



Rundschreiben 2017/6 „Direktübermittlung“ – Teilrevision

Bericht über die Ergebnisse der Anhörung vom 20. August bis
15. Oktober 2020

4. März 2021

Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte.....	4
1 Einleitung.....	6
2 Eingegangene Stellungnahmen	7
3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA	7
3.1 Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG	7
3.1.1 Keine Beschränkung von Art. 42c FINMAG auf den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB.....	7
3.1.2 Anwendung von Art. 42c FINMAG auf Übermittlungen von institutseigenen Informationen (Rz 3).....	9
3.1.3 Anwendung von Art. 42c FINMAG auf im Ausland belegene Daten (Rz 4–6)	9
3.1.4 Anwendung von Art. 42c FINMAG auf Übermittlungen im ausdrücklichen Kundenauftrag (Rz 19)	10
3.2 Verhältnis von Art. 42c Abs. 1 zu Abs. 2 FINMAG (Rz 33).....	11
3.3 Art. 42c Abs. 1 FINMAG.....	13
3.3.1 Direktübermittlungen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden auf Basis von privatrechtlichen Verträgen (Rz 10).....	13
3.3.2 Liste der amtshilfefähigen Behörden (Rz 20 ff.)	13
3.4 Art. 42c Abs. 2 FINMAG.....	15
3.4.1 Übermittlung an Straf- oder Steuerbehörden (Rz 35, 37).....	15
3.4.2 Zusammenhang mit „Geschäft“ im Sinne von Art. 42c Abs. 2 FINMAG (Rz 39).....	16
3.5 Meldungen nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG	17
3.5.1 Liste mit Beispielen von meldepflichtigen und nicht meldepflichtigen Informationen/Übermittlungen (Rz 47–69)	17
3.5.2 <i>White List</i> sowie Austausch zwischen den Beaufsichtigten und der FINMA (Rz 58 ff.).....	19

3.5.3	Zeitkritische Übermittlungen und Rückmeldungsdauer (Rz 71)	20
3.5.4	Meldeprozess bei Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG (Rz 72).....	20
3.6	Sprachliche und redaktionelle Anpassungen.....	22
3.7	Zusammenfassung der Änderungen im Rundschreiben	23
4	Weiteres Vorgehen	24

Kernpunkte

1. Die im Rahmen der Ex-post-Evaluation erfolgte Teilrevision des Rundschreibens umfasst sowohl Klarstellungen als auch inhaltliche Anpassungen.
2. So wird mit dem Änderungserlass die Liste mit den amtsilfefähigen Behörden um rund 25 weitere Behörden ergänzt, mit welchen die FINMA eine für die Amtshilfe hinreichende bilaterale Kooperationsvereinbarung abgeschlossen hat.
3. Ferner wird Rz 47 (Informationsübermittlung an Behörden, die nicht auf der FINMA-Liste stehen) im Beispiel-Katalog meldepflichtiger Sachverhalte gestrichen und es wird präzisiert, dass Meldungen gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG keinen Genehmigungsprozess im engeren Sinne auslösen, sondern vielmehr der Information der FINMA dienen (Rz 74).
4. Weiter wird klargestellt, dass bei Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG (Informationsübermittlung an einen Empfänger, welcher keine Finanzmarktaufsichtsfunktion ausübt oder der die Informationen nicht zum Zweck der Finanzmarktaufsicht verwendet) das Spezialitäts- und das Vertraulichkeitsprinzip nicht einzuhalten sind (Rz 33.3). Schliesslich wird präzisiert, dass bei Meldungen zu Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG keine Rückmeldung der FINMA mehr abzuwarten ist (Rz 72).
5. Die Anpassungen des Rundschreibens werden von den Anhörungsteilnehmern grundsätzlich positiv bewertet. Sie tragen zu einer effizienten und raschen Kooperationsfähigkeit zwischen Beaufsichtigten und ausländischen Behörden/Stellen bei, indem insbesondere die Prozesse und der Abklärungsaufwand bei den Beaufsichtigten vereinfacht bzw. vermindert wird.
6. Wie bereits in der Ex-post-Evaluation wurden wiederum insbesondere folgende Forderungen/Kritikpunkte geäussert: So sei der Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG (Informationsübermittlung durch Beaufschlagte) auf Fälle von Art. 271 StGB (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat) einzuschränken. Ferner habe die Abgrenzung der Anwendbarkeit hinsichtlich Abs. 1 und Abs. 2 von Art. 42c FINMAG sinngemäss über den Informationstyp zu erfolgen. Schliesslich müssten Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG ausserhalb formeller Verfahren auch an Straf- oder Steuerbehörden zulässig sein.
7. In der Anhörung wurden von den Anhörungsteilnehmern zu den genannten Kritikpunkten bzw. Forderungen keine neuen Argumente vorgebracht, welche ein Zurückkommen auf die von der FINMA bereits im

Rahmen der Ex-post-Evaluation eingehend dargelegten Standpunkte erlauben würden. Der Wortlaut, die Zweckrichtung sowie die Entstehungsgeschichte von Art. 42c FINMAG sind mit den genannten Forderungen nicht vereinbar. Mangels genügender gesetzlicher Grundlage im FINMAG können diese deshalb nicht berücksichtigt werden.

1 Einleitung

Am 1. Januar 2016 trat Art. 42c FINMAG in Kraft, welcher den Beaufsichtigten unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, nicht öffentlich zugängliche Informationen direkt, d.h. ohne Involvierung der FINMA, an ausländische Behörden und Stellen zu übermitteln.

Zum Zwecke einer einheitlichen Anwendung der Norm und der Unterstützung einer direkten, rechtssicheren und zeitnahen Datenübermittlung ins Ausland publizierte die FINMA ein Jahr später, am 1. Januar 2017, das Rundschreiben 2017/6 „Direktübermittlung“. Um den praktischen Erfahrungen in der Anwendung und den Entwicklungen im internationalen Umfeld Rechnung zu tragen, führte die FINMA – wie im Anhörungsbericht zum Rundschreiben (nachfolgend „Anhörungsbericht 2016“)¹ angekündigt – nach zwei Jahren eine Ex-post-Evaluation des Rundschreibens durch.

Die FINMA wertete die eingegangenen Stellungnahmen aus und nahm darauf basierend Änderungen am Rundschreiben vor, welche sie im Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht vom 20. August 2020 (nachfolgend „EEB“)² ausführte. Der Entwurf zum teilrevidierten Rundschreiben (nachfolgend „Änderungserlass“) umfasst Anpassungen und Klarstellungen, welche auf eine effizientere und raschere Kooperationsfähigkeit zwischen Beaufsichtigten und ausländischen Behörden/Stellen abzielen, indem insbesondere die Prozesse und der Abklärungsaufwand bei den Beaufsichtigten vereinfacht bzw. vermindert werden sollen. Sowohl der EEB als auch der Änderungserlass wurden vom 1. Juli bis 22. Juli 2020 in die erste Ämterkonsultation gegeben.

