

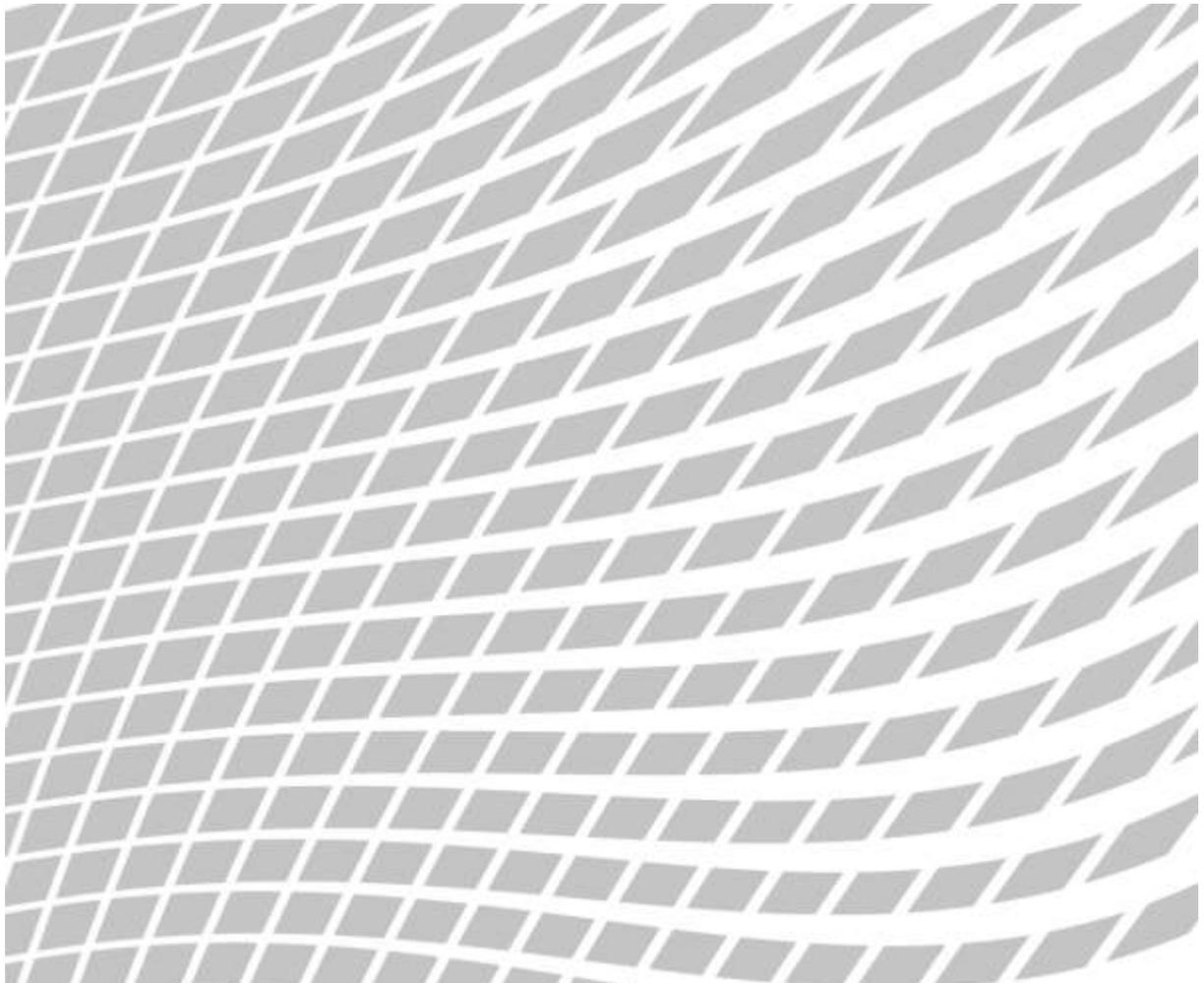
7. Juli 2016

---

# Rundschreiben 2017/xx „Direktübermittlung“

## Erläuterungsbericht

---



# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                                                                                                                    |          |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>Kernpunkte.....</b>                                                                                                                                                                                                             | <b>4</b> |
| <b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>                                                                                                                                                                                                 | <b>5</b> |
| <b>1 Einleitung und Ausgangslage .....</b>                                                                                                                                                                                         | <b>6</b> |
| <b>2 Nationales und internationales Umfeld .....</b>                                                                                                                                                                               | <b>6</b> |
| <b>3 Regulierungsbedarf und Zielvorstellungen .....</b>                                                                                                                                                                            | <b>7</b> |
| <b>4 Erläuterungen zum Rundschreibenentwurf .....</b>                                                                                                                                                                              | <b>8</b> |
| 4.1 Geltungsbereich .....                                                                                                                                                                                                          | 8        |
| 4.2 Übermittlung nicht öffentlicher Informationen an die zuständigen ausländischen<br>Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute Stellen (Art.<br>42c Abs. 1 FINMAG) .....                                 | 8        |
| 4.2.1 Inhalt .....                                                                                                                                                                                                                 | 8        |
| 4.2.2 Begriffe .....                                                                                                                                                                                                               | 8        |
| 4.2.3 Voraussetzungen der Einhaltung des Spezialitäts- und<br>Vertraulichkeitsprinzips durch die empfangende Finanzmarktbehörde<br>oder Stelle (Art. 42c Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG) .....                         | 9        |
| 4.2.4 Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten .....                                                                                                                                                                              | 10       |
| 4.3 Übermittlung nicht öffentlicher Informationen, die im Zusammenhang mit<br>Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen, an ausländische Behörden<br>und die von diesen beauftragten Stellen (Art. 42c Abs. 2 FINMAG) ..... | 10       |
| 4.3.1 Abgrenzung von Art. 42c Abs. 1 FINMAG: Welche Informationen<br>dürfen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG an welche Behörden und<br>Stellen übermittelt werden? .....                                                        | 10       |
| 4.3.2 Begriffe .....                                                                                                                                                                                                               | 11       |
| 4.4 Pflicht der vorgängigen Meldung an die FINMA (Art. 42c Abs. 3 FINMAG) .....                                                                                                                                                    | 12       |
| 4.5 Vorbehalt des Amtshilfewegs durch die FINMA.....                                                                                                                                                                               | 13       |

|   |                        |    |
