

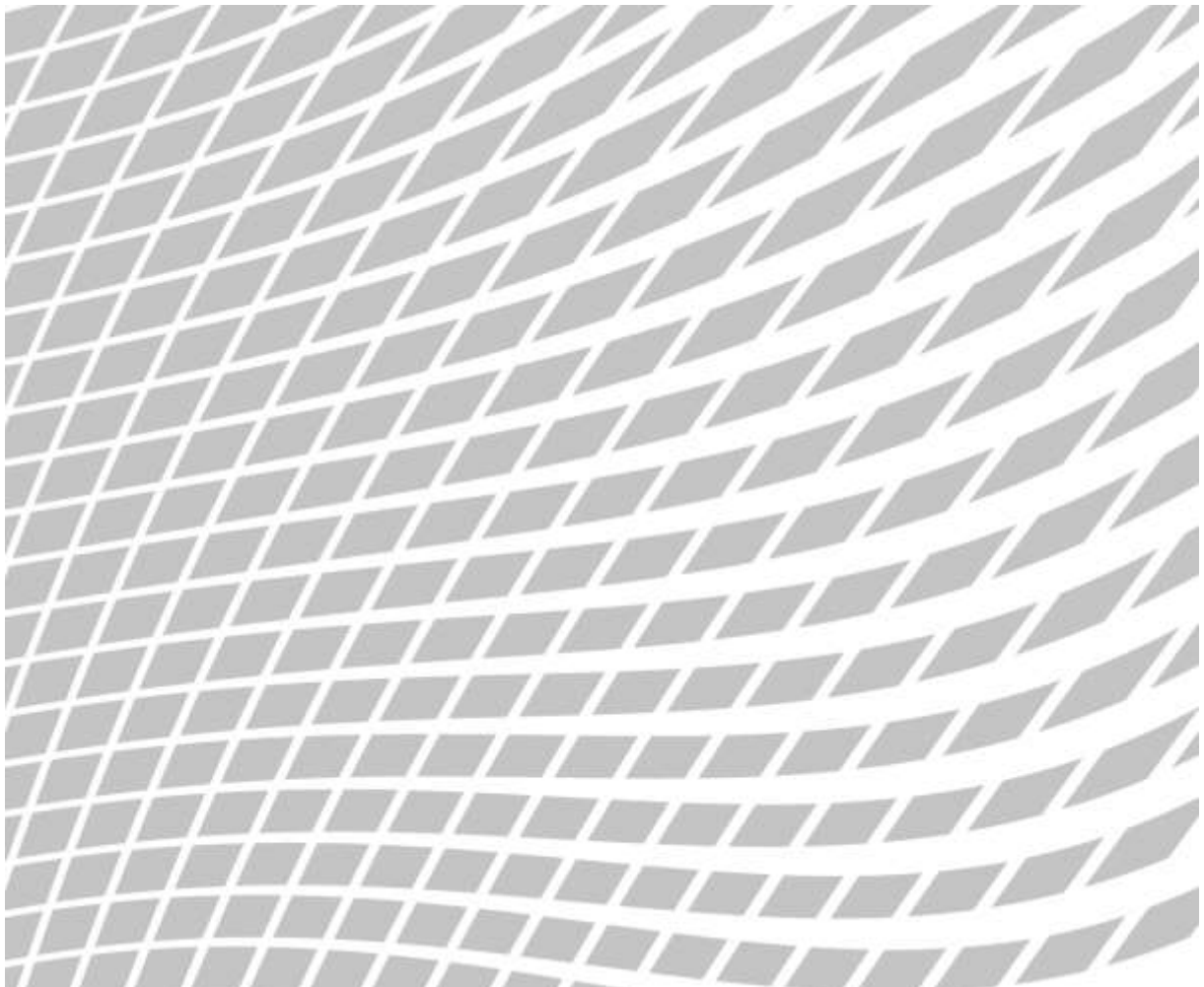
8. Dezember 2016

---

## **FINMA-Rundschreiben 2017/6 „Direktübermittlung“**

Bericht über die Anhörung vom 7. Juli bis  
1. September 2016 zum Entwurf des  
Rundschreibens „Direktübermittlung“

---



# Inhaltsverzeichnis

|          |   |          |
|----------|---|----------|
| <b>1</b> | <b>Einleitung</b> .....   | <b>7</b> |
| <b>2</b> | <b>Eingegangene Stellungnahmen</b> .....  | <b>7</b> |
| <b>3</b> | <b>Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA</b> .....                      | <b>8</b> |
| 3.1      | Anwendungsbereich des Art. 42c Abs. 1 und Abs. 2 FINMAG .....                             | 8        |
| 3.1.1    | Art. 42c FINMAG begründet keine Pflicht zur Übermittlung .....                            | 8        |
| 3.1.2    | Strafrechtliche Relevanz des Rundschreibens und zukünftige<br>Zuständigkeit des EFD ..... | 8        |
| 3.1.3    | Beschränkung des Art. 42c FINMAG auf den Anwendungsbereich<br>des Art. 271 StGB.....      | 9        |
| 3.1.4    | Konzerninterne Übermittlung in das Ausland (Rz 4) .....                                   | 10       |
| 3.1.5    | Art. 42c FINMAG und FINMA-RS 2013/03 „Prüfwesen“ .....                                    | 11       |
| 3.1.6    | Selbstregulierungsorganisationen im Anwendungsbereich von Art.<br>42c FINMAG (Rz 2) ..... | 11       |
| 3.1.7    | Vermögensverwalter als (noch) nicht Beaufsichtigte (Rz 5).....                            | 12       |
| 3.1.8    | Outsourcing .....   | 13       |
| 3.1.9    | Nicht öffentliche Informationen .....   | 14       |
| 3.1.10   | Kundenbegriff (Rz 14).....  | 14       |
| 3.1.11   | Prüfung der Übermittlungsvoraussetzungen .....  | 15       |
| 3.1.12   | White List .....  | 16       |
| 3.1.13   | Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten (Rz 30 f., 42) .....                            | 17       |
| 3.1.14   | Informationen zu Organen und Gewährsträgern (Rz 16) .....                                 | 17       |
| 3.1.15   | Dritter/Drittpartei (Rz 17) .....   | 18       |
| 3.2      | Art. 42c Abs. 1 FINMAG .....  | 18       |
| 3.2.1    | Verhältnis von Art. 42c Abs. 1 FINMAG zum GwG (Rz 8) .....                                | 18       |
| 3.2.2    | Straf- und Steuerbehörden (Rz 10, 13) .....   | 19       |
| 3.2.3    | Behörden und Stellen im Sinne von Abs. 1 (Rz 12 f.).....                                  | 20       |
| 3.2.4    | Art. 42c Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG (Rz 18 ff.).....                      | 21       |

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| 3.3      | Verhältnis von Art. 42c Abs. 1 FINMAG zu Art. 42 c Abs. 2 FINMAG (Rz 32 f.) .....                                | 25        |
| 3.4      | Art. 42c Abs. 2 FINMAG .....   | 27        |
| 3.4.1    | Von ausländischen Behörden beauftragte Stellen (Rz 36) .....   | 27        |
| 3.4.2    | Keine Übermittlung an Straf- und Steuerbehörden, Übermittlungen<br>an Finanzmarktaufsichtsbehörden (Rz 35) ..... | 28        |
| 3.4.3    | Transaktion versus Geschäft (Rz 39) .....  | 28        |
| 3.4.4    | Direkter Zusammenhang (Rz 39) .....  | 29        |
| 3.4.5    | Zwingende Erforderlichkeit (Rz 40) .....   | 30        |
| 3.4.6    | Genehmigung und Abwicklung (Rz 40, 41) .....   | 30        |
| 3.5      | Meldungen nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG .....  | 31        |
| 3.5.1    | Wesentliche Bedeutung, Art. 42c Abs. 3 FINMAG i.V.m. Art. 29 Abs.<br>2 FINMAG (Rz 43 ff.) .....                  | 31        |
| 3.5.2    | Verfahren unter Art. 42c Abs. 3 FINMAG (Rz 67 ff.) .....   | 32        |
| 3.5.3    | Beispiele meldepflichtiger und nicht meldepflichtiger Sachverhalte<br>(Rz 43 ff.) .....                          | 34        |
| 3.6      | Amtshilfedorbehalt nach Art. 42c Abs. 4 FINMAG (Rz 72 ff.) .....   | 45        |
| <b>4</b> | <b>Weiteres Vorgehen.....</b>  | <b>47</b> |

## Kernpunkte

1. Am 1. Januar 2016 trat Art. 42c FINMAG in Kraft. Die Bestimmung eröffnet den Beaufsichtigten die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen nicht öffentliche Informationen direkt an ausländische Behörden und Stellen zu übermitteln. Der Anwendungsbereich der Norm wie auch die einzelnen Voraussetzungen lassen einen weiten Interpretationsspielraum zu. Dies gilt insbesondere für den Absatz 2 des Artikels, der spät in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht wurde und daher in der Botschaft nicht behandelt wird. Zielsetzung des Rundschreibens ist es, die Beaufsichtigten bei der selbständigen Übermittlung gemäss Art. 42c FINMAG zu unterstützen, die daraus resultierenden Risiken zu minimieren und eine einheitliche Anwendung der Norm zu gewährleisten.
2. Die Anhörungsteilnehmer stellen die Notwendigkeit des Rundschreibens nicht in Frage. Vielmehr begrüssen sie, dass im Rundschreiben die Übermittlungsvoraussetzungen konkretisiert und die Anforderungen an eine Meldung gemäss Absatz 3 präzisiert werden sollen.
3. Hingegen kritisieren die Anhörungsteilnehmer die im Entwurf des Rundschreibens dargelegte Auslegung der FINMA in mehreren Punkten: Einige Anhörungsteilnehmer aus dem Banken- und Versicherungssektor fordern, einzelne Übermittlungsvoraussetzungen weniger restriktiv auszulegen. Andere Beaufsichtigte äussern demgegenüber starke Bedenken, dass bei Anwendung des Rundschreibens immer noch zu viele Informationen unter Art. 42c FINMAG subsumiert werden könnten, deren Übermittlung der Gesetzgeber nicht bedacht bzw. gewollt habe.
4. Das stark divergierende Verständnis der Anhörungsteilnehmer von der Norm beruht teilweise auf Fehlannahmen: So gingen einige Anhörungsteilnehmer davon aus, dass Art. 42c FINMAG möglicherweise eine Pflicht zur direkten Übermittlung statuiere und nicht nur ein Recht einräume, dass die Prinzipien der Vertraulichkeit und Spezialität auch unter Absatz 2 zu prüfen seien, das Rundschreiben verbindlich Strafnormen konkretisieren könne oder es sich bei Art. 42c FINMAG um eine neue Form des Art. 271 StGB handele, wobei im Wesentlichen nur die Zuständigkeit vom EFD zur FINMA gewechselt habe.
5. Entsprechend wird bezüglich einiger Regelungen eine Lockerung, Einschränkung, Klarstellung, Präzisierung oder auch Streichung einzelner Randziffern gefordert.
6. Unter Berücksichtigung der Kritikpunkte aus den eingegangenen Stellungnahmen hat die FINMA in der endgültigen Fassung des Rundschreibens insbesondere folgende Änderungen vorgenommen:
  - Es wird klargestellt, dass weder die Übermittlung im Rahmen eines Outsourcings noch die konzerninterne Übermittlung in den Anwendungsbereich des Art. 42c FINMAG fallen, sofern die Informationen nicht zum Zwecke der Übermittlung an ausländische Behörden oder Stellen ins Ausland verbracht werden sollen.
  - Die Ausführungen aus dem Erläuterungsbericht zum Verhältnis von Absatz 1 zu Absatz 2 werden sinngemäss in das Rundschreiben übernommen.
  - Im Zusammenhang mit Absatz 2 wird auf „Geschäfte“ und nicht mehr – wie im Entwurf des Rundschreibens – auf „Transaktionen“ abgestellt.
  - Es wird explizit festgehalten, dass es bei der Beurteilung der wesentlichen Bedeutung i.S.v. Absatz 3 auf den Zeitpunkt der Übermittlung ankommt.
  - Die Liste der Beispiele nicht meldepflichtiger Informationen respektive Übermittlungen wird ergänzt.
  - Der Prozess einer Meldung gemäss Absatz 3 wird im Vergleich zum Entwurf des Rundschreibens weiter ausgeführt und konkretisiert.

Die FINMA wird zwei Jahre nach Inkrafttreten des Rundschreibens eine Ex-Post Evaluation durchführen, um allfälligen Anpassungsbedarf zu eruieren. Dies gebieten der weite Interpretationsspielraum der Norm, die begrenzte Praxiserfahrung bei ihrer Umsetzung und auch die sich wandelnden Anforderungen im internationalen Umfeld.

## Abkürzungsverzeichnis

|            |  |
|------------|--|
| a.E.       | am Ende  |
| DSG        | Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz; SR 235.1)  |
| DUFI       | Direktunterstellte Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG i.V.m. Art. 14 GwG  |
| EDÖB       | Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter  |
| EFD        | Eidgenössisches Finanzdepartement  |
| FinfraG    | Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz; SR 958.1) |
| FINMAG     | Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; SR 956.1)  |
| GAFI       | Groupe d'action financière   |
| GwG        | Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz; SR 955.0)                              |
| IAIS-MMoU  | International Association of Insurance Supervisors – Multilateral Memorandum of Understanding  |
| IOSCO-MMoU | International Organization of Securities Commissions – Multilateral Memorandum of Understanding  |
| i.S.v.     | im Sinne von   |
| OR         | Obligationenrecht (SR 220)   |
| s.o.       | siehe oben   |
| SRO        | Selbstregulierungsorganisation   |
| SST        | Swiss Solvency Test  |
| StGB       | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)   |

## 1 Einleitung

Vom 7. Juli bis 1. September 2016 führte die FINMA eine Anhörung zum Entwurf des Rundschreibens 2017/6 „Direktübermittlung“ durch. Die Information über die Anhörung erfolgte über die Webseite der FINMA und wandte sich an alle interessierten Kreise. Entsprechend konnte daran teilnehmen, wer sich dazu berufen sah.

Der vorliegende Bericht geht in allgemeiner und zusammengefasster Form auf die eingegangenen Stellungnahmen der Anhörungsteilnehmer zum Anhörungsentwurf des Rundschreibens ein und erläutert die entsprechende Auffassung der FINMA.

## 2 Eingegangene Stellungnahmen

Folgende Personen und Institutionen haben an der Anhörung teilgenommen und der FINMA eine Stellungnahme eingereicht<sup>1</sup> (in alphabetischer Reihenfolge):

- Association Romande des Intermédiaires Financiers (ARIF)
- EXPERTsuisse
- Forum SRO
- Homburger AG
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)
- Raiffeisen Schweiz Genossenschaft (Raiffeisen)
- Schweizerische Bankiervereinigung (Swissbanking; SBVg)
- Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes (SRO/SLV)
- SRO-Treuhand Suisse
- Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SRO/SVV)
- Swiss Re AG (Swiss Re)
- UBS AG (UBS)
- Vereinigung Schweizerischer Privatbanken
- Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG (Zürich)

---

<sup>1</sup> Aufgeführt sind diejenigen Anhörungsteilnehmer, die sich nicht gegen eine Veröffentlichung ihrer Stellungnahme durch die FINMA ausgesprochen haben.

### 3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

Die Ergebnisse der Anhörung und die Beurteilung durch die FINMA werden nachfolgend entlang der Absätze des Art. 42c FINMAG gegliedert dargestellt. Die Verweise auf Randziffern beziehen sich auf die Anhörungsversion des Rundschreibens.