Die FINMA lud danach am 20. August 2020 zu einer öffentlichen Anhörung zum Änderungserlass bis zum 15. Oktober 2020 ein. Der vorliegende Bericht fasst die Ergebnisse der Anhörung zusammen und erläutert die Auffassung der FINMA. Hinsichtlich des Anhörungsberichts und des Änderungserlasses wurde eine zweite Ämterkonsultation, welche vom 4. Januar bis 25. Januar 2021 dauerte, durchgeführt.

¹ Bericht vom 8. Dezember 2016 über die Anhörung vom 7. Juli bis 1. September 2016 zum Entwurf des Rundschreibens „Direktübermittlung“; vgl. www.finma.ch > Archiv > abgeschlossene Anhörungen > 2016 > Rundschreiben „Direktübermittlung“.

² Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht - Bericht vom 20. August 2020 über die Evaluation vom 19. Juli bis 13. September 2019 zum Rundschreiben 2017/6 „Direktübermittlung“ und Erläuterungen zum Entwurf des teilrevidierten Rundschreibens; vgl. www.finma.ch > Archiv > abgeschlossene Anhörungen > 2020 > Rundschreiben 2017/6 „Direktübermittlung“.

2 Eingegangene Stellungnahmen

Folgende Institutionen haben an der Anhörung zum Änderungserlass teilgenommen und sich nicht gegen eine Publikation ihrer Stellungnahme ausgesprochen (in alphabetischer Reihenfolge):

- MS Amlin AG
- Schweizerische Bankiervereinigung (Swissbanking; SBVg)
- Schweizerischer Versicherungsverband (SVV)
- Zürcher Kantonalbank (ZKB)

3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

Die eingegangenen Stellungnahmen wurden von der FINMA gewichtet, ausgewertet und sind im vorliegenden Anhörungsbericht zusammengefasst. Der Bericht wurde vom Verwaltungsrat der FINMA verabschiedet (vgl. auch Art. 11 Abs. 4 Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz). Der Bericht wird zusammen mit dem verabschiedeten teilrevidierten Rundschreiben und den Stellungnahmen der Anhörung veröffentlicht.

Die Ergebnisse der Anhörung und die Beurteilung durch die FINMA werden nachfolgend nach Themenblöcken gegliedert dargestellt. Die Abfolge der Themenblöcke entspricht der Reihenfolge der Absätze von Art. 42c FINMAG. Die Verweise auf Randziffern beziehen sich auf die am 1. Januar 2017 in Kraft getretene Version des Rundschreibens bzw. auf den Änderungserlass.

3.1 Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG

3.1.1 Keine Beschränkung von Art. 42c FINMAG auf den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB

Stellungnahmen

Gemäss SBVg und ZKB sei Art. 42c FINMAG seinem Zweck nach (Erleichterung der Informationsübermittlung an ausländische Behörden) als Ausnahmetatbestand zu Art. 271 StGB geschaffen worden. Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 271 StGB bestehe für eine Regulierung des Melderegimes unter Art. 42c FINMAG keine Grundlage. Eine anderweitige Auslegung würde dazu führen, dass bis anhin nicht regulierte bzw. formlose Informationsübermittlungen neuerdings reguliert wären. So beziehe sich auch die Botschaft zu Art. 42c FINMAG ausschliesslich auf Anwendungsfälle von

Art. 271 StGB. Wenn somit eine Informationsübermittlung potentiell nicht von Art. 271 StGB erfasst und damit ohne weiteres zulässig sei (bspw., weil sie freiwillig geschehe und nach ausländischem Recht nicht sanktioniert sei), sei Art. 42c FINMAG nicht anwendbar.

Würdigung

Die FINMA lehnt eine Beschränkung des Art. 42c FINMAG auf Anwendungsfälle von Art. 271 StGB weiterhin ab. Sie hat sich mit diesem Thema bzw. mit den in diesem Zusammenhang von den Anhörungsteilnehmern vorgebrachten Anregungen bereits im Anhörungsbericht 2016 (Ziff. 3.1.3) sowie im EEB (Ziff. 4.1.1) im Jahr 2020 eingehend auseinandergesetzt.

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Art. 42c FINMAG bildet nach Auffassung der FINMA eine umfassende Rechtsgrundlage für die Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen von Beaufsichtigten an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden sowie – in eingeschränkter Weise – an weitere ausländische Behörden und Stellen, einschliesslich von Situationen, die zuvor als verbotene Handlungen für einen fremden Staat i.S.v. Art. 271 StGB angesehen wurden.³ Art. 42c FINMAG schützt in diesem Sinne die Beaufsichtigten und deren Mitarbeiter vor möglicher strafrechtlicher Verfolgung. Eine Beschränkung von Art. 42c FINMAG auf den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB ergibt sich jedoch weder aus dessen unmissverständlichen Wortlaut noch aufgrund der systematischen Stellung der Norm. Auch der Botschaft⁴ zu Art. 42c Abs. 1 FINMAG lässt sich eine solche Beschränkung *ausschliesslich* auf Anwendungsfälle von Art. 271 StGB nicht entnehmen. Im Gegenteil hält die Botschaft ausdrücklich fest, dass nach geltendem Recht Art. 271 StGB oft nur „*im Einzelfall*“ einer direkten Informationsübermittlung entgegenstehen würde. Eine Beschränkung von Art. 42c FINMAG auf Fälle gemäss Art. 271 StGB wäre im Übrigen gesetzgebungstechnisch nicht nur unüblich, sondern auch nicht praktikabel, weil die FINMA als Finanzmarktaufsichtsbehörde jeweils den auslegungsbedürftigen Straftatbestand von Art. 271 StGB auf dessen Anwendbarkeit überprüfen müsste.

Fazit

Bei Art. 42c FINMAG handelt es sich um eine eigenständige aufsichtsrechtliche Norm, deren Anwendungsbereich nicht durch Art. 271 StGB definiert wird.

³ Vgl. DU PASQUIER/MENOUD, in: WATTER/BAHAR, Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastukturgesetz, Basel 2018, 3. Aufl., Art. 42c N 3.

⁴ Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl 2014 7620

3.1.2 Anwendung von Art. 42c FINMAG auf Übermittlungen von institutseigenen Informationen (Rz 3)

Stellungnahmen

SBVg bringt vor, dass Beauftragte im Rahmen eines Gesuchsverfahrens im Ausland (bspw. für den Erhalt einer Bewilligung zur Errichtung einer ausländischen Zweigniederlassung) regelmässig zahlreiche – auch nicht öffentlich zugängliche – Informationen über sich selbst liefern müssen. Die Übermittlung von solchen institutseigenen Informationen läge ausserhalb des Bereichs der Amtshilfe und sei somit nicht von Art. 42c FINMAG erfasst. SBVg verlangt eine entsprechende Anpassung von Rz 3 des Rundschreibens.

Würdigung

Für den Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG ist nach Auffassung der FINMA einzig massgebend, ob es sich bei den zu übermittelnden Daten um nicht öffentlich zugängliche Informationen handelt. Aus Art. 42c Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG lässt sich keine Differenzierung zwischen institutseigenen und institutsfremden Informationen entnehmen (vgl. hierzu auch EEB, Ziff. 4.1.2 sowie Ziff. 3.1.1 vorstehend).