|---|------------------------|----|
| 5 | Umsetzung.....         | 14 |
| 6 | Auswirkungen .....     | 14 |
| 7 | Weiteres Vorgehen..... | 15 |

## Kernpunkte

1. Mit Art. 42c FINMAG hat der Gesetzgeber den Beaufsichtigten die Möglichkeit eingeräumt, unter bestimmten Voraussetzungen nicht öffentliche Informationen direkt an ausländische Behörden und Stellen zu übermitteln. Der Entwurf des FINMA-Rundschreibens 2017/xx „Direktübermittlung“ konkretisiert die neue Norm im Kontext der übrigen Bestimmungen zum Informationsaustausch mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden. Es hat zum Ziel, die Beaufsichtigten bei der selbständigen Anwendung von Art. 42c FINMAG zu unterstützen und eine einheitliche Anwendung zu gewährleisten.
2. Das Rundschreiben erleichtert die Übermittlung an Finanzmarktaufsichtsbehörden, welchen die FINMA bereits Amtshilfe geleistet hat bzw. deren Amtshilfefähigkeit gerichtlich festgestellt wurde. Es stellt dazu die Vermutung auf, dass die Beaufsichtigten bei solchen Behörden auf die Einhaltung der Prinzipien der Spezialität und der Vertraulichkeit vertrauen dürfen. Dies gilt allerdings nur, soweit keine Hinweise vorliegen, die die Einhaltung der genannten Prinzipien im konkreten Einzelfall in Frage stellen.
3. Weiter widmet sich das Rundschreiben insbesondere der Abgrenzung der Geltungsbereiche von Art. 42c Abs. 1 und Abs. 2 FINMAG. Dabei grenzt es den Anwendungsbereich von Absatz 2 mittels Konkretisierung der zu übermittelnden Informationen ein. Dies hat im Ergebnis zur Folge, dass nach dem Verständnis der FINMA gemäss Absatz 2 ausschliesslich Informationen übermittelt werden können, die für die Abwicklung oder Genehmigung von Transaktionen zwingend erforderlich sind.
4. Schliesslich konkretisiert das Rundschreiben die Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung und zeigt diesbezüglich erwartete Vorgehen auf. Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung müssen der FINMA gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG vor der Übermittlung gemeldet werden. Das Rundschreiben enthält je eine beispielhafte Aufzählung von Informationsübermittlungen, bei welchen immer Meldung an die FINMA erstattet werden soll sowie von Übermittlungen, die stets ohne vorgängige Meldung vollzogen werden können. Es richtet sich dabei nach dem Informationsbedarf der FINMA. Eine Meldung soll daher in erster Linie dann erforderlich sein, wenn die FINMA zur Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben auf Kenntnis der Informationsübermittlung angewiesen ist.

## Abkürzungsverzeichnis

|         |                                                                                                                                      |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| BankG   | Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)                                                          |
| BBL     | Bundesblatt                                                                                                                          |
| FinfraG | Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (SR 958.1) |
| FINMA   | Eidgenössische Finanzmarktaufsicht                                                                                                   |
| FINMAG  | Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (SR 956.1)                                                |
| StGB    | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)                                                                     |
| WAK-S   | Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats                                                                                 |

## 1 Einleitung und Ausgangslage

Die Bestimmungen von Art. 42 ff. FINMAG bilden im Bereich des Finanzmarktaufsichtsrechts die Grundlage des Austauschs nicht öffentlicher Informationen mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden. In erster Linie ist dieser Austausch eine hoheitliche Aufgabe und findet über die internationale Amtshilfe zwischen den Finanzmarktaufsichtsbehörden statt. Dabei ist die FINMA – vorbehaltlich anderslautender bi- oder multilateraler Vereinbarungen – nicht verpflichtet, einer ersuchenden Finanzmarktaufsichtsbehörde jede gewünschte Auskunft zu erteilen, sobald die Voraussetzungen von Art. 42 bis Art. 42b FINMAG erfüllt sind. Vielmehr kann sie die Leistung internationaler Amtshilfe auch (teilweise) verweigern, z.B. weil dies aus aufsichtsrechtlicher Sicht als angemessen erscheint oder weil die ersuchende Behörde kein Gegenrecht gewährt.

