Meldepflicht an die FINMA vorgesehen. Er hat auch nicht so kurz nach der erfolgten Gesetzesänderung im GwG wieder eine Änderung vornehmen wollen.
- Für eine Übermittlung von anderen nicht öffentlichen Daten an ausländische Aufsichtsbehörden neben den Meldungen an die MROS besteht kein Raum. Im Gegenteil, mit diesen Informationen könnte der Mechanismus der Meldepflicht und des Melderechts und damit auch das Erfordernis des begründeten oder auch des einfachen Verdachts auf Geldwäscherei – und die Bestimmungen über Rechtshilfe in Strafsachen – unterlaufen werden. Auf die betroffenen DUFIs und die SROs kämen bei der Anwendung nicht aufeinander abgestimmter Gesetzesbestimmungen erhebliche zusätzliche Schwierigkeiten zu, die wohl vom Gesetzgeber gar nicht bedacht worden waren. Ferner könnten die Verfahrensgarantien, die die Meldepflicht und das eventuell darauf folgende Strafverfahren geniessen, unterlaufen werden.
- Wie bereits mehrfach erwähnt unterstehen alle "übrigen" Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG lediglich der Geldwäschereiaufsicht, nicht jedoch einer prudentiellen Aufsicht. Entsprechend besteht auch keine Möglichkeit einer ausländischen Aufsichtsbehörde über Themen, die über die Meldepflichten hinaus Gegenstand einer prudentiellen Aufsicht sein könnten, in der Schweiz auf diesem Weg Auskunft zu erhalten. Das würde bedeuten, dass eine ausländische Aufsichtsbehörde mehr Informationen erhalten würde, als es die FINMA im Rahmen der Aufsicht über DUFIs oder SRO's aufgrund der Bestimmungen im GwG erhalten kann. Auch der SRO wäre es verwehrt, Informationen, die Gegenstand einer prudentiellen Aufsicht wären, weiterzuleiten – abgesehen davon, dass sie sie gar nicht hat.

5. Fazit

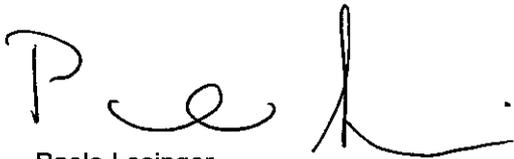
Aus dem Gesagten ergibt sich, dass generell die "übrigen" Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG und in der Folge auch die SROs von der Übermittlung von Daten an ausländische Aufsichtsbehörden oder Stellen befreit sein müssen. Die SRO TREUHAND|SUISSE beantragt deshalb in Rz. 5 des Rundschreibens folgende Ergänzung:

"Art. 42c FINMAG ist auf die übrigen Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG und die SROs nicht anwendbar."

Entsprechend sind die Kreuzchen auf der Titelseite in der Rubrik "GwG" für alle drei Kategorien zu löschen.

Wir hoffen, Ihnen mit diesem Schreiben einige Inputs zu geben. Sollten Sie weitere Fragen haben, stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Paolo Losinger
Geschäftsführer



Sabine Kilgus
Präsidentin



FINMA		
ORG	07. SEP. 2016	SB
ei		
Bemerkung:		CHN

EINSCHREIBEN

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Swiss Re AG
Mythenquai 50/60
P.O. Box
8022 Zurich
Switzerland
Phone +41 43 285 2121
Fax +41 43 285 2999
www.swissre.com

September 1, 2016

Stellungnahme zur Anhörung des FINMA Rundschreibens 2017/xx Direktübermittlung

Sehr geehrte Frau Nussbaumer

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, unsere Kommentare zu dem FINMA Rundschreiben 2017/xx Direktübermittlung einbringen zu können. Unsere Eingabe gliedert sich in allgemeine Bemerkungen und Änderungsanträge zu den einzelnen Randziffern im Rundschreiben.

Allgemeine Bemerkungen

Als international tätige Versicherungsgruppe ist die Swiss Re auf einen funktionierenden Informationsaustausch mit ausländischen Aufsichtsbehörden angewiesen. Die Swiss Re begrüsst daher grundsätzlich die im Anhang zum Finanzmarktinfrastukturgesetz eingeführten Neuerungen der gesetzlichen Grundlagen für die Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen.

Seit dem 1. Januar 2016 sind die Beaufsichtigten von der Einholung einer Bewilligung durch das Eidgenössische Finanzdepartement nach Art. 271 StGB befreit, sofern die direkte Informationsübermittlung die Voraussetzung von Art. 42c FINMAG erfüllt. Wenngleich Art. 42c FINMAG neu die Grundlage für eine gesetzlich erlaubte Handlung schafft, führt sie zu neuen Abgrenzungsfragen und Rechtsrisiken im Zusammenhang mit Art. 271 StGB. Die Konkretisierung von Art. 42c FINMAG und insbesondere dessen Auslegung im Rundschreiben "2017/xx Direktübermittlung" ("Rundschreiben") ist deshalb von wesentlicher Bedeutung. Nur durch eine eindeutige, kohärente und praxisnahe Regelung kann sichergestellt werden, dass der durch Art. 42c FINMAG angestrebte Zweck sowie die notwendige Rechtssicherheit hinsichtlich der Abgrenzung zu Art. 271 StGB für die Beaufsichtigten geschaffen wird, andernfalls bleibt das Rundschreiben ein toter Buchstabe. Wir sind der Auffassung, dass das Rundschreiben in einigen Aspekten nicht zielführend ist und eine Übermittlung von Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden entgegen dem Willen des Gesetzgebers erschwert, sowie gewichtige Rechtsunsicherheiten bestehen lässt. So fällt auf, dass Aufsichtsinformationen,

welche die FINMA als Gruppenaufseherin in der Vergangenheit nicht über die Amtshilfe zu übermitteln gewillt war, neu von der Direktübermittlung ausgenommen sein sollen. Fehlt die Bereitschaft der FINMA, solche Informationen ausländischen Aufsichtsbehörden inskünftig über den Amtshilfeweg zu übermitteln, kann es dazu führen, dass lokale Behörden Gruppeninformationen verstärkt lokal nachfragen und die Rolle der FINMA als Gruppenaufseherin infrage stellen.

Für international tätige Finanzinstitute besteht das Bedürfnis, ausserhalb der ordentlichen Aufsicht, mit ausländischen Aufsichtsbehörden zusammenzuarbeiten und Informationen auszutauschen. Dazu gehören auch Aufsichtsgespräche oder Höflichkeitsbesuche, welche keine eigentlichen Prüfungshandlungen im Sinne einer eigentlichen Vor-Ort-Kontrolle nach Art. 43 FINMAG darstellen. Die vorgeschlagene Regelung, wonach die Bestimmung zur Vor-Ort-Kontrolle (Art. 43 FINMAG) auf die Informationsübermittlung mit ausländischen Aufsichtsbehörden innerhalb der Schweiz Anwendung finden soll, schränkt unseres Erachtens den Handlungsspielraum unnötig ein, da jegliche Interaktion mit ausländischen Behörden in der Schweiz als Prüfungshandlung qualifizieren müsste. Sie hinterlässt zudem Unklarheit, was mit Bezug auf Aufsichtsgespräche oder Höflichkeitsbesuche in Zukunft gelten soll. Für die beaufsichtigten Finanzinstitute ist es äusserst wichtig, dass die FINMA auch in diesem Bereich ihre Praxis explizit definiert.

Änderungsanträge zu den einzelnen Randziffern im Rundschreiben:

Rz 4 Anmerkung bzw. Ergänzungsantrag

Neuer dritter Satz: *"Davon ausgenommen sind reine Aufsichtsgespräche mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden in der Schweiz, anlässlich welchen keine nicht öffentlich zugänglichen Informationen an die ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden übermittelt werden und die den ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden keine direkten Prüfungen bei den Beaufsichtigten erlauben. Diese reinen Aufsichtsgespräche dürfen die Beaufsichtigten vornehmen, ohne dass es hierfür einer Bewilligung der FINMA oder des EFD bedarf. Die FINMA ist über solche reinen Aufsichtsgespräche vorgängig zu informieren."*

Begründung

Die Abgrenzung zwischen dem reinen Aufsichtsgespräch und der Prüfungshandlung/Vor-Ort-Kontrolle ist unklar; es kann u.E. nicht sein, dass neu jede Interaktion auf Schweizer Boden eine Vor-Ort-Kontrolle darstellt.

Ausserdem ist der EFD-Standpunkt wohl, dass eine Bewilligung nach Art. 271 StGB mit den revidierten gesetzlichen Grundlagen im FINMAG nicht mehr zur Verfügung steht. Eine diesbezügliche Klärung ist von grosser Wichtigkeit, da ansonsten Unklarheit herrscht, ob solche Gespräche als Prüfungshandlung/Vor-Ort-Kontrolle qualifizieren, eine Art. 271 StGB Bewilligung des EFD benötigen oder gar nicht mehr zulässig sind.

Rz 10 Änderungs-/Ergänzungsantrag:

...Die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde sollte mittels Nachweis durch Text bestätigen verpflichtet werden, die Beaufsichtigte vor einer allfälligen Weiterleitung vorab zu informieren.

Begründung:

Präzisierung.

Rz 13 Änderungsantrag:

Streichung der Randziffer 13.

Begründung:

Da Rz 10 die gleiche Aussage trifft, besteht unseres Erachtens kein Bedarf für Rz 13.

Rz 18 i.v.m. 19 und 20 Änderungsantrag:

....Dazu muss sichergestellt sein *abgeklärt werden*, dass...

Begründung:

Die Beaufsichtigte kann von sich aus nicht sicherstellen, dass die genannten Sachverhalte in Rz 19 und 20 auch zutreffen. Dies wäre nur im Sinn einer schriftlichen Bestätigung der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde denkbar.

Rz 18-29 Änderungsantrag:

Vereinfachung des gesamten Abschnitts.

Begründung:

Die Ausführungen im Rundschreiben erachten wir als zu kompliziert. Unabhängig davon ob die konkrete Behörde oder Stelle auf der Liste der FINMA erscheint, muss die Beaufsichtigte sicherstellen bzw. von der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde verlangen, dass diese schriftlich bestätigt, dass der Verwendungszweck der Information einzig dem Vollzug des Finanzmarktrechts dient und die Behörde an ein Amts- bzw. Berufsgeheimnis gebunden ist, und dass sie eine allfällige Weiterleitung an eine andere Behörde zum gleichen Zweck der Beaufsichtigten vorab bekannt gibt. Hat die Beaufsichtigte Zweifel daran, dass die Finanzaufsichtsbehörde oder die Behörde an welche die Informationen weitergeleitet wird, diese Bestätigungen erfüllt, leitet die Beaufsichtigte die Informationen nicht weiter und informiert die FINMA entsprechend.

Rz 21 Änderungsantrag:

Streichung

Begründung:

Wenn die FINMA Amtshilfe geleistet hat sollten die Beaufsichtigten bereits sicher sein können, dass Spezialität und Vertraulichkeit erfüllt sind.

Rz 22 Änderungsantrag:

Steht die Behörde oder Stelle auf dieser Liste, ~~dürfen Beaufsichtigte vermuten, dass sie~~ sind die Voraussetzungen der Vertraulichkeit und Spezialität erfüllt.

Begründung:

Im Lichte der Rechtssicherheit und Art. 271 StGB ist es zentral, dass Beaufsichtigte darauf vertrauen können, dass Übermittlungen an Behörden oder Stellen, die auf der Liste aufgeführt sind, uneingeschränkt erlaubt sind. Dies umso mehr, da die FINMA bereits in der Vergangenheit Amtshilfe geleistet hat oder gerichtlich festgestellt wurde, dass die Behörden oder Stellen die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit grundsätzlich erfüllen (vgl. Rz 21). Die durch die FINMA vorgeschlagene Vermutung führt aber gerade nicht zu dieser gewünschten und seitens der FINMA angestrebten Rechtssicherheit, denn es besteht weiterhin die Gefahr einer anderen Beurteilung. Dies wird in praktischer Hinsicht dazu führen, dass Beaufsichtigte von einer Übermittlung absehen werden.

RZ 27 Änderungsantrag:

Vertraulichkeit und Spezialität können beispielsweise durch eine ~~Zusicherung~~ *Bestätigung in Textform* der empfangenden Behörde oder Stelle sichergestellt werden,...

Begründung:

Zusicherung wird in diesem Zusammenhang als unklarer Begriff erachtet, insb. versteht im internationalen Verhältnis nicht jeder dasselbe unter dem Begriff Zusicherung und sollte daher durch schriftliche Bestätigung ersetzt werden.

Rz 32 ff. Anmerkung/ Änderungsantrag:

Es ist unklar, was genau mit "Informationen, welche wegen und im Zusammenhang mit der Ausführung von Transaktionen von Kunden und Beaufsichtigten geliefert werden müssen" gemeint ist; Das Rundschreiben sollte klarer definieren, welche Transaktionen unter Abs. 2 fallen sollen.