Fazit

Art. 42c FINMAG findet auch auf Übermittlungen von institutseigenen Informationen Anwendung, sofern diese nicht öffentlich zugänglich sind.

3.1.3 Anwendung von Art. 42c FINMAG auf im Ausland belegene Daten (Rz 4–6)

Stellungnahmen

SBVg verlangt eine Klarstellung des Rundschreibens in Rz 4–6, wonach die Beantwortung einer Behördenanfrage nicht unter Art. 42c FINMAG falle, sofern Daten bereits im Ausland vorhanden seien, diese aber zur Aufbereitung in die Schweizer Einheit gesandt werden, von welcher sie wieder an die ausländische Konzerneinheit zur Weiterübermittlung an die ausländische Behörde rückgesendet werden.⁵ Diese Konstellation gehe aus dem EEB nicht klar hervor. Gemäss EEB käme Art. 42c FINMAG nur bei Übermittlungen von Daten zur Anwendung, welche gleichzeitig in der Schweiz und im Ausland vorhanden seien und welche grenzüberschreitend aus der Schweiz heraus übermittelt würden.

⁵ Ausführungen/Erläuterungen SBVg sowie Anpassungsvorschlag Rz 4–6 (Stellungnahme S. 4 f.).

Würdigung

Es ist zutreffend, dass bei einer Übermittlung von Daten, die gleichzeitig in der Schweiz und im Ausland vorhanden sind, Art. 42c FINMAG nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Daten grenzüberschreitend aus der Schweiz heraus an die ausländische Behörde oder Stelle übermittelt werden (vgl. EEB, Ziff. 4.1.3).

Der von der Anhörungsteilnehmerin beschriebene Fall ist ferner bereits im Rundschreiben abgebildet: „Werden Informationen durch Beaufschlagte an ihre ausserhalb der Schweiz domizilierte Tochtergesellschaft bzw. Zweigniederlassung [...] übermittelt und im Nachgang innerhalb des Auslands an die ausländische Behörde oder Stelle weiter übermittelt, bestimmt sich die Zulässigkeit der Weiterübermittlung grundsätzlich nach dem ausländischen Recht. Art. 42c FINMAG findet keine Anwendung.⁶ Dies gilt solange und soweit die Beaufschlagte die Informationen nicht zwecks Weiterleitung im Ausland durch ihre ausländischen [...] Konzerneinheiten übermittelt.“⁷ Von einer Umgehung im Sinne von Rz 6 ist nicht auszugehen, wenn die Daten bereits im Ausland befindlich waren und nur aus Praktikabilitätsgründen zur Aufbereitung in die Schweiz geschickt werden, von wo sie wieder zurück an die ausländische Konzerneinheit zur Weiterübermittlung an die ausländische Behörde oder Stelle gesendet werden. Eine Klarstellung im Rundschreiben ist vor diesem Hintergrund nicht erforderlich.

Fazit

Die beschriebene Sonderkonstellation ist von den Grundsätzen von Rz 5 und Rz 6 des Rundschreibens abgedeckt, weshalb eine Anpassung nicht erforderlich ist.

3.1.4 Anwendung von Art. 42c FINMAG auf Übermittlungen im ausdrücklichen Kundenauftrag (Rz 19)

Stellungnahmen

SBVg regt an, dass einer Übermittlung von Kundeninformationen an ausländische Behörden im Auftrag des Kunden gemäss der bekannten Praxis des EFD kein amtlicher Charakter zukomme und diese daher nicht in den Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG fallen soll. Sie beantragt eine entsprechende Ergänzung in Rz 19 des Rundschreibens.

⁶ Rz 5 des Rundschreibens.

⁷ Rz 6 des Rundschreibens.

Würdigung

Für den Geltungsbereich von Art. 42c FINMAG ist nach Auffassung der FINMA einzig massgebend, ob es sich bei den zu übermittelnden Daten um nicht öffentlich zugängliche Informationen handelt (vgl. EEB, Ziff. 4.1.2). Wie unter Ziff. 3.1.1 hiervor ausgeführt, ist Art. 42c FINMAG nicht auf Anwendungsfälle von Art. 271 StGB beschränkt. Die Tatsache, dass eine Informationsübermittlung im ausdrücklichen Kundenauftrag erfolgt, ist für die Frage der Anwendbarkeit von Art. 42c FINMAG ebenfalls nicht relevant. Gegenteiliges ergibt sich weder aus dem Wortlaut von Art. 42c FINMAG noch aus dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung.

Fazit

Art. 42c FINMAG findet auf Direktübermittlungen von nicht öffentlich zugänglichen Informationen im Kundenauftrag Anwendung. Rz 19 ist nicht anzupassen.

3.2 Verhältnis von Art. 42c Abs. 1 zu Abs. 2 FINMAG (Rz 33)

Stellungnahmen

SBVg bewertet die Anpassung von Rz 33.1–33.3 generell als positiv. SBVg und ZKB begrüssen die in Rz 33.3 vorgenommene Klarstellung, wonach das Vertraulichkeits- und das Spezialitätsprinzip im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG keine Anwendung findet.

Nach Auffassung von SBVg und ZKB sei jedoch Art. 42c Abs. 2 FINMAG – entgegen der von der FINMA im Rundschreiben vorgenommenen Präzisierung (vgl. Änderungserlass, Rz 33.1 und 33.2) – nicht subsidiär zu Art. 42c Abs. 1 FINMAG, sondern komplementär. Art. 42c Abs. 2 FINMAG regle die sog. „niederschwellige“ Informationsübermittlung und setze anders als Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht voraus, dass der Informationsfluss zum Vollzug des Finanzmarktrechts erfolge. Als „niederschwellige“ Informationen qualifizieren nach Auffassung der ZKB „nicht öffentliche Informationen, die im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen.“

Gemäss ZKB sei daher als Unterscheidungskriterium für die Abgrenzung zwischen Art. 42c Abs. 1 und Abs. 2 FINMAG der Informationstyp massgebend, mithin das Vorliegen „niederschwelliger Informationen“.

SBVg teilt zwar die Auffassung der FINMA, dass die Abgrenzung von Art. 42c Abs. 1 zu Abs. 2 FINMAG über die Empfängerbehörde und/oder

den Verwendungszweck der Information erfolge.⁸ Doch führt sie hinsichtlich der Abgrenzung aus, dass Art. 42c Abs. 1 und Abs. 2 FINMAG unterschiedliche Anwendungsfälle behandle: Während Abs. 1 die Direktübermittlung von Informationen regle, welche die Aufsicht betreffe (Finanzkennzahlen, Organisation, Personal usw.), ziele Abs. 2 auf die Übermittlung von Informationen, die aus dem Verhältnis des Beaufsichtigten zu ihren Kunden stammen.

Würdigung

Die FINMA hat sich mit dem Verhältnis von Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG bzw. der Abgrenzung der beiden Absätze bereits im Erläuterungs-⁹ (Ziff. 4.3.1) und Anhörungsbericht 2016 (Ziff. 3.3) sowie im EEB (Ziff. 4.3.1) eingehend auseinandergesetzt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.