Beaufsichtigte konnten nicht öffentliche Informationen hingegen bislang in vielen Fällen nur nach Einholung einer Bewilligung an ausländische Behörden übermitteln. Andernfalls fiel die Übermittlung unter den Straftatbestand des verbotenen Handelns für einen fremden Staat gemäss Art. 271 StGB (vgl. dazu Ziffer 2 hiernach).

Der am 1. Januar 2016 in Kraft getretene Art. 42c FINMAG ermöglicht den Beaufsichtigten neu, nicht öffentliche Informationen direkt an ausländische Behörden und Stellen zu übermitteln und definiert die Voraussetzungen, unter welchen eine solche Direktübermittlung zulässig ist (Abs. 1 und 2). Eine behördliche Bewilligung ist für solche Übermittlungen durch die Beaufsichtigten nicht vorgesehen. Allerdings sind Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung i.S.v. Art. 29 Abs. 2 FINMAG der FINMA vorgängig zu melden (Abs. 3). Zudem ist eine direkte Übermittlung von Informationen unzulässig, wenn die FINMA dafür den Amtshilfeweg vorbehält (Abs. 4). Schliesslich kann die FINMA gegebenenfalls die Übermittlung, die Veröffentlichung oder die Weitergabe von Akten aus dem Aufsichtsverhältnis von ihrer Zustimmung abhängig machen (Abs. 5). Der Rundschreibenentwurf „Direktübermittlung“ befasst sich mit den Absätzen 1–4 von Art. 42c FINMAG, Ausführungen zum sogenannten Supervisory Privilege gemäss Absatz 5 enthält er nicht.

## 2 Nationales und internationales Umfeld

Wer auf einem ausländischen Markt tätig ist, muss aufgrund der dort geltenden Regeln den dortigen Behörden und Stellen oft innerhalb von kurzer Zeit Informationen zur Verfügung stellen<sup>1</sup>. Gerade für international tätige Beaufsichtigte besteht daher ein grosses Bedürfnis, direkt mit ausländischen Behörden zusammenarbeiten und ihnen Informationen übermitteln zu können. Der Gesetzgeber hat diesem Bedürfnis durch Schaffung des Art. 42c FINMAG Rechnung getragen.

---

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 3. September 2014 zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG), BBL 2014 7483, hier 7620.

Art. 42c FINMAG ist ins Umfeld der übrigen Regeln zum Austausch nicht öffentlicher Informationen mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden im Bereich des Finanzmarktrechts<sup>2</sup> eingebettet. Art. 42c FINMAG ist Teil des Abschnitts 4 „Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen“ des FINMAG. Da – wie oben unter Ziffer 1 ausgeführt – der Austausch mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden in erster Linie über den Amtshilfeweg erfolgt, besteht die Möglichkeit der direkten Übermittlung durch Beaufschlagte gestützt auf Art. 42c FINMAG nur, sofern die FINMA nicht den Amtshilfeweg vorbehält (Art. 42c Abs. 4 FINMAG). Die FINMA nimmt den gesetzgeberischen Willen zur Schaffung eines die hoheitliche Amtshilfe ergänzenden, raschen Übermittlungskanals ernst und wird von der Möglichkeit des Amtshilfewegs zurückhaltend und vor allem da Gebrauch machen, wo es aus Aufsichtsperspektive erforderlich und sachgerecht erscheint (vgl. dazu Ziffer 4.5 hiernach).

Vor Inkrafttreten von Art. 42c FINMAG fielen Übermittlungen durch Beaufschlagte an ausländische Behörden in vielen Fällen unter die Strafbestimmung des verbotenen Handelns für einen fremden Staat i.S.v. Art. 271 StGB. Entsprechend war eine Übermittlung von Informationen ins Ausland strafbar, wenn keine Bewilligung dazu vorlag. Seit dem 1. Januar 2016 sind die Beaufschlagten nun von der Einholung einer behördlichen Bewilligung gemäss Art. 271 StGB befreit, sofern die Informationsübermittlung die Voraussetzungen von Art. 42c FINMAG erfüllt. Ist eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c FINMAG zulässig, kommt eine Strafbarkeit nach Art. 271 StGB nicht in Betracht (Art. 14 StGB). Unzutreffend wäre jedoch der Umkehrschluss, dass nur solche Informationsübermittlungen die Voraussetzungen von Art. 42c FINMAG erfüllen müssen, die vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung nach Art. 271 StGB strafbar gewesen wären resp. einer Bewilligung bedurft hätten. Vielmehr müssen seit dem 1. Januar 2016 sämtliche Übermittlungen nicht öffentlicher Informationen durch Beaufschlagte an ausländische Behörden und Stellen die Voraussetzungen von Art. 42c FINMAG erfüllen.