#### 3.1 Anwendungsbereich des Art. 42c Abs. 1 und Abs. 2 FINMAG

##### 3.1.1 Art. 42c FINMAG begründet keine Pflicht zur Übermittlung

###### *Stellungnahmen*

SRO/SLV, Forum-SRO und SRO/SVV beantragen, es sei im Rundschreiben zu präzisieren, dass Art. 42c Abs.1 und 2 FINMAG ein Recht und keine Pflicht zur direkten Übermittlung nicht öffentlicher Informationen durch Beaufschlagte begründe.

###### *Würdigung*

Gemäss dem Wortlaut des Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG dürfen die Beaufschlagten Informationen übermitteln. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Übermittlung besteht mithin nicht. Da sich dies sowohl aus dem Gesetzeswortlaut als auch dem Entwurf des Rundschreibens und dem Erläuterungsbericht ergibt, erfolgen keine entsprechenden Ausführungen im Rundschreiben.

###### *Fazit*

Wegen des klaren Gesetzeswortlauts erfolgt im Rundschreiben kein expliziter Hinweis, dass Art. 42c FINMAG nur ein Recht zur Übermittlung gewährt.

##### 3.1.2 Strafrechtliche Relevanz des Rundschreibens und zukünftige Zuständigkeit des EFD

###### *Stellungnahmen*

SRO/SLV, ARIF, Forum-SRO und SRO/SVV beantragen eine Klarstellung, dass bei Anwendung des Rundschreibens eine Strafbarkeit nach Art. 271 StGB ausgeschlossen ist, mithin die FINMA ihnen das Risiko der Strafbarkeit durch ein entsprechend gestaltetes Rundschreiben abnimmt. Dies könne beispielsweise durch mehr Präzisierung oder mit abschliessenden Listen erreicht werden, die aufführen, welche Informationen an welche Behörden respektive Stellen zulässigerweise übermittelt werden dürfen.

Ein Anhörungsteilnehmer bittet um Klarstellung, dass eine Bewilligung nach Art. 271 StGB nach Inkrafttreten der revidierten gesetzlichen Grundlagen im FINMAG nicht mehr zur Verfügung steht.



### *Würdigung*

Eine die Strafbehörden bindende Präzisierung des Art. 42c FINMAG könnte die FINMA einzig im Rahmen einer Verordnung vornehmen. Hierfür fehlt ihr allerdings die entsprechende gesetzgeberische Kompetenz. Die Ausführungen der FINMA können daher nur auf Ebene Rundschreiben erfolgen. Ein Rundschreiben bindet die Strafbehörden jedoch nicht, auch wenn sie es im Rahmen ihrer Rechtsanwendung berücksichtigen können.

Was die Zuständigkeit des EFD nach Inkrafttreten des Art. 42c FINMAG betrifft, so ist die FINMA der Auffassung, dass keine Bewilligungen nach Art. 271 StGB mehr erforderlich sind, soweit die Voraussetzungen für eine Übermittlung nach Art. 42c FINMAG vorliegen.

### *Fazit*

Soweit Art. 42c FINMAG einschlägig ist, bedarf es keiner Bewilligung nach Art. 271 StGB.

### **3.1.3 Beschränkung des Art. 42c FINMAG auf den Anwendungsbereich des Art. 271 StGB**

#### *Stellungnahmen*

Homburger, SBVg und UBS sind der Ansicht, Art. 42c FINMAG sei ein Erlaubnistatbestand gegenüber Art. 271 StGB und könne daher nur Anwendung finden, soweit ein Fall von Art. 271 StGB vorliege. Es widerspräche dem in der Botschaft ausgeführten Sinn und Zweck von Art. 42c FINMAG diametral, auch solche Informationen und Dokumente einer Regulierung und damit potentiell einer Bewilligungspflicht zu unterstellen, die bisher frei übermittelt werden konnten. Für eine solche Verschärfung fehle es, so Homburger, an einer gesetzlichen Grundlage. UBS und SBVg führen aus, Art. 42c FINMAG sei als Grundlage für die Informationspflichten eingeführt worden, die hoheitlichen Charakter aufweisen und im Widerspruch zu Art. 271 StGB stehen könnten.

#### *Würdigung*

Vorausgeschickt sei, dass die Botschaft sich ausschliesslich zu Art. 42c Abs. 1 FINMAG äussert und keine Aussagen zu Abs. 2 trifft, welcher erst später in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht wurde. Soweit die Botschaft also auf Art. 271 StGB Bezug nimmt, beziehen sich die Aussagen ausschliesslich auf Abs. 1.

Art. 271 StGB definiert den Anwendungsbereich des Art. 42c FINMAG nicht. Zum einen ist der Wortlaut des Art. 42c FINMAG unmissverständlich. Der Gesetzgeber stellt ausschliesslich auf die Übermittlung nicht öffentlicher Informationen durch Beaufschlagte ab, ohne dass eine weitere Eingrenzung auf den Anwendungsbereich des Art. 271 StGB angedeutet wird. Zum anderen ergibt sich dies aus der systematischen Stellung des Art. 42c FINMAG. Die Möglichkeit der direkten Übermittlung durch die Beaufschlagten wurde im Abschnitt „Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen“ im FINMAG geregelt und ist als Unterform der Amtshilfe konzipiert, auf deren Vorschriften (Art. 42 Abs. 2 FINMAG) auch verwiesen wird. Die Ausführungen in der Botschaft zu Art. 271 StGB beziehen sich auf die Motivation

des Gesetzgebers, mit Art. 42c FINMAG eine neue Übermittlungsform zuzulassen, definieren aber nicht seinen Anwendungsbereich.

Der Auffassung der Anhörungsteilnehmer zu folgen würde im Übrigen zu dem stossenden Ergebnis führen, dass bei jeder Übermittlung nach Art. 42c FINMAG zunächst geprüft werden müsste, ob der Tatbestand des Art. 271 StGB erfüllt und damit der Anwendungsbereich des Art. 42c FINMAG eröffnet ist. Dies wäre nicht nur gesetzgebungstechnisch unüblich und impraktikabel, sondern würde auch dem Ziel der Botschaft widersprechen, die Unklarheiten zum Anwendungsbereich von Art. 271 StGB mittels Art. 42c FINMAG zu beseitigen.

#### *Fazit*

Art. 42c FINMAG ist auf sämtliche Übermittlungen nicht öffentlicher Informationen durch Beauftragte an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere Behörden und Stellen anwendbar; mithin auch dann, wenn ein Sachverhalt vor dem 1. Januar 2016 keiner Bewilligung gemäss Art. 271 StGB bedurft hätte.

### **3.1.4 Konzerninterne Übermittlung in das Ausland (Rz 4)**

#### *Stellungnahmen*

SBVg, UBS und Zürich bemängeln, dass der grenzüberschreitende Informationsaustausch zwischen Konzerngesellschaften und ausländischen Einheiten im Entwurf nicht adressiert werde. Rz 4 sei, so die SBVg, um den Zusatz „die Zulässigkeit der Übermittlung von Informationen durch eine ausländische Niederlassung bestimmt sich nach lokalem Recht“ zu ergänzen. Die UBS regt an überdies die Anwendung von Art. 42c FINMAG auf Fälle zu beschränken, in denen die konzerninterne, grenzüberschreitende Weiterleitung im Hinblick auf die respektive nach der Auffassung der SBVg und Zürich zum ausschliesslichen Zweck der Übermittlung an ausländische Behörden erfolge.

#### *Würdigung*

Die konzerninterne Übermittlung von Informationen in das Ausland fällt nach Auffassung der FINMA nicht unter Art. 42c FINMAG<sup>2</sup>. Dies gilt solange und soweit die Übermittlung an ausländische Konzerneinheiten nicht zum Zweck der Weiterleitung an ausländische Behörden oder Stellen im Sinne des Art. 42c FINMAG erfolgt. In solchen Fällen müsste von einer indirekten Übermittlung ausgegangen und Art. 42c FINMAG auch auf die anschliessende Weiterleitung an die ausländische Behörde oder Stelle angewandt werden. Sofern Daten sowohl in der Schweizer als auch in der ausländischen Einheit vorliegen, findet Art. 42c FINMAG Anwendung, wenn die Übermittlung an die ausländische Behörde oder Stelle aus der Schweiz heraus erfolgt.

---

<sup>2</sup> Allenfalls ist Art. 4<sup>quinquies</sup> des Bankengesetzes (SR 952.0) anwendbar, wenn es um die Übermittlung nicht öffentlicher Informationen von einer schweizerischen Tochtergesellschaft oder Niederlassung an ihre ausländische Muttergesellschaft geht.

Entsprechend wird das Rundschreiben in Anlehnung an den Antrag der Zürich konkretisiert.

#### *Fazit*

Das Rundschreiben wird die konzerninterne Übermittlung adressieren. Eine Weitergabe der Informationen durch ausländische Konzerneinheiten an die zuständigen ausländischen Behörden unterliegt Art. 42c FINMAG nicht, solange die Übermittlung von der Schweizer zur ausländischen Einheit nicht zum Zwecke der Weiterleitung erfolgte.

### **3.1.5 Art. 42c FINMAG und FINMA-RS 2013/03 „Prüfwesen“**

#### *Stellungnahme*

EXPERTsuisse weist darauf hin, dass im Entwurf des Rundschreibens weder die Anforderung an die Regelung der Prozesse noch an die Prüfung der Prozesse anlässlich der ordentlichen Prüfung festgehalten sind. Daher werde angeregt, das Rundschreiben wie folgt zu ergänzen: „Die Beaufsichtigten regeln die zur Einhaltung von Art. 42c FINMAG erforderlichen Prozesse in einer internen Weisung“ und „Die Regelung der Prozesse zur Einhaltung von Art. 42c FINMAG sind Gegenstand der Prüfung nach Massgabe des FINMA-RS 13/3 ‚Prüfwesen‘“.

#### *Würdigung*

Der Vorschlag wird grundsätzlich in das Rundschreiben integriert und dahingehend ergänzt, dass Beaufsichtigte dieser Pflicht auch nachkommen, wenn sie auf geeignete Weise festhalten, dass und warum Übermittlungen gemäss Art. 42c FINMAG für ihre Geschäftstätigkeit ohne oder von sehr geringer Relevanz sind, so dass es keiner expliziten Prozesse oder Weisungen zu Art. 42c FINMAG bedarf.

#### *Fazit*

Das Rundschreiben benennt die Anforderungen an die Regelung sowie die Prüfung der Prozesse. Es stellt dabei klar, dass Beaufsichtigte, für die Übermittlungen nach Art. 42c FINMAG von keiner oder sehr geringer Relevanz sind, keine Prozesse oder Weisungen etablieren müssen.

### **3.1.6 Selbstregulierungsorganisationen im Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG (Rz 2)**

#### *Stellungnahmen*

Die Selbstregulierungsorganisationen ARIF und SRO-Treuhand Suisse monieren die Anwendung des Art. 42c FINMAG auf Selbstregulierungsorganisationen. Der Anwendungsbereich werde, so ARIF, im Rundschreiben nur durch den Verweis auf Art. 3 FINMAG definiert und umfasse damit auch die Selbstregulierungsorganisationen, obwohl diese weder einer ausländischen Aufsicht unterstünden, noch meldepflichtige Transaktionen durchführten oder Kunden hätten. Wenn die Selbstregulierungsorganisationen in den Anwendungsbereich des Art. 42c FINMAG fielen, brauche es eine Liste derjenigen Informationen, die von ihnen übermittelt werden dürfen.

Die SRO-Treuhand Suisse vertritt die Ansicht, alle übrigen Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG sollten generell von der Datenübermittlung an ausländische Stellen ausgenommen werden. Dies gelte unabhängig davon, ob sie einer SRO angeschlossen sind oder als DUFi von der FINMA beaufsichtigt werden. Massgebend sei nicht Art. 3 FINMAG, der von „Beaufsichtigten“ spricht, sondern die Trennung in prudentielle und rein GwG-mässige Aufsicht, die im GwG vorgenommen werde und vorgehe. Sind aber die übrigen Finanzintermediäre ausgenommen, müssten es auch die Selbstregulierungsorganisationen sein, da diese nicht etwas übermitteln können, was die angeschlossenen Finanzintermediäre verweigern dürfen. Das GwG gehe als *lex specialis* dem FINMAG vor. Art. 42c FINMAG sei unnötigerweise in das FINMAG anstatt ins FinfraG eingefügt worden.

#### *Würdigung*

Der Gesetzeswortlaut ist klar: Das Recht auf Übermittlung nicht öffentlicher Informationen gemäss Art. 42c FINMAG kommt den Beaufsichtigten zu. Eine SRO zählt gemäss Art. 3 FINMAG zu den Beaufsichtigten. Die FINMA sieht keine Möglichkeit, die Selbstregulierungsorganisationen und direkt unterstellten Finanzintermediäre für die ohnehin vergleichsweise begrenzten potentiellen Anwendungsfälle vom Anwendungsbereich der Norm *per se* auszuschliessen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die Norm den Selbstregulierungsorganisationen nur ein Recht, aber keine Pflicht zur direkten Übermittlung einräumt. Ausländische Behörden und Stellen können sich nicht auf Art. 42c FINMAG abstützen, um eine SRO zu veranlassen, bei ihren Mitgliedern belegene Informationen einzuholen.

#### *Fazit*

Art. 3 FINMAG definiert, welchen Personen und Instituten ein Recht zur direkten Übermittlung i.S.v. Art. 42c FINMAG zusteht. Das Rundschreiben kann den Gesetzeswortlaut nicht einschränken.

### **3.1.7 Vermögensverwalter als (noch) nicht Beaufsichtigte (Rz 5)**

#### *Stellungnahme*

Das Rundschreiben nennt die einer SRO angeschlossenen Vermögensverwalter als Gegenbeispiel für Beaufsichtigte im Sinne von Art. 3 FINMAG. Raiffeisen hält dies im Hinblick auf das laufende Gesetzgebungsverfahren zum Bundesgesetz über die Finanzinstitute, welches die Vermögensverwalter zukünftig einer Bewilligungspflicht unterstelle, für ein wenig geeignetes Beispiel.

#### *Würdigung*

Um zukünftige Unklarheiten zu vermeiden, wird das kritisierte Beispiel nicht ins Rundschreiben übernommen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Vermögensverwalter bis zur allfälligen Einführung einer Aufsichtspflicht nicht als Beaufsichtigte i.S.v. Art. 3 FINMAG gelten und somit auch nicht in den Anwendungsbereich des Rundschreibens fallen.

#### *Fazit*

Im Rundschreiben werden die Vermögensverwalter nicht mehr als Gegenbeispiel für Beauftragte aufgeführt.

### **3.1.8 Outsourcing**

#### *Stellungnahmen*

Die SBVg und die Vereinigung Schweizerischer Privatbanken beantragen, in Rz 17 auch auf die Thematik des Outsourcings einzugehen. Es solle explizit ausgeführt werden, dass das Outsourcing nicht durch Art. 42c FINMAG respektive das Rundschreiben eingeschränkt wird. Insbesondere sei klarzustellen, dass die Übermittlung von Informationen im Rahmen des Outsourcings oder zwecks Abwicklung von Transaktionen auch dann nicht unter Art. 42c FINMAG zu subsumieren sei, wenn die Informationen später an die entsprechende ausländische Behörde weitergeleitet würden. Auszunehmen sei hiervon die Informationsübermittlung im Rahmen des Outsourcings zum Zwecke der Weiterleitung.

#### *Würdigung*

Auch wenn ausländische Behörden später potentiell auf die im Rahmen eines Outsourcings ins Ausland übermittelten Informationen zugreifen können, kommt Art. 42c FINMAG auf die Informationsübermittlung von der schweizerischen Beauftragten zum ausländischen Dienstleister grundsätzlich nicht zur Anwendung. Für eine Übermittlung von Informationen ins Ausland im Rahmen eines Outsourcings gelten vielmehr die oben (s. Ziffer 3.1.4) zur konzerninternen Übermittlung genannten Grundsätze: Art. 42c FINMAG ist nur dann anwendbar, wenn Informationen im Rahmen des Outsourcings zum Zwecke der Übermittlung an eine ausländische Behörde oder Stelle ins Ausland verbracht worden sind oder werden sollen. Sofern Daten sowohl in der Schweiz als auch in der ausländischen Einheit vorliegen, findet Art. 42c FINMAG Anwendung, wenn die Übermittlung an die ausländische Behörde oder Stelle aus der Schweiz heraus erfolgt. Im Ergebnis unterscheidet sich die Situation unter Art. 42c FINMAG somit nicht vom Status Quo.