Rz 33 Änderungsantrag:

Es sollte hier explizit gesagt werden, dass eine Übermittlung nach Art. 42c Abs. 2 nur zulässig ist, wenn die Übermittlung nach Abs. 1 nicht möglich ist, weil:

- die Information nicht an Behörden im Sinne von Abs. 1 gehen; oder
- die zu übermittelnden Informationen nicht zum Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet werden sollen; **und**
- die zu übermittelnden Informationen zur Genehmigung/Abwicklung einer Transaktion unmittelbar erforderlich sind.

Begründung:

Die Formulierung ist nicht verständlich und sollte im Sinne des Erläuterungsberichts S. 11 konkretisiert werden.

Rz 39 Anmerkung/ Änderungsantrag:

Unseres Erachtens ist der Umfang der Bestimmung unklar. Geht es um Finanzmarkttransaktionen, wie Derivate, Securities Lending und Repos, die zwischen dem Beaufsichtigten und Kunden (z.B. bei Banken und Effekthändlern) bzw. Gegenparteien (externe sowie Konzernunternehmen) abgeschlossen werden. Das Rundschreiben sollte diesbezüglich Klarheit schaffen.

Rz 40 Ergänzungsantrag:

Die Übermittlung dieser Informationen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG muss für die Abwicklung, *Reporting* oder Genehmigung der Transaktion....

Begründung:

Abhängig vom Anwendungsbereich von Abs. 2 müsste sich das Wording noch auf das Reporting von Transaktionen beziehen.

Rz 43 ff. Anmerkung bzw. Ergänzungsantrag:

Es sollte im Rundschreiben explizit verankert werden, dass die Pflicht der vorgängigen Meldung von der Beurteilung der Situation durch den Beaufsichtigten im Zeitpunkt der Übermittlung abhängt.

Rz 43-66 Anmerkung:

Da nahezu jedes Dokument unter eine der Randziffern subsumiert werden kann, ist eine Übermittlung ohne vorgängige Meldung an die FINMA fast nicht möglich. Die Aufzählung der Beispiele sollte konkretisiert werden. Es könnte z.B. eine von der FINMA zu veröffentlichende "White-List" von Standard-Reports /-Meldungen in Betracht gezogen werden.

Rz 45 Änderungsantrag:

Streichung.

Begründung:

Diese Bestimmung ist unklar und kann sehr weit ausgelegt werden. Gerade die Relevanz im ausländischen Kontext dürfte für einen einzelnen Beaufsichtigten extrem schwierig zu beurteilen sein.

Rz 47 Änderungsantrag:

Streichung

Begründung:

Bestimmung macht unseres Erachtens so keinen Sinn und widerspricht der Systematik des Rundschreibens. Andernfalls sollten die Beaufsichtigten von einer konkludenten Billigung der FINMA ausgehen dürfen, soweit die FINMA im Rahmen ihrer Vollzugsverantwortung nicht innert angemessener Zeit reagiert.

Rz 48 Änderungsantrag:

Präzisierung oder Streichung.

Begründung:

Die Formulierung ist sehr weit gehalten.

Rz 49 und 50 Änderungsantrag:

Umformulierung zu "*Informationen über Gesetzesverstösse von Beaufsichtigten bzw. Sanktionen gegen die Beaufsichtigten*".

Begründung:

Das aktuelle Wording ist unseres Erachtens zu breit. Grundsätzlich kann eine Information an die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde einen Gesetzesverstoss beinhalten bzw. zu einer Sanktion führen, ohne dass dies die Beaufsichtigte zur Zeit der Übertragung weiss.

Rz 51 Änderungsantrag:

...relevante Aufsichts- und Enforcementakten aus dem Aufsichtsverhältnis mit der FINMA und mit deren ~~Beauftragten~~ *aufsichtsrechtlichen Prüfungsgesellschaften*, wie z.B.....

Begründung:

Bitte eine einheitliche Terminologie verwenden; vgl. dazu z.B. Rz 53

Rz 52 Änderungsantrag:

Informationen zu Bilanz und Erfolgsrechnung ~~oder Risiko~~, die nicht unmittelbar die Geschäftsaktivität jener Einheit....

Begründung:

Rz. 52 sollte nur die Finanzzahlen erfassen. Die Risikoanalyse ist in Rz. 53 enthalten.

Rz 58-66 Ergänzungsantrag

Die Aufzählung sollte um abgeschlossene rechtliche Verfahren ergänzt werden.

Begründung:

Schaffung von Rechtssicherheit.

Rz 59 Änderungsantrag/Umformulierung:

Beispiele für Informationen, deren Übermittlung keiner vorgängigen Meldung an die FINMA bedarf, sind insbesondere:

"Informationen zu Bilanz und Erfolgsrechnung, oder Risiko der lokalen Einheit, z.B. für eine Tochtergesellschaft zuhanden der für diese Einheit zuständigen lokalen Finanzmarktaufsichtsbehörde oder Stelle".

Begründung:

Vereinfachung.

Rz 60 Ergänzungsantrag:

Dieser Punkt sollte um SST ergänzt werden.

Begründung:

Es sollten hier nicht nur periodisch wiederkehrende international anerkannte Kennzahlenberichte aus dem Bankenbereich aufgezählt werden.

Rz 62 Ergänzungsantrag:

Ergänzung um Beispiele wie das Organisationsreglement.

Begründung:

Präzisierung.

Rz 67 Änderungsantrag:

Letzten Satz ergänzen um *"In dringenden Fällen, in welchen die Frist von 5 Arbeitstagen nicht eingehalten werden kann, hat die Beaufsichtigte sofort mit FINMA Kontakt aufzunehmen."*

FINMA sollte sich hier auch ihrerseits verpflichten, dass die Beaufsichtigte in 5 Arbeitstagen eine Antwort erhalten wird;

Begründung:

Übernahme des Texts im Erläuterungsbericht in das Rundschreiben.

Rz 68 Anmerkung:

Diese Rz. sieht eine Verpflichtung vor, bei dringenden Fällen eine Einschätzung der möglichen Folgen und Risiken der geplanten Informationsübermittlung bzw. einer Nichtübermittlung zukommen zu lassen. Es stellt sich grundsätzlich die Frage, inwieweit eine derartige Einschätzung bei dringlichen Fällen überhaupt erstellt werden kann, da die Anfrage kurzfristig erfolgt und wohl nicht in allen Fällen Zeit bleibt eine derartige Einschätzung vorzunehmen.

Rz 70 und 72 Ergänzungsantrag:

"Direkte Übermittlungen von Information gestützt auf Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMA sind zulässig, soweit die FINMA nicht den Amtshilfeweg vorbehält. Einen entsprechenden Vorbehalt dürfen Beaufsichtigte der Behörde oder Stelle mitteilen."

oder

"Direkte Übermittlungen von Information gestützt auf Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMA sind zulässig, soweit die FINMA nicht den Amtshilfeweg vorbehält. Einen entsprechenden Vorbehalt teilt die FINMA der Behörde oder Stelle umgehend mit."

Begründung:

Es scheint wichtig eine Regelung zu treffen, wonach es den Beaufsichtigten erlaubt sein soll, den Vorbehalt des Amtshilfeweges mitzuteilen, um der ausländischen Behörde oder Stelle den Grund für eine Weigerung einer Übermittlung geben zu können. Eine Alternative wäre, dass die FINMA die entsprechende Behörde oder Stelle umgehend hierüber informiert.

Rz 71 Änderungsantrag:

Die FINMA prüft bei Eingang einer Meldung gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG nicht, ob die Voraussetzungen einer Übermittlung *im Hinblick auf die Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten* gemäss Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG, erfüllt sind.

Begründung:

Die Beaufsichtigte soll nur für die Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten selbst verantwortlich sein; die übrigen Voraussetzungen sollten von FINMA geprüft werden.

Wir danken Ihnen für Ihre aufmerksame Prüfung unserer Anträge. Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Swiss Re AG



Patrick Raaflaub
Group Chief Risk Officer



Andreas Csendes
Group Regulatory Risk Management

Per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
z.H. Frau Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern

1. September 2016

Anhörungsantwort zum Entwurf des Rundschreiben 2017/xx Direktübermittlung

Sehr geehrte Frau Nussbaumer

Wir beziehen uns auf die Anhörung der FINMA betreffend das neue "Rundschreiben 2017/xx Direktübermittlung" und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Für die Beaufsichtigten handelt es sich bei Art.42c um eine zentrale Bestimmung, um im internationalen Geschäft wettbewerbsfähig zu sein. Wir begrüssen es daher ausdrücklich, dass die FINMA mit einem Rundschreiben Rechtssicherheit zu Art. 42c schafft. Wir unterstützen entsprechend die Stossrichtung des Vorschlags, sehen aber noch einige Punkte mit weiterem Klärungsbedarf und möchten insbesondere folgendes festhalten:

- *Erleichterung des direkten Informationsaustauschs mit ausländischen Behörden:* Art. 42c soll den direkten Informationsaustausch mit ausländischen Behörden mit Blick auf Art. 271 StGB erleichtern. Sachverhalte, welche von Art. 271 StGB nicht erfasst sind, sollten auch nicht Gegenstand von Art. 42c bilden und entsprechend keine neue Meldepflicht auslösen.
- *Weite Interpretation von Art. 42c:* Die Zwecksetzung von Art. 42c erfordert eine weite Auslegung von Art. 42c. Insbesondere Absatz 2 weitet den Anwendungsbereich erheblich aus und erfasst auch die direkte Informationsübermittlung an andere Stellen als Finanzmarktaufsichtsbehörden. Art. 42 Absatz 2 ist in diesen Fällen nicht anwendbar. Schliesslich bezieht sich Art. 42c Absatz 2 unseres Erachtens generell auf Informationen in Bezug auf die Geschäftsbeziehung mit Kunden und nicht bloss auf einzelne Transaktionen.
- *Feststellung der Voraussetzungen von Art. 42c:* Ist für eine direkte Informationsübermittlung die vorgängige Meldung an die FINMA notwendig, sollte diese unseres Erachtens dem Beaufsichtigten mitteilen, ob die Voraussetzungen nach Art. 42c erfüllt sind. Behält sich die FINMA ausnahmsweise den Amtshilfeweg vor, sollte sie die Informationsübermittlung umgehend vornehmen, d.h. ohne ein formelles Amtshilfesuch der ausländischen Behörde vorzusetzen.

Im Anhang finden Sie unsere detaillierten Bemerkungen und Anpassungsvorschläge. Wir haben unserer Eingabe zudem eine Liste mit Sachverhalten beigefügt, welche Fälle direkter Informationsübermittlung auflistet, in welchen unseres Erachtens eine Meldepflicht entfallen sollte, entweder aufgrund von Art. 42c FINMAG oder weil gar kein Tatbestand nach Art. 271 StGB vorliegt. Eine derartige "Unbedenklichkeitsliste" im Anhang des Rundschreibens könnte für die Beaufsichtigten weitere Rechtssicherheit schaffen, auch wenn die Liste notgedrungen unvollständig und nicht abschliessender Natur wäre.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

UBS AG



Dr. Thomas Bischof
Head Legislative & Regulatory
Initiatives



Jürg Schär
Legislative & Regulatory Initiatives

Beilagen erwähnt

Rundschreiben 2017 /xx Direktübermittlung

Direkte Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen an ausländische Behörden und Stellen durch Beaufichtigte.

A. Allgemeine Bemerkungen

Der heutige Geschäftsverkehr von Banken und Effekthändlern hat sehr oft direkt oder indirekt einen Auslandsbezug (Kunden, Gegenparteien, Custodians I Sub-Custodians, Payment- und Settlementssysteme, Zentralverwahrer und Clearingorganisationen), teils selbst bei reinen Inlandtransaktionen. Solche Auslandsbezüge sind praktisch standardmässig mit Informations- und Meldepflichten unterschiedlichster Art verbunden. Aus schweizerischer Sicht waren solche Pflichten nach Art. 271 StGB in vielen Fällen problematisch, schwierig abzugrenzen und ergaben häufig unauflösbare Justizkonflikte für die Betroffenen. Das Einholen einer Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB war aufwendig und entsprach nicht dem Verständnis ausländischer Behörden nach sofortiger und direkter Datenlieferung.

Diese Situation wurde sowohl seitens der Industrie als auch der Verwaltung als unbefriedigend und angesichts der Realität des Geschäftsalltags als nicht mehr zeitgemäss erachtet. Da mit der Umsetzung der G-20 Verpflichtungen in Bezug auf OTC-Derivatehandel international neue, umfangreiche Informations- und Meldepflichten geschaffen wurden, wurde im Zusammenhang mit dem FINFRAG mit Art. 42c FINMAG eine neue Regelung eingeführt. Diese wurde in der Vernehmlassung allgemein begrüsst, aber als noch ungenügend beurteilt. Daher wurden auch noch während dem Gesetzgebungsprozess weitere Vorschläge eingebracht, welche vom Parlament aufgenommen wurden.