Zusammengefasst ist nach Auffassung der FINMA festzuhalten, dass der erst nach Verabschiedung der Botschaft und spät im Gesetzgebungsprozess durch das Parlament eingefügte Abs. 2 als (für die reibungslose Abwicklung von Kundengeschäften notwendige) Ergänzung zum Standard-Fall der Direktübermittlung im Rahmen der Finanzmarktaufsicht gemäss Abs. 1 zu verstehen ist. Abs. 2 ist kein genereller Auffangtatbestand, d.h. er kann nicht ersatzweise für Übermittlungen nach Abs. 1 angerufen werden, wenn im konkreten Fall bspw. eine der dort erforderlichen Voraussetzungen fehlt. Die Abgrenzung der beiden Absätze erfolgt über die Empfängerbehörde und/oder den Verwendungszweck der Information. Übermittlungen nach Abs. 2 sind somit nur möglich, wenn nicht eine Übermittlungskonstellation nach Abs. 1 vorliegt, und wenn die übrigen spezifischen Voraussetzungen von Abs. 2 erfüllt sind.

Fazit

Die Abgrenzung der beiden Absätze von Art. 42c FINMAG erfolgt über die Empfängerbehörde und/oder den Verwendungszweck der Information. Übermittlungen nach Abs. 2 sind somit nur möglich, wenn nicht eine Übermittlungskonstellation nach Abs. 1 vorliegt, und wenn die übrigen spezifischen Voraussetzungen von Abs. 2 erfüllt sind.

⁸ Stellungnahme SBVg vom 15. Oktober 2020, S. 7: "Richtigerweise führt die FINMA in ihrem Bericht aus, dass die Abgrenzung von Art. 42c Abs. 1 FINMAG zu Art. 42c Abs. 2 FINMAG über die Empfängerbehörde und/oder den Verwendungszweck der Information erfolge (S. 17; zu 4.3.1)."

⁹ Erläuterungsbericht zum Rundschreiben 2017/xx "Direktübermittlung" vom 7. Juli 2016; vgl. www.finma.ch > Archiv > abgeschlossene Anhörungen > 2016 > Rundschreiben „Direktübermittlung“.

3.3 Art. 42c Abs. 1 FINMAG

3.3.1 Direktübermittlungen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden auf Basis von privatrechtlichen Verträgen (Rz 10)

Stellungnahmen

SBVg beantragt eine Klarstellung in Rz 10, wonach eine Informationsübermittlung einer Beaufsichtigten an eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde auf Basis einer privatrechtlichen Geschäftsbeziehung ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 42c FINMAG erfolge. In dieser Konstellation sei nicht der Vollzug des Finanzmarktrechts, sondern die getroffene vertragliche Vereinbarung Zweck der Übermittlung. Konkrete Beispiele für eine solche Konstellation hat die SBVg nicht genannt.

Würdigung

Art. 42c Abs. 1 FINMAG regelt die Übermittlung von Informationen zum Vollzug des Finanzmarktrechts. Dient die Informationsübermittlung also nicht dem Vollzug des Finanzmarktrechts, sondern ist sie bspw. privatrechtlich veranlasst, so findet Abs. 1 – wie bereits im EEB (Ziff. 4.2.1) ausgeführt – keine Anwendung und es gelten für die Übermittlung die übrigen anwendbaren Regeln ausserhalb von Art. 42c FINMAG. Die FINMA erachtet eine Klarstellung/explicite Regelung im Rundschreiben weiterhin als nicht erforderlich, zumal es sich nur um sehr seltene Fälle handeln dürfte, bei welchen nicht öffentliche Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht (auch nicht zumindest teilweise) zum Zwecke der Finanzmarktaufsicht übermittelt werden.

Fazit

Auf eine Klarstellung in Rz 10 wird verzichtet.

3.3.2 Liste der amtshilfefähigen Behörden (Rz 20 ff.)

Stellungnahmen

Im Interesse der Rechtssicherheit soll gemäss SBVg gewährleistet werden, dass die Liste der Finanzmarktaufsichtsbehörden möglichst umfassend ist. Sie ist der Ansicht, dass gewisse international wichtige Behörden nicht auf der Liste geführt würden (bspw. HKMA). SBVg wünscht, dass die Liste von der FINMA aktiv bewirtschaftet und zumindest um jene Behörden ergänzt würde, zu welchen die FINMA einen regelmässigen Austausch pflege. Sie schlägt einzelne Behörden vor, die nach ihrer Praxiserfahrung in die Liste aufzunehmen seien.

SBVg verlangt sodann eine Erweiterung der Vermutungswirkung (Rz 21) auf solche Behörden oder Stellen, welche zwar nicht explizit aufgelistet sind, allerdings einer bereits aufgelisteten Behörde untergeordnet werden können oder aus derselben Jurisdiktion stammen und vergleichbaren Regeln hinsichtlich Vertraulichkeit und Spezialität unterliegen.

Würdigung

Die FINMA hat im Rahmen des Ex-post-Evaluationsverfahrens dem Bedarf nach einer Ausweitung der Liste der amtshilfefähigen Behörden bereits Rechnung getragen (vgl. EEB, Ziff. 4.2.2). Mit der neuen Formulierung von Rz 20 (vgl. Änderungserlass) werden auch Finanzmarktaufsichtsbehörden, mit welchen die FINMA eine für die Amtshilfe hinreichende bilaterale Kooperationsvereinbarung abgeschlossen hat, in die Liste der amtshilfefähigen Behörden aufgenommen. Dieses neue Aufnahmekriterium führt zu einer Erweiterung der Liste um rund 25 Behörden, mit welchen die FINMA regelmässigen Austausch pflegt.¹⁰ Die drei Kriterien für die Aufnahme einer Behörde in die Liste (Rz 20) sind sowohl für die Beaufsichtigten als auch die ausländischen Behörden transparent und nachvollziehbar. Erfüllt eine ausländische Behörde eines dieser Kriterien, wird diese unter Vorbehalt von Rz 21 (1. Satz) zeitnah in die Liste aufgenommen. Die FINMA hält am Grundsatz fest, dass nur diejenigen Behörden in die Liste aufgenommen werden können, die ihr gegenüber die Einhaltung des Vertraulichkeits- und des Spezialitätsprinzips (entweder anlässlich einer konkreten Amtshilfeleistung oder ihm Rahmen einer bilateralen Kooperationsvereinbarung) zugesichert haben.

Die Vermutung, dass die Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 FINMAG erfüllt sind, gilt nur bei den aufgelisteten ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden. Wo die Einhaltung der Prinzipien (Vertraulichkeit und Spezialität) gegenüber der FINMA weder anlässlich einer konkreten Amtshilfeleistung noch im Rahmen einer bilateralen Kooperationsvereinbarung zugesichert wurde, kann die Amtshilfefähigkeit einer ausländischen Behörde nicht generell vermutet werden. Im Übrigen wird auf die Ausführungen im Anhörungsbericht 2016 (Ziff. 3.2.4.5) sowie im EEB (Ziff. 4.2.2) verwiesen.