### 3 Regulierungsbedarf und Zielvorstellungen

Art. 42c FINMAG überträgt den Beaufschlagten mehr Freiraum und Eigenverantwortung bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und Stellen. Die Bestimmung ist in einigen Punkten sehr breit formuliert und auslegungsbedürftig. Dies trifft vorab auf Absatz 2 des Artikels zu, der erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung eingefügt wurde, weshalb der Botschaft des Bundesrates diesbezüglich nichts entnommen werden kann. Ebenso bedarf Absatz 3 der Auslegung, demgemäss „Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung“ der FINMA vorgängig zu melden sind. Die praktische Anwendung von Art. 42c FINMAG bedeutet ein nicht unbeträchtliches Risiko für die Beaufschlagten. Eine gestützt auf Art. 42c FINMAG zulässige Übermittlung schliesst eine Strafbarkeit nach Art. 271 StGB aus. Legen die Beaufschlagten jedoch die Bestimmung zu weit aus und befindet sich eine Übermittlung folglich ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 42c FINMAG, kann diese Übermittlung eine verbotene Handlung für einen fremden Staat i.S.v. Art. 271 StGB darstellen.

---

<sup>2</sup> Art. 42 f. FINMAG zur internationalen Amtshilfe sowie Art. 43 FINMAG zu den Vor-Ort-Kontrollen ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden bei schweizerischen Beaufschlagten.

In den ersten Monaten seit Inkrafttreten der Bestimmung hat sich gezeigt, dass bei den Beaufsichtigten zahlreiche Fragen zur Auslegung von Art. 42c FINMAG bestehen und die unterschiedlichsten Interpretationen dieser Bestimmung vertreten werden.

Mit der Auslegung von Art. 42c FINMAG durch die FINMA in Form eines Rundschreibens sollen die Beaufsichtigten bei der selbständigen Anwendung des Artikels unterstützt und eine einheitliche Anwendung von Art. 42c FINMAG gewährleistet werden.

## **4 Erläuterungen zum Rundschreibenentwurf**

### **4.1 Geltungsbereich**

Der Geltungsbereich dieses Rundschreibens wird von jenem des Art. 42c FINMAG vorgegeben. Dieses Rundschreiben richtet sich somit an sämtliche von der FINMA Beaufsichtigte gemäss Art. 3 FINMAG.

Art. 42c FINMAG und dieses Rundschreiben befassen sich ferner einzig mit der Übermittlung nicht öffentlicher Informationen. Unerheblich ist dabei, ob die Beaufsichtigten die Übermittlung der nicht öffentlichen Informationen aus eigenem Antrieb, aufgrund einer ausländischen Regelmeldepflicht oder eines konkreten Gesuchs einer ausländischen Behörde vornehmen wollen.

Die Bestimmung bezieht sich zudem ausschliesslich auf grenzüberschreitende Informationsübermittlungen. Sollen Informationen an Vertreter ausländischer Behörden und Stellen übermittelt werden, die sich in der Schweiz befinden, so gelangt Art. 42c FINMAG nicht zur Anwendung<sup>3</sup>.

### **4.2 Übermittlung nicht öffentlicher Informationen an die zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute Stellen (Art. 42c Abs. 1 FINMAG)**

#### **4.2.1 Inhalt**

Unter diesem Titel werden die in Art. 42c Abs. 1 FINMAG verwendeten Begriffe, die Voraussetzungen einer Übermittlung gemäss Absatz 1 sowie die Grundsätze der Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten erläutert.

#### **4.2.2 Begriffe**

Der Rundschreibenentwurf definiert die Begriffe „Beaufsichtigte“, „Zuständige ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden“, „Weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen“, „Kunden“, „Dritte“, sowie „Übermittlung von Informationen“.

---

<sup>3</sup> Gegebenenfalls ist hier Art. 43 FINMAG betreffend Vor-Ort-Kontrollen einschlägig.

Zur Definition von „Kunden“ im Sinne von Art. 42c FINMAG (siehe Rz 14 des Rundschreibenentwurfs) ist zu betonen, dass diese eigenständig und unabhängig von der in der internationalen Amtshilfe zu diesem Begriff entwickelten Praxis zu erfolgen hat. Während in der internationalen Amtshilfe institutionelle Kunden in der Regel nicht unter den Kundenbegriff von Art. 42a Abs. 2 FINMAG fallen, sind vom Kundenbegriff des Art. 42c FINMAG sämtliche Kunden einer übermittlungswilligen Beaufsichtigten erfasst<sup>4</sup>. Daher ist insbesondere der Schluss nicht zulässig, dass wer im Bereich der Amtshilfe nach Art. 42 FINMAG nicht als Kunde gilt, automatisch auch nicht vom Kundenbegriff von Art. 42c FINMAG erfasst sein kann.