Art. 42c FINMAG bezweckt, den praktischen Anwendungsbereich von Art. 271 im Anwendungsbereich des FINMAG einzuschränken und Rechtsicherheit für die Beaufichtigten zu schaffen, wobei der FINMA anstelle der früheren Bewilligungsbehörde eine zusätzliche Aufgabe zugewiesen wurde.

Vor diesem Hintergrund ist der Erlass eines Rundschreibens zur Direktübermittlung durch die FINMA sehr zu begrüssen, weil damit zusätzliche Rechtsicherheit geschaffen und die praktische Umsetzung im Geschäftsalltag erleichtert wird.

Dabei sollten unseres Erachtens folgende grundsätzlichen Überlegungen beachtet werden:

- Art. 42c FINMAG ist ein Erlaubnistatbestand gegenüber Art. 271 StGB, im Anwendungsbereich von Art. 42c sind die Beaufichtigten von strafrechtlicher Verfolgung befreit und können die Übermittlung von nichtöffentlichen Informationen und Daten direkt vornehmen und Meldepflichten direkt erfüllen.
- Art. 42c FINMAG findet nur Anwendung, soweit ein Fall von Art. 271 StGB vorliegt. Die Fälle, die schon nach bisheriger Praxis als ausserhalb dessen Anwendungsbereichs betrachtet wurden, werden durch Art. 42c FINMAG nicht zusätzlich erfasst und können damit auch keine Meldepflicht gegenüber FINMA auslösen.
- In sachlicher Hinsicht erfasst Art. 42c Tatbestände, welche unter Art. 271 StGB fallen und im Wesentlichen den Bereich der Finanzmarktangelegenheiten gemäss Art. 1 FINMAG sowie Geschäfte von Beaufichtigten mit Kunden betreffen.
- Art. 42c Absätze 1 und 2 regeln unterschiedliche Tatbestände; Absatz 2 weitet den Anwendungsbereich ins verschiedener Hinsicht aus, als er auch die Informationsübermittlung an andere Stellen als ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden erlaubt und die Voraussetzungen für die Datenlieferung erleichtert (keine Anwendung von Art. 42 Absatz 2). Absatz 2 ist alternativ anwendbar und nicht subsidiär zu Absatz 1.
- Die direkte Übermittlung durch den Beaufichtigten sollte die Regel, ein Vorbehalt der FINMA die Ausnahme darstellen.
- Mit dem Rundschreiben kann zusätzliche Klarheit geschaffen werden, wenn Fallkategorien geschaffen würden. Wenn alsdann einer der Tatbestände unter Art. 271 fällt, aber aufgrund der Fallliste keine Meldepflicht auslöst, ist die direkte Informationsübermittlung ins Ausland unter dem Gesichtspunkt von Art. 271 StGB unbedenklich.

- Erfolgt in kritischen Fällen eine vorgängige Meldung an die FINMA, muss die FINMA prüfen, ob der Tatbestand im Anwendungsbereich von Art. 42c liegt (insbesondere Art. 1 FINMAG). Sie muss dem Beaufsichtigten mitteilen, ob die direkte Übermittlung noch im Rahmen von Art. 42c erfolgen kann und wenn ja, ob sie diese auf dem Amtshilfeweg übermitteln will oder die Informationsübermittlung durch den Beauftragten direkt erfolgen kann.
- Behält die FINMA die Übermittlung auf dem Amtshilfeweg vor, unternimmt sie diese Informationsübermittlung direkt ohne formelles Amtshilfegesuch. Es würde von der zuständigen ausländischen Behörde nicht verstanden, wenn die FINMA den Beaufsichtigten anweisen würde, mit der ausländischen Behörde zuerst Kontakt aufzunehmen und diese zur Stellung eines Amtshilfeersuchens aufzufordern.
- Ist der Tatbestand ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 42c, wird der Beaufsichtigte wie bisher bei der zuständigen Behörde eine Bewilligung einholen müssen, um von einer Strafverfolgung unter Art. 271 StGB geschützt zu sein.
- Art. 42c Absatz 5 FINMAG ("Supervisory Privilege") ist nicht Gegenstand der Amtshilfe und wurde erst im Gesetzgebungsprozess mehr oder weniger zufällig unter Art. 42c eingefügt. Die Bestimmung betrifft das aufsichtsrechtliche Verhältnis, welches als Privileg ähnlich wie das Berufs- oder Amtsgeheimnis gegenüber Behörden, Gerichten und Privaten im In- und Ausland von der FINMA geltend gemacht werden kann. Es bildet daher zu Recht nicht Gegenstand dieser Vernehmlassungsvorlage.

Im Folgenden nehmen wir zu den einzelnen Vorschlägen im Detail wie folgt Stellung:

B. Einzelne Bemerkungen

Rz. 3

Begründung

Zweiter Satz: "Spontan" erscheint in diesem Zusammenhang klärungsbedürftig. Die von Art. 42c FINMAG erfasste Informationsübermittlung erfolgt grundsätzlich aufgrund einer lokalen gesetzlichen oder regulatorischen Pflicht, wobei die Informationen entweder auf Ersuchen ("pull-System") oder von der übermittelnden Partei ohne Ersuchen zu übermitteln sind ("push-System").

Art. 42c FINMAG bezweckt die Erleichterung der Übermittlung von nichtöffentlichen Informationen und Daten durch schweizerische Beaufsichtigte an ausländische Behörden und schliesst zu diesem Zweck die Anwendbarkeit von Art. 271 StGB in seinem Anwendungsbereich aus.

Es sind dabei nur solche Tatbestände erfasst, die überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB fallen können, nicht aber solche, in welchen die Informationsübermittlung oder Datenlieferung schon unter bisherigem Recht direkt an ausländische Stellen erfolgen konnte, weil sie keine Verletzung von Art. 271 StGB darstellten. So etwa Sachverhalte, die nicht Art. 271 unterliegen, weil sie keine hoheitlichen Charakter aufweisen (z.B. freiwilliger Austausch von Daten ohne Beeinträchtigung von Rechten Dritter), nicht direkt oder indirekt mit staatlichem Zwang oder einer Sanktion belegt sind oder nicht in erster Linie Informationen an eine hoheitlich handelnde Behörde, sondern eine andere Stelle betreffen (z.B. Mitteilung an Custodians). In solchen Fällen soll die direkte, formlose Übermittlung nicht neu erschwert werden. Das würde dem Gesetzeszweck widersprechen. Deshalb sollte im Rundschreiben klar gestellt werden, dass nur Informationsübermittlungen erfasst sind, die überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB fallen können und neu durch Art. 42c FINMAG erfasst sind.

Weil die Abgrenzung insbesondere im Fall von Absatz 2 im Einzelfall problematisch sein kann, bringt das Rundschreiben hiermit auch für diese Fragen Rechtsicherheit. Randziffer 3 sollte jedoch entsprechend eingeschränkt werden.

Anpassungsvorschlag

Art. 42c FINMAG bezieht sich auf **sämtliche** Übermittlungen nicht öffentlich zugänglicher Übermittlungen gestützt auf Art. 42c FINMAG können **spontan oder** auf **oder ohne** Gesuch der ausländischen Behörde oder Stelle hin erfolgen. **Übermittlungen, die die Voraussetzungen von Art. 271 StGB nicht erfüllen, sind von Art. 42c FINMAG und somit von diesem Rundschreiben nicht erfasst.**

Rz. 4

Begründung

Im internationalen Konzernverhältnis müssen Informationen zwischen Konzerngesellschaften und ausländischen Zweigniederlassungen oftmals auch grenzüberschreitend ausgetauscht werden. Ebenso ist es möglich, dass sich bestimmte nichtöffentliche Informationen im Ausland befinden, weil bestimmte Funktionen im Konzern global auch von Stellen im Ausland ausgeübt werden und diese Stelle alsdann auch über nichtöffentliche Informationen des Mutterhauses verfügen muss. Diese Informationen befinden sich damit aus Gründen der Geschäftstätigkeit oder zufolge der spezifischen Konzernorganisation im Ausland. In solchen Fällen liegt unseres Erachtens kein Tatbestand von Art. 271 StGB vor. Art. 42c FINMAG ist in solchen Konstellationen somit ebenfalls nicht anwendbar. Ein Konflikt mit Art. 271 StGB könnte lediglich dann unter dem Titel des "Vorschubleitens" nach Art. 271 Ziff. 1 StGB entstehen, wenn die Informationen im Hinblick auf eine Weiterleitung an eine ausländische Behörde zur ausländischen Konzerngesellschaft verschoben werden. Davon unabhängig kann der Tatbestand der Weiterleitung im Hinblick auf eine Datenlieferung an eine ausländische Behörde nun aber durch Art. 42c FINMA abgedeckt werden.

Anpassungsvorschlag

Art. 42c FINMAG kommt nur dann zur Anwendung, wenn eine Übermittlung aus der Schweiz ins Ausland, also grenzüberschreitend, erfolgt. Ebenfalls abgedeckt sind Fälle, in welchen Informationen im Hinblick auf eine Weiterleitung an eine ausländische Behörde an einen Dritten im Ausland übertragen werden (z.B. über ausländische Niederlassungen des Beaufsichtigten).

Rz. 8 und 9

Begründung

Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 42c Absatz 1 FINMAG definiert sich im Wesentlichen durch Art. 1 Absatz 1 FINMAG. Damit sind Direktübermittlungen in den Aufsichtsgebieten möglich, welche in den in Artikel 1 genannten Rechtsgebieten aufgezählt werden. Diese sollten dabei zweckgerichtet weit ausgelegt werden. Dies beinhaltet neben bank- und börsenrechtlichen Tatbeständen auch z.B. solche der Geldwäschereigesetzgebung. Hier sollte das Rundschreiben den Anwendungsbereich mit einem Verweis auf Art. 1 Absatz 1 FINMAG klären. Sodann sollte die Geldwäscherei auch in Rz. 9 explizit genannt werden.

Derselbe Verweis sollte auch in Rz. 9 vorgenommen werden.

Anpassungsvorschlag Rz. 8

... im Finanzmarkt zukommen. Art. 1 Abs. 1 FINMAG definiert die Sachbereiche, in welchen eine Direktübermittlung nach Abs. 1 möglich ist.

Anpassungsvorschlag Rz. 9

"Aufsicht" umfasst in sachlicher Hinsicht die Durchsetzung der Finanzmarktgesetze nach Art. 1 Abs. 1 FINMAG, so insbesondere... , die geldwäschereirechtlichen Meldepflichten, ...

Rz. 12

Begründung

Die Anforderung, dass die Stelle durch ein ausländisches Gesetz legitimiert sein soll, kann zu eng ausgelegt werden. Es sollte genügen, wenn das ausländische Recht eine solche Delegation zulässt (z.B. Delegation im Rahmen einer staatlich anerkannten Selbstregulierung, wie das auch im schweizerischen Recht vorkommt). Die Formulierung sollte daher offener erfolgen und sich auf das anwendbare Recht insgesamt beziehen.

Anpassungsvorschlag

im Sinne von Rz. 7 sind, aber aufgrund ausländischen Gesetze Rechts oder einer Delegation ...

Rz. 13

Begründung

Grundsätzlich geht es hier nur um Stellen des Steuer- und Strafrechts, weitere Stellen werden sowohl im Rundschreiben als auch im Erläuterungsbericht nicht erwähnt. Insofern erübrigt sich die "beispielhafte" Aufzählung. Das Wort "beispielsweise" kann demnach unseres Erachtens gestrichen werden.

Anpassungsvorschlag

„Stellen, welche ausschliesslich Aufgaben im Bereich des Steuer- oder Strafrechts wahrnehmen, gehören **beispielsweise** nicht zu den Stellen, an die gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG Informationen übermittelt werden dürfen.

Rz. 14

Begründung

Der Begriff des "Kunden" ist gemäss Erläuterungsbericht (S. 9, Absatz 1) extensiv auszulegen, was im Text mit dem Wort "sämtliche", statt "diejenigen" besser zum Ausdruck gebracht werden sollte. Wir möchten aber darauf hinweisen, dass es nicht nur um eigentliche Kunden geht, sondern auch Gegenparteien, auch wenn diese in anderem aufsichtsrechtlichen Zusammenhang nicht als "Kunden" betrachtet werden (vgl. auch Bemerkungen Rz. 15). Zudem müssen auch Transaktionen und Geschäfte erfasst werden, in welchen der Beauftragte in eigenem Namen und Interesse handelt (z.B. Treasuryaktivitäten), ebenso wie jene Fälle, in welchen er in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kunden handelt. Auch diese Geschäftsbeziehungen sind von Art. 42c FINMAG erfasst.