Die im FINMA-Rundschreiben 2008/7 „Outsourcing Banken“ genannten Voraussetzungen sind einzuhalten.

#### *Fazit*

Das Outsourcing wird neu im Rundschreiben adressiert. Das Rundschreiben schränkt das Outsourcing und die hiermit verbundene Informationsübermittlung nicht ein, solange die Informationen nicht zum Zweck der Übermittlung an ausländische Behörden ins Ausland verbracht worden sind oder werden sollen.

### 3.1.9 Nicht öffentliche Informationen

#### *Stellungnahme*

Nach Auffassung der UBS sollte im Rundschreiben 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 materieller Unterschied besteht.

Die Zürich merkt an, in Rz 3 werde der Begriff „Informationen“ als nicht öffentliche Informationen definiert, ohne dies kenntlich zu machen.

#### *Würdigung*

Die FINMA sieht ebenfalls keine inhaltlichen Unterschiede 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.

Dem Antrag der Zürich zu Rz 3 wird entsprochen.

#### *Fazit*

Nach Auffassung der FINMA bestehen keine materiellen Unterschiede zwischen „nicht öffentlich zugänglichen“ und „nicht öffentlichen“ Informationen. Die FINMA sieht aber keine Notwendigkeit für entsprechende Ausführungen im Rundschreiben. In Rz 3 wird der Begriff „Informationen“ definiert, indem wie beantragt das Wort in Anführungszeichen eingefügt wird.

### 3.1.10 Kundenbegriff (Rz 14)

#### *Stellungnahmen*

Von Seiten der SBVg wird angeregt, den Kundenbegriff weit zu fassen und unter Rz 14 auch wirtschaftlich Berechtigte sowie Bevollmächtigte und, so die UBS, weitere an der Kundenbeziehung direkt Beteiligte wie die Gegenparteien aufzuführen.

#### *Würdigung*

In der Praxis der internationalen Amtshilfe wird zwischen Kunden einerseits und Dritten andererseits unterschieden. Zu Letzteren zählen auch wirtschaftlich Berechtigte, Bevollmächtigte und Beauftragte wie beispielsweise aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaften, privatrechtliche Revisionsstellen und Anwälte. Zur Vermeidung von Widersprüchen und Missverständnissen gilt diese Terminologie auch für Art. 42c FINMAG. Zur Klarstellung werden daher in Rz 15 unter „Dritten“ als Beispiel nunmehr auch Bevollmächtigte aufgeführt. Eine darüber hinausgehende Kategorisierung erfolgt nicht, da es sich lediglich um Beispiele handelt und es in der Verantwortung der Beaufsichtigten liegt, sofern nötig, eine Einordnung vorzunehmen.

### *Fazit*

Im Rundschreiben werden Bevollmächtigte neu als Beispiel für Dritte genannt, um eine einheitliche Diktion in der Praxis der Art. 42 f. FINMAG und Art. 42c FINMAG zu gewährleisten. Darüber hinaus wird die Liste der Beispiele nicht erweitert.

### **3.1.11 Prüfung der Übermittlungsvoraussetzungen**

#### *Stellungnahmen*

Etliche Anhörungsteilnehmer halten es für nicht, kaum oder nur unter unzumutbaren Anstrengungen möglich festzustellen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Übermittlung gemäss Art. 42c FINMAG erfüllt sind. Daher müsse die FINMA regelmässig, so SBVg, Swiss Re und UBS, oder nach Auffassung von Zürich und SRO/SVV zumindest auf Antrag, die Zulässigkeit der Übermittlung vorab prüfen und das Ergebnis der Prüfung der Beaufsichtigten mitteilen.

SBVg und UBS führen aus, dies gebiete auch der Vertrauensschutz. Wenn sich die FINMA auf eine Meldung gemäss Abs. 3 hin äussere, dürfe der Beaufsichtigte darauf vertrauen, dass die Übermittlung nicht nachgängig moniert werde.

Die FINMA sei, so die SBVg, an die Stelle der früheren Bewilligungsbehörde getreten und habe mit der Prüfung der Voraussetzungen des Art. 42c FINMAG eine zusätzliche Aufgabe zugewiesen bekommen.

Von der SRO/SVV wird der Aspekt, ob die Rechte von Kunden und Dritten im konkreten Fall gewahrt werden, als Teil der Prüfung betrachtet bzw. ist nach Auffassung von Swiss Re, SBVg, Raiffeisen und UBS explizit von der Prüfpflicht der FINMA auszunehmen.

Die Raiffeisen äussert die Erwartung, dass die von der FINMA publizierten Länder die rechtlichen Voraussetzungen für die Wahrung der Rechte der Kunden und Dritten erfüllen und diesbezüglich keine gesonderte Prüfung zu erfolgen habe.

#### *Würdigung*

Die FINMA prüft respektive bestätigt die Rechtmässigkeit einer Übermittlung nach Art. 42c Abs. 1 oder Abs. 2 FINMAG weder regelmässig noch auf Anfrage.

Der Gesetzgeber wollte das mit erheblichem Aufwand für Beaufsichtigte und Bund verbundene Prozedere nach Art. 271 StGB ablösen. Die Lösung, die er hierfür sah, lag nicht darin, die Zuständigkeit für Prüfung und Genehmigung der Übermittlung vom EFD zur FINMA zu verschieben.

Mit Art. 42c FINMAG führte er eine Regelung ein, die es den Beaufsichtigten ermöglicht, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben selbst und eigenverantwortlich nicht öffentliche Informationen zu übermitteln. Die Einhaltung der Voraussetzungen respektive die Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine direkte Übermittlung erfüllt sind, liegt im Verantwortungsbereich desjenigen, der freiwillig von diesem Recht Gebrauch macht.

Die von den Beaufsichtigten gewünschte Prüfung durch die FINMA würde im Übrigen zu folgendem Ergebnis führen: Nachdem die Beaufsichtigte die FINMA von der geplanten Übermittlung in Kenntnis gesetzt hätte, erfolgte eine vollumfängliche Prüfung wie in der regulären Amtshilfe. Die entsprechende Kommunikation erfolgte aber von der Beaufsichtigten zur FINMA, zurück zur Beaufsichtigten und schliesslich an die ausländische Behörde. Die Verfahrensdauer unter Art. 42c FINMAG wäre damit länger und der Ablauf komplexer als wenn die FINMA direkt Amtshilfe leisten würde. Das Ziel einer beschleunigten Übermittlung würde damit deutlich verfehlt und die Einhaltung der Fünftagesfrist wäre ausgeschlossen.

Das Argument, der Vertrauensschutz gebiete es, dass die FINMA die gemeldeten Übermittlungen bei Eingang der Meldung auf ihre Rechtmässigkeit überprüfe und nicht erst im Nachhinein monieren könne, verfängt nicht. Im Rundschreiben (Rz 71) ist explizit klargestellt, dass die FINMA die Voraussetzungen des Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG nicht prüft. Folglich wird kein Vertrauen geschaffen, dass im Nachgang verletzt werden könnte. Sollte sich aus den eingereichten Unterlagen jedoch ohne weitere Prüfung die Unzulässigkeit einer geplanten Übermittlung ergeben, wird die FINMA die Beaufsichtigten hierauf hinweisen.

Zur Liste der amtshilfefähigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden halten das Rundschreiben (Rz 22) und der Erläuterungsbericht (Ziffer 4.2.3) fest, dass eine Beaufsichtigte die Voraussetzungen des Art. 42 Abs. 2 FINMAG als durch die in der Liste aufgeführten Behörden erfüllt ansehen darf, solange keine gegenteiligen Hinweise vorliegen (vgl. dazu auch Ziff. 3.2.4.5 hiernach). Die Liste beinhaltet im Übrigen keine Länder, sondern benennt einzelne Finanzmarktaufsichtsbehörden.

#### *Fazit*

Es obliegt den Beaufsichtigten, die von ihrem Recht auf direkte Übermittlung gemäss Art. 42c FINMAG Gebrauch machen, die entsprechenden Voraussetzungen der Norm einzuhalten. Anders als Art. 271 StGB sieht Art. 42c FINMAG keine Bewilligung vor.

### **3.1.12 White List**

#### *Stellungnahmen*

Zur Erhöhung der Rechtssicherheit wird von SBVg, UBS und Zürich eine regelmässig zu aktualisierende Liste von Sachverhalten vorgeschlagen („*White List*“), bei denen die direkte Übermittlung von Informationen an ausländische Stellen und Behörden zulässig sei. SBVg und UBS reichen einen Entwurf einer solchen Liste ein, in der die betreffende Rechtsordnung, die der Informationsübermittlung zugrunde liegende ausländische Norm sowie die Adressaten der Übermittlungen aufgeführt sind. Die konkret zu übermittelnden Informationen werden hingegen nicht genannt.

#### *Würdigung*

Die Aufgabe der FINMA ist es, im Rahmen des Rundschreibens die konzeptionellen Kategorien aufzuzeigen, innerhalb welcher die Beaufsichtigten dann grundsätzlich frei sind, die für sie anwendbaren oder notwendigen Übermittlungen vorzunehmen. Die Spezifizierung des durch das Rundschreiben



gegebenen Rahmens auf konkrete Anwendungs- und Einzelfälle in einer Liste kann nach Meinung der FINMA am effizientesten durch die Beaufsichtigten und deren Verbände selbst erfolgen. Die Beaufsichtigten verfügen über meist schon langjährige Erfahrung bei der Erfüllung zahlreicher Melde- und Informationsanforderungen nach unterschiedlichen Rechtsordnungen in den jeweils für sie relevanten Märkten. Daher können die Beaufsichtigten letztlich am besten beurteilen, welche praktischen Anwendungsfälle in welchem Detaillierungsgrad eine solche Liste beinhalten sollte. Aufgrund des Monitorings anstehender Rechtsänderungen durch die eigene Rechtsabteilung, die der ausländischen Konzerneinheiten, oder auch im Rahmen der Zusammenarbeit mit externen ausländischen Kanzleien sind die Beaufsichtigten zudem besser als die FINMA in der Lage auf kurzfristig notwendige Anpassungen an einer *White List* zu reagieren. Auf diesem Hintergrund hat sich die FINMA gegen die eigene Publikation einer solchen *White List* entschieden, zumal sie bei Informationsübermittlungen von nicht wesentlicher Bedeutung, die auch Gegenstand einer solchen Liste wären, nicht involviert ist. Die FINMA würde es jedoch begrüßen, wenn die betroffenen Verbände ihren Mitgliedern auf der Basis deren Erfahrungen eine entsprechende *White List* zur Verfügung stellten.

#### *Fazit*

Die FINMA publiziert keine *White List*, würde es aber begrüßen, wenn die Verbände ihre Mitglieder mit einer solchen unterstützen.

### **3.1.13 Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten (Rz 30 f., 42)**

#### *Stellungnahmen*

SBVg und UBS beantragen, im Rundschreiben sollten explizit Möglichkeiten zur Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten genannt werden.

#### *Würdigung*

Es liegt allein in der Verantwortung der Beaufsichtigten, die Rechte von Kunden und Dritten zu wahren. Es wird hierzu auf Ziffer 4.2.4 des Erläuterungsberichts verwiesen.

#### *Fazit*

Die FINMA gibt keine Empfehlungen ab, wie die Rechte von Kunden und Dritten zu wahren sind.

### **3.1.14 Informationen zu Organen und Gewährsträgern (Rz 16)**

#### *Stellungnahmen*

SBVg und UBS merken an, dass Informationen zu Personen in ihrer Eigenschaft als Organ oder Gewährsträger im Rundschreiben von vornherein nicht als Daten von Dritten qualifiziert werden. Auch hier müsse unter Umständen erst die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen geprüft werden.

### *Würdigung*

Die FINMA teilt die Auffassung der Beaufsichtigten, dass Informationen zu Personen in ihrer Eigenschaft als Organ oder Gewährsträger grundsätzlich auch als Daten Dritter qualifizieren können.

### *Fazit*

Die Rz 16 wird gestrichen, so dass im Einzelfall durch die Beaufsichtigten zu prüfen ist, ob Informationen zu Organen oder ihren Gewährsträgern als Daten Dritter qualifizieren.

## **3.1.15 Dritter/Drittpartei (Rz 17)**

### *Stellungnahme*

Unter Rz 17 werde der Begriff „Dritter“ verwendet, obwohl er im Entwurf bereits anders definiert sei (Rz 15). Entsprechend solle, so die Zürich, unter Rz 17 von „Drittparteien“ die Rede sein.

### *Würdigung*

Die oben angeregte Differenzierung ist aus Gründen der Klarheit angezeigt. Der Antrag der Beaufsichtigten wird ins Rundschreiben übernommen.

### *Fazit*

Rz 17 wird angepasst. Das Wort „Dritte“ wird durch „Drittparteien“ ersetzt.

## **3.2 Art. 42c Abs. 1 FINMAG**

### **3.2.1 Verhältnis von Art. 42c Abs. 1 FINMAG zum GwG (Rz 8)**

### *Stellungnahmen*

SBVg und UBS regen an, den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 1 FINMAG durch einen Verweis im Rundschreiben auf Art. 1 Abs. 1 FINMAG zu konkretisieren und unter Rz 9 explizit hervorzuheben, dass die Finanzmarktaufsicht insbesondere auch geldwäschereirechtliche Meldepflichten, so UBS, respektive nach Auffassung der SBVg Informations- und Meldepflichten umfasse.

Gegenteilig äussert sich die SRO-Treuhand Suisse, welche ausführt, für eine Übermittlung von anderen nicht öffentlichen Daten im Zusammenhang mit GwG-relevanten Vorgängen an ausländische Aufsichtsbehörden bestehe neben den Meldungen an die Meldestelle für Geldwäscherei kein Raum. Im Gegenteil: Mit diesen Informationen könne der Mechanismus der Meldepflicht und des Melderechts und damit auch das Erfordernis des begründeten oder auch des einfachen Verdachts auf Geldwäscherei sowie die Rechtshilfe in Strafsachen unterlaufen werden. Auch wären Verfahrensgarantien gefährdet,

die im Zusammenhang mit der Meldepflicht und dem eventuell darauf folgenden Strafverfahren gewährt werden. Die Amtshilfe gemäss GwG, insbesondere die aufgrund der GAFI-Empfehlungen eingeführten Art. 30–32 GwG, gingen dem FINMAG als Spezialregelung vor.

#### *Würdigung*

Der Gesetzgeber schuf mit Art. 42c FINMAG in Ergänzung zur internationalen Amtshilfe durch die FINMA gemäss Art. 42 ff. FINMAG eine weitere Rechtsgrundlage für die Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen an ausländische Behörden und Stellen. Wenn eine Beaufsichtigte nicht öffentliche Informationen in das Ausland übermittelt und die Voraussetzungen des Art. 42c FINMAG erfüllt sind, liegt keine ungewollte Umgehung von Amtshilfebestimmungen vor.

Allerdings wird sowohl im Erläuterungsbericht (s. Fussnote 5) als auch im Rundschreiben (Rz 10 und 35) auf die Unzulässigkeit einer Informationsübermittlung an Steuer- und Strafbehörden hingewiesen. Zudem sagt bereits der Gesetzeswortlaut ausdrücklich, dass unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG Informationen nur an Behörden übermittelt werden dürfen, die (auch) eine Aufsichtsfunktion ausüben und die Informationen ausschliesslich zum Vollzug des Finanzmarktrechts verwenden.