Fazit

Basierend auf der Ex-post-Evaluation sieht die FINMA durch Aufnahme eines neuen Kriteriums in Rz 20 des Rundschreibens (Abschluss einer für die Amtshilfe hinreichende bilaterale Kooperationsvereinbarung) eine Erweiterung der Liste der amtshilfefähigen Behörden um rund 25 Behörden vor. Die Vermutungswirkung gemäss Rz 21 gilt nur betreffend die aufgelisteten ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden.

¹⁰ Beinahe die Hälfte der von SBVg genannten Behörden (auch die HKMA) werden durch das neue Aufnahmekriterium in die Liste aufgenommen.

3.4 Art. 42c Abs. 2 FINMAG

3.4.1 Übermittlung an Straf- oder Steuerbehörden (Rz 35, 37)

Stellungnahmen

SBVg und ZKB kritisieren das im Rundschreiben (in Rz 35 und 37) enthaltene pauschale Verbot der Informationsübermittlung an ausländische Straf- oder Steuerbehörden, wenn diese gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfolge. Gemäss den beiden Anhörungsteilnehmerinnen verbiete Abs. 2 einen direkten Informationsfluss an ausländische Straf- oder Steuerbehörden nur, wenn dieser im Rahmen (bereits eröffneter) formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren erfolge. Ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren müsse es unter Abs. 2 möglich sein, allen Behörden und Stellen „niederschwellige“¹¹ Informationen direkt oder indirekt zuzustellen bzw. sich mit solchen Behörden/Stellen auszutauschen. Ob sodann eine ausländische Stelle von einer dortigen Straf- oder Steuerbehörde beauftragt worden sei, liesse sich – wenn überhaupt – nur durch aufwändige Abklärungen im Einzelfall beurteilen. SBVg und ZKB beantragen eine entsprechende Anpassung in Rz 35 und 37.

Würdigung

Die FINMA bleibt unter Verweis auf die Ausführungen im Anhörungsbericht 2016 (Ziff. 3.4.2) und im EEB (Ziff. 4.4.1) bei der Auffassung, wonach der Gesetzgeber mit dem noch nach Verabschiedung der Botschaft kurzfristig eingefügten Abs. 2 keine Einschränkung der nationalen Bestimmungen und internationalen Abkommen der Schweiz zur Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Strafsachen bezweckte. Art. 42c Abs. 2 FINMAG lässt somit keine Übermittlung an ausländische Straf- und Steuerbehörden zu, und zwar unabhängig davon, ob bereits ein formelles (Amts- oder Rechtshilfe-)Verfahren eröffnet wurde.

Im EEB (Ziff. 4.4.1) wurde sodann klargestellt, dass eine Abklärung gemäss Rz 37 nur dann erforderlich ist, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass eine ausländische Stelle¹² im Auftrag der dortigen Straf- oder Steuerbehörden tätig wird. Ein solcher Auftrag liegt nicht vor, wenn die ausländische Stelle ihren allgemeinen gesetzlichen Anzeige- und Auskunft- oder standardisierten Melde- und Transparenzpflichten nachkommt.

¹¹ Gemäss SBVg soll der Begriff "niederschwellig" dazu dienen, die entsprechenden Fälle von den Konstellationen mit formellen Verfahren abzugrenzen (niederschwellig sei also nicht als Gegenstück zu Informationen von wesentlicher Bedeutung i.S.v. Rz 44–46 des Rundschreibens zu verstehen). Gemäss SBVg und ZKB sind "niederschwellige Informationen" nicht öffentliche Informationen, die aus dem Verhältnis des Beaufsichtigten zu ihren Kunden stammen bzw. die im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen.

¹² Bei solchen Stellen handelt es sich bspw. um Selbstregulatoren, Börsen, Meldestellen, Depotbanken, zentrale Gegenparteien, Transaktionsregister usw. (vgl. Rz 36 des Rundschreibens).

Fazit

Eine Informationsübermittlung an ausländische Straf- oder Steuerbehörden ist gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig (unabhängig davon, ob bereits ein formelles Verfahren eröffnet wurde). Rz 35 und 37 werden nicht angepasst. Gemäss Rz 37 sind nur dann Abklärungen erforderlich, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass ausländische Stellen im Auftrag der dortigen Straf- oder Steuerbehörden handeln (was bei Erfüllung von allgemeinen gesetzlichen Anzeige- und Auskunfts- oder standardisierten Melde- und Transparenzpflichten nicht der Fall ist).

3.4.2 Zusammenhang mit „Geschäft“ im Sinne von Art. 42c Abs. 2 FINMAG (Rz 39)

Stellungnahmen

ZKB und SBVg bringen vor, dass der Gesetzestext von Art. 42c Abs. 2 FINMAG ausdrücklich von „Geschäften“ und nicht bloss von „Transaktionen“ spreche. Der Begriff „Geschäfte“ müsse daher sowohl inhaltlich als auch in zeitlicher Hinsicht den ganzen Umfang und die ganze Dauer bspw. einer bestimmten Geschäftsbeziehung oder einer Dienstleistungserbringung abdecken. Es fehle der FINMA die Kompetenz, die gesetzgeberische Absicht eines weiten Anwendungsbereichs von Art. 42c Abs. 2 FINMAG durch den Begriff „Transaktionen“ über Gebühr einzuengen.

Würdigung

Der im ersten Entwurf des Rundschreibens enthaltene Transaktionsbegriff wurde bereits nach dem Anhörungsverfahren im Jahr 2016 durch den Begriff „Geschäft“ ersetzt (vgl. Anhörungsbericht 2016, Ziff. 3.4.3 sowie EEB, Ziff. 4.4.3). Gemäss dem aktuellen Entwurf des Rundschreibens dürfen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG sämtliche Informationen übermittelt werden, die im Zusammenhang mit bewilligten Geschäften für Kunden oder für die Beaufsichtigte stehen. Auch die FINMA ist der Auffassung, dass der Geschäftsbegriff weit auszulegen ist, weshalb sie im Rahmen des Ex-post-Evaluationsverfahrens das potentiell missverständliche Wort „ausschliesslich“ gestrichen hat (vgl. Änderungserlass, Rz 39, sowie EEB, Ziff. 4.4.3).

Fazit

Der Transaktionsbegriff wurde bereits nach dem Anhörungsverfahren im Jahr 2016 durch den Begriff „Geschäft“ ersetzt, welcher auch nach Auffassung der FINMA weit auszulegen ist. Um dies zu betonen, wird das Wort „ausschliesslich“ in Rz 39 gestrichen.