„Dritte“ (Rz 15–16 des Rundschreibenentwurfs) sind nicht nur von den Beaufsichtigten unabhängige natürliche oder juristische Personen, sondern beispielsweise auch deren Mitarbeiter, Anwälte, Vertriebspartner oder Prüfgesellschaften.

Zur Definition von „Übermittlung von Informationen“ (Rz 17 des Rundschreibenentwurfs) ist auszuführen, dass eine Informationsübermittlung z.B. in Papierform, elektronisch, mündlich oder auch telefonisch oder per Videokonferenz erfolgen kann. Bei Videokonferenzen im hier verstandenen Sinn handelt es sich um Telefonkonferenzen mit zusätzlicher Übertragung des Bildes der Teilnehmer. Live-Schaltungen in Systeme der Beaufsichtigten, die den ersuchenden Behörden oder Stellen sinngemäss eine Vor-Ort-Kontrolle aus der Ferne ermöglichen würden, sind davon ausdrücklich nicht erfasst.

#### **4.2.3 Voraussetzungen der Einhaltung des Spezialitäts- und Vertraulichkeitsprinzips durch die empfangende Finanzmarktbehörde oder Stelle (Art. 42c Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG)**

Um die Beaufsichtigten bei der Beurteilung der Voraussetzungen der Vertraulichkeit und Spezialität zu unterstützen, wird beabsichtigt, eine Liste zu veröffentlichen und regelmässig zu aktualisieren, in welcher zum einen die Finanzmarktaufsichtsbehörden aufgelistet werden, deren Amtshilfefähigkeit bereits gerichtlich festgestellt wurde und zum andern Finanzmarktaufsichtsbehörden, an welche die FINMA bereits Amtshilfe geleistet hat, ohne dass diesbezüglich ein Gerichtssentscheid erfolgt wäre (siehe Rz 21 ff. des Rundschreibenentwurfs).

Steht eine Finanzmarktaufsichtsbehörde oder Stelle auf der von der FINMA publizierte Liste, so sollen die Beaufsichtigten grundsätzlich darauf vertrauen dürfen, dass diese die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit gemäss Art. 42 Abs. 2 FINMAG erfüllt. Befindet sich eine Finanzmarktaufsichtsbehörde nicht auf der publizierte Liste, so obliegt es den Beaufsichtigten, die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit bei diesen Behörden und Stellen vertieft abzuklären und sicherzustellen. Dies gilt auch, wenn bei auf der Liste befindlichen Behörden und Stellen Hinweise darauf bestehen, dass diese die Informationen im konkreten Fall nicht (ausschliesslich) gemäss dem

---

<sup>4</sup> Die beiden Bestimmungen regeln unterschiedliche Sachverhalte. Art. 42a Abs. 2 FINMAG befasst sich mit der Frage, wer als Betroffener des von der FINMA durchgeführten Amtshilfeverfahren gerichtlich gegen eine geplante Übermittlung vorgehen kann. Dies soll gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur denjenigen Kunden möglich sein, die nicht einer prudentiellen Aufsicht unterstehen. Art. 42c FINMAG bezieht sich hingegen auf das Verhältnis zwischen der übermittlungswilligen Beaufsichtigten und ihren Kunden. In diesem Zusammenhang kommt es hinsichtlich der Wahrung seiner Rechte nicht darauf an, ob der Kunde einer Beaufsichtigten selbst beaufsichtigt ist.

Vertraulichkeits- und Spezialitätsprinzip verwendet wird. Ein solcher Hinweis liegt mit Blick auf die Einhaltung des Spezialitätsprinzips beispielsweise vor, wenn die ersuchende Behörde oder Stelle ihr Begehren um Übermittlung von Informationen gar nicht oder nicht ausschliesslich mit finanzmarktaufsichtsrechtlichen Zwecken begründet hat. Im Zweifelsfall ist auf eine Übermittlung zu verzichten (siehe Rz 23 ff. des Rundschreibensentwurfs).

Eine geplante Übermittlung an eine Finanzmarktbehörde oder Stelle, die sich nicht auf der Liste befindet, deren Einhaltung des Vertraulichkeits- und Spezialitätsprinzips folglich noch nie durch die FINMA geprüft wurde, stellt immer eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung dar, die der FINMA gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG vorab zu melden ist (siehe Rz 45 des Rundschreibensentwurfs).

Unabhängig von der allfälligen Notwendigkeit eigener Abklärungen oder Zusicherungen sollen die Beaufsichtigten zudem bei jeder Übermittlung die empfangenden Behörden oder Stellen schriftlich auf das Vertraulichkeits- und Spezialitätsprinzip hinweisen (Rz 29 des Rundschreibensentwurfs).