#### *Fazit*

Der Gesetzgeber schuf bewusst einen weiteren Weg der direkten Informationsübermittlung neben der internationalen Amtshilfe. Jede dieser Regelungen hat eigene Anwendungsvoraussetzungen, die im Einzelfall zu prüfen sind. Das Gesetz und das Rundschreiben tragen der unzulässigen Umgehung der Amts- und Rechtshilfe in Straf- und Steuersachen jedoch Rechnung.

### **3.2.2 Straf- und Steuerbehörden (Rz 10, 13)**

#### *Stellungnahmen*

Homburger und Zürich weisen in ihren Stellungnahmen darauf hin, dass gemäss Rz 10 ausländische Straf- und Steuerbehörden nicht als Finanzmarktaufsichtsbehörden im Sinne von Art. 42c Abs. 1 FINMAG gelten, während Rz 13 Übermittlungen an Stellen im Sinne von Art. 42c Abs. 1 FINMAG untersage, welche *ausschliesslich* Aufgaben im Bereich des Steuer- oder Strafrechts wahrnehmen. Daher wird die Streichung der Rz 13 beantragt.

#### *Würdigung*

Rz 10 beantwortet die Frage, welche Behörden nicht als Finanzmarktaufsichtsbehörden qualifizieren. Rz 13 hält fest, welche Einheiten nicht als „weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen“ gelten können und stellt klar: Stellen, die ausschliesslich (!) in anderen, nicht-finanzmarktrechtlichen Bereichen tätig sind, sind denknotwendig keine weiteren mit der Finanzmarktaufsicht betraute ausländische Stellen. Als Beispiel für andere Rechtsbereiche wurden im Entwurf Steuer- oder Strafrecht angeführt. Rz 13 wird um das Beispiel des Wettbewerbsrechts ergänzt.

#### *Fazit*

Rz 13 stellt klar, dass „weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen“ dann nicht auf dem Gebiet des Finanzmarktrechts tätig sein können, wenn sie ausschliesslich für andere Rechtsgebiete zuständig sind. Die Beispiele für anderweitige Rechtsgebiete, Steuer- und Strafrecht, werden zur Verdeutlichung um Wettbewerbsrecht ergänzt.

### **3.2.3 Behörden und Stellen im Sinne von Abs. 1 (Rz 12 f.)**

#### *Stellungnahmen*

SBVg und UBS beantragen, in Rz 12 das Wort „Gesetz“ durch „Recht“ zu ersetzen. Würde nur auf Stellen, die durch ausländisches Gesetz – aber nicht Recht – legitimiert werden, abgestellt, führte dies zu einer zu engen Auslegung.

Weiterhin sei in Rz 13, das Wort „beispielhaft“ zu streichen, da neben Steuer- und Strafbehörden keine weiteren Stellen im Rundschreiben von der Übermittlung ausgeschlossen werden.

#### *Würdigung*

Rz 12 behandelt die Übertragung von Kompetenzen zur Wahrnehmung der Finanzmarktaufsicht von Finanzmarktaufsichtsbehörden auf andere ausländische Stellen. Neben der in der Randziffer separat aufgeführten Delegation ist die Ermächtigung nicht nur in Form von formellen Gesetzen, sondern auch aufgrund anderer Rechtsnormen als Legitimation ausreichend.

In Rz 13 wird klargestellt, dass Stellen, welche ausschliesslich in anderen Bereichen als der Finanzmarktaufsicht – zum Beispiel in Steuer- und Strafsachen – tätig sind, nicht gleichzeitig auch mit der Finanzmarktaufsicht betraut sein können. Das „beispielhaft“ bezieht sich folglich auf nicht finanzmarktaufsichtsrechtliche Aufgaben und könnte um Wettbewerbsrecht sowie weitere Rechtsgebiete erweitert werden (s. hierzu auch Ziffer 3.2.2).

#### *Fazit*

Rz 12 wird weiter gefasst, so dass die Ermächtigung der Stelle nicht ausschliesslich aufgrund formellen Rechts erfolgen muss. Rz 13 bleibt bezüglich der hier beantragten Anpassung unverändert.

### 3.2.4 Art. 42c Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG (Rz 18 ff.)

#### 3.2.4.1 Sicherstellen der Voraussetzungen (Rz 18)

##### *Stellungnahmen*

Gemäss Rz 18 a.E. müssen die Beaufsichtigten sicherstellen, dass die Voraussetzungen des Art. 42 Abs. 2 FINMAG vorliegen. Diese Formulierung erachten SBVg, Swiss Re, UBS und Zürich als zu weitgehend.

##### *Würdigung*

Wenn eine Beaufsichtigte von ihrem Recht auf direkte Übermittlung gemäss Abs. 1 Gebrauch machen will, muss sie vorab die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür prüfen. Dies soll mit dem Halbsatz „dazu muss sichergestellt sein“ zum Ausdruck gebracht werden. Der Halbsatz sowie das Zitat des Gesetzeswortlauts des Art. 42 Abs. 2 FINMAG (Rz 19 und 20) werden zur Vermeidung von Missverständnissen gestrichen. Die Voraussetzungen des Gesetzes sind selbstverständlich weiter zu erfüllen.

##### *Fazit*

Das Rundschreiben wird angepasst. Der Hinweis darauf, dass die Einhaltung des Art. 42 Abs. 2 FINMAG sicherzustellen ist und die wörtliche Wiedergabe der Norm werden gestrichen. Der Verweis von Art. 42c Abs. 1 FINMAG auf Art. 42 Abs. 2 FINMAG gilt weiterhin uneingeschränkt.

#### 3.2.4.2 Weitere betraute Stellen, Art. 42c Abs. 1 FINMAG (Rz 20)

##### *Stellungnahmen*

Art. 42c Abs. 1 FINMAG behandelt die Übermittlung an Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute Stellen. Letztere seien, so SBVg und UBS, von der FINMA im Rundschreiben Rz 20 bzw. Rz 21 nicht genannt und daher noch ergänzend einzufügen.

##### *Würdigung*

Ein Eingehen auf diese Anmerkung erübrigt sich, da Rz 20, die den Gesetzeswortlaut wiedergibt, gestrichen wird (s.o. Ziffer 3.2.4.1).

##### *Fazit*

Rz 20 wird gestrichen.

### 3.2.4.3 Hinweis zur Vertraulichkeit und Spezialität (Rz 29, 32)

#### *Stellungnahmen*

Neben den Abklärungen zur Spezialität gemäss Art. 42c Abs. 1 Bst. a FINMAG i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG verlangt Rz 32 zudem von den Beaufsichtigten, bei der Übermittlung einen schriftlichen Hinweis zu Vertraulichkeit und Spezialität anzubringen. Die Randziffer ist nach Auffassung von Forum-SRO und SLV/SRO zu streichen, da die Beaufsichtigten gemäss Rz 22 vermuten dürften, dass Behörden, denen die FINMA bereits Amtshilfe geleistet habe, das Prinzip der Spezialität einhalten.

Weiter wird von der SBVg darauf hingewiesen, es sei bei Übermittlungen an Transaktionsregister unmöglich, in jedem Einzelfall einen schriftlichen Hinweis anzubringen. Hier müsse ein einmaliger, generischer Hinweis genügen.

Das (formale) Schriffterfordernis (d.h. einfache Schriftlichkeit nach OR respektive elektronische Signatur) wird im Hinblick auf das Ziel der raschen Übermittlung von der Zürich kritisiert. Es solle vielmehr auch ein Hinweis per E-Mail oder bei telefonischer Informationsübermittlung auch in mündlicher Form möglich sein.

#### *Würdigung*

Zur Eingrenzung ihrer eigenen Risiken wird den Beaufsichtigten empfohlen, einen schriftlichen Hinweis zu Vertraulichkeit und Spezialität anzubringen. Das Anbringen eines solchen Hinweises neben der vorgängigen Prüfung zur Einhaltung des Art. 42 Abs. 2 FINMAG entspricht dem gängigen Vorgehen der FINMA und anderer Finanzmarktaufsichtsbehörden in der internationalen Amtshilfe.

Übermittlungen an Transaktionsregister erfolgen grundsätzlich nicht unter den Voraussetzungen des Abs. 1, sondern des Abs. 2 (s. Rz 32). Mithin kommt es in diesen Fällen nicht auf die Prinzipien der Vertraulichkeit und Spezialität an und es ist kein entsprechender schriftlicher Hinweis erforderlich.

Betreffend die Form des Hinweises stimmt die FINMA den Beaufsichtigten zu, dass auch ein Hinweis per E-Mail möglich sein muss. Aus diesem Grund erfolgt eine Anpassung der Rz 29. Ein rein mündlicher Hinweis wird jedoch nicht als ausreichend erachtet: Zum einen wäre ein solcher im Streitfall aus der Sicht der Beaufsichtigten unbefriedigend, da im Nachgang in der Regel schwer zu ermitteln ist, ob und bezüglich welcher Informationen der Hinweis erfolgte. Zum anderen besteht für einen nur mündlichen Hinweis keine Notwendigkeit, da eine rein mündliche Informationsübermittlung eher selten sein wird und selbst bei einer solchen nur in wenigen Ausnahmefällen keine Möglichkeit oder Zeit zum elektronischen Versand des Hinweises an die ausländische Finanzmarkt-aufsichtsbehörde oder betraute Stelle bestehen wird.

#### *Fazit*

Rz 22 wird beibehalten, da die Prüfung der Prinzipien Vertraulichkeit und Spezialität vor der Übermittlung den Hinweis auf deren Einhaltung bei und nach der konkreten Übermittlung nicht ersetzen kann.

In Rz 29 wird klargestellt, dass der Hinweis auch per E-Mail oder Fax erfolgen kann.

#### 3.2.4.4 Mangelnde Vertraulichkeit (Rz 26)

##### *Stellungnahmen*

Forum-SRO, SRO/SLV wie auch Raiffeisen äussern die Bitte, im Rundschreiben unter Rz 26 f. konkrete Beispiele für Hinweise zur mangelnden Vertraulichkeit bzw. zur Durchführung weiterer Abklärungen und Vorkehrungen zu nennen. Homburger nennt als weiteres Beispiel zur Sicherstellung von Vertraulichkeit und Spezialität die Auskunft eines lokalen Anwalts.

Zur Zusicherung der Vertraulichkeit und Spezialität mittels Bestätigung in Textform (Rz 27) wird von der Swiss Re angemerkt, dass der Begriff der Zusicherung – auch wegen seiner unterschiedlichen Definition in der jeweiligen Rechtsordnung – unklar sei und stattdessen der Begriff „Bestätigung“ verwendet werden solle.

##### *Würdigung*

Das Wort „Zusicherung“ in Rz 27 wird durch „Bestätigung“ ersetzt. Der nachfolgende Satz wird insoweit angepasst als nicht mehr auf „Gewissheit über die Einhaltung der Anforderungen der Vertraulichkeit und Spezialität“ abgestellt wird. Stattdessen kommt es darauf an, ob trotz Abklärungen und Vorkehrungen Zweifel an der Einhaltung bestehen bleiben.

Neben der schriftlichen Bestätigung wird als weiteres Beispiel die schriftliche Auskunft eines im Finanzmarktrecht spezialisierten lokalen Anwalts oder einer international tätigen Rechtsanwaltskanzlei aufgeführt.

Als Beispiel für einen konkreten Hinweis auf mangelnde Vertraulichkeit wird die Publikation von vertraulichen Informationen in der Presse genannt.

##### *Fazit*

In Rz 27 wird wie beantragt der Begriff der Zusicherung durch denjenigen der Bestätigung ersetzt. Entscheidend für die Zulässigkeit der Übermittlung ist, dass keine Zweifel an der Einhaltung von Art. 42 Abs. 2 FINMAG bestehen bleiben. Daneben werden je ein Beispiel für die Abklärung von Spezialität und Vertraulichkeit sowie für einen Hinweis auf mangelnde Vertraulichkeit eingefügt.

#### 3.2.4.5 Liste der FINMA (Rz 21 ff.)

##### *Stellungnahmen*

Eine Reihe von Anhörungsteilnehmern äussern Bedenken zum Inhalt und zur Funktion der Liste mit Behörden, hinsichtlich welcher die Beaufsichtigten vermuten dürfen, dass die Voraussetzungen des Art. 42 Abs. 2 FINMAG vorliegen.

Unklar sei, so die SBVg, wieso die Beaufsichtigte und nicht die FINMA zu nicht gelisteten Behörden Abklärungen treffen müsse, wenn diese im Nachgang der FINMA gemeldet und gegebenenfalls auf der Liste ergänzt würden; Rz 24-29 seien zu streichen.

Branchenverbände wie Vertreter des Versicherungs- und Bankensektors sind der Ansicht, dass die Liste der FINMA mehr als nur Indiz-Funktion zukommen müsse. Die Beaufsichtigten sollten sich darauf verlassen können, dass die auf der Liste genannten Behörden amtshilfefähig sind, solange und soweit im Einzelfall nichts Gegenteiliges bekannt ist. Sie beziehen sich dabei auf eine vom EDÖB publizierte Liste, welche Länder mit angemessenem Datenschutz i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSG aufführt<sup>3</sup>.

SBVg und UBS merken an, sich nicht auf die Liste der FINMA zu verlassen, hiesse, die Beurteilung der Amtshilfefähigkeit durch die FINMA zu bezweifeln.

Die Liste solle, so die SBVg, neben den Finanzmarktaufsichtsbehörden auch andere Behörden und Stellen aufführen, mit denen Beaufsichtigte sich regelmässig austauschen.

Nach Auffassung von SBVg und UBS sei klarzustellen, dass von der Amtshilfefähigkeit ausländischer Behörden mit finanzmarktrechtlicher Aufsichtsfunktion grundsätzlich ausgegangen werden dürfe, wenn nicht die Behörde oder das entsprechende Land auf Sanktionslisten der UNO oder anderer supranationaler Organisationen ständen.

Die SRO-Treuhand Suisse fordert die FINMA auf, auch eine Negativliste zur Verfügung zu stellen, welche Länder bzw. Behörden oder Stellen aufführt, denen auf keinen Fall Informationen zu übermitteln seien. Es könne nicht sein, dass Private eine extensivere Pflicht zur Auskunftserteilung hätten als die FINMA im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens, welche bekanntlich die Weiterleitung von Informationen verweigern könne.

### *Würdigung*

Der FINMA ist bewusst, wie anspruchsvoll die Abklärungsarbeit zu Spezialität und Vertraulichkeit für die Beaufsichtigten ist, die der Gesetzgeber ihnen in Art. 42c Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG auferlegt hat. Daher gibt sie den Beaufsichtigten mit der Liste ein Werkzeug an die Hand, welches jene in vielen Fällen weitgehend von Abklärungen entlastet. Die Nennung einer Behörde auf der Liste stellt die Vermutung auf, dass die Voraussetzungen der Vertraulichkeit und Spezialität erfüllt sind (s. Rz 22). Die Beaufsichtigten können sich also auf die Liste abstützen, soweit im Einzelfall keine gegenteiligen Hinweise vorliegen, die die Vermutung widerlegen. Dies wird im Übrigen auch im Erläuterungsbericht unter Ziffer 4.2.3 festgehalten. Abklärungen durch externe Kanzleien sind daher nur noch in Ausnahmefällen angezeigt.

Mit der Publikation der Liste nutzt die FINMA ihr Ermessen im von ihr als vertretbar erachteten Umfang zugunsten der Beaufsichtigten aus.

---

<sup>3</sup> Weitere Details zu Funktion und Inhalt der Liste sind der Publikation des EDÖB „Erläuterungen zur Übermittlung von Personendaten ins Ausland nach revidiertem DSG“ zu entnehmen.