3.5 Meldungen nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG

3.5.1 Liste mit Beispielen von meldepflichtigen und nicht meldepflichtigen Informationen/Übermittlungen (Rz 47–69)

Stellungnahmen

SBVg regt an, die Beispielliste für meldepflichtige und nicht meldepflichtige Übermittlungen (Rz 48–69) zu streichen. Wie bei Art. 29 Abs. 2 FINMAG (Auskunfts- und Meldepflicht von Beaufsichtigten gegenüber der FINMA) soll den Beaufsichtigten die Beurteilung überlassen werden, was sie der FINMA melden. Insbesondere in Fällen von Rz 48 (nicht erforderliche Informationen) komme einer Übermittlung nicht zwingend eine wesentliche Bedeutung zu, weshalb eine vorgängige Meldung an die FINMA nicht sachgerecht sei. Die im Zusammenhang mit Rz 52, 53, 55 und 56 (Informationen zu Bilanz- und Erfolgsrechnung, ORSA, Aufgabenerfüllung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung sowie Kapitalplanung und Stresstests) stehenden Daten befänden sich in der Regel in der alleinigen Verfügungsmacht der Beaufsichtigten, womit auch die Entscheidung über eine allfällige Offenlegung bei den Beaufsichtigten läge und die Informationsübermittlung somit ohnehin der Amtshilfe entzogen wäre. Nach Ansicht der SBVg sollte allerdings Rz 47 (Informationsübermittlung an Behörden, die nicht auf der FINMA-Liste stehen) im Rundschreiben bestehen bleiben, da hier ein unmittelbarer Zusammenhang mit Art. 42c FINMAG und dessen Voraussetzungen hergestellt werde.

Mit Bezug auf Rz 52 äussert SVV den Wunsch, die FINMA möge konkrete Beispiele für nicht öffentlich zugängliche Informationen zu Bilanz- und Erfolgsrechnung anführen, wobei sie keine konkreten Vorschläge anbringt. SVV hält sodann fest, dass ein Grossteil der Informationen nach Rz 52 aufgrund des FINMA-Rundschreibens 2016/2 „Offenlegung – Versicherer (*Public Disclosure*)“ bereits veröffentlicht würden, wobei aber je nach Zeitpunkt der Anfrage der ausländischen Behörde das Bedürfnis bestehen könne, noch nicht veröffentlichte Informationen zu übermitteln. Sodann handle es sich um eigene Daten, welche keine Rückschlüsse auf Dritte erlaubten, jedoch für Gastlandbehörden einer Niederlassung/Tochtergesellschaft (bspw. zur Ermittlung des Gegenparteirisikos) von hoher Relevanz sein könnten. Betreffend Rz 65 (institutsbezogene und produktbezogene Informationen) beantragt SVV eine umfassendere Auslegung, wonach Informationsübermittlungen im Rahmen von Lizenz-/Registrierungsanträgen und Erneuerungen miteingeschlossen werden sollen.

Gemäss MS Amlin AG soll Rz 52 zwecks Vermeidung eines erheblichen Mehraufwands für Rückversicherer im Rahmen der Lizenzierung respektive Registrierung im Ausland nicht anwendbar sein. Ferner regt sie an, dass Rückversicherer im Rahmen des Reportings für ausländische Niederlassungen den *Own Risk and Solvency Assessment* (ORSA)-Report (Rz 53), den

Bericht des verantwortlichen Aktuars (Rz 55) sowie den Schweizer Stress-test-Report (Rz 56) direkt (d.h. ohne vorgängige Meldung) an den Regulator der Niederlassung übermitteln dürfen. Zur Begründung führt sie an, dass durch die Erstellung separater Reports für ausländische Niederlassungen (welche – mit Ausnahme der Zahlen, die sich auf die Niederlassung beziehen – inhaltlich gleich seien) ein erheblicher Mehraufwand ohne Gegenwert entstünde. Der Gesetzgeber habe aber eine Erleichterung und nicht eine Erschwerung vorgesehen.

Würdigung

Die FINMA hat sich mit den Beispielen meldepflichtiger und nicht meldepflichtiger Sachverhalte bzw. mit den in diesem Zusammenhang von den Anhörungsteilnehmern erneut vorgebrachten Anregungen bereits eingehend im EEB (Ziff. 4.5.4 und 4.5.5) auseinandergesetzt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.

Der Beispielkatalog von meldepflichtigen und nicht meldepflichtigen Informationen/Übermittlungen (mit Ausnahme von Rz 47) ist aus Sicht der FINMA richtig kalibriert. Rz 47 wird gestrichen, da die Prüfung der Übermittlungsvoraussetzungen ohnehin den Beaufichtigten obliegt, die Meldepflicht unter Rz 47 jedoch unter Umständen dazu führen könnte, dass nicht wesentliche Informationen/Übermittlungen (gemäss Rz 58 ff.) zu melden wären. Bei den sonst in die Liste aufgenommenen Beispielen handelt es sich um wesentliche Informationen/Übermittlungen, über welche die FINMA zur Wahrnehmung ihres gesetzlichen Auftrages informiert sein muss. Dort, wo ein solches Aufsichtsinteresse nicht besteht, kann die Meldepflicht mittels Verzicht ganz oder teilweise eingeschränkt werden (vgl. Rundschreiben, Rz 69).

Unter Rz 52 des Rundschreibens fallen sämtliche Informationen zu Bilanz- und Erfolgsrechnung, welche nicht öffentlicher Natur sind. Das Kriterium „öffentlich/nicht-öffentlich“ scheint in diesem Zusammenhang genügend aufschlussreich, weshalb auf die Angabe von konkreten Beispielen im Rundschreiben verzichtet wird.

Fazit

Die Beispielliste für meldepflichtige und nicht meldepflichtige Sachverhalte wird weder gesamthaft gestrichen noch im Einzelnen angepasst. Einzig die Rz 47 wird gestrichen.

3.5.2 *White List* sowie Austausch zwischen den Beaufsichtigten und der FINMA (Rz 58 ff.)

Stellungnahmen

ZKB erneuert ihren Antrag um Erstellung einer (nicht abschliessenden) *White List*¹³ zu Fallkonstellationen, bei denen nicht öffentliche, „niederschwellige“ Informationen an ausländische Behörden und Stellen übermittelt werden dürfen. Dass die Bankenbranche selbst eine solche Liste führe, habe nach Ansicht der ZKB nicht denselben Stellenwert.

Sofern keine *White List* erstellt werde, würde die ZKB einen periodischen Austausch über Praxiserfahrungen zwischen Banken und der FINMA begrüssen. Auch die SBVg regt einen regelmässigen Austausch zwischen der FINMA und der Branche an, um ein gemeinsames Verständnis für typische Fallkonstellationen zu entwickeln.

Würdigung

Mit Verweis auf die Ausführungen im Anhörungsbericht 2016 (Ziff. 3.1.12) und im EEB (Ziff. 4.7) lehnt die FINMA weiterhin die Publikation einer eigenen *White List* ab. Aufgabe der FINMA ist es, mit dem Rundschreiben die Voraussetzungen und einen geeigneten Rahmen für eine einheitliche Anwendung der Norm zu schaffen. Mit ihren langjährigen Erfahrungen bei der Erfüllung zahlreicher Melde- und Informationsanforderungen nach unterschiedlichen Rechtsordnungen sind die Beaufsichtigten besser in der Lage als die FINMA, eine solche *White List* mit praktischen Anwendungsfällen zu erstellen und zu bewirtschaften.

Die FINMA steht dem Vorschlag für einen periodischen Austausch mit der Branche über typische Fallkonstellationen offen gegenüber.