Anpassungsvorschlag

„Kunden“ sind **diejenigen sämtliche** natürlichen und juristischen Personen, deren Schutz das FINMAG und die Finanzmarktgesetze bezwecken, nämlich Gläubiger, Anleger, **Gegenparteien** sowie Versicherte (vgl. Art. 5 FINMAG).

Rz. 16

Begründung

Die Übermittlung dieser Information könnte eine Verletzung des Datenschutzgesetzes bedeuten. Auch im Fall von Rz. 16 müssen unter Umständen die Rechte dieser Personen gemäss DSGVO gewahrt werden. Diese Frage sollte im RS adressiert werden.

Anpassungsvorschlag

... als Gewährsträger beziehen. **Datenschutzrechtliche Anforderungen bleiben auch in diesem Fall vorbehalten.**

Rz. 17

Begründung

Gemäss Rz. 17 ist jede Informationsübermittlung relevant, auch wenn sie über Dritte erfolgt. Unseres Erachtens gilt es hier zu differenzieren: Sofern die Weiterleitung an einen Dritten ausdrücklich mit dem Zweck der Übermittlung an die ausländische Behörde erfolgt, ist Art. 42c FINMAG anwendbar. Soweit die Übermittlung der Information an einen Dritten keinen erkennbaren Zusammenhang mit einer behördlichen Anfrage oder einer Meldepflicht hat, sondern zwecks Abwicklung von Transaktionen, aufgrund von eigenen AML/KYC Prozessen des Dritten oder aus kommerziellen Überlegungen erfolgt, liegt sie ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 271 StGB und damit auch ausserhalb des Anwendungsberichts von Art. 42c FINMAG.

Daran ändert nichts, wenn aufgrund der Informationsübermittlung eine ausländische Behörde grundsätzlich ebenfalls Zugriff auf diese Informationen haben kann.

Anpassungsvorschlag

... davon ob sie direkt oder über Dritte **mit dem Zweck zur Weiterleitung an die Behörde geschieht.**

Rz. 18 und 27

Begründung

Das Rundschreiben verlangt, dass der Finanzintermediär "sicherstellt", dass die entsprechenden Voraussetzungen des Art. 42 Absatz 2 FINMAG erfüllt sind. Unseres Erachtens kann es aber nur darum gehen, dass der Finanzintermediär die ausländische Behörde auf diese Pflichten aufmerksam macht. Faktisch sicherstellen kann er es nicht. Ebenso wenig kann er mit Sicherheit garantieren, dass das Spezialitätsprinzip und die Geheimhaltung gewahrt bleiben. Auch im formellen Amtshilfeverfahren ist die Schweizer Behörde darauf angewiesen, dass die ausländische Behörde die Regeln einhält, sie kann es aber nicht sicherstellen.

"Sicherstellen" in diesem Sinne würde unseres Erachtens auch über die heutige behördliche Amtshilfepraxis hinausgehen. In jedem Fall sollte aber der Beaufichtigte nicht schlechter gestellt sein, als wenn der Informationsfluss von Anfang an über die formelle Amtshilfe geht. So sollte die direkte Übermittlung nur dann ausgeschlossen sein, wenn die FINMA auch im formellen Verfahren die Amtshilfe verweigern würde. Das dürfte nur in den wenigsten Fällen vorkommen, solange es sich um eine ausländische Behörde handelt, die nach ihrem ausländischem Recht für bestimmte Bereiche im Finanzmarktrecht Aufsichtsfunktionen ausüben, darf man auch davon ausgehen, dass eine Amtshilfe kaum je verweigert würde (insbesondere, aber nicht nur, wenn die entsprechenden Behörden auch Mitglied von internationalen Organisationen sind, wie IOSCO, Basel Committee, FATF, usw.).

Anpassungsvorschlag zu Rz. 18

Dazu muss der Beaufichtigte die ausländische Behörde oder Stelle darauf aufmerksam machen sichergestellt sein, dass

Rz. 20

Begründung

Der Wortlaut in Ziff. 20 ist auf jenen von Art. 42c Absatz 1 FINMAG anzupassen.

Anpassungsvorschlag

Die FINMA veröffentlicht eine Liste mit Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren mit der Aufsicht betrauten ausländischen Stellen, an welche sie in ...

Rz. 23 - 29

Begründung

Wir sind der Auffassung, dass es nicht dem Beaufichtigten obliegen kann, die Amtshilfefähigkeit einer ausländischen Finanzmarktbehörde zu beurteilen, d.h. insbesondere ob diese die Bedingungen nach Art. 42 Absatz 2 FINMAG einhält. Dies wird durch die FINMA im Rahmen ihrer Praxis zur Amtshilfe geprüft, welche in Anwendung des Amtsgeheimnisses erfolgt. Die Beaufichtigten kennen die Beurteilungskriterien und diese Praxis im Einzelnen (soweit nicht durch FINMA publiziert) nicht und müssen diese auch nicht kennen, sondern müssen auf die Beurteilung durch die FINMA abstellen können.

Das Vorstehende trifft umso mehr zu, wenn sich eine ausländische Behörde auf der Liste der FINMA befindet. Der Beaufichtigte muss dann auf die Beurteilung der Amtshilfefähigkeit durch die FINMA vollumfänglich abstellen können. Sonst würde von ihm verlangt, an der Beurteilung der FINMA zu zweifeln. Wenn die FINMA selbst zum Schluss kommt, dass in Bezug auf die Amtshilfefähigkeit einer Behörde i.S. Art. 42c Absatz 1 Zweifel bestehen, wird sie diese von der Liste nehmen. Solange dies nicht der Fall ist, muss der Beaufichtigte auf die ursprüngliche Beurteilung der Amtshilfefähigkeit der entsprechenden ausländischen Behörde durch FINMA vertrauen können.

Dies trifft aber auch zu, wenn sich eine Behörde nicht auf der Liste befindet. Die Beaufichtigten sind nicht in der Lage, eine solche Beurteilung vorzunehmen. Solange es sich um eine ausländische Behörde handelt, die nach ihrem ausländischen Recht für bestimmte Bereiche im Finanzmarktrecht Aufsichtsfunktionen ausübt, muss ein Beaufichtigter davon ausgehen können, dass diese grundsätzlich auch amtshilfefähig ist. Eine Ausnahme wird man nur dann machen, wenn sich das entsprechende Land bzw. die entsprechenden Behörden auf einer Sanktionsliste der UNO oder einer ande-

ren supranationalen Organisation befindet, welche auch von der Schweiz anerkannt wird. Folglich muss es genügen, wenn der Beaufichtigte den Adressaten auf die Vertraulichkeit und das Spezialitätsprinzip hinweist. Es darf hier kein strengerer Massstab gelten als üblicherweise in der Amtshilfe.

Die Pflicht, die ausländische Behörde oder Stelle schriftlich auf die Vertraulichkeit, Konnex zum Vollzug des Finanzmarktrechts und Verbot der Weiterleitung hinzuweisen, kann aber nicht umfassend und in jedem Einzelfall anwendbar sein. So wäre eine entsprechende Pflicht bei einem fortlaufenden Transaktionsreporting an ein Transaktionsregister praktisch unmöglich. Je nach den Umständen muss mangels Praktikabilität auf den Hinweis verzichtet werden können. In solchen Fällen muss ein einmaliger, generischer Hinweis genügen.

Anpassungsvorschlag zu Rz.23

Die Beaufichtigten weisen den Adressaten der Informationsübermittlung darauf hin, dass das Spezialitätsprinzip und die Geheimhaltung der Informationen einzuhalten ist, wenn er nicht auf der Liste gemäss Rz. 21 steht. Bei wiederkehrenden Informationsübermittlungen erfolgt dies einmalig vor der ersten Meldung. ~~haben namentlich dann weitere Abklärungen und Vorkehrungen zu treffen, wenn~~

Anpassungsvorschlag zu Rz.24 – 29

Streichen

Rz. 30

Begründung

Die Rechte der Betroffenen können gewahrt bleiben, indem diese beispielsweise auf die Geheimnispflicht verzichten oder dadurch, dass die Beaufichtigte die massgeblichen Passagen in den Dokumenten schwärzt, anonymisiert oder unkenntlich macht. Der Verzicht soll in genereller Weise oder fallspezifisch erfolgen können. Diese Massnahmen zur Wahrung der Rechte Dritter sollten beispielhaft explizit im Rundschreiben erwähnt sein, damit klar ist, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Daten Dritter an ausländische Behörden oder Stellen übermittelt werden dürfen.

Anpassungsvorschlag

... Arbeitsverhältnis zu wahren. Der Kunde bzw. der Dritte kann auf die Geheimnispflicht generell oder im Einzelfall verzichten. Der Beaufichtigte kann ferner die Passagen, die Rückschlüsse auf deren Identität zulassen, schwärzen bzw. anonymisieren.

Rz. 32

Begründung

Rz.32 schränkt unseres Erachtens den Anwendungsbereich von Art. 42c Absatz 2 FINMAG zu stark ein. Damit würde die Zwecksetzung dieser Bestimmung nicht vollumfänglich anerkannt.

Vom Zweck her stellt Absatz 2 eine Erweiterung gegenüber Absatz 1 dar. Insbesondere dadurch, dass auch Informationen an Nicht-Finanzmarktaufsichtsbehörden geliefert werden dürfen und ferner, dass dabei die Voraussetzungen der Amtshilfe nach Art. 42 Absatz 2 keine Anwendung finden. Der Gesetzgeber war sich offensichtlich der Problematik bewusst, dass der grenzüberschreitende Verkehr immer häufiger mit Informationspflichten gegenüber ausländischen Stellen verbunden ist, diese zum Geschäftsalltag geworden sind und auch Informationspflichten gegenüber anderen Stellen als Finanzmarktaufsichtsbehörden vorkommen können. Die Erfüllung solcher Informationspflichten sollte erleichtert werden. Eine Einengung gegenüber Absatz 1 wäre auch sachlogisch wenig verständlich.

Entsprechend bezieht sich auch der Gesetzeswortlaut nicht auf "Transaktionen", sondern spricht ganz allgemein von "Informationen im *Zusammenhang* mit *Geschäften* von Kunden". Geschäft mit den Kunden ist dabei grundsätzlich alles, was sich aus dem Verhältnis der Kundenbeziehung ergibt. Falls der Gesetzgeber die Bestimmung einzig auf Transaktionsdaten hätte beschränken wollen, hätte er hier von "Informationen im *Zusammenhang mit Transaktionen*" gesprochen, was aber gerade nicht der Fall ist. Absatz 2 bezieht sich somit generell auf Informationen, die das Geschäft oder Geschäfte mit den Kunden betreffen. Neben transaktionsbezogenen Informations-, Datenlieferungs- und Meldepflichten gibt es auch solche, welche die Kundenbeziehung als solche betreffen. So ist dies zum Beispiel im Verkehr mit Custodians oder Subcustodians häufig der Fall. In solchen Fällen

werden nicht die Hintergründe einzelner Transaktionen verlangt, sondern konkrete Angaben zur Kundenbeziehung oder die Meldung von Wertschriftenbeständen und zwar schon bei Erwerb der entsprechenden, die Meldepflicht auslösenden Wertschriften. Daneben kommen eigentlich Pflichten zur Meldung von Beständen, bestimmten Vorkommnissen im Kundenverhältnis (z.B. Einhaltung von Geldwäschereibestimmungen) vor. Absatz 2 gilt ferner nicht nur für finanzmarktaufsichtsrechtliche Sachverhalte, sondern auch etwa gesellschaftsrechtliche Sachverhalte, soweit solche in den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB fallen.

Aus teleologischer Sicht kann es ferner nicht darauf ankommen, dass Absatz 2 nur von Geschäften mit Kunden spricht, sondern muss gleichermaßen auch für Informationen im Zusammenhang mit Eigengeschäften des Beaufsichtigten (z.B. Geschäfte im Zusammenhang mit Treasuryaktivitäten) gelten sowie Geschäften des Beaufsichtigten in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kunden.

Alle diese Fälle sollten unseres Erachtens deshalb auch abgedeckt sein, was im Rundschreiben aus ausdrücklich erwähnt werden sollte.

Es wäre im Übrigen nicht nachzuvollziehen, weshalb solche Informationen (im Vergleich zu Transaktionsangaben) besser geschützt werden sollten. Der Schutz des Geheimnisherrn, d.h. des Kunden, ist in beiden Fällen der gleiche (und entfällt bei Eigengeschäften). Auch souveränitätsrechtlich (Interessen der Schweiz) und in Bezug auf die Zuständigkeit der FINMA lässt sich eine unterschiedliche Behandlung der beiden Informationsarten nicht rechtfertigen.

Zusammenfassend gilt nach unserer Auffassung die direkte Übermittlung nach Art. 42c Absatz 2 FINMAG somit auch für solche Sachverhalte, die keine spezifische Transaktion zum Gegenstand haben, sondern generell das Kunden- oder Eigengeschäft betreffen.