Es können ausschliesslich Finanzmarktaufsichtsbehörden auf der Liste enthalten sein, da sich die FINMA nur diesbezüglich auf Erfahrungswerte zu Vertraulichkeit und Spezialität abstützen kann. Gemäss Art. 42 Abs. 2 FINMAG darf die FINMA selber Amtshilfe ausschliesslich an Finanzmarktaufsichtsbehörden leisten.

Wenn eine Beaufsichtigte beabsichtigt, an eine nicht gelistete Finanzmarktbehörde zu übermitteln und dies der FINMA mitteilt, führt dies nicht dazu, dass die FINMA die Liste um die fragliche Behörde oder Stelle erweitert. Die FINMA erweitert die Liste einzig gestützt auf eine eigene Prüfung von Vertraulichkeit und Spezialität. Es bleibt den Branchenverbänden jedoch unbenommen, Abklärungen für ihre Mitglieder vorzunehmen und eine entsprechende Liste weiterer Behörden und insbesondere auch weiterer mit der Aufsicht betrauten ausländischen Stellen zu erstellen.

Bei der Prüfung von Vertraulichkeit und Spezialität kann bezüglich nicht gelisteter Finanzmarktaufsichtsbehörden oder Stellen grundsätzlich auf das jeweilige nationale Recht abgestellt werden. Mit diesem müssen sich die Institute, die im Aufsichtsbereich einer ausländischen Behörde tätig werden wollen, ohnehin auseinandersetzen. Sieht dieses ein Amtsgeheimnis und die Spezialität vor, darf davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen des Art. 42 Abs. 2 FINMAG grundsätzlich erfüllt sind, solange keine entgegenstehenden Hinweise vorliegen. Wenn eine Finanzmarktaufsichtsbehörde A-Signatar des IOSCO-MMoU oder des IAIS-MMoU ist, kann dies bei der Prüfung von Vertraulichkeit und Spezialität als positives Indiz gewertet werden.

Die FINMA wird keine Negativliste publizieren. Art. 42c FINMAG statuiert keine Auskunftspflicht gegenüber ausländischen Behörden und Stellen; zudem sind die Beaufsichtigten angehalten, bei Zweifeln auf die Übermittlung zu verzichten (Rz 27) und die FINMA zu informieren (Rz 28).

Sofern die FINMA aus ihrer eigenen Amtshilfepraxis Kenntnis von eindeutigen Hinweisen oder gar Gerichtsurteilen hat, die der Vertraulichkeit oder Spezialität entgegenstehen, wird sie diese der Beaufsichtigten im Anschluss an die Meldung kommunizieren.

#### *Fazit*

Beaufsichtigte dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die auf der Liste aufgeführten Finanzmarktaufsichtsbehörden die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit gemäss Art. 42 Abs. 2 FINMAG erfüllen, solange keine gegenteiligen Hinweise vorliegen. Eine Negativliste wird nicht publiziert.

### 3.3 Verhältnis von Art. 42c Abs. 1 FINMAG zu Art. 42 c Abs. 2 FINMAG (Rz 32 f.)

#### *Stellungnahmen*

Das Verhältnis von Art. 42c Abs. 1 FINMAG zu Art. 42c Abs. 2 FINMAG wird insbesondere im Erläuterungsbericht auf S. 11 in der Fussnote 5 näher erläutert. Forum-SRO, SRO/SLV sowie SRO/SVV beantragen, die Ausführungen der Fussnote in das Rundschreiben aufzunehmen. Die Swiss Re formuliert eine konkrete entsprechende Ergänzung des Rundschreibens.

SBVg und UBS kritisieren in ihren Stellungnahmen die Auffassung der FINMA zum Verhältnis der beiden Absätze zueinander fundamental. Abs. 2 regle einen anderen Fall als Abs. 1 und sei nicht subsidiär dazu. Abs. 2 erweitere den Anwendungsbereich auf Übermittlungen an andere Stellen als ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden, aber schliesse hierdurch seine Anwendung auf Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht aus, was auch von der FINMA in Rz 35 anerkannt werde. In der Praxis sei oftmals unklar, ob eine Übermittlung nach Abs. 1 zulässig ist oder nicht. Im Zweifel bzw. bei Vorliegen dessen Voraussetzungen müsse es daher möglich sein, sich auf den zweiten Absatz zu stützen. Wäre eine Übermittlung in einem bestimmten Fall nach Abs. 1 und Abs. 2 möglich, seien die Voraussetzungen von Abs. 2 und nicht die restriktiveren Bedingungen von Abs. 1 anwendbar. Insbesondere, wenn es um Informationen zu Geschäftsbeziehungen mit einem Kunden gehe, sei Abs. 2 alternativ anwendbar. Es bestehe also ein gewisses Wahlrecht unter welchen Absatz die Übermittlung subsumiert werde, und zwar unabhängig davon, ob der Adressat eine Finanzmarktaufsichtsbehörde sei oder nicht.

Homburger und Zürich beantragen eine sprachliche Präzisierung der Rz 33 dahingehend, dass es nicht auf die Möglichkeit, sondern die Zulässigkeit einer auf Abs.1 gestützten Übermittlung ankomme.

#### *Würdigung*

Die FINMA folgt dem Antrag der Beaufichtigten, die Klarstellung zum Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2 aus dem Erläuterungsbericht in das Rundschreiben aufzunehmen. Aus diesem Grund erfolgt in Anlehnung an den Vorschlag der Swiss Re eine Anpassung des Rundschreibens.

Dem Wunsch weiterer Beaufichtigter, Abs. 2 als Auffangtatbestand des Abs. 1 auszulegen, wird aus folgenden Gründen nicht nachgekommen:

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 42c FINMAG ergibt sich, dass Abs. 1 den Standardfall der direkten Übermittlung regelt: Die Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden, welche die Informationen für die Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit benötigen.

Abs. 2 wurde erst im Nachgang und recht spät im Gesetzgebungsprozess eingefügt. Dies aufgrund von Bedenken, dass Übermittlungen an Finanzmarktaufsichtsbehörden aus anderen Zwecken als der Finanzmarktaufsicht oder an andere Behörden respektive Stellen nicht von Abs. 1 abgedeckt seien.

Wie schon im Erläuterungsbericht unter Ziffer 4.3.1 ausgeführt, ergeben sich die Voraussetzungen für eine Übermittlung an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden aus Abs. 1, es sei denn, die Finanzmarktaufsichtsbehörde handelt nicht in ihrer finanzmarktaufsichtsrechtlichen Funktion. Verfügt der Informationsempfänger zwar über die Kompetenzen einer Finanzmarktaufsichtsbehörde, aber die Informationen dienen nicht dem Vollzug des Finanzmarktrechts, sondern die Behörde respektive Stelle verwendet sie in einer anderen Funktion, kommt Art. 42c Abs. 2 FINMAG zur Anwendung. Dass der Gesetzgeber in Abs. 1, nicht aber in Abs. 2, auf Art. 42 Abs. 2 FINMAG verweist, deutet ebenfalls darauf hin, dass kein Wahlrecht zwischen den Rechtsgrundlagen für die Übermittlung besteht, weil die Absätze an grundlegend unterschiedliche Voraussetzungen anknüpfen. Nach der von den Anhörungsteilnehmern geäusserten Ansicht wären zudem sämtliche Übermittlungen unter Abs. 2 zu

subsumieren, solange die nicht-öffentlichen Informationen im mindestens indirekten Zusammenhang mit den Geschäften der Beaufsichtigten oder ihrer Kunden stehen. Beispiele für den dann verbleibenden Anwendungsbereich des Abs. 1 wurden nicht genannt und sind – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen denkbar.

#### *Fazit*

Die ersten beiden Absätze des Art. 42c FINMAG regeln unterschiedliche Fallkonstellationen. Abs. 2 ist nicht anwendbar, wenn Informationen zum Vollzug des Finanzmarktrechts an eine Finanzmarktaufsichtsbehörde oder eine von ihr betraute Stelle übermittelt werden.

Die Ausführungen zum Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2 aus dem Erläuterungsbericht, werden in das Rundschreiben integriert. Rz 33 wird sprachlich wie beantragt präzisiert.

### 3.4 Art. 42c Abs. 2 FINMAG

#### 3.4.1 Von ausländischen Behörden beauftragte Stellen (Rz 36)

##### *Stellungnahme*

Die SBVg beantragt, in die Aufzählung der möglichen von ausländischen Behörden beauftragten Stellen (Rz 36) neben den dort schon genannten Beispielen auch kotierte Gesellschaften aufzunehmen. Gegenüber diesen könnten ebenfalls Meldepflichten bestehen, beispielsweise gemäss der sog. „Hongkong Identity-Rule“. Die Verletzung solcher Auskunftspflichten könne zu empfindlichen Sanktionen führen.

##### *Würdigung*

Art. 42c FINMAG wurde in das Gesetz aufgenommen, um den Beaufsichtigten die Erfüllung ihrer Meldepflichten zu ermöglichen. Zu diesen kann auch die Offenlegung der Aktionäre sowie der wirtschaftlich Berechtigten gegenüber kotierten Gesellschaften zählen.

#### *Fazit*

Rz 36 wird um das Beispiel der Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere kotiert sind, ergänzt.

### 3.4.2 Keine Übermittlung an Straf- und Steuerbehörden, Übermittlungen an Finanzmarktaufsichtsbehörden (Rz 35)

#### *Stellungnahmen*

Die UBS regt an, den zweiten Satz der Rz 35 zu streichen, wonach Übermittlungen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden gewöhnlich unter Abs. 1 fallen. Abs. 2 sei insbesondere in Fällen mit Bezug zu Kundengeschäften alternativ anwendbar und zwar unabhängig davon, ob der Adressat eine Finanzmarktaufsichtsbehörde sei oder nicht.

Das im ersten Satz der Rz 35 genannte Übermittlungsverbot an ausländische Straf- und Steuerbehörden sei, so die SBVg, ausdrücklich auf „direkte“ Übermittlungen an Straf- oder Steuerbehörden „im Rahmen formeller Amts- und Rechtshilfverfahren“ einzuschränken.

#### *Würdigung*

Nach wörtlicher Auslegung ist unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG die Übermittlung sämtlicher nicht öffentlicher Informationen an alle ausländischen Behörden und weitere Stellen zulässig, solange (1) die Informationen in irgendeinem Zusammenhang mit Geschäften von Banken und ihren Kunden stehen – was nahezu immer der Fall sein wird – und (2) die Rechte der Kunden respektive Dritten gewahrt sind. Nach diesem Verständnis würden die Normen des Rechts- und Amtshilferechts obsolet. Dass der Gesetzgeber einen so weitreichenden Eingriff in die Rechtsordnung durch einen noch nach Abschluss der Botschaft kurzfristig eingefügten Absatz gewollt hat, schliesst die FINMA aus. Vielmehr ist Art. 42c Abs. 2 FINMAG teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass er nicht zur Umgehung von Rechts- und Amtshilfe in Steuer- und Strafsachen führt. Dies gilt auch und gerade, wenn (noch) kein formelles Rechts- oder Amtshilfverfahren eröffnet wurde.

#### *Fazit*

Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG erlauben keine Übermittlung an Straf- und Steuerbehörden, und zwar unabhängig davon, ob bereits ein formelles Rechts- oder Amtshilfverfahren eröffnet wurde oder nicht.

### 3.4.3 Transaktion versus Geschäft (Rz 39)

#### *Stellungnahmen*

Homburger, SBVg, UBS, Raiffeisen und Zürich kritisieren, dass die Interpretation des Begriffs Geschäft als Transaktion nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar bzw. die Auslegung zu eng sei. Der FINMA fehle die Kompetenz für diese Einschränkung des Anwendungsbereichs.

Unklar sei, so die Swiss Re, ob auch Finanzmarkttransaktionen wie Derivate, *Securities Lending* und *Repos*, die zwischen den Beaufsichtigten und Kunden (z.B. bei Banken und Effektenhändlern) bzw. Gegenparteien (externe sowie Konzernunternehmen) abgeschlossen werden, umfasst seien.

In den Stellungnahmen werden nach ausländischem Recht meldepflichtige Fallkonstellationen aufgeführt, die nach Ansicht der SBVg und UBS nicht unter den Transaktionsbegriff subsumiert werden können und daher nach dem Rundschreiben keine Übermittlung unter Art. 42c FINMAG zulassen. Ohne Übermittlung drohe jedoch die Unmöglichkeit des Geschäfts respektive eine Geld- und/oder Freiheitsstrafe wegen der Verletzung von Auskunftspflichten.

#### *Würdigung*

Die FINMA geht davon aus, dass der Gesetzgeber primär den häufigsten Anwendungsfall des Abs. 2, den der Transaktion, regeln wollte. Die Stellungnahmen zeigen, dass der Begriff „Transaktion“ einer klaren Abgrenzung von zulässigen zu unzulässigen Übermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht im erforderlichen Masse dienlich ist. Deshalb und da der Gesetzeswortlaut nicht ohne zwingenden Grund eingeschränkt werden soll, wird im Rundschreiben der Begriff „Transaktion“ durch „Geschäft“ ersetzt. Das Rundschreiben stellt in Rz 39 klar, dass unter Geschäfte solche zu verstehen sind, die die Beaufichtigte (1) im Rahmen ihrer bewilligten Geschäftstätigkeit und (2) üblicherweise tätigt.

#### *Fazit*

Im Rundschreiben wird gemäss dem Gesetzeswortlaut auf „Geschäft“ abgestellt. Unter Geschäfte fallen nur bewilligte Tätigkeiten bzw. Dienstleistungen, die üblicherweise im Rahmen der Bewilligung erbracht werden.

### **3.4.4 Direkter Zusammenhang (Rz 39)**

#### Stellungnahmen

Homburger und Zürich kritisieren, dass die Geschäfte gemäss Rz 41 im direkten Zusammenhang mit Transaktionen stehen müssten und empfehlen, das Wort „direkt“ ganz zu streichen.

#### *Würdigung*

Klarerweise muss die Übermittlung aufgrund des Geschäfts erfolgen. Dem ist jedoch Rechnung getragen, wenn ein Zusammenhang, nicht notwendigerweise ein direkter Zusammenhang, besteht.

#### *Fazit*

Dem Antrag wird entsprochen und Rz 39 dahingehend angepasst, dass ein Zusammenhang, aber kein direkter Zusammenhang zwischen dem Geschäft und der Information bestehen muss.

### 3.4.5 Zwingende Erforderlichkeit (Rz 40)

#### *Stellungnahmen*

OAD-FCT wünscht, dass nur eine für die Behörde unerlässliche Information unter Art. 42c FINMAG übermittelt werden darf. Andere Anhörungsteilnehmer kritisieren, dass die Information gemäss Rz 40 zur Durchführung der Transaktion „nach ausländischem Recht zwingend erforderlich“ sein müsse. Es wird vorgeschlagen darauf abzustellen, dass die Information nach ausländischem Recht unmittelbar (anstatt zwingend) erforderlich sein müsse. Die Zürich regt an, die Einschränkung ganz fallen zu lassen, schon weil es den Beaufsichtigten nicht oder nur mit hohem Aufwand möglich sei festzustellen, ob ein ausländisches Erfordernis zwingend erforderlich sei. Unter Verweis auf konkrete Beispiele führt die SBVg aus, dass auch bei der Verletzung von Informationspflichten ausserhalb zwingenden Rechts massive Konsequenzen drohen können.

#### *Würdigung*

Die Information muss für die Durchführung des Geschäfts nach anwendbarem Recht erforderlich sein. Rz 40 des Entwurfs wird entsprechend angepasst. Erforderlich bedeutet in diesem Kontext nicht nur, dass ohne die Übermittlung der Information das Geschäft nicht gültig abgeschlossen oder ausgeführt werden kann. Eine Information ist auch schon dann für ein Geschäft erforderlich, wenn ohne ihre Übermittlung eine Norm verletzt wird und/oder Strafen drohen.