Fazit

Die FINMA lehnt weiterhin die Publikation einer eigenen *White List* ab. Selbstverständlich steht es den Beaufsichtigten aber frei, basierend auf ihren Erfahrungen eine solche *White List* zu erstellen und den Betroffenen zur Verfügung zu stellen. Zudem steht sie einem periodischen Austausch mit der Branche zur Schaffung eines gemeinsamen Verständnisses für typische Fallkonstellationen offen gegenüber.

¹³ ZKB schlägt vor, den Beispielkatalog in Rz 58 ff. mit einer *White List* zu ergänzen bzw. eine solche als Anhang zum Rundschreiben auszugestalten und auf der FINMA-Webseite zu publizieren.

3.5.3 Zeitkritische Übermittlungen und Rückmeldungsdauer (Rz 71)

Stellungnahmen

SVV ist der Ansicht, dass die fünftägige Rückmeldungsdauer der FINMA (Rz 71) in Ausnahmefällen zu lang sein könne, zumal in solchen Situationen das Vorgehen allenfalls nicht vorgängig mit der FINMA aufgenommen werden könne. Zwecks Gewährleistung einer möglichst raschen Auskunftserteilung wünscht SVV das Bestehen einer Möglichkeit (nebst Rz 69 und 71), kurzfristige Anfragen prioritär zu behandeln.

Würdigung

Dem Anliegen einer prioritären Behandlung von kurzfristigen Anfragen wird aus Sicht der FINMA mit dem bestehenden Rundschreiben bereits ausreichend Rechnung getragen (vgl. auch EEB, Ziff. 4.5.6.3). Gemäss Rz 71 des Rundschreibens können Beaufschlagte in zeitkritischen Situationen unverzüglich Kontakt mit der FINMA aufnehmen, um eine flexible und pragmatische Lösung zu finden. Rz 69 des Rundschreibens bietet den Beaufschlagten ferner die Möglichkeit, bei der FINMA für sich wiederholende Informationsübermittlungen einen Verzicht auf die Meldepflicht („Waiver“) zu beantragen. Mit der im Rahmen des Ex-post-Evaluationsverfahrens vorgenommenen Anpassung des Meldeprozesses können Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG sodann künftig zeitgleich mit der Meldung an die FINMA erfolgen (vgl. Änderungserlass, Rz 72, sowie dazu mehr unter Ziff. 3.5.4 nachstehend). Dies führt zu einer weiteren Erleichterung des Informationsflusses zwischen Beaufschlagten und ausländischen Behörden. Fälle, in denen die ausländische Frist dermassen kurz bemessen ist, dass selbst ein kurzes Telefonat mit der FINMA nicht mehr möglich ist, scheinen kaum vorstellbar und würden darüber hinaus regelmässig kritische Situationen betreffen, über welche die FINMA ohnehin informiert sein müsste.

Fazit

Mit dem Rundschreiben (Rz 69, 71 und 72) wird dem Anliegen einer prioritären Behandlung von kurzfristigen Anfragen bereits ausreichend Rechnung getragen.

3.5.4 Meldeprozess bei Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG (Rz 72)

Stellungnahmen

SBVg und ZKB führen aus, dass die FINMA neu auch Informationsflüsse nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG einer Meldepflicht i.S.v. Art. 42c Abs. 3 FINMAG unterstellen wolle. Zwar soll keine vorgängige Meldung wie bei Art. 42c

Abs. 1 FINMAG notwendig sein, doch auch eine gleichzeitig mit der Informationsübermittlung abgesetzte Meldung sei überschüssig und unnötigerweise mit einem erheblichen Mehraufwand belastet.

ZKB führt zur Begründung weiter an, dass es sich bei Art. 42c Abs. 2 FINMAG auch nur um einen „niederschweligen“ Informationsfluss handle, welcher inhaltlich im Allgemeinen für die FINMA nicht von Interesse sein dürfte. Gleichzeitig würde der FINMA angesichts der hohen Anzahl Meldungen in Zusammenhang mit „niederschweligen“ Informationsflüssen der Blick auf wirklich wesentliche Themen verstellt bzw. zumindest erheblich erschwert.

Sowohl SBVg als auch ZKB fordern daher einen Verzicht auf die Meldepflicht bei Informationsübermittlungen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG.

Würdigung

SBVg und ZKB übersehen, dass die FINMA für Informationsübermittlungen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG (Informationsübermittlung an Empfänger, welcher keine Finanzmarktaufsichtsfunktion hat oder die Informationen nicht zum Zwecke der Finanzmarktaufsicht verwendet) nicht etwa neu eine Meldepflicht eingeführt, sondern vielmehr deren bereits bestehenden Meldeprozess erleichtert hat.

Die Meldepflicht gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG (Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung) betrifft seit je her Übermittlungen sowohl nach Abs. 1 als auch nach Abs. 2, sofern die dabei zu übermittelnden Informationen von wesentlicher Bedeutung sind (zur Abgrenzung zwischen Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG wird auf Ziff. 3.2 vorstehend verwiesen), was bereits im Erläuterungsbericht vom Juli 2016 festgehalten wurde (vgl. Ziff. 4.4). Die FINMA stimmt den Anhörungsteilnehmerinnen zwar zu, dass eine Informationsübermittlung unter Abs. 2 in den meisten Fällen kaum von wesentlicher Bedeutung sein wird. Dies kann aber nicht für jeden Fall angenommen werden. Auch Informationsübermittlungen unter Abs. 2 könnten unter Umständen von wesentlicher Bedeutung sein, von welchen die FINMA Kenntnis haben muss. Entsprechend schliesst der Wortlaut von Art. 42c Abs. 3 FINMAG die Meldepflicht von Informationsübermittlungen unter Abs. 2 nicht aus. Zum Zwecke einer Erleichterung des Informationsflusses zwischen Beaufsichtigten und ausländischen Behörden/Stellen sieht die FINMA aufgrund des Ex-post-Evaluationsverfahrens eine Anpassung des Meldeprozesses für Übermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG vor, wonach die Meldung an die FINMA nicht mehr vorgängig vorgenommen werden muss, sondern zeitgleich mit der Informationsübermittlung erfolgen kann (vgl. Änderungserlass, Rz 72). Dies, weil die FINMA bei Meldungen betreffend Art. 42c Abs. 2 FINMAG keinen Amtshilfevorbehalt anbringen könnte (die FINMA kann nur an Finanzmarktaufsichtsbehörden zum Zwecke der Finanzmarktaufsicht nicht öffentliche Informationen übermitteln, was auf Konstellationen gemäss Art.

42c Abs. 2 FINMAG gerade nicht zutrifft). Entsprechend muss bei Meldungen von Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG keine Rückmeldung der FINMA mehr abgewartet werden. Im Sinne einer Klarstellung wird Rz 72 um die Wörter „meldepflichtigen“/„Meldepflichtige“ Informationsübermittlungen/Direktübermittlungen ergänzt.