Anpassungsvorschlag

Der Zweck der Regelung von Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist, dass Beaufsichtigte Informationen, welche ~~wegen und im~~ Zusammenhang mit ~~der Ausführung von Transaktionen von einer~~ Kundenbeziehung ~~oder im Zusammenhang von Geschäften die der Beaufsichtigte für sich selbst tätigt und Beaufsichtigten~~ geliefert werden müssen, selbst direkt ins Ausland übermitteln können.

Rz. 33

Begründung

Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 42c FINMAG ergibt sich, dass Absatz 2 einen anderen Sachverhalt regelt als Absatz 1. Die beiden Bestimmungen sind komplementär und ergänzen sich gegenseitig. Absatz 2 ist folglich nicht als subsidiär zu betrachten.

Absatz 1 behandelt ausschliesslich finanzmarktrechtliche Informations- und Meldepflichten. Demgegenüber ist Absatz 2 weiter. Nach Absatz 2 sind auch Informations- und Datenlieferungspflichten ausserhalb des Finanzmarktrechts erfasst, so beispielsweise *gesellschaftsrechtliche* Tatbestände sowie Informations- und Datenlieferungen an *andere* Behörden als Finanzmarktaufsichtsbehörden.

Ob ein Sachverhalt unter Absatz 1 oder Absatz 2 fällt ist, auch aus anderen Gründen relevant. So müssen nach Art. 42c Absatz 2 die Voraussetzungen nach Art. 42 Absatz 2 FINMAG für die Informationsübermittlung nicht erfüllt sein. Entsprechend findet das Vertraulichkeits- bzw. Spezialitätsprinzip in diesen Fallkonstellationen keine Anwendung. Absatz 2 weitet damit das Spektrum der möglichen Informationslieferungen ganz wesentlich aus, was vom Gesetzgeber durchaus beabsichtigt wurde.

Da Absatz 2 allgemein von "ausländischen Behörden" spricht, können kundenbezogenen Informationen durch Beaufsichtigte gestützt auf Absatz 2 auch an Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute Stellen übermittelt werden, die auch in Absatz 1 aufgeführt werden. Insofern hat der Beaufsichtigte in Bezug auf solche Daten ein gewisses Wahlrecht bzw. in Bezug auf Kundendaten sind Absätze 1 und 2 alternativ anwendbar. Das wurde vom Gesetzgeber als unschädlich betrachtet, denn die Interessen dritter Geheimnisherrn, d.h. der Kunden, sind unter Absatz 2 genau gleich zu wahren wie unter Fällen nach Absatz 1.

Daten, welche rein das Aufsichtsverhältnis betreffen, können dagegen nur unter Absatz 1 an Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute Stellen übermittelt werden.

Anpassungsvorschlag

Art. 42c Abs. 2 FINMAG stellt gegenüber Art. 42c Abs. 1 FINMAG eine Erweiterung dar, ~~ist aber auch subsidiär zu diesem~~ die es erlaubt, eine Übermittlung unbesehen von Absatz 1 vorzunehmen,

sofern die Informationen im Zusammenhang mit Geschäften des Beaufsichtigten und/oder Kunden stehen. Gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG darf eine Information nur dann übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind und zudem eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht möglich ist.

Rz. 35

Begründung

Die Einschränkungen gemäss Bemerkungen vorne Rz. 8 und 10 sowie zu Rz. 33 gelten auch hier.

Wie ausgeführt erfassen Absatz 1 und Absatz 2 unseres Erachtens unterschiedliche Fälle. Dabei kann es durchaus auch Überschneidungen im Anwendungsbereich geben. Wesentlich ist, dass die jeweiligen Bedingungen zur Übermittlung erfüllt sind. Wäre eine Übermittlung in einem bestimmten Fall nach Absatz 1 und Absatz 2 möglich, sind die Voraussetzungen von Absatz 2 und nicht die restriktiveren Bedingungen von Absatz 1 anwendbar. Schliesslich ergibt sich aus Absatz 2 keine Einschränkung in Bezug auf den Adressatenkreis, da generell von ausländischen Behörden gesprochen wird. Vor diesem Hintergrund kann auch nicht gesagt werden, dass die Übermittlung an Finanzmarktbehörden immer nach Absatz 1 erfolgen muss, was von FINMA in Rz. 35 anerkannt wird. Insbesondere, wenn es um Informationen zu spezifischen Geschäftsbeziehungen mit einem Kunden geht, ist Absatz 2 unseres Erachtens daher alternativ anwendbar und zwar unabhängig davon, ob der Adressat eine Finanzmarktbehörde ist oder nicht.

Anpassungsvorschlag

Nicht übermittelt werden darf gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG an ausländische Straf- oder Steuerbehörden (siehe aber Vorbehalt bezüglich Aufsichtsbehörden mit strafrechtlichen Kompetenzen in Rz. 8). Übermittlungen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder von diesen beauftragte Stellen fallen für gewöhnlich unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG.

Rz. 37

Begründung

Rz.37: Bei Absatz 1 ergibt sich diese Beschränkung wohl durch den Verweis auf Art. 42 Absatz 1 lit. a, wobei unklar ist, woraus sich diese Einschränkung bei Absatz 2 ergeben soll.

Anpassungsvorschlag

Rz.37: Streichen

Rz. 38

Begründung

Wir regen an, hier klarzustellen, dass zwischen "nicht öffentlich zugänglichen Informationen" i.S.v. Art. 42c Absatz 1 FINMAG und "nicht öffentlichen Informationen" i.S.v. Art. 42c Absatz 2 FINMAG kein inhaltlicher Unterschied besteht.

Anpassungsvorschlag

... verwiesen. Zwischen nicht öffentlich zugänglichen Informationen nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG und "nicht öffentlichen Informationen" nach Art. 42c Abs. 2 besteht sodann kein materieller Unterschied.

Rz. 39

Begründung

Wir verweisen auf die Begründung zu Rz.32. Aus denselben Gründen sollte diese Randziffer ebenfalls angepasst werden. Nicht nur transaktionsbezogene Informationen, sondern jegliche Informationen, die eine Geschäftsbeziehung mit einem Kunden oder Eigengeschäfte des Beaufsichtigten betreffen, sind von Art. 42c Absatz 2 FINMAG erfasst.

Anpassungsvorschlag

Bei den Informationen, die von Beaufsichtigten gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG übermittelt werden dürfen, handelt es sich ausschliesslich um solche, die im direkten Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen. Damit sind sowohl allgemeine Informationen zur Kundenbeziehung sowie Eigengeschäfte des Beaufsichtigten wie auch Informationen über Unter~~Geschäften sind zu~~ einzelnen Transaktionen erfasst, die die Beaufsichtigten im Rahmen ihrer bewilligten Geschäftstätigkeit üblicherweise für Kunden, für sich selbst oder innerhalb der Gruppe im Ausland tätigen, beispielsweise Effekientransaktionen.

Rz. 40 und 41

Begründung

Vgl. Begründung zu Rz.32. Zudem ist zu beachten, dass weder Absatz 1 noch Absatz 2 von Art. 42c nach Wortlaut und / oder Zwecksetzung voraussetzen, dass eine direkte Informationsübermittlung nur dann zulässig sein soll, wenn sie nach dem ausländischen Recht zwingend notwendig ist. Schon nach bisherigem Recht können Beaufsichtigten Informationen z.B. auch freiwillig an eine Stelle nach Absatz 2 liefern. Dies muss weiterhin zulässig sein. Da dies den Souveränitätsanspruch der Schweiz nicht betrifft, fallen diese Informationsübermittlungen weder unter Art. 271 StGB noch unter Art. 42c FINMAG und somit auch nicht unter das vorliegende Rundschreiben. Rz. 40 und 41 sollten deshalb unseres Erachtens gestrichen werden. Art. 42c FINMAG will den Informationsfluss erleichtern und nicht die bereits heute zulässigen Fälle von direkter Übermittlung beschränken.

Einer der wichtigsten Anwendungsfälle in der Praxis ist die Transaktionsmeldepflicht für OTC-Derivate, welche im Nachgang an die G-20 Ziele in verschiedenen Rechtsordnungen eingeführt wurde oder werden (vgl. FinfraG). Diese Verpflichtungen sind international anerkannt, auch von der Schweiz. Eine Verknüpfung mit der Abwicklung oder Genehmigung der Transaktion wäre hier unabhängig vom oben Gesagten nicht sachgerecht, auch weil die Gültigkeit solcher Transaktionen in der Regel nicht von der Meldung abhängt. Ebenso scheint es angezeigt, nicht nur auf ausländisches Recht, sondern zusätzlich auf Regularien und Bestimmungen von Handelsplätzen oder sonstigen Finanzmarktinfrastrukturen zu verweisen.

Rz.41 geht wiederum von der Subsidiarität von Absatz 2 aus, was unseres Erachtens nicht zutrifft. Sollten Informationen umfassender sein als nach ausländischem Recht vorgesehen, erfolgt die Übermittlung insoweit freiwillig, da nach ausländischem Recht keine Pflicht besteht. Wie dargelegt kommen Art. 271 StGB und Art. 42c mangels hoheitlichem Handeln gar nicht zur Anwendung.

Anpassungsvorschlag zu Rz. 40 und 41

Rz. 40 und 41: Streichen

Rz. 46 und Rz. 47:

Begründung

Rz. 46: Der Fallkatalog, den die FINMA im Rundschreiben aufführt, ist grundsätzlich hilfreich. Allerdings möchten wir auch hier präzisieren, dass bislang zulässige Übermittlungsformen nicht neu formalisiert werden sollen.

In grundsätzlicher Hinsicht ist zu beachten, dass weder Art. 271 noch Art. 42c in inhaltlicher Hinsicht in Bezug auf die zu übermittelnde Information Anforderungen oder Voraussetzungen festlegen. Die Pflicht, Vorkommnisse unverzüglich zu melden, "die für die Aufsicht von *wesentlicher Bedeutung* sind," ergibt sich wie in Rz. 44 ausgeführt aus Art. 29 Absatz 2 FINMAG und nicht Art. 42c.

Da sich die Meldepflicht in Bezug auf Vorkommnisse gestützt auf Art. 29 Absatz 2 ergibt, kann die Meldung im Fall von Art. 42c nicht über den Umfang der Pflicht nach Art. 29 Absatz 2 hinausgehen. Eine Meldung nach 42c an die FINMA bzw. in den Fällen nach Rz. 46 ff. kann es immer nur dann geben, wenn schon nach Art. 29 Absatz 2 eine Meldung erfolgen müsste. Bei einigen der in Rz. 46ff. aufgeführten Beispielen erscheint es uns aber, dass darüber hinaus gegangen wird, insbesondere wegen der Formulierung in Rz. 46 ("...in jedem Fall...").

Der Beaufsichtigte kann zwar – und wird es auch oft tun – auch in Fällen Meldung erstatten, die von FINMA zumindest nachträglich nicht als wesentlich im Sinne von Art. 29 Absatz 2 betrachtet werden. Eine Pflicht zur Meldung besteht in solchen Fällen nicht und kann auch nicht für Art. 42c gelten.

Unseres Erachtens sollte deshalb der Katalog ausdrücklich unter den entsprechenden Vorbehalt gestellt werden, dass es um eine Wesentlichkeit im Sinne von Art. 29 Absatz 2 FINMA geht. Andere Fälle sollten nicht meldepflichtig sein.

Rz. 47: Allein das blosse Fehlen auf der FINMA-Liste kann nicht per se zur einer Meldepflicht führen. Wir verweisen auf unsere obigen Ausführungen zu Rz. 32. Auch freiwillige Meldungen sind ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 271 StGB bzw. 42c FINMAG.

Rz. 48 -58:

Rz. 48: Vgl. Bemerkungen in Bezug auf freiwillige Übermittlung.

Ausserdem setzt einzig die ausländische Behörde fest, welche Informationen sie zur Zweckerreichung benötigt und was als verhältnismässig zu betrachten ist. Entsprechend kann es gestützt auf Art. 42c nach unserer Ansicht nicht allein wegen dem Umfang zu einer Anzeigepflicht an FINMA kommen.

Rz. 49 & 50: Da die Meldepflicht nicht weitergehen kann als nach Art. 29 Absatz 2 kann es nicht bei allen Fällen, die zu "Sanktionen" führen können, eine Meldepflicht geben. So gibt es unter Art. 29 Absatz 2 keine Pflicht zur Selbstanzeige von Verletzungen der Finanzmarktgesetze oder anderer Vorschriften. Eine solche ergibt sich aber bei einer "*schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und schweren Missständen*" im Sinne von art. 27 Absatz 3 FINMAG (vgl. BSK-FINMAG-Truffer, N. 43 zu Art. 29). Entsprechend sollte auch die Meldepflicht nach Art. 42c bei Rechtsverstößen eingeschränkt und dies in Rz. 49 klar gestellt werden.