Entscheidend ist, dass die Notwendigkeit der Übermittlung nicht im Ermessen der Beaufsichtigten steht.

#### *Fazit*

Gemäss dem Rundschreiben muss die Übermittlung der Information für die Durchführung des Geschäfts erforderlich, aber nicht mehr zwingend erforderlich, sein.

### 3.4.6 Genehmigung und Abwicklung (Rz 40, 41)

#### *Stellungnahmen*

Rz 41 solle, so Forum SRO, dahingehend ergänzt werden, dass neben der Abwicklung auch die Genehmigung der Transaktionen ausdrücklich genannt wird. Swiss Re merkt an, neben Abwicklung und Genehmigung sei auch das Reporting aufzuführen.

#### *Würdigung*

Das Rundschreiben stellt nicht mehr auf die Abwicklung, sondern auf die Durchführung eines Geschäfts ab. Dies schliesst neben der Genehmigung auch die Abwicklung und das Reporting mit ein.

## Fazit

„Genehmigung“ wird in Rz 41 mit „Durchführung“ des Geschäfts ersetzt. So sind sowohl die Genehmigung als auch die Abwicklung und das Reporting erfasst.

## 3.5 Meldungen nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG

### 3.5.1 Wesentliche Bedeutung, Art. 42c Abs. 3 FINMAG i.V.m. Art. 29 Abs. 2 FINMAG (Rz 43 ff.)

#### Stellungnahmen

Zur Konkretisierung des Terminus „wesentliche Bedeutung“ in den Rz 43 ff. halten Homburger, Swiss Re, UBS und Zürich fest, dass sich die Auslegung der wesentlichen Bedeutung unter Art. 42c Abs. 3 FINMAG und Art. 29 Abs. 2 FINMAG nicht unterscheiden dürfe. Dies sei auch im Interesse der Einheit der Rechtsordnung geboten. Eine Meldung an die FINMA nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG könne es folglich immer nur dann geben, so die SBVg, wenn schon nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG eine Meldung erfolgen müsse, wobei nach Auffassung der Zürich aus Gründen der Verständlichkeit in Rz 44 festzuhalten sei, dass es sich hier um eine Meldepflicht „gegenüber der FINMA“ handele.

Gemäss der Botschaft zu Art. 29 Abs. 2 FINMAG liege nur dann ein Fall der wesentlichen Bedeutung vor, wenn es sich um „gravierende finanzielle, personelle oder organisatorische Probleme, Schwierigkeiten mit ausländischen Behörden oder Änderungen der Geschäftsstrategie, welche sich wesentlich auf die Risiken einer oder eines Beaufsichtigten auswirken“ handele. Der Entwurf des Rundschreibensginge, so Homburger und Zürich, aber über diese Fälle hinaus.

Es wird angeregt, eine periodisch aktualisierte Liste aktueller und künftig hinzugefügter Praxisbeispiele zu meldepflichtigen Sachverhalten ausserhalb des Rundschreibens, z.B. mittels Frequently Asked Questions oder einer vergleichbar flexiblen Publikation zu unterhalten. Dies ermögliche, so SBVg und Swiss Re, laufende Anpassungen, ohne dass immer gleich das Rundschreiben selbst revidiert werden müsse.

Die Zürich führt aus, die direkte Übermittlung durch die Beaufsichtigte solle nach dem Willen des Gesetzgebers die Regel, ein Vorbehalt der FINMA nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG hingegen lediglich die Ausnahme darstellen.

Weiterhin wird von Swiss Re um Klarstellung gebeten, dass es bei der Beurteilung der Wesentlichkeit auf den Zeitpunkt der Übermittlung ankomme.

Forum-SRO und SLV/SRO kritisieren, dass der Gesetzeswortlaut des Art. 42c Abs. 3 FINMAG auf die wesentliche Bedeutung der Übermittlung, also auf Vorkommnisse, abstelle, nicht aber wie im Entwurf des Rundschreibens vorgesehen auch auf die wesentliche Bedeutung der Information selbst.

### *Würdigung*

Vorausgeschickt sei, dass Art. 42c Abs. 3 FINMAG eine Meldepflicht statuiert, aber nicht wie von einem Anhörungsteilnehmer geäussert einen Vorbehalt. Die Anbringung eines Amtshilfedorbehalts durch die FINMA ist in Abs. 4 geregelt und von der Meldepflicht gemäss Abs. 3 unabhängig. Mit andern Worten: Ist ein Sachverhalt gemäss Abs. 3 meldepflichtig, bedeutet dies nicht automatisch, dass die FINMA für die Übermittlung auch den Amtshilfeweg vorbehält. Umgekehrt kann der Amtshilfedorbehalt nicht nur für meldepflichtige Sachverhalte vorbehalten werden. Er kommt jedoch grundsätzlich nur in den Fällen des Art. 42c Abs. 1 FINMAG in Betracht, in denen eine Amtshilfe zumindest formell zulässig wäre.

Kernpunkt des Art. 29 Abs. 2 FINMAG ist die im Gesetz nicht näher ausgeführte Wesentlichkeit für die Aufsicht. Welche Sachverhalte wesentlich sind, ist daher im jeweiligen Kontext zu konkretisieren. Das Rundschreiben nimmt diese Konkretisierung der Wesentlichkeit im Zusammenhang mit der Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen ins Ausland vor. Es benennt beispielhaft solche Informationen, von deren Übermittlung die FINMA notwendiger Weise Kenntnis haben muss, um ihrer Aufsichtsfunktion insbesondere als Home Regulator nachkommen zu können.

Mit Art. 29 Abs. 2 FINMAG wollte der Gesetzgeber eine Meldepflicht an die FINMA in jenen Fälle statuieren, die von der regelmässigen Berichterstattung nicht oder verspätet erfasst würden, in denen der FINMA aber eine sofortige Reaktion möglich sein muss.

Das Rundschreiben führt nach Ansicht der FINMA hinreichend viele Beispiele der in der Praxis vorkommenden Fälle meldepflichtiger bzw. nicht meldepflichtiger Sachverhalte an.

Die Informationsübermittlung kann schliesslich aufgrund zweier Aspekte für die Aufsicht der FINMA von wesentlicher Bedeutung sein: Einmal durch den Übermittlungsvorgang selbst, aber auch aufgrund ihres Informationsgehalts. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Kenntnis von einer Übermittlung in das Ausland für das Funktionieren der Aufsicht durch die FINMA notwendig ist, kann der Inhalt der Information nicht ausgeklammert werden.

Die Beurteilung, ob eine meldepflichtige Übermittlung vorliegt oder nicht, wird nicht ex-post erfolgen. Dies wird im Rundschreiben explizit festgehalten.

### *Fazit*

Art. 29 Abs. 2 FINMAG stellt auf die Wesentlichkeit für die Aufsicht ab. In Verbindung mit Art. 42c FINMAG ist die Wesentlichkeit der Übermittlung selbst oder der zu übermittelnden Informationen für die Aufsichtstätigkeit der FINMA entscheidend.

## **3.5.2 Verfahren unter Art. 42c Abs. 3 FINMAG (Rz 67 ff.)**

### *Stellungnahmen*

Die Beaufsichtigten bringen zahlreiche Anregungen zum Verfahren bei Meldungen gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG ein.



Die Vereinigung Schweizerischer Privatbanken hält die Frist von fünf Tagen für zu lange. Ferner sei unklar, so Raiffeisen, ob es bei der Fristberechnung auf Kalender- oder Bankwerktag ankomme.

Es wird von verschiedenen Anhörungsteilnehmern beantragt, dass die Übermittlung auch ohne Rückmeldung der FINMA zulässig sein solle, wenn entweder die fünftägige Frist verstrichen ist, so Homburger und Zürich, oder wenn, so der Vorschlag von SBVg und UBS, aus den Unterlagen hervorgeht, dass die Übermittlung vor Ablauf der Fünftagesfrist gefordert wird. Homburger gibt zu bedenken, dass ansonsten für die Beaufsichtigten eine unzumutbare Rechtsunsicherheit auf unbestimmte Dauer entstünde und ein Übermittlungsverbot vor Rückmeldung der FINMA im Übrigen vom Wortlaut des Gesetzes nicht gedeckt sei.

Die Vereinigung Schweizerischer Privatbanken fordert eine Vereinfachung des Verfahrens und eine zentrale Eingangsadresse. SBVg und UBS beantragen, das Verfahren für folgende Fallkonstellationen zu konkretisieren: a) Die FINMA äussert sich innert der fünftägigen Frist nicht oder erstreckt wegen Komplexität des Falles die fünftägige Frist oder b) der Beaufsichtigte muss innerhalb von 24 Stunden reagieren. Daneben sei im Rundschreiben klar zu stellen, dass die FINMA eine verlängerte Rückmeldungszeit ihrerseits der ausländischen Aufsichtsbehörde selber mitteile.

Die Swiss Re wirft die Frage auf, wie die Einschätzung der möglichen Folgen und Risiken bei Übermittlungen in dringlichen Fällen erfolgen soll.

#### *Würdigung*

Gerade indem die FINMA den Prozess zur Meldung im Rundschreiben regelt, schafft sie Rechtssicherheit. Die Beaufsichtigte wie auch die ausländische Behörde oder Stelle haben Gewissheit, wann die Rückmeldung spätestens erfolgt. Die Alternative wäre, auf eine Frist zu verzichten. Dies hätte den von allen Seiten ungewünschten Effekt, dass sich die vorübergehende Rechtsunsicherheit bis zur Rückmeldung auf unbestimmte Zeit erstrecken würde, anstatt sich auf den Fristenlauf zu beschränken. In der Mehrheit der Fälle erfolgt die Rückmeldung innert fünf Tagen. Für Einzelfälle behält sich die FINMA im Interesse der Beaufsichtigten eine Fristverlängerung vor, um nicht voreilig einen Amtshilfedorbehalt anbringen zu müssen. Das Rundschreiben regelt das Standardprozedere. Dringlichkeit wird insbesondere dann gegeben sein, wenn die Notwendigkeit der raschen Informationsübermittlung nicht vorhersehbar war und die Beaufsichtigte kurzfristig, etwa innerhalb von 24 Stunden, auf eine Anfrage reagieren muss. Die FINMA wird dem Einzelfall unbürokratisch gerecht werden. Dass die Anforderungen an die Meldung in diesen Fällen geringer ausfallen können, ergibt sich aus der Natur der Sache.

Eine Genehmigungsfiktion wie sie von einigen Anhörungsteilnehmern bei nicht rechtzeitiger Rückmeldung gefordert wird, würde dem Gesetzeszweck des Abs. 3 zuwiderlaufen. Die Meldung dient dazu, eine geplante Übermittlung zu prüfen und gegebenenfalls mit einem Amtshilfedorbehalt zu versehen. Dies ist nur möglich, wenn die Übermittlung noch nicht stattgefunden hat. Die Stellungnahmen zeigen im Übrigen, dass über den Zeitpunkt des Fristbeginns unterschiedliche Auffassungen bestehen. Daher stellt die FINMA wie schon im Erläuterungsbericht nunmehr im Rundschreiben klar, dass für den Fristenlauf der Eingang der Meldung bei der FINMA entscheidend ist. Auf den Eingang des Gesuchs einer ausländischen Behörde bei der Beaufsichtigten beispielsweise

kommt es nicht an. Weiter wird klargestellt, dass die Meldung an die zuständige Ansprechperson der Beaufsichtigten bei der FINMA zu richten ist. Schliesslich darf die Beaufsichtigte eine allfällige Verlängerung der Fünftagesfrist an die ausländische Behörde oder Stelle, an welche die Informationen adressiert werden soll, selbst weitergeben.

Im Rundschreiben wird zudem der Inhalt der Meldung, die explizit als solche zu bezeichnen ist, konkretisiert: Bei quantitativ umfangreichen Informationen können in Rücksprache mit der FINMA anstatt der zu übermittelnden Dokumente eine Beschreibung der entsprechenden Daten beigelegt werden.

#### *Fazit*

Die Konkretisierung des Meldeverfahrens schafft für die Beaufsichtigten Rechtssicherheit.

Die Meldung ist an die zuständige Ansprechperson der Beaufsichtigten bei der FINMA zu richten.

Die Beaufsichtigte kann nicht von einer stillschweigenden Genehmigung ausgehen, wenn bis zu einem von ihr kommunizierten Zeitpunkt oder nach Fristablauf keine Rückmeldung erfolgt. Die fünftägige Frist beginnt mit Eingang der Meldung bei der FINMA zu laufen.

Verlängert die FINMA im Einzelfall die fünftägige Frist, darf die Beaufsichtigte dies an die ausländische Behörde bzw. Stelle kommunizieren.

Sind die zu übermittelnden Informationen von grossem Umfang, kann nach Rücksprache mit der FINMA die Meldung mittels einer Zusammenfassung der zu übermittelnden Dokumente erfolgen, anstatt diese als Beilage einzureichen.

### **3.5.3 Beispiele meldepflichtiger und nicht meldepflichtiger Sachverhalte (Rz 43 ff.)**

Die Anhörungsteilnehmer begrüssen die Präzisierungen zur Meldepflicht anhand von Beispielen. Die SBVg fordert mehr Klarheit respektive einen höheren Detaillierungsgrad.

#### 3.5.3.1 Behörden, die nicht auf der Liste stehen (Rz 47)

##### *Stellungnahmen*

SBVg, Swiss Re, UBS sowie die Vereinigung Schweizerischer Privatbanken sprechen sich für die Streichung der Rz 47 aus. Allein das Fehlen auf der FINMA-Liste könne nicht zu einer Meldepflicht führen und widerspreche der Systematik des Rundschreibens.

##### *Würdigung*

Die Meldepflicht gemäss Rz 47 bezieht sich nur auf Übermittlungen an Finanzmarktaufsichtsbehörden gemäss Abs. 1. Sie betrifft also die Übermittlung nicht öffentlicher Informationen zum Vollzug des

Finanzmarktrechts an eine Behörde, an welche die FINMA in ihrer langjährigen Praxis selbst noch keine Amtshilfe geleistet hat, weil entweder noch kein entsprechendes Gesuch einging oder die Voraussetzungen für die Amtshilfe nicht vorlagen. Für die Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben ist die Kenntnis einer geplanten Übermittlung durch eine Beaufichtigte an solch eine Behörde für die FINMA wesentlich. Auch kann die FINMA dann einschreiten, wenn sie aus eigener Erfahrung begründete Bedenken bezüglich der Amtshilfefähigkeit der ausländischen Behörde hat. Daher wird Rz 47 des Rundschreibens nicht wie beantragt gestrichen.

#### *Fazit*

Rz 47 wird nicht gestrichen und unverändert beibehalten.

### 3.5.3.2 Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit (Rz 48)

#### *Stellungnahmen*

SBVg und UBS beantragen, Rz 48 zu streichen. Die Swiss Re fordert die Rz 48 zumindest zu präzisieren. Die Vereinigung Schweizerischer Privatbanken gibt zu bedenken, dass nach der Formulierung im Entwurf, die Meinung der FINMA in jedem Einzelfall eingeholt werde. Der SBVg merkt darüber hinaus an, wenn eine Information nicht erforderlich oder die Verhältnismässigkeit nicht gewahrt sei, sei die Übermittlung im Übrigen schon per se nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG unzulässig. Die UBS weist darauf hin, dass einzig die ausländische Behörde festsetzen könne, welche Informationen zur Zweckerreichung notwendig seien.

#### *Würdigung*

Rz 48 zielt auf Fälle ab, in denen die Beaufichtigte nach ihrer eigenen Auffassung offensichtlich um mehr Informationen ersucht wird als dies für den geltend gemachten Zweck im konkreten Fall erforderlich ist oder in denen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit offensichtlich verletzt wird. Grenzfälle, in denen nur die ausländische Behörde beurteilen kann, ob Erforderlichkeit und/oder Verhältnismässigkeit gewahrt sind, sollen nicht zur Meldepflicht führen. Die Randziffer wird entsprechend angepasst.