#### **4.2.4 Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten**

Die Rechte von Kunden und Dritten, welche bei einer Übermittlung im Sinne von Art. 42c Abs. 1 FINMAG zu wahren sind, ergeben sich vor allem aus dem Geschäfts- und Bankkundengeheimnis, dem Datenschutz- oder dem Arbeitsrecht. Denkbar ist beispielsweise – abhängig von den im konkreten Fall zu wahrenen Rechten – die Zustimmung der betroffenen Kunden oder Dritten zur Übermittlung einzuholen oder die Passagen, die Rückschlüsse auf deren Identität zulassen, zu schwärzen. Wie diese Rechte im konkreten Anwendungsfall gewahrt werden, liegt in der Verantwortung der Beaufsichtigten. Die FINMA wird auf eine Meldung einer beabsichtigten Übermittlung hin keine Bestätigung abgeben, ob die Rechte von Kunden und Dritten gewahrt seien.

### **4.3 Übermittlung nicht öffentlicher Informationen, die im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen, an ausländische Behörden und die von diesen beauftragten Stellen (Art. 42c Abs. 2 FINMAG)**

#### **4.3.1 Abgrenzung von Art. 42c Abs. 1 FINMAG: Welche Informationen dürfen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG an welche Behörden und Stellen übermittelt werden?**

Art. 42c Abs. 2 FINMAG wurde im Ständerat gestützt auf eine Empfehlung der WAK-S eingeführt. Danach dürfen die Beaufsichtigten über Art. 42c Abs. 1 FINMAG hinaus nicht öffentliche Informationen, die im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen, ausländischen Behörden und den von diesen beauftragten Stellen übermitteln, wenn die Rechte von Kunden und Dritten gewahrt bleiben.

Die Bestimmung muss aufgrund ihres sehr weit gefassten Wortlauts ins gesamte Gefüge des neuen Artikels eingebettet werden. Absatz 2 erlaubt die Übermittlung auch an andere ausländische Behörden als Finanzmarktaufsichtsbehörden, wobei weder das Spezialitäts- noch das Vertraulichkeitsprinzip zu

beachten sind<sup>5</sup>. Das Abstellen alleine auf den Wortlaut könnte so verstanden werden, dass gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG Übermittlungen uneingeschränkt auch an beliebige Behörden wie Straf- oder Steuerbehörden erfolgen könnten, was in direktem Widerspruch zu den Grundsätzen der finanzmarktrechtlichen Amtshilfe stehen würde. Würde der Anwendungsbereich von Absatz 2 auf sämtliche Informationen ausgeweitet, die auf irgendeine Art und Weise mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten zusammenhängen, würde Absatz 1 durch Absatz 2 vollständig konsumiert, was nicht der Meinung des Gesetzgebers entsprochen haben kann. Dies ergibt sich aus der Einleitung zu Absatz 2 („darüber hinaus“), seiner Stellung innerhalb des gesamten Artikels sowie dessen teleologischer Auslegung. Eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 42c Abs. 2 FINMAG muss somit über die Definition der zu übermittelnden Informationen erfolgen, bei welchen es sich um nicht öffentliche Informationen handeln muss, „die im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen“. Nach dem Verständnis der FINMA dürfen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG nur Informationen übermittelt werden, die für die Genehmigung oder Abwicklung von Transaktionen unmittelbar erforderlich sind.

Hinsichtlich des Kreises der Behörden und Stellen, an welche übermittelt werden darf, stellt Absatz 2 somit gegenüber Absatz 1 eine Erweiterung dar, mit Blick auf den Gehalt der zu übermittelnden Informationen ist er diesem gegenüber hingegen eingeschränkt. Absatz 2 gelangt daher nur zur Anwendung, wenn eine Übermittlung gestützt auf Absatz 1 nicht möglich ist, weil z.B. nicht an eine Behörde oder Stelle im Sinne von Art. 42c Abs. 1 FINMAG übermittelt werden soll, oder die zu übermittelnden Informationen nicht zum Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet werden sollen und es sich bei den zu übermittelnden Informationen zudem um solche handelt, die zur Genehmigung oder Abwicklung von Transaktionen unmittelbar erforderlich sind. Sollen Transaktions- und Kundendaten aber beispielsweise im Rahmen einer Untersuchung wegen des Verdachts auf Insiderhandel übermittelt werden, so hat diese Übermittlung gestützt auf Absatz 1 zu erfolgen. Kann dabei nicht sichergestellt werden, dass die Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 FINMAG erfüllt sind, ist von der Übermittlung abzu- sehen. Eine Übermittlung gestützt auf Absatz 2 wäre diesfalls nicht zulässig.

#### **4.3.2 Begriffe**

Der Rundschreibenentwurf definiert die Begriffe "Ausländische Behörden" und „Von ausländischen Behörden beauftragte Stellen“. Bezüglich der Begriffe „Kunden“, „Dritte“, „Übermittlung von Informationen“ sowie „Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten“ verweist der Rundschreibenentwurf auf die Ausführungen zu Art. 42c Abs. 1 FINMAG (Rz 14 ff. und 27 f. des Rundschreibenentwurfs), da diese Übermittlungsvoraussetzungen bei Übermittlungen gestützt auf Absatz 1 und Absatz 2 identisch sind.