So wäre es z.B. nicht praktikabel, wenn Audit Reports (Rz. 53) immer erst nach vorheriger Meldung übermittelt werden dürften. Hierzu besteht eine bewährte Praxis, wonach auch eine nachträgliche allenfalls konsolidierte Meldung an die FINMA genügt. Zudem wäre die Abkehr von dieser Praxis schon wegen der Häufigkeit der Meldungen nicht praktikabel. Rz. 53 sollte unseres Erachtens gestrichen werden.

Rz. 52: Vgl. vorstehende Bemerkungen. Es geht für uns nicht hervor, weshalb solche Meldungen vorgängig gestützt auf Art. 42c gemeldet werden müssten. Die Randziffer sollte gestrichen werden.

Rz. 53: Es wäre aus unserer Sicht nicht praktikabel, wenn Audit Reports (Rz. 53) immer erst nach vorheriger Meldung übermittelt werden dürften. Hierzu besteht eine bewährte Praxis, wonach auch eine nachträgliche allenfalls konsolidierte Meldung an die FINMA genügt. Zudem wäre die Abkehr von dieser Praxis rein aufgrund der Menge der Meldungen nicht praktikabel. Rz. 53 ist zu streichen.

Rz. 54: Vgl. Bemerkungen zu Rz. 49 & 50.

Rz.55: Dieses Beispiel geht in seiner Absolutheit unseres Erachtens zu weit. Es kann durchaus auch Fälle geben, in welchen die Übermittlung solcher Informationen nicht wesentlich ist. Nur schon aufgrund der Art der Dokumente (Dokumente von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat) lässt sich noch nicht auf ihre Wesentlichkeit schliessen. Der konkrete Inhalt sollte massgeben sein. Das sollte in Rz.55 verdeutlicht werden.

Rz. 58: Transaktionsmeldungen an Transaktionsregister erfolgen in Umsetzung einer regulatorischen Initiative der G-20 Staaten und dienen der Markttransparenz. Die Schweiz ihrerseits hat mit FinfraG eine entsprechende Pflicht eingeführt. Soweit solche Meldungen überhaupt von Art. 42c FINMAG erfasst sind, wäre eine vorgängige Meldung weder sachgerecht noch praktikabel, auch vor dem Hintergrund, dass die FINMA eine Anzahl von Meldungen erhalten würde, die kaum zu verarbeiten wäre. Entsprechend würden wir diese Meldepflichten in Rz. 58 explizit aufführen.

Anpassungsvorschlag

Rz. 46: ".... Soweit Dderen Übermittlung in jedem Fall im konkreten Fall wesentlich nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG ist...."

Rz. 47: streichen

Rz. 48: streichen

Rz. 49

Informationen zuhanden ausländischer Vorabklärungen und Verfahren, die zu bedeutenden Sanktionen gegen die Beaufsichtigten führen können.

Rz. 50

Informationen, welche ~~mögliche Verstöße des Beaufsichtigten~~ eine schwerwiegende Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen i.S. von Art. 27 Abs. 3 FINMAG gegen das schweizerische Recht zum Inhalt haben.

Rz. 52: streichen

Rz. 53: streichen

Rz. 54: Informationen zu laufenden Verfahren im Fall von schwerwiegenden Verstößen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen...

Rz. 55: Informationen welche für die Aufgabenerfüllung der Geschäftsleitung und/oder des Verwaltungsrats erstellt oder gesammelt werden und (inklusive der entsprechenden Protokolle), sofern sie eine der vorgenannten Sachverhalte betreffen.

Rz. 58: standardisierte Meldungen nach allgemein anerkannten internationalen Grundsätzen, in Erfüllung der Markttransparenz oder – integrität dienen den regulatorischen Vorschriften (bspw. Meldungen von Derivattransaktionen an Transaktionsregister, Meldepflichten nach Art 26 MiFIR oder Dodd Frank Act)

Rz. 67 ff

Begründung

Wenn eine ausländische Behörde Informationen verlangt, müssen diese nach ausländischen Vorschriften oftmals innert kürzester Frist geliefert werden (z.B. innerhalb von 24 oder 48 Stunden). Es sollte daher sichergestellt werden, dass nicht nur die Meldung des Beaufsichtigten an die FINMA rechtzeitig ergeht, sondern ebenso die Rückmeldung der FINMA entsprechend umgehend erfolgt. Um dies sicher zu stellen, schlagen wir vor, dass Informationen übermittelt werden dürfen, wenn sich die FINMA nicht bis zur beabsichtigten Meldung den Amtshilfeweg vorbehält. Dies sollte im Rundschreiben so festgehalten werden. In komplexen Fällen, in welchen die vorgesehenen fünf Tagesfrist zur Beurteilung des Falles ausnahmsweise nicht ausreicht, soll die Frist auch erstreckt werden können. Diesfalls wäre es hilfreich, wenn die FINMA die ausländische Behörde über die verspätete Übermittlung informiert. Die Information der FINMA hat gegenüber der ausländischen Behörde mehr Autorität. Damit kann der Beaufsichtigten ggf. besser vor Sanktionen der ausländischen Behörde wegen verspäteter Informationsübermittlung geschützt werden.

Anpassungsvorschlag zu Rz. 69

Es darf keine Informationsübermittlung im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 3 FINMAG erfolgen, bevor eine Rückmeldung der FINMA erfolgt ist. Ohne Rückmeldung der FINMA bis zum Datum, an welchem der Beaufsichtigten die Informationen übermitteln muss, können die Informationen direkt übermittelt werden, ausser die FINMA hat sich in schwerwiegenden Fällen vorher ausdrücklich mehr Zeit zur Beurteilung ausbedungen. In diesem Fall informiert sie den Beaufsichtigten und die ausländische Behörde unverzüglich.

Rz. 71

Begründung

Die Aufgabe der FINMA ist der Vollzug der Finanzmarktgesetze. Stellt die FINMA einen Verstoß gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen fest, muss sie angemessene Massnahmen ergreifen. In diesem Fall bedeutet dies, dass die FINMA dem Beaufsichtigten mitteilen muss, wenn sie der Meinung ist, dass die direkte Informationsübermittlung in einem konkreten Fall nicht den Anforderungen von Art. 42c FINMAG entspricht. Tut sie dies nicht, kann sie später nicht einen Verstoß gegen Art. 42c FINMAG monieren. Dies wäre schon aus Gründen des Vertrauensschutzes problematisch. Rz. 71 sollte daher vorsehen, dass die FINMA bekannt gibt, ob sie die Voraussetzungen von Art. 42c FINMAG als erfüllt betrachtet oder nicht.

Hingegen ist es nicht Aufgabe der FINMA zu prüfen, ob der Beaufsichtigte die betroffenen dritten Geheimnisherrn richtig informiert und ob etwaige Verzichtserklärungen rechtlich gültig sind. Insoweit stimmen wir den Ausführungen von FINMA vollumfänglich zu.

Anpassungsvorschlag Rz. 71

Die FINMA prüft bei Eingang einer Meldung gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG ~~nicht~~, ob die Voraussetzungen einer direkten Übermittlung durch den Beaufsichtigten gemäss Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG erfüllt sind und teilt dem Beaufsichtigten mit, ob dies der Fall ist. Sie prüft nicht, insbesondere auch die Wahrung der ob die Rechte von Kunden und Dritten, erfüllt sind. Die Prüfung dieser Voraussetzungen ~~en~~ liegt in der Verantwortung der Beaufsichtigten.

Rz. 72:

Die Bestimmung bedarf unserer Ansicht nach einer Klarstellung: Behält die FINMA die Übermittlung auf dem Amtshilfeweg vor, sollte sie diese Informationsübermittlung direkt und ohne Notwendigkeit für ein formelles Amtshilfesuch vornehmen. Dies ist insbesondere auch im berechtigten Interesse des Beaufsichtigten, denn bei nicht rechtzeitiger Informationsübermittlung können sich schwere Nachteile inklusive direkte oder indirekte Sanktionen für diesen im Ausland ergeben. Zudem würde es von der zuständigen ausländischen Behörde nicht verstanden, wenn die FINMA den Beaufsichtigten anweisen würde, mit der ausländischen Behörde zuerst Kontakt aufzunehmen und diese zur Stellung eines Amtshilfesuchens aufzufordern. In diesem Sinne wäre die Amtshilfe dann gewissermassen "spontan". Wir regen deshalb eine entsprechende Präzisierung im Rundschreiben an.

Anpassungsvorschlag Rz. 72

Behält sich die FINMA den Amtshilfeweg vor, nimmt sie die Informationsübermittlung an die ausländische Behörde umgehend (ohne Notwendigkeit eines zusätzlichen Amtshilfesuchens) vor.

Für nachfolgende Sachverhalte erachten wir die direkte Übermittlung von Informationen an ausländische Stellen und Behörden als zulässig, weil die Voraussetzungen von Art. 42c Abs. 1 oder 2 erfüllt sind, oder weil sie gar nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB und Art. 42c FINMAG fallen.

Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es wertvoll, wenn die FINMA eine entsprechende Liste mit zulässigen Sachverhalten erstellt und untenstehende Fälle darin aufführt. Das würde es den Beaufsichtigten erlauben diese an sich unproblematischen, alltäglichen und für internationale Tätigkeiten unausweichlichen Meldepflichten ohne weiteres zu erfüllen.

Rechtsordnung	Meldepflicht	Behörde
USA	Dodd-Frank CFTC Swap Dealer Reporting	U.S. Commodity Futures Trading Commission
USA	Dodd-Frank CFTC ETD Large Trader Reporting	U.S. Commodity Futures Trading Commission
USA§	Dodd-Frank CFTC Swaps Large Trader Reporting	U.S. Commodity Futures Trading Commission
USA	Weitere (SEC Large Trader Reporting, FINRA Rule 2360 etc.)	Diverse
Diverse (Bsp.: Australien, Hongkong, Indonesien, Japan, Korea, Singapur, Taiwan; Thailand)	Meldepflicht aufgrund Erreichen/Überschreiten von Positionslimiten	Diverse
Singapur	Singapore Reporting of Derivatives Contracts	Transaktionsregister
Australien	ASIC Derivative Transactions Rules (Reporting)	Transaktionsregister
Kanada	Canada OTC Reporting	Transaktionsregister
Hong Kong	Hong Kong OTC Reporting	Transaktionsregister
Israel	Bank of Israel Reporting	Isrealische Nationalbank
EU/EWR	Art. 26 MiFIR – Obligation to Report Transactions	Zuständige Behörde des Mitgliedstaats
USA	Oversee Compliance with Rulebook of the Benchmark Administrator	ICE Benchmark Administration (IBA)
EU	Oversee Compliance with Rulebook of the Benchmark Administrator	CME Benchmark Europe Limited
USA	CME Anfrage betreffend EFRP Transaktionen, welche CME routine-mässig untersucht	"Chicago Mercantile Exchange" (CME)
USA	CFTC Anfrage betreffend EFP Transaktion	CFTC
USA	Börsenanfragen betreffend allfälliger Gesetzesverletzungen (z.B. Cross oder Wash Trades)	Börsen wie CME oder Handelsüberwachungsstelle European Energy Exchange (EEX)
Hong Kong	EQ: SFC Hong Kong (inkl Offenlegung der Identität des Kunden)	Securities and Futures Commission Hong Kong (SFC Hong Kong)
Spanien	Geldwäschereimeldungen im Rahmen von Marktzugang	z.B. Spanische FIU