Generell gilt, dass vorgängige Meldungen unter Art. 42c Abs. 3 FINMAG keinen eigentlichen Genehmigungsprozess auslösen. Die FINMA prüft lediglich, ob sie einen Amtshilfevorbehalt anzubringen hat und nicht, ob die Voraussetzungen von Art. 42c FINMAG erfüllt sind (vgl. Rz 74). Dies liegt in der Verantwortung und im Ermessen der Beaufsichtigten (vgl. EEB, Ziff. 4.5.1). Ist für die FINMA offensichtlich, dass eine geplante Direktübermittlung gegen Art. 42c FINMAG verstösst, weist sie die Beaufsichtigte darauf hin.

Fazit

Eine Meldepflicht im Sinne von Art. 42c Abs. 3 FINMAG besteht bei wesentlicher Bedeutung seit je her auch für Direktübermittlungen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG. Der Meldeprozess soll jedoch erleichtert werden, indem Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG neu zeitgleich mit der Meldung an die FINMA erfolgen können. Rz 72 wird zwecks Klarstellung um die Wörter „meldepflichtigen“/„Meldepflichtige“ Informationsübermittlungen/Direktübermittlungen ergänzt.

3.6 Sprachliche und redaktionelle Anpassungen

Im nach dem Ex-post-Evaluationsverfahren in die Anhörung gegebenen Änderungserlass wurde Rz 72 des Rundschreibens insofern angepasst, als nur noch Informationsübermittlungen unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG einer *vorgängigen* Meldung an die FINMA i.S.v. Art. 42c Abs. 3 FINMAG bedürfen. Informationsübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG dürfen hingegen neu *zeitgleich* mit der Meldung an die FINMA erfolgen (vgl. oben, Ziff. 3.5.4). Sämtliche in Rz 43–69 des Rundschreibens aufgestellten Regeln haben jedoch weiterhin Geltung sowohl für Abs. 1 als auch Abs. 2. Zwecks Klarstellung wird das an einzelnen Stellen im Rundschreiben (Rz 1, 43, 58 und 69, Titel VI.) noch enthaltene Wort „vorgängige“ bzw. „vorgängigen“ gestrichen bzw. im Absatz zwischen Rz 46 und 47 präzisiert, dass „vorgängige oder gleichzeitige“ Meldungen (i.S.v. Rz 72) gemeint sind.

Wie in Rz 75 wird sodann auch in Rz 76 konsequenterweise präzisiert, dass die FINMA den Amtshilfeweg nur „*bei Übermittlungen unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG*“ jederzeit und auch präventiv vorbehalten kann.

3.7 Zusammenfassung der Änderungen im Rundschreiben

Zusammengefasst werden folgende Anpassungen im Rundschreiben vorgenommen:

- Liste der amtshilfefähigen Behörden, Rz 20 f.: Rz 20 wird ergänzt, so dass auch Finanzmarktaufsichtsbehörden, mit welchen die FINMA eine für die Amtshilfe hinreichende bilaterale Kooperationsvereinbarung abgeschlossen hat, in die Liste der amtshilfefähigen Behörden aufgenommen werden. Rz 21 hält neu zusätzlich fest, dass die FINMA auch bei Erfüllung eines Aufnahmekriteriums nach eigenem Ermessen über die Aufnahme einer Finanzmarktaufsichtsbehörde in die Liste entscheidet.
- Abklärungen Spezialität und Vertraulichkeit, Rz 26: Gemäss der ergänzten Rz 26 können Vertraulichkeit und Spezialität auch unternehmensintern durch eine qualifizierte Person abgeklärt werden.
- Abgrenzung von Abs. 1 zu Abs. 2 des Art. 42c FINMAG, Rz 33.1 und 33.2: Das Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2 von Art. 42c FINMAG wird in Rz 33.1 und 33.2 präziser festgehalten. Inhaltlich ergeben sich durch die Anpassungen keine Änderungen gegenüber der aktuell geltenden Rz 33. Die Änderungen dienen nur der Klarstellung.
- Keine Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 FINMAG auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG, Rz 33.3: Rz 33.3 stellt klar, dass Spezialität und Vertraulichkeit keine ungeschriebenen Voraussetzungen von Art. 42c Abs. 2 FINMAG sind.
- Weite Auslegung des Begriffs „Zusammenhang“ in Art. 42c Abs. 2 FINMAG, Rz 39: Die FINMA legt den Begriff des Zusammenhangs in Art. 42c Abs. 2 FINMAG weit aus. Um dies zu betonen, wird das Wort „ausschliesslich“ in Rz 39 gestrichen.
- Liste der Beispiele für melde- und nichtmeldepflichtige Direktübermittlungen, Rz 47 ff.: Rz 47 wird gestrichen. Geplante Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG an Finanzmarktaufsichtsbehörden, die nicht auf der Liste amtshilfefähiger Behörden (Rz 20 f.) stehen, sind daher nicht mehr zu melden. In Rz 56 wird präzisiert, dass es sich um Schweizer Stresstests handelt. Angaben zu den Verantwortlichen der Gesellschaft sind in Rz 62 neu explizit als nicht-meldepflichtige Informationen aufgeführt.
- Meldungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG, Rz 72 ff.: Rz 72 regelt, dass Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG, die als solche gekennzeichnet sind, zeitgleich mit der Meldung an die FINMA erfolgen dürfen, ohne dass eine Rückmeldung abgewartet werden muss. Im Sinne einer Klarstellung wird Rz 72 sodann um die Wörter „meldepflichtigen“/„Meldepflichtige“ Informationsübermittlungen/Direktübermittlungen ergänzt. Rz 73 wird entsprechend auf Fälle des Art. 42c Abs. 1 FINMAG eingeschränkt. Der Verweis auf Art. 42c Abs. 5 FINMAG (*Supervisory Privilege*) wird gestrichen. Rz 74 hält klarstellend fest, dass es sich bei einer Meldung um die Erfüllung einer Anzeigepflicht handelt.

- Meldepflicht: Trotz der Anpassung von Rz 72 (wonach Übermittlungen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht mehr vorgängig gemeldet werden müssen, sondern gleichzeitig mit der Meldung erfolgen können) haben sämtliche in Rz 43–69 des Rundschreibens aufgestellten Regeln weiterhin Geltung sowohl für Abs. 1 als auch Abs. 2. Zwecks Klarstellung wird das an einzelnen Stellen im Rundschreiben (Rz 1, 43, 58 und 69, Titel VI.) noch enthaltene Wort „vorgängige“ bzw. „vorgängigen“ gestrichen bzw. im Absatz zwischen Rz 46 und 47 präzisiert, dass „vorgängige oder gleichzeitige“ Meldungen (i.S.v. Rz 72) gemeint sind.
- Amtshilfedorbehalt, Rz 75 f.: In Rz 75 wird präzisiert, dass sich die FINMA nur bei Übermittlungen unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG den Amtshilfedorbehalt vorbehalten kann. Eine entsprechende Präzisierung wird auch in Rz 76 vorgenommen.

4 Weiteres Vorgehen

Die Anpassungen des FINMA-Rundschreibens 2017/6 „Direktübermittlung“ werden per 1. April 2021 in Kraft gesetzt.