Was den Wunsch nach Präzisierung betrifft, so lässt die Vielzahl potentieller Fallkonstellationen eine detailliertere, generell gültige Umschreibung von Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit nicht zu. Insofern finden die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts Anwendung.

#### *Fazit*

Rz 48 wird beibehalten und auf Fälle eingeschränkt, in denen die Information zur Erfüllung des von der ersuchenden Behörde geltend gemachten Zwecks offensichtlich nicht erforderlich ist oder der Umfang der ersuchten Informationen offensichtlich unverhältnismässig ist.

### 3.5.3.3 Ausländische Vorabklärungen und Verfahren (Rz 49)

#### *Stellungnahmen*

Die SBVg beantragt, die Rz 49 zu streichen, da die Rechtsbegriffe „Verfahren“ und „Vorverfahren“ weltweit unterschiedlich verwendet würden und daher zur Abgrenzung ungeeignet seien. Wenn dennoch an den Begriffen respektive den Ausführungen in der Randziffer festgehalten werde, solle zumindest eine Eingrenzung auf Sachverhalte erfolgen, die aus Schweizer Sicht Gegenstand eines formellen Amts- oder Rechtshilfeverfahrens sein könnten.

Darüber hinaus wird vorgebracht, jedwelche Informationen und Daten könnten Ursache und Grundlage für die Eröffnung eines Verfahrens sein. Es wären, so die Vereinigung Schweizerischer Privatbanken, geradezu hellseherische Fähigkeiten erforderlich, um zu wissen, dass die Informationen niemals zu Vorverfahren führten, die Sanktionen nach sich ziehen könnten. Die Zürich hält fest, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass nach Ansicht der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde eine Information einen Gesetzesverstoss beinhaltet, von dem die Beaufsichtigte zum Zeitpunkt der Übertragung keine Kenntnis hat. Die Rz 49 sei daher auf Fallkonstellationen zu beschränken, die, so Zürich und ähnlich Homburger, „aufgrund von einschlägigen Erfahrungen bzw. einer realistischen Beurteilung mit grosser Wahrscheinlichkeit zu Sanktionen“ gegen Beaufsichtigte führen könnten.

Die UBS merkt zudem an, dass es unter Art. 29 Abs. 2 FINMAG keine Pflicht zur Selbstanzeige gäbe, vielmehr bestehe eine solche nur in Fällen des Art. 27 Abs. 3 FINMAG. Entsprechend solle auch die Meldepflicht in Rz 49 auf Sachverhalte eingeschränkt werden, in denen bedeutende Sanktionen drohten.

#### *Würdigung*

Die Begriffe „Vorabklärungen“ (nicht Vorverfahren) und „Verfahren“ beschreiben in Verbindung mit der Einschränkung auf solche, die zu Sanktionen führen können, hinreichend genau, welche Fallkonstellationen gemeint sind. Das Schweizer Verständnis der Begriffe ist auf ausländische Verfahren sinngemäss anzuwenden.

Zu der Kritik, dass nicht vorhersehbar sei, ob nach Ansicht der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde eine Information möglicherweise einen Gesetzesverstoss beinhalte, wird auf die neue Randziffer im Rundschreiben verwiesen (s. oben Ziffer 3.5.1), wonach bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit einer Übermittlung nach Art. 42c FINMAG eben keine ex-post Betrachtung erfolgt, sondern auf den Zeitpunkt der Übermittlung abgestellt wird. Wie mit dem Wort „zuhanden“ angedeutet, bezieht sich die Randziffer mithin auf Übermittlungen von Informationen im Rahmen von initiierten oder zumindest in Aussicht gestellten Vorabklärungen und Verfahren von denen die Beaufsichtigte in Kenntnis gesetzt wurde.

Rz 49 wird dahingehend angepasst, dass nicht jede potentielle Sanktion, sondern nur solche für die Meldepflicht relevant sind, die sich wesentlich auf die Risiken einer Beaufsichtigten auswirken könnten.

Entgegen der Auffassung des Anhörungsteilnehmers kann Art. 29 Abs. 2 FINMAG unter Umständen durchaus auf eine Anzeige eigenen Fehlverhaltens hinauslaufen. Eine Meldung nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG ist indes nicht ohne Weiteres mit einer Selbstanzeige gleichzusetzen, auch wenn sie potentielle Gesetzesverstösse nach ausländischem Recht inkludiert. Zweck der Meldung ist es, die FINMA über Wesentliches zeitnah zu unterrichten. Würde Rz 49 gestrichen, würden ausländische Behörden über potentielle Rechtsverstösse informiert und könnten gegebenenfalls weitere Nachforschungen anstellen, ohne dass die FINMA vorgängig hiervon in Kenntnis gesetzt wird. Dies wäre umso mehr stossend, als es gemäss der überarbeiteten Randziffer um Sanktionen geht, die wesentliche Auswirkung auf die Risiken einer Beaufsichtigten haben könnten. Darüber hinaus wird zum einen auf das Auskunftsrecht der FINMA gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG verwiesen. Zum anderen sind die Beaufsichtigten nicht verpflichtet, die Informationen in das Ausland zu übermitteln, so dass sie nicht zu einer „Selbstanzeige“ gezwungen werden.

#### *Fazit*

Rz 49 wird auf Fälle beschränkt, in denen Sanktionen drohen, die sich wesentlich auf die Risiken einer Beaufsichtigten auswirken könnten.

#### 3.5.3.4 Verstösse gegen Schweizer Recht (Rz 50)

##### *Stellungnahmen*

Die SBVg beantragt, Rz 50 sei dahingehend zu konkretisieren, dass die Meldepflicht ausschliesslich bei Verstössen der Beaufsichtigten gelte. Für die UBS kommt diese Meldepflicht zudem nur bei schwerwiegenden Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen i.S.d. Art. 27 Abs. 3 FINMAG in Betracht. Andernfalls würde unter Art. 29 Abs. 2 FINMAG eine Pflicht zur Selbstanzeige statuiert.

##### *Würdigung*

Rz 50 bezieht sich in erster Linie auf Verstösse der Beaufsichtigten. Sie kann aber auch für Verstösse von Kunden gelten. Hierzu folgendes Beispiel: Eine Bank kommt ihren eigenen Sorgfaltspflichten vollumfänglich nach und dennoch begeht einer ihrer Kunden ein Insiderdelikt i.S.v. Art. 154 Abs. 1 FinfraG, welches wegen der geringen Deliktsumme aber nicht als Vortat zur Geldwäscherei qualifiziert. Die Bank übermittelt die entsprechenden Informationen an eine ausländische Behörde. In diesem Fall besteht ein Risiko für die Beaufsichtigte, über das die FINMA informiert sein sollte. Die FINMA muss in diesen Fällen über den gleichen Informationsstand wie die ausländische Behörde verfügen, um ihrer eigenen Aufsichtsfunktion nachkommen zu können. Aus Gründen der Klarstellung wird die Randziffer dahingehend angepasst, dass es sich um Verstösse handeln muss, die sich wesentlich auf die Risiken einer Beaufsichtigten auswirken könnten.

Hinsichtlich des Einwands, dass durch Rz 50 eine Selbstanzeigepflicht der Beaufsichtigten statuiert würde, wird auf die Würdigung oben unter Rz 49 verwiesen (s.o. Ziffer 3.5.3.3).

#### *Fazit*

Rz 50 ist bei Verstößen gegen das Schweizer Recht sowohl durch die Beaufsichtigte als auch durch ihre Kunden einschlägig. Sie wird aber auf Fälle eingeschränkt, die sich wesentlich auf die Risiken einer Beaufsichtigten auswirken könnten.

#### 3.5.3.5 Dokumente aus dem Aufsichtsverhältnis (Rz 51)

##### *Stellungnahme*

Die Swiss Re beantragt, den Begriff „Beauftragte“ durch „aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaften“ zu ersetzen, da dies mit Blick auf Rz 53 im Sinne einer einheitlichen Terminologie geboten sei.

##### *Würdigung*

Die Begriffe „Beauftragter“ und „aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft“ werden im Rundschreiben nicht als Synonyme verwendet. Beauftragte im Sinne der Rz 51 können nicht nur Prüfgesellschaften, sondern auch Untersuchungsbeauftragte und Prüfbeauftragte sein. Daher wird der Wortlaut der Rz 51 nicht wie beantragt angepasst.

#### *Fazit*

Rz 51 wird nicht wie beantragt angepasst, da Beauftragte und Prüfgesellschaften nicht gleichzusetzen sind.

#### 3.5.3.6 Bilanz und Erfolgsrechnung oder Risiko (Rz 52)

##### *Stellungnahmen*

Die Swiss Re beantragt, die Informationen zum Risiko zu streichen, da die Randziffer nur Finanzzahlen erfassen solle und die Risikoanalyse bereits in Rz 53 enthalten sei.

SBVg und UBS schlagen vor, die Randziffer ganz zu streichen. Es sei, so die SBVg, nicht klar, weshalb solche Informationen vorgängig gemeldet werden müssten. Die UBS gibt zu bedenken, es bestehe die Praxis, dass auch eine nachträglich allenfalls konsolidierte Meldung an die FINMA genüge. Eine Abkehr davon sei schon rein aufgrund der Menge der Meldungen nicht praktikabel.

##### *Würdigung*

Rz 53 bezieht sich allein auf die Berichte zur Risikolage. Die in Rz 52 genannten Informationen zum Risiko betreffen nicht nur diejenigen aus entsprechenden Berichten, sondern auch darüber hinausgehende Informationen zum Risiko wie es in Rz 52 näher definiert ist.

Dem Wunsch der Anhörungsteilnehmer Rz 52 zu streichen wird nicht nachgekommen. Sie behandelt gerade nicht nur lokale Einheiten betreffende Informationen (z.B. zu Bilanz und Erfolgsrechnung oder Risiko). Diese können gemäss Rz 59 ebenso ohne vorgängige Mitteilung übermittelt werden.

Rz 52 stellt auf die aussergewöhnliche Konstellation ab, in der eine ausländische, für die Beaufsichtigung einer Tochter oder Niederlassung zuständige Stelle ausserhalb ihrer normalen Praxis nicht öffentliche Informationen zum von ihr nicht beaufsichtigten Konzern bzw. dem Hauptsitz verlangt. Dies ist ein wesentlicher Umstand, über den die FINMA informiert sein muss.

Zum Hinweis, dass eine Praxis bestehe, wonach nachträglich eine allenfalls konsolidierte Meldung an die FINMA genüge und eine Abkehr von dieser Praxis schon rein aufgrund der Menge der Meldungen nicht praktikabel sei, wird auf Rz 66 verwiesen. Diese eröffnet die Möglichkeit der nur einmaligen Meldung bei sich wiederholenden Übermittlungen gleichartiger Informationen.

#### *Fazit*

Rz 52 wird unverändert beibehalten.

### 3.5.3.7 Meldepflichtige Berichte (Rz 53)

#### *Stellungnahmen*

Ein Anhörungsteilnehmer beantragt, die Berichte der aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaft als Beispiel für eine Meldepflicht zu streichen, da die Prüfgesellschaften nicht in den Anwendungsbereich des Art. 42c FINMAG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 FINMAG fielen.

SBVg und UBS beantragen die Streichung der Rz 53, da – wie oben bereits zu Rz 52 ausgeführt – eine Praxis bestehe, die Lieferung von Audit Reports erst nachträglich an die FINMA zu melden und eine Abkehr von dieser Praxis aufgrund der Menge der Meldungen nicht praktikabel sei.

#### *Würdigung*

Rz 53 des Rundschreibens bleibt bezüglich der Prüfberichte unverändert, da Art. 42c FINMAG die Aushändigung solcher Berichte durch die Beaufsichtigten – und nicht durch die Prüfgesellschaften – betrifft. Rz 53 erweitert den Anwendungsbereich dieser Regelung nicht auf die Prüfgesellschaften. Zu der Übermittlung der Prüfberichte wird auf die Würdigung der Rz 52 verwiesen (s.o. Ziffer 3.5.3.6).

#### *Fazit*

Rz 53 wird nicht angepasst.

### 3.5.3.8 Laufende rechtliche Verfahren (Rz 54)

#### *Stellungnahme*

Die UBS bringt vor, die Meldepflicht müsse auf rechtliche Verfahren „von schwerwiegenden Verstössen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen“ beschränkt werden. Art. 29 Abs. 2 FINMAG sähe keine Selbstanzeigespflicht vor, eine solche ergäbe sich nur unter den Voraussetzungen des Art. 27 Abs. 3 FINMAG.

#### *Würdigung*

Es liegt klar im Aufsichtsinteresse der FINMA, zu laufenden rechtlichen Verfahren ihrer Beaufsichtigten in gleichem Umfang wie die ausländischen Behörden und Stellen informiert zu sein. Die wesentliche Bedeutung für die Aufsicht i.S.v. Art. 29 Abs. 2 FINMAG ist damit gegeben. Darüber hinaus hat die FINMA ein Interesse daran zu wissen, welche ausländischen Behörden sich in welchem Umfang über derartige Verfahren informieren lassen. Im Übrigen besteht keine Verpflichtung zur Übermittlung von Informationen in das Ausland. Wenn sie jedoch die Behörden und Stellen im Ausland informieren möchten, ist die FINMA ebenfalls in Kenntnis zu setzen. Im Übrigen könnte die FINMA gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG jederzeit selbst einen solchen Bericht über die laufenden Verfahren verlangen.

#### *Fazit*

Rz 54 wird nicht gestrichen. Aus Gründen der Klarheit wird jedoch nicht mehr auf Informationen, sondern auf die Berichterstattung über laufende rechtliche Verfahren abgestellt.

### 3.5.3.9 Informationen für die Geschäftsleitung oder den Verwaltungsrat (Rz 55)

#### *Stellungnahmen*

SBVg und UBS beantragen, dass nur solche für die Geschäftsleitung oder den Verwaltungsrat erstellten oder gesammelten Informationen meldepflichtig sein sollen, die einen der in den vorausgehenden Randziffern vorgeannten Sachverhalt betreffen. Allein die Tatsache, dass die Dokumente für die Geschäftsleitung oder den Verwaltungsrat erstellt wurden, sage nichts über die Wesentlichkeit des konkreten Inhalts aus.

#### *Würdigung*

Wenn Rz 55 nur zur Anwendung gelangen kann, wenn bereits ein von den vorgängigen Randziffern erfasster Sachverhalt vorliegt, ist nicht erkennbar, worin der darüber hinausgehende Regelungsgehalt dieser Randziffer liegen sollte.

Werden einer ausländischen Behörde oder Stelle nicht öffentliche Informationen, die auf oberster Führungsebene der Beaufsichtigten (Geschäftsleitung und/oder Verwaltungsrat) relevant sind, übermittelt, muss die FINMA hiervon zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion in Kenntnis gesetzt werden.



#### *Fazit*

Rz 55 wird unverändert beibehalten.

#### 3.5.3.10 Informationen zur lokalen Einheit (Rz 59)

##### *Stellungnahme*

Die Swiss Re schlägt zur Vereinfachung folgende Umformulierung der Rz 59 vor: „Informationen zu Bilanz und Erfolgsrechnung, oder Risiko der lokalen Einheit z.B. für eine Tochtergesellschaft zuhanden der für diese Einheit zuständigen lokalen Finanzmarktaufsichtsbehörde oder Stelle“.

##### *Würdigung*

In Rz 59 des Rundschreibens sind „Informationen zu Bilanz und Erfolgsrechnung, oder Risiko“ nur beispielhaft für lokale Einheiten betreffende Informationen genannt. Gemäss dem Formulierungsvorschlag der Anhörungsteilnehmerin wäre diese Aufzählung abschliessend. Nach Auffassung der FINMA sollen jedoch die Übermittlungen sämtlicher lokalen Einheiten betreffende Informationen von der Meldepflicht ausgenommen sein, sofern die in der Randziffer genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

#### *Fazit*

Rz 59 wird unverändert beibehalten.