China	Offenlegung der Kundenidentität auf dem Börsenplatz Shenzhen	China Securities Depository and Clearing Corporation Limited, Shenzhen Branch
Malaysia	Offenlegung der Kundenidentität im Omnibus Account (Wertschriften von ausländischen Investoren). Monatliche Offenlegung der Kundenidentität von Kunden, die malaysische Debt Securities oder Ringgit (MYR) über einem Schwellenwert von MYR 1 Million halten.	Lokale Drittverwahrungsstelle auf Anfrage der Malaysian Securities Commission Segregierte Depots, lokale Drittverwahrungsstelle macht Reporting an die Zentralbank
Norwegen	Inhaber der Nomineelizenz darf Wertschriften von ausländischen Investoren bei der lokalen Drittverwahrungsstelle in einem Omnibus Account halten (statt individuell segregiert)	Auf Anfrage von FINANSTILSYNET (Aufsichtsbehörde, welche die Nominee-Lizenz erteilt)
Polen	Offenlegung der Kundenidentität bei Omnibus-Accounts	Lokale Drittverwahrungsstelle auf Anfrage der Finanzmarktaufsichtsbehörde
Süd-Korea, Brasilien, Taiwan, Indien, Chile, Kolumbien, Kuwait, Pakistan, Peru, Türkei, VAE, Venezuela	In vielen Märkten ist es erforderlich, einen Investor Code und/oder eine Tax ID bei der zuständigen lokalen Finanzmarktaufsichtsbehörde oder Steuerbehörde zu beantragen. Die Beantragung entsprechender Investorennummern und Tax ID's ist eine Bedingung, um im lokalen Markt Wertschriften erwerben zu können. In der Regel müssen in den betroffenen Märkten auch auf den Endkunden segregierte Depots eröffnet werden.	Informationen und Dokumente werden bei Beantragung der ID an die lokale Drittverwahrungsstelle geliefert und gehen von dieser weiter an die für die Ausstellung der ID zuständigen Behörden. In machen Märkten kann oder muss der Kunde das auch selbst machen.
Süd-Korea	Offenlegung der Kundenidentität auf Anfrage beim Omnibus-Account (natürliche Personen mit Vermögensverwaltungsmandat)	Lokale Drittverwahrungsstelle auf Anfrage der Finanzmarktaufsicht
Eröffnung von segregierten Depots für einzelne Kundengruppen (z.B. Residents oder Nationals) oder für alle Kunden erforderlich auch in Märkten ohne Investor/Tax-ID	Alle nach der lokalen Regulierung erforderlichen Dokument (KYC/AML) zur Eröffnung segregierter Depots müssen der lokalen Drittverwahrungsstelle und	

	teilweise dem Broker zwecks Kontoeröffnung und Führung der Konti geliefert werden.	
In verschiedenen Ländern können Gesellschaften bei Nominee-Eintragungen die Offenlegung der effektiven Aktionäre verlangen auf der Basis des Gesellschaftsrechts (z.B. Australien, UK, Frankreich)	Meldung an die Gesellschaft. In einigen Ländern können die Gesellschaften bei Nichtoffenlegung versuchen, diese gerichtlich oder über die Finanzmarktaufsicht (Australien) durchzusetzen.	Gesellschaft, ev. Finanzmarktaufsicht
Verschiedene Länder	Offenlegung für Dividenden- oder Zinszahlungen, damit Emittent oder lokale Drittverwahrungsstelle den korrekten Quellensteuersatz anwenden können.	Drittverwahrungsstelle Gesellschaft

per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
z.H. Frau Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Ihre Referenz Rundschriften 2017/xx Direktübermittlung
Unsere Referenz LB/OH
Datum 1. September 2016

Vernehmlassungsantwort der Zurich Insurance Group zum neuen Rundschreiben 2017/xx Direktübermittlung

Zürich Versicherungs-
Gesellschaft AG

Sehr geehrte Frau Nussbaumer

Group Legal
Austrasse 44
Postfach
CH-8022 Zürich

Wir beziehen uns auf die am 7. Juli 2016 eröffnete Anhörung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA betreffend das neue Rundschreiben 2017/xx Direktübermittlung und bedanken uns für die Möglichkeit, dazu Stellung zu nehmen.

Telefon +41 44 628 28 28
www.zurich.com

Direkt Tel. +41 44 625 32 81
lars.baumgartner@zurich.com

Der Erläuterungsbericht vom 7. Juli 2016 zum Rundschreiben hebt zu Recht hervor, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des Art. 42c FINMAG dem Bedürfnis privater, international tätiger Unternehmen nachgekommen sei, mit ausländischen Behörden zusammenarbeiten und ihnen direkt Informationen übermitteln zu können (Erläuterungsbericht vom 7. Juli 2016, S. 6; vgl. auch BBl 2014, S. 7620). Die Zurich Insurance Group begrüsst diese Stossrichtung und die neuen Bestimmungen von Art. 42 ff. FINMAG. In der Praxis besteht oft ein grosses Bedürfnis, ausländischen Behörden innerhalb von kurzer Zeit Informationen zur Verfügung zu stellen. Die Konkretisierung von Art. 42c FINMAG und insbesondere dessen Auslegung sind deshalb von Bedeutung.

Das Rundschreiben unterstützt die Beaufsichtigten bei der selbständigen Anwendung von Art. 42c FINMAG. Wir sind jedoch der Meinung, dass das Rundschreiben in einigen Aspekten nicht zielführend ist und eine Übermittlung von Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden damit in der Praxis - entgegen dem Willen des Gesetzgebers – erschweren wird.

Hierbei handelt es sich insbesondere um die folgenden Thematiken:

- **Direktübermittlung als Regel, FINMA-Vorbehalt als Ausnahme**
Art. 42c Abs. 3 FINMAG ist eine Ausnahmebestimmung zum Grundsatz der direkten Informationsübermittlung durch Beauftragte und beschränkt eine vorgängige Meldung explizit auf Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG. Gemäss Botschaft zu Art. 29 FINMAG (BBl 2006, S. 2880) geht es dabei etwa um "gravierende finanzielle, personelle oder organisatorische Probleme, Schwierigkeiten mit ausländischen Behörden oder Änderungen der Geschäftsstrategie, welche sich wesentlich auf die Risiken einer oder eines Beauftragten auswirken". Da es sich bei Art. 42c FINMAG um eine Ausnahmebestimmung handelt, ist die Bestimmung eng auszulegen und auf "gravierende" Situationen, die sich "wesentlich" auf die Risiken eines Beauftragten auswirken, zu beschränken. Die FINMA scheint jedoch ein weiteres Verständnis zu haben und die Pflicht zur vorgängigen Meldung auch auf weniger schwere Sachverhalte auszuweiten, welche kaum wesentliche Risiken mit sich bringen. Die direkte Übermittlung durch den Beauftragten sollte nach dem Willen des Gesetzgebers die Regel, ein Vorbehalt der FINMA nach Art. 42c Absatz 3 lediglich die Ausnahme darstellen. Dieser Grundgedanke sollte im Rundschreiben klarer zum Ausdruck kommen.
- **Wahrung der Rechtssicherheit**
Zur Wahrung der Rechtssicherheit sollten die Erläuterungen im Rundschreiben - soweit dies möglich - unmissverständlich sein und keinerlei weiterer Auslegung bedürfen. Daher sollte insbesondere auf unbestimmte Rechtsbegriffe verzichtet werden. Ist dies nicht der Fall, so bleibt für die Beauftragten so lange Rechtsunsicherheit bestehen, bis sich eine eindeutige behördliche und gerichtliche Praxis herausgebildet hat. Eine zu erwägende Möglichkeit wäre beispielsweise die regelmässige Veröffentlichung einer „Whitelist“. Daneben kann die nötige Rechtssicherheit auch dadurch gesteigert werden, dass FINMA sich – sollte dies seitens der Beauftragten gewünscht sein – explizit zur Anwendbarkeit von Art. 42c FINMAG in den ihr vorgelegten Fällen äussert.
- **Vereinfachung des direkten Austauschs für Zweigniederlassungen**
Ausländische Aufsichtsbehörden, welche ebenfalls Zweigniederlassungen schweizerischer Gesellschaften beaufsichtigen, sind in der Praxis ebenfalls auf nicht-öffentliche Informationen der gesamten juristischen Person (sprich auch des Hauptsitzes in der Schweiz) angewiesen. Solchen Informationsbedürfnissen wird unseres Erachtens im Entwurf nur sehr beschränkt Rechnung getragen. Wir regen daher an, das Rundschreiben entsprechend zu ergänzen und gegebenenfalls eine Spezialregelung für die Zweigniederlassungsaufsicht einzuführen.

Seite 3

Neben diesen grundsätzlichen Kommentaren haben wir diverse Anmerkungen zu den einzelnen Bestimmungen. Diese haben wir der Übersichtlichkeit halber in beiliegender Übersicht zusammengefasst, wo immer möglich mit konkreten Änderungs-/Ergänzungsvorschlägen.

Schon jetzt danken wir Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse
Zurich Insurance Group AG



Olivier Hirsbrunner
Head of Group Regulatory Relations



Lars Baumgartner
Group Regulatory Relations

Beilage: *erwähnt*

Kommentare zum Entwurf Rundschreiben 2017/xx Direktversicherung

Randziffer	Art des Kommentars	Text gemäss Entwurf	Kommentar
III. Allgemeines			
3	Ergänzung	Art. 42c FINMAG bezieht sich auf sämtliche Übermittlungen nicht öffentlich zugänglicher Informationen („ Informationen “) durch Beaufschlagte. Übermittlungen gestützt auf Art. 42c FINMAG können spontan oder auf Gesuch der ausländischen Behörde oder Stelle hin erfolgen.	Der Term „Informationen“ als <i>nicht öffentliche Informationen</i> wird in dieser Rz definiert. Die vorgeschlagene Ergänzung reflektiert dies.
	Neu	Art. 42c FINMAG kommt entsprechend insbesondere nicht zur Anwendung, wenn eine Übermittlung an eine ausländische Behörde durch eine ausserhalb der Schweiz domizilierte Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung eines Beaufschlagten erfolgt und sich auf Informationen beschränkt, welche sich bereits vor Übermittlung ausserhalb der Schweiz befanden und nicht bloss zum Zwecke der Übermittlung ins Ausland verbracht worden sind.	
IV. Art. 42c Abs. 1 FINMAG – Übermittlung nicht öffentlicher Informationen an die zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute Stellen			
A. Begriffe			
b) Zuständige ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden			
10	Änderung Teilstreichung	Nicht als Finanzmarktaufsichtsbehörden im Sinne von Art. 42c Abs. 1 FINMAG gelten u.a. ausländische Straf- und Steuerbehörden Behörden, welche ausschliesslich Aufgaben im Bereich des Steuer- oder Strafrechts wahrnehmen . Entsprechend dürfen an diese gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG keine nicht öffentlichen Informationen übermittelt werden. Eine Weiterleitung an solche Behörden durch ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen ist ausgeschlossen, wenn sie nicht ausschliesslich zum Zweck des Vollzugs des Finanzmarktrechts erfolgt (Art. 42c Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 2 Bst. a FINMAG, siehe Rz 18 ff.).	Nach Rz. 10 gelten u.a. ausländische Straf- und Steuerbehörden nicht als Finanzmarktaufsichtsbehörden im Sinne von Art. 42c Abs. 1 FINMAG. Rz. 13 hält davon leicht divergierend fest, dass Stellen, welche ausschliesslich Aufgaben im Bereich des Steuer- oder Strafrechts wahrnehmen, nicht zu den Stellen gehören, an die gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG Informationen übermittelt werden dürfen. Eine Vereinheitlichung dieser beiden Randziffern wäre daher sinnvoll. Eine mögliche Weitergabe durch eine zuständige ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde ändert nichts an deren Status respektive Definition. Zudem ist dieser Punkt bereits auf Gesetzesebene geregelt und wird hiernach in Rz 18 weitere ausgeführt. Entsprechend wird hier die Streichung vorgeschlagen.
11	Ergänzung	„Zuständig“ ist eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde, wenn das anwendbare ausländische Recht ihr diejenige Aufsichtsaufgabe überträgt, für welche sie im konkreten Fall um Informationen ersucht. Für die Zuständigkeit ist es nicht zwingend nötig, dass die Beaufschlagte selbst bei der ausländischen Behörde selbst direkt registriert oder zugelassen ist.	Klarstellung, dass sich die Zuständigkeit auf die Informationen selbst bezieht, nicht jedoch zwingend auf die Person der (schweizerischen) Beaufschlagten, d.h. es kann sich bspw auch um eine Direktübermittlung an die Aufsichtsbehörde, welche für eine ausländische Tochtergesellschaft zuständig ist, handeln.
f) Übermittlung von Informationen			
17	Änderung	Die „Übermittlung von Informationen“ bezeichnet den Vorgang, mit dem eine Information einer anderen Stelle zur Kenntnis gebracht wird, unabhängig von der Form der Übermittlung (Papier, elektronisch, mündlich, telefonisch usw.) und davon, ob sie direkt oder über eine Drittpartei geschieht.	Der Begriff des Dritten ist bereits unter Randziffer 15 definiert – entsprechend sollte hier ein anderer Term verwendet werden.

B. Voraussetzungen der Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an die zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen (Art. 42c Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG)

18	Änderung	Eine Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an die zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen darf nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 FINMAG erfüllt sind. Dazu muss der Beaufichtigte im Sinne von nachstehenden Rz. 19-27 davon ausgehen können, dass Dazu muss sichergestellt sein, dass	Die Formulierung „Dazu muss sichergestellt sein, dass“, erscheint als zu weitgehend – entsprechend erachten wir den vorliegenden Vorschlag als sachgerechter.
27	Änderung	Vertraulichkeit und Spezialität können beispielsweise durch eine Zusicherung der empfangenden Behörde oder Stelle sichergestellt werden, oder in anderer geeigneter Weise. Muss der Beaufichtigte nach Treu und Glauben gestützt auf zumutbare Abklärungen davon ausgehen, dass die Anforderungen an die Vertraulichkeit und Spezialität nicht eingehalten werden, ist auf eine Übermittlung der Informationen zu verzichten Besteht keine Gewissheit über die Einhaltung der Anforderungen der Vertraulichkeit und Spezialität, ist auf eine Übermittlung der Informationen zu verzichten.	Siehe Kommentar zu Rz 18
29	Änderung	Unabhängig davon, ob entsprechend Rz 22 auf die Behandlung der übermittelten Informationen gemäss dem Vertraulichkeits- und dem Spezialitätsprinzip vertraut werden darf, oder ob weitere Abklärungen und Vorkehrungen notwendig sind (Rz 23–26), haben die Beaufichtigten die Behörde oder Stelle anlässlich jeder Übermittlung schriftlich in geeigneter Form darauf hinzuweisen, dass die übermittelten Informationen vertraulich zu behandeln sind und ausschliesslich zum Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden dürfen (Art. 42c Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG).	Ein (formales) Schriffterfordernis (d.h. einfache Schriftlichkeit nach OR respektive elektronische Signatur) scheint gerade im Hinblick auf das Ziel der raschen Übermittlung als verfehlt. Je nach Art des Kontaktes sollte entsprechend ein Hinweis per E-Mail oder – falls die Informationsweitergabe telefonisch erfolgt – auch in mündlicher Form möglich sein.

V. Art. 42c Abs. 2 FINMAG – Übermittlung nicht öffentlicher Informaionen, die im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufichtigten stehen, an ausländische Behörden und von die sen beauftragten Stellen

Rz. 32 ff. betr. Art. 42c Abs. 2: Hinsichtlich Artikel 42c Abs. 2 ist der Rundschreibenentwurf nach unserer Beurteilung in mehrfacher Hinsicht zu eng beziehungsweise vom Gesetzestext nicht gedeckt.

A. Abgrenzung von Art. 42c Abs. 1 FINMAG

32	Änderung	Der Zweck der Regelung von Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist, dass Beaufichtigte Informationen, welche wegen und in Zusammenhang mit der Ausführung von Geschäfte Transaktionen von Kunden und Beaufichtigten geliefert werden müssen, selbst direkt ins Ausland übermitteln können (z.B. an ein Transaktionsregister oder an eine Meldestelle einer ausländischen Börse).	Während der Gesetzestext den Begriff "Geschäfte" verwendet, ist in Rz. 32 von "Transaktionen" die Rede. In Rz. 39 werden dann "Geschäfte" und "Transaktionen" gleichgesetzt. Nach unserem Verständnis ist der Begriff "Geschäfte" weiter als der Begriff "Transaktionen"; er umfasst auch rechtliche Vorgänge und Zustände, welche sich nicht in einer Transaktion manifestieren.
33	Änderung	Art. 42c Abs. 2 FINMAG stellt gegenüber Art. 42c Abs. 1 FINMAG eine Erweiterung dar, ist aber auch subsidiär zu diesem. Gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG darf eine Information nur dann übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind und zudem eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht zulässig möglich ist.	Juristische Präzisierung.

C. Informationen, die gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG übermittelt werden dürfen

39	Teilstreichung Ergänzung	Bei den Informationen, die von Beaufichtigten gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG übermittelt werden dürfen, handelt es sich ausschliesslich um solche, die im direkten Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufichtigten stehen. Unter Geschäften sind zum Beispiel Transaktionen zu verstehen, die die Beaufichtigten im Rahmen ihrer bewilligten Geschäftstätigkeit üblicherweise für Kunden, für sich selbst oder innerhalb der Gruppe im Ausland tätigen, beispielsweise Effektentransaktionen.	1. Teilstreichung in Anlehnung an den Gesetzestext. 2. Siehe Kommentar zu Rz 32
40	Änderung Teilstreichung	Die Übermittlung dieser Informationen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG muss für die Abwicklung oder Genehmigung der Transaktionen Geschäfte nach dem jeweils anwendbaren ausländischen Recht zwingend erforderlich sein.	Das Erfordernis, dass die Übermittlung von Informationen "für die Abwicklung oder Genehmigung der Transaktionen nach dem jeweils anwendbaren ausländischen Recht zwingend erforderlich" sein soll, ist u. E. vom Gesetzestext nicht gedeckt und zu restriktiv. Wir schlagen vor, den Begriff "Transaktionen" auch hier durch "Geschäfte" zu ersetzen und das Wort "zwingend" wegzulassen. Zudem ist es den Beaufichtigten oft gar nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich abzuklären, ob ein ausländisches Erfordernis "erforderlich" oder "zwingend erforderlich" ist.

VI. Art. 42c Abs. 3 FINMAG – Pflicht der vorgängigen Meldung an die FINMA

A. Definition der Informationen nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG

43		Eine beabsichtigte Übermittlung von Informationen bedarf der vorgängigen Meldung an die FINMA, sofern	
44	Ergänzung	– eine Information selbst von wesentlicher Bedeutung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 FINMAG ist, so dass sie auch unabhängig von einer allfälligen Übermittlung eine Meldepflicht gegenüber FINMA auslösen würde; oder	Klarstellung/Präzisierung.
46	Kontext	<i>Beispiele von Informationen, deren Übermittlung in jedem Fall einer vorgängigen Meldung an die FINMA bedarf, sind insbesondere:</i>	
49	Ergänzung	– Informationen zuhanden ausländischer Vorabklärungen und Verfahren, die aufgrund von einschlägigen Erfahrungen bzw. einer realistischen Beurteilung mit grosser Wahrscheinlichkeit zu Sank-tionen gegen die Beaufsichtigten führen können;	Das Beispiel in Rz. 49 ist u. E. zu allgemein und führt dazu, dass dem Bedürfnis der Beaufsichtigten, mit ausländischen Behörden zusammenzuarbeiten und ihnen Informationen direkt übermitteln zu können, nicht nachgekommen wird. Auch die Ausführungen im Erläuterungsbericht zu Rz. 49 sind zu weit (Erläuterungsbericht, S. 12). Die Zurich Insurance Group ist der Auffassung, dass es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, die Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung derart allgemein und weit zu fassen. Damit wird dem Sinn und Zweck der neuen Regelung nicht angemessen Rechnung getragen und die Ausnahmebestimmung von Art. 42c Abs. 3 in den Grundsatz verkehrt. Es erscheint uns wichtig, dass die Umsetzung so ausgestaltet wird, dass die vom Gesetzgeber den Beaufsichtigten in Aussicht gestellte Flexibilität gewahrt wird
52	Änderung	– Informationen zu Bilanz und Erfolgsrechnung oder Risiko, die nicht unmittelbar die Geschäftsaktivität jener juristischen Person Einheit (z.B. Tochtergesellschaft im Ausland) betreffen, für welche Einheit die ausländische Behörde zuständig ist welche bei der ausländischen Behörde direkt registriert oder zugelassen ist . Dies betrifft sowohl die ent- sprechenden Ist-Zahlen als auch Planzahlen;	Einerseits ist der Begriff der „Einheit“ unklar – entsprechend sollte hier auf einen bestehenden Rechtsbegriff abgestützt werden, andererseits schlagen wir vor, das Wording von Rz 59 zu übernehmen hinsichtlich Qualifikation der ausländischen Behörde.
58	Kontext	<i>Beispiele für Informationen, deren Übermittlung keiner vorgängigen Meldung an die FINMA bedarf, sind insbesondere:</i>	
60	Ergänzung	– international anerkannte und periodisch zu veröffentlichende Kapital-, Solvenz- und Liquiditätskennzahlen (z.B. Core Equity Tier 1 (CET), Leverage Ratio, Liquidity Coverage Ratio (LCR); Net Stable Funding Ratio (NSFR), etc.), auch wenn diese zum Zeitpunkt der Übermittlung noch nicht veröffentlicht wurden;	Klarstellung
65	Ergänzung	– institutsbezogene und produktbezogene Informationen im Rahmen von üblichen Reportingpflichten gegenüber ausländischen Aufsichtsbehörden, bei welchen die Beaufsichtigte selbst direkt registriert oder zugelassen ist, sofern sie nicht in Rz 47- 57 aufgeführt sind oder die Tätigkeit in der entsprechenden Jurisdiktion betreffen;	Die Ergänzung trägt dem Umstand Rechnung, dass gewisse, die ausländische Geschäftstätigkeit betreffende Berichte o.ä. von lokaler aufsichtsrechtlicher Relevanz, teilweise sogar meldepflichtig sind.
	Neu	– Bescheinigungen oder Bestätigungen der Beaufsichtigten, welche sich auf öffentliche Informationen beziehen, die beispielsweise im Rahmen des Public Disclosures veröffentlicht wurden.	Die Ergänzung berücksichtigt die Praxis gewisser ausländischer Aufsichtsbehörden zur formellen Übermittlung von öffentlichen Informationen, beispielsweise mit Bestätigung eines Geschäftsleitungsmitglied (z.B. Einreichung des Risk Reports gemäss öffentlicher Jahresberichterstattung)
	Neu	– Allgemeine Weisungen, interne Regelwerke, Richtlinien und allgemein Corporate Governance Unterlagen.	
	Neu	– Allgemeine Geschäftsbedingungen, anonymisierte Formulare, Termsheets und ähnliche allgemeine Dokumente"	
	Neu	– Informationen und Unterlagen, deren Übermittlung ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 271 StGB fallen."	Mit dem Hinweis auf Art. 271 StGB soll sichergestellt werden, dass entgegen der Botschaft zum FinfraG, S. 7620 Art. 42c nicht bloss zur Erleichterung der Übermittlung gegenüber der bisherigen Rechtslage dient, sondern auch zu einer Verschärfung. Sinn und Zweck von Art. 42c ist gemäss Botschaft entgegen den Ausführungen auf S. 7 des Erläuterungsberichts (2. Abschnitt a.E.) gerade nicht, auch solche Informationen und Dokumente einer Regulierung und damit potentiell einer Bewilligungspflicht zu unterstellen, die bisher frei übermittelt werden konnten.

B. Vorgehen			
67	Teilstreichung	Beabsichtigt eine Beaufsichtigte, eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung im Sinne von Art. 42c Abs. 3 FINMAG vorzunehmen, so hat eine Meldung an die FINMA mindestens fünf Arbeitstage vor der beabsichtigten Übermittlung zu erfolgen. In dringenden Fällen hat die Beaufsichtigte sofort mit der FINMA Kontakt aufzunehmen.	Die Frist richtet sich primär an FINMA-interne Abläufe, nicht an die Beaufsichtigten. Da eine Übermittlung in jedem Fall erst nach Erhalt einer Antwort zulässig ist gemäss Rz 69, ist die Frist hier zu Streichen und in das FINMA-Verfahren (Rz 70) aufzunehmen.
69 →71bis	Ergänzung Änderung	Es darf Eine Informationsübermittlung durch die Beaufsichtigte im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 3 FINMAG darf erst erfolgen, bevor sobald sie entweder eine Rückmeldung der FINMA gemäss Rz 70 f erfolgt ist erhalten hat oder die Frist gemäss Rz 70 ohne entsprechende Mitteilung verstrichen ist.	Die beabsichtigte Beschleunigung durch die Direktübermittlung wird vereitelt, wenn diese durch Verzögerungen durch die FINMA-Prüfung hinausgeschoben wird. Entsprechend wird vorgeschlagen, hier - analog zur Regelung bspw im Bereich der Geschäftsplanänderungen - eine Fiktion des Vorbehaltsverzichts mangels Rückmeldung einzuführen.
70	Ergänzung Änderung	Die FINMA teilt der Beaufsichtigten in der Folge innert fünf Arbeitstage mit, ob sie den Amtshilfeweg gemäss Art. 42c Abs. 4 FINMAG vorbehält oder darauf verzichtet. Sie kann den Verzicht mit Auflagen verknüpfen, z.B. dass die Beaufsichtigte nur einen Teil der ersuchten Informationen direkt übermittelt. Sie kann zudem die Übermittlung von Akten aus dem Aufsichtsverhältnis gemäss Art. 42c Abs. 5 FINMAG untersagen.	Siehe Rz 67
71	Änderung Ergänzung Streichung	Die FINMA prüft bei Eingang einer Meldung gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG nicht auf Ersuchen der Beaufsichtigten ebenfalls , ob die Voraussetzungen einer Übermittlung gemäss Art. 42 Abs. 2 sowie Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG, insbesondere auch die Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten, erfüllt sind. Kommt sie zum Schluss, dass die Voraussetzungen nicht gegeben sind, informiert sie die Beaufsichtigten entsprechend. Die Prüfung der Voraussetzungen zur Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten im Sinne von Art. 42c Abs. 1 lit. b FINMAG liegt in jedem Fall in der Verantwortung der Beaufsichtigten.	Die notwendige Rechtssicherheit kann nur dadurch gewährleistet werden, dass eine entsprechende Prüfung durch FINMA erfolgt, sofern dies von der Beaufsichtigten gewünscht wird