

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 Effektauszahlungen 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 Rechtshilfeverfahren 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 umfassenden 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.

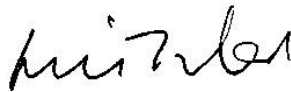
Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen.

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 aufführt. 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,

	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
--	---	--