#### 3.5.3.11 Kapital- und Liquiditätskennzahlen (Rz 60)

##### *Stellungnahmen*

Die Swiss Re beantragt, in Rz 60 auch den SST aufzunehmen, da nicht nur periodisch wiederkehrende Kennzahlenberichte aus dem Bankenbereich aufgezählt werden sollten.

Die Zürich schlägt zur Klarstellung folgende, ergänzende Umformulierung vor: „international anerkannte und periodisch zu veröffentlichende Kapital-, Solvenz- und Liquiditätskennzahlen (z.B. *Core Equity Tier 1* (CET), *Leverage Ratio*, *Liquidity Coverage Ratio* (LCR), *Net Stable Funding Ratio* (NSFR) usw.), auch wenn diese zum Zeitpunkt der Übermittlung noch nicht veröffentlicht wurden“.

##### *Würdigung*

Der SST wird nicht als Beispiel periodisch veröffentlichter Kennzahlen aufgeführt, da das FINMA-Rundschreiben 2016/2 „Offenlegung – Versicherer (*Public Disclosure*)“ zwar in Kraft getreten ist, die darin vorgesehene Veröffentlichung gemäss Rz 116 f. aktuell aber noch nicht erfolgt. Sobald Beaufsichtigte den SST auf Basis des Rundschreibens entsprechend veröffentlichen, wäre dies ein weiterer Anwendungsfall einer gemäss Rz 60 nicht meldepflichtigen Übermittlung.

Die Solvenzkenzzahlen werden nicht separat aufgeführt, da sie von den übrigen in der Randziffer genannten Kennzahlen bereits im erforderlichen Masse erfasst sind.

Dass die Informationen bei der Übermittlung nicht schon publiziert sind respektive sein müssen, wird nicht wie beantragt in die Randziffer aufgenommen. Wären sie nämlich bereits veröffentlicht, fielen sie ohnehin nicht (mehr) in den Anwendungsbereich des Art. 42c FINMAG, der die Übermittlung nicht öffentlicher Informationen regelt.

#### *Fazit*

Der SST ist gegenwärtig nicht publikationspflichtig und wird daher nicht in die Rz 60 aufgenommen. Auch eine Ergänzung um Solvenzkenzzahlen erfolgt nicht.

#### 3.5.3.12 Organisation und Governance (Rz 62)

##### *Stellungnahme*

Die Swiss Re beantragt, Rz 62 durch die Nennung konkreter Beispiele, wie etwa das Organisationsreglement, zu präzisieren.

##### *Würdigung*

Das Beispiel „Organisationsreglement“ wird in die Rz 62 aufgenommen.

#### *Fazit*

Die beantragte Ergänzung wird vorgenommen.

#### 3.5.3.13 Reportingpflichten (Rz 65) oder neue Randziffer zu standardisierten Meldungen

##### *Stellungnahmen*

Da gewisse, die ausländische Geschäftstätigkeit betreffende Berichte o.ä. von lokaler aufsichtsrechtlicher Relevanz und teilweise sogar meldepflichtig seien, beantragt die Zürich, Randziffer 65 um folgenden Nachsatz zu ergänzen: „(...) oder die Tätigkeit in der entsprechenden Jurisdiktion betreffen“.

SBVg und UBS regen zur Verbesserung von Klarheit und Rechtssicherheit an, neben Rz 65 in den Katalog von Rz 58 ff. weitere typische Konstellationen aufzunehmen, welche näher in den Stellungnahmen ausgeführt wurden<sup>4</sup>. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass bei

---

<sup>4</sup> U.a. Übermittlung von Informationen an Subcustodians in den USA z.B. zum wirtschaftlich Berechtigten von Wertschriftenbeständen oder an Subcustodians in Finnland zum wirtschaftlich Berechtigten von finnischen

Transaktionsmeldungen an Transaktionsregister eine vorgängige Meldung weder sachgerecht noch praktikabel wäre. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die FINMA eine Anzahl von Meldungen erhalten würde, die kaum zu verarbeiten wäre.

SBVg und UBS schlagen zusätzlich zu Rz 65 folgende Formulierung einer entsprechenden neuen Randziffer vor: „standardisierte Meldungen nach allgemein anerkannten internationalen Grundsätzen, in Erfüllung der Markttransparenz oder -integrität dienen den regulatorischen Vorschriften (bspw. Meldungen von Derivatstransaktionen an Transaktionsregister, Meldepflichten nach Art. 26 MiFIR oder Dodd Frank Act)“.

#### *Würdigung*

Das Beispiel für einen nicht meldepflichtigen Sachverhalt unter Rz 65 wird ergänzt um (1) Tätigkeiten in einer Jurisdiktion, in der die Beaufsichtigte legaler Weise weder zugelassen noch registriert ist sowie (2) Meldungen an Behörden sowie von diesen beauftragte Stellen. Bei Letztgenannten handelt es sich insbesondere auch um Transaktionsregister und kotierte Unternehmen (s. Rz 36).

#### *Fazit*

Die angepasste Randziffer umfasst auch Übermittlungen, die nicht an Finanzmarktaufsichtsbehörden gerichtet sind und/oder aufgrund der Tätigkeit von Beaufsichtigten im Ausland erfolgen, ohne dass diese dort registriert oder zugelassen sind.

#### 3.5.3.14 Ergänzungsvorschläge zu nicht meldepflichtigen Beispielen

Verschiedene Anhörungsteilnehmer beantragen, in das Rundschreiben weitere Sachverhalte als Beispiele für Informationen aufzunehmen, deren Übermittlung keiner vorgängigen Meldung bedarf.

##### 3.5.3.14.1 Übermittlungen ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 271 StGB

#### *Stellungnahmen*

Homburger und Zürich fordern, Informationen und Unterlagen, deren Übermittlung ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 271 StGB liegen, von der Meldepflicht auszunehmen.

#### *Würdigung*

Genauso wenig wie Art. 271 StGB den Anwendungsbereich des Art. 42c Abs. 1 und Abs. 2 FINMAG definiert (s.o. unter Ziffer 3.1.3), ist diese Bestimmung geeignet, den Anwendungsbereich des Abs. 3 einzuschränken. Entscheidend ist vorliegend nicht, ob das EFD nach altem Verfahren zu involvieren

---

Effektene Ausschüttungen; Offenlegung der Aktionäre gegenüber der kotierten Gesellschaft unter der Hongkong Identity Rule.

gewesen wäre, um die Souveränität der Schweiz zu wahren, sondern ob die FINMA zur Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit auf die Kenntnis der Übermittlung angewiesen ist (s. auch Erläuterungsbericht, S. 12).

#### *Fazit*

Der Anwendungsbereich des Art. 42c FINMAG wird nicht durch Art. 271 StGB bestimmt. Die beantragte Ergänzung wird nicht vorgenommen.

#### 3.5.3.14.2 Allgemeine Dokumente

##### *Stellungnahmen*

Zwei Anhörungsteilnehmer beantragen, die Übermittlung der folgenden Dokumente als nicht meldepflichtig im Rundschreiben aufzuführen:

Allgemeine Geschäftsbedingungen, anonymisierte Formulare, *Termsheets* und ähnliche allgemeine Dokumente einerseits sowie allgemeine Weisungen, interne Regelwerke, Richtlinien und allgemein *Corporate Governance*-Unterlagen andererseits, seien, so die Zürich, als von nicht wesentlicher Bedeutung im Sinne von Abs. 3 zu qualifizieren. Homburger trifft eine restriktivere Auswahl der Dokumente und beantragt die Übermittlung von allgemeinen Weisungen, allgemeinen Geschäftsbedingungen, Formularen und ähnlichen allgemeinen Dokumenten von der Meldepflicht auszunehmen.

##### *Würdigung*

Die FINMA stimmt den Beaufsichtigten insoweit zu, als dass allgemeine Geschäftsbedingungen, anonymisierte Formulare sowie allgemeine Weisungen und andere Dokumente, die am Verkaufsort (*point-of-sale*) an Kunden und Interessenten abgegeben werden, nicht von wesentlicher Bedeutung sind und daher deren Übermittlung nicht meldepflichtig ist. Das Rundschreiben wird um eine entsprechende Randziffer ergänzt.

#### *Fazit*

Das Rundschreiben nimmt beispielhaft diverse allgemeine Dokumente von der Meldepflicht aus.

#### 3.5.3.14.3 Bescheinigungen und Bestätigungen der Beaufsichtigten

##### *Stellungnahme*

Die Zürich beschreibt die Praxis gewisser ausländischer Aufsichtsbehörden, im Rahmen der formellen Übermittlung von öffentlichen Informationen beispielsweise eine Bestätigung eines Geschäftsleitungsmitglieds zu verlangen (z.B. bei der Einreichung des *Risk Reports* gemäss öffentlicher Jahresberichterstattung). Vor diesem Hintergrund wird beantragt, im Rundschreiben klarzustellen, dass auch „Bescheinigungen oder Bestätigungen der Beaufsichtigten, welche sich auf öffentliche

Informationen beziehen, die beispielsweise im Rahmen des *Public Disclosures* veröffentlicht wurden“ nicht zur Meldepflicht führten.

#### *Würdigung*

Der Vorschlag wird unter einer neuen Randziffer im Rundschreiben aufgenommen. Es wird jedoch nochmals darauf hingewiesen, dass Rz 58 ff. nur beispielhaft und nicht abschliessend auführen, welche Übermittlungen nicht meldepflichtig sind.

#### *Fazit*

Das Rundschreiben wird um eine Randziffer ergänzt. Bescheinigungen oder Bestätigungen der Beaufsichtigten zuhanden einer ausländischen Behörde oder Stelle, welche sich auf öffentliche Informationen beziehen, lösen keine Meldepflicht aus.

### 3.5.3.14.4 Abgeschlossene rechtliche Verfahren

#### *Stellungnahme*

Die Swiss Re beantragt, die Aufzählung der nicht meldepflichtigen Sachverhalte um Informationen über abgeschlossene rechtliche Verfahren zu ergänzen. Dies diene der Rechtssicherheit.

#### *Würdigung*

Dem Anhörungsteilnehmer ist beizupflichten. Über Verfahren, die entweder schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder schwere Missstände betreffen, ist die FINMA ohnehin bereits vor ihrem Abschluss unverzüglich zu informieren (Art. 27 Abs. 3 FINMAG). Weitere Fallkonstellationen sind durch die Meldepflicht unter Art. 29 Abs. 2 FINMAG abgedeckt. Die Berichterstattung zu Verfahren, die rechtskräftig abgeschlossen sind, wird folglich Verfahren benennen, die entweder der FINMA bereits bekannt sind, oder aus der Aufsichtsperspektive weniger gravierende Verstösse betreffen. Daher werden Berichterstattungen über rechtskräftig abgeschlossene Verfahren, beispielsweise im Rahmen eines *Lawyer's-Letter*, als nicht meldepflichtig erachtet.

#### *Fazit*

Die Berichterstattung über rechtskräftig abgeschlossene Verfahren wird als weiteres Beispiel für einen nicht meldepflichtigen Sachverhalt im Rundschreiben aufgenommen.

### 3.6 Amtshilfedorbehalt nach Art. 42c Abs. 4 FINMAG (Rz 72 ff.)

#### *Stellungnahmen*

SBVg und UBS halten fest, dass die direkte Übermittlung durch die Beaufsichtigte die Regel, ein Vorbehalt der FINMA hingegen die Ausnahme darstellen soll. Forum-SRO, SRO/SLV und SRO/SVV

wiederum bezeichnen es als erstaunlich, dass nur in Ausnahmefällen ein Amtshilfedorbehalt angebracht werden soll.

Die Vertreter der ersten Ansicht bringen vor, der Amtshilfedorbehalt sei schon deshalb als Ausnahme zu verstehen, weil eine Übermittlung gemäss Art. 42c Abs. 2 FINMAG der quantitativ häufigste Fall sei, an welchen die qualitativ niedrigsten Anforderungen zu stellen seien, so dass er als Regel und Auffangbecken diene. Dementsprechend, so die SBVg, sei Art. 42c Abs. 4 FINMAG entsprechend klar und eindeutig von Art. 42c Abs. 2 FINMAG abzugrenzen.

SBVg und UBS fordern, dass wenn die FINMA den Amtshilfedorbehalt vorbehalte, sie die Informationsübermittlung an die ausländische Behörde umgehend vornehmen solle, ohne dass diese ein zusätzliches Amtshilfegesuch an die FINMA stellen müsse. Dies sei auch im Hinblick auf die Interessen der Beaufsichtigten angezeigt, für die sich bei nicht rechtzeitiger Informationsübermittlung schwere Nachteile inklusive direkter oder indirekter Sanktionen im Ausland ergeben könnten.

Das Rundschreiben sei, so SBVg und UBS, dahingehend zu ergänzen, dass entweder die Beaufsichtigte den Amtshilfedorbehalt der Behörde oder Stelle mitteilen dürfe oder die FINMA selbst umgehend die Behörde oder Stelle darüber informiere.

Die Vertreter der zweiten Ansicht, Forum-SRO, SRO/SLV und SRO/SVV, beantragen, Rz 75 ersatzlos zu streichen. Um statt dem Amtshilfedorbehalt auch eine vorgängige Meldung vorzubehalten, fehle es an der gesetzlichen Grundlage.

### *Würdigung*

Wie unter Ziff. 2 des Erläuterungsberichts ausgeführt, wird die FINMA von der Möglichkeit des Amtshilfedorbehalts zurückhaltend Gebrauch machen.

Zudem ist die Anwendung von Abs. 3 de jure nur in eingeschränkten Konstellationen möglich, denn die Amtshilfe kann nur in den Fällen vorbehalten werden, in denen die FINMA gemäss Art. 42 Abs. 2 FINMAG überhaupt Amtshilfe leisten kann. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn entweder gemäss Art. 42c Abs. 1 FINMAG Informationen an „weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen“ übermittelt werden sollen oder wenn Art. 42c Abs. 2 FINMAG zur Anwendung kommt.

Die FINMA teilt den Amtshilfedorbehalt der ausländischen Aufsichtsbehörde mit. Im Einzelfall kann die Beaufsichtigte den Vorbehalt aufgrund expliziter Absprache mit der FINMA selbst der ausländischen Behörde kommunizieren. Rz 72 wird entsprechend angepasst.

Leistet die FINMA im Anschluss an den Vorbehalt Amtshilfe, ist hierfür in der Regel ein separates Amtshilfegesuch erforderlich. Für ein Ersuchen an die Beaufsichtigte gelten nicht die gleichen Anforderungen wie für ein formell korrektes Amtshilfegesuch an die FINMA.

Der Entwurf des Rundschreibens sieht unter Rz 75 vor, dass die FINMA anstatt des Amtshilfedorbehalts, also nur bei Übermittlungen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden, analog zu Art. 42c Abs. 3

FINMAG einen Meldevorbehalt anbringen kann. Argumentum a maiore ad minus ist die Anbringung eines Meldevorbehalts von der Ermächtigung zum präventiven Vorbehalt der Amtshilfe gedeckt.

#### *Fazit*

Die FINMA macht von der Möglichkeit des Amtshilfedorbehalts zurückhaltend Gebrauch. Im Regelfall wird der Amtshilfedorbehalt der ausländischen Behörde durch die FINMA mitgeteilt. Grundsätzlich bedarf es diesfalls eines formellen Amtshilfegesuchs der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde an die FINMA.

## **4 Weiteres Vorgehen**

Das FINMA-RS 17/6 „Direktübermittlung“ tritt am 1. Januar 2017 in Kraft.