---

<sup>5</sup> Bei diesen Behörden und Stellen kann es sich insbesondere um Selbstregulatoren, Börsen etc., nicht aber um Straf- oder Steuerbehörden sowie von diesen beauftragte Stellen handeln. Auch an Finanzmarktbehörden kann jedoch gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG übermittelt werden, sofern eine Übermittlung gestützt auf Abs. 1 im konkreten Fall nicht möglich ist, z.B. weil eine Übermittlung nicht zum Zweck der Finanzmarktaufsicht erfolgen soll.

#### 4.4 Pflicht der vorgängigen Meldung an die FINMA (Art. 42c Abs. 3 FINMAG)

Gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG bedürfen Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG der vorgängigen Meldung an die FINMA. Mit dieser Bestimmung wird vorab das ihren Aufsichtsaufgaben entspringende Informationsbedürfnis der FINMA adressiert. Erst in zweiter Linie dient sie dazu, der FINMA die allfällige Anbringung eines Amtshilfedorbhalts zu ermöglichen. Die Auslegung der Wesentlichkeit i.S.v. Art. 42c Abs. 3 i.V.m. Art. 29 Abs. 2 FINMAG im Rundschreibenentwurf hat daher zum Ziel sicherzustellen, dass die FINMA über jene Informationsübermittlungen informiert wird, auf deren Kenntnis sie zur Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit angewiesen ist, ohne jedoch den Zweck des Art. 42c FINMAG unnötig einzuschränken.

Der Entwurf des Rundschreibens enthält eine Definition des Begriffs der „Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung“, welche in jedem Fall einer vorgängigen Meldung an die FINMA bedarf. Es handelt sich dabei nicht nur um die Übermittlung von Informationen, welche selbst und unabhängig von einer beabsichtigten Übermittlung ins Ausland von wesentlicher Bedeutung i.S.v. Art. 29 Abs. 2 FINMAG sind. Vielmehr kann eine Informationsübermittlung auch gerade dadurch zu einer solchen von wesentlicher Bedeutung werden, weil eine bestimmte – für sich allein nicht wesentliche – Information ins Ausland übermittelt werden soll. In diesen Fällen macht die Tatsache, dass die Information an eine ausländische Behörde oder Stelle übermittelt werden soll, die Übermittlung erst zu einer wesentlichen i.S. des Absatz 3.

Zur Unterstützung der Beaufsichtigten enthält der Rundschreibenentwurf zudem einerseits eine beispielhafte Aufzählung von Informationsübermittlungen, welche die FINMA aufgrund ihrer wesentlichen Bedeutung i.S.v. Art. 42c Abs. 3 i.V.m. Art. 29 Abs. 2 FINMAG als meldepflichtig einstuft (siehe Rz 44 ff. des Rundschreibenentwurfs). Hier beschränkt sich die FINMA gemäss den vorstehenden Ausführungen auf Informationsübermittlungen, deren Kenntnis für sie als Aufsichtsbehörde notwendig ist. Andererseits enthält der Entwurf des Rundschreibens eine beispielhafte Aufzählung von Informationen, deren Übermittlung keiner vorgängigen Meldung an die FINMA bedarf (siehe Rz 58 ff. des Rundschreibenentwurfs). Mit diesen beispielhaften Aufzählungen in der Praxis häufig vorkommender Fälle wird der Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen die Beaufsichtigten eigenverantwortlich über die Wesentlichkeit einer Informationsübermittlung zu entscheiden haben. Es handelt sich dabei jedoch lediglich um Beispiele, welche die Beaufsichtigten bei der Beurteilung, ob eine konkret geplante Informationsübermittlung meldepflichtig gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG ist, unterstützen sollen. Die Aufzählungen sind entsprechend nicht als abschliessend zu verstehen.

Gemäss Rz 49 des Rundschreibenentwurfs sind Übermittlungen von Informationen zuhanden ausländischer Vorabklärungen und Verfahren, die zu Sanktionen gegen die Beaufsichtigten führen können, vorab meldepflichtig. Dabei ist es nicht relevant, ob die entsprechenden Vorabklärungen, Untersuchungen oder Verfahren im Übermittlungszeitpunkt bereits eingeleitet sind, oder ob erst aufgrund der zu übermittelnden Informationen mit der Einleitung von Vorabklärungen oder Verfahren zu rechnen ist.

Liegt eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung vor, so ist diese immer vorab der FINMA zu melden, unabhängig davon, ob diese im konkreten Fall den Amtshilfedorbhalt vorbehalten könnte oder nicht (siehe unten Ziffer 4.5). Die Meldung an die FINMA hat mindestens fünf Arbeitstage vor der geplanten Übermittlung zu erfolgen. Die Beaufsichtigte soll dabei sowohl die zu übermittelnden

Dokumente beilegen als auch eine Einschätzung der möglichen Folgen und Risiken der Informationsübermittlung bzw. einer Nichtübermittlung abgeben. Dies erleichtert der FINMA die Einschätzung, ob ein Aufsichtsinteresse daran besteht, gemäss Art. 42c Abs. 4 FINMAG den Amtshilfeweg vorzubehalten. Entscheidend ist, dass die Beaufsichtigte eine Risikoabschätzung vornimmt. Kommt sie dabei zum Schluss, dass mit der Informationsübermittlung und/oder der Nichtübermittlung keine Risiken verbunden sind, teilt sie dies der FINMA so mit. Ohne Rückmeldung der FINMA ist eine Übermittlung nicht zulässig (vgl. Rz 69 des Rundschreibenentwurfs). Die Vornahme einer Direktübermittlung unmittelbar nach Absetzen einer Meldung würde es der FINMA verunmöglichen, rechtzeitig über einen allfälligen Amtshilfeworbehalt zu entscheiden und somit den zweiten Zweck der Meldepflicht unterminieren. Die FINMA wird der Beaufsichtigten innerhalb von fünf Arbeitstagen eine Rückmeldung geben. Allenfalls handelt es sich dabei auch bloss um eine Eingangsbestätigung mit der Anmerkung, dass für die Prüfung noch Zeit benötigt werde. Die FINMA wird in ihrer Antwort lediglich mitteilen, ob sie den Amtshilfeweg vorbehält oder nicht. Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen einer direkten Übermittlung gemäss Art. 42c Abs. 1 oder 2 FINMAG gegeben sind, liegt auch in den Fällen nach Absatz 3 in der Verantwortung der Beaufsichtigten. In dringenden Fällen, in welchen die Beaufsichtigte keine fünf Arbeitstage zur Verfügung hat, ist umgehend Kontakt mit der FINMA aufzunehmen, und diese über die Sachlage sowie die Dringlichkeit der Übermittlung zu informieren.

#### 4.5 Vorbehalt des Amtshilfewegs durch die FINMA

Das Gesetz knüpft die Geltendmachung eines Amtshilfeworbehalts durch die FINMA an keine Voraussetzungen. Die Beaufsichtigten haben weder einen Anspruch darauf, Informationen übermitteln zu dürfen, wenn die Voraussetzungen von Art. 42c Abs. 1–3 FINMAG erfüllt sind, noch darauf, dass die FINMA den Amtshilfeweg vorbehält, falls die Beaufsichtigten ein Interesse an einem solchen Entscheid geltend machen. Vielmehr liegt es im Ermessen der FINMA, ob sie den Amtshilfeweg vorbehalten will und ob sie im Anschluss daran effektiv Amtshilfe im gewünschten Umfang an die ersuchende Finanzmarktaufsichtsbehörde leistet, oder dies beispielsweise aus den eingangs erwähnten Gründen (vgl. Ziffer 1 hiervor) verweigert.

Der Vorbehalt des Amtshilfewegs ist jedoch nur dann möglich, wenn die FINMA grundsätzlich auch Amtshilfe leisten könnte. Dies dürfte bei beabsichtigten Übermittlungen gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG immer der Fall sein. Bei Übermittlungen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist dies jedoch teilweise nicht möglich, weil die Übermittlungen dabei auch an nicht amtshilfefähige Behörden oder Stellen<sup>6</sup>, oder zu andern Zwecken als der Finanzmarktaufsicht erfolgen können.

Die FINMA kann den Amtshilfeweg für bestimmte beabsichtigte Informationsübermittlungen, aber – wenn die Situation es verlangt – auch generell für bestimmte Beaufsichtigte<sup>7</sup>, bestimmte Sachverhalte oder Gegenstände<sup>8</sup> oder für bestimmte ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder Stellen vor-

<sup>6</sup> Dabei handelt es sich um Behörden, die nicht Finanzmarktaufsichtsbehörden sind, oder Stellen, die von einer solchen Behörde beauftragt sind. Sind hingegen die Stellen, an welche übermittelt werden soll, von Finanzmarktaufsichtsbehörden mit Finanzmarktaufsichtsaufgaben betraut, so ist Amtshilfe an die beauftragenden ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden grundsätzlich möglich. Entsprechend kann die FINMA in solchen Fällen den Amtshilfeweg vorbehalten.

<sup>7</sup> Z.B. wenn bei einer Beaufsichtigten eine Überschuldung droht.

<sup>8</sup> Z.B. bei Cross-border Problemen.

behalten. Um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, kann die FINMA den Amtshilfeweg z.B. auch in Fällen vorbehalten, wo die ersuchende Behörde gleichzeitig die Beaufsichtigte gemäss Art. 42c FINMAG und die FINMA auf dem Amtshilfeweg um dieselben Informationen ersucht. Ein Vorbehalt des Amtshilfewegs durch die FINMA ist für alle geplanten Übermittlungen möglich und nicht auf Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung gemäss Art. 42c Abs. 3 FINMAG beschränkt<sup>9</sup>. Statt eines generellen Vorbehalts des Amtshilfewegs, kann die FINMA als mildere Massnahme auch eine vorgängige Meldung sämtlicher geplanter Übermittlungen im entsprechenden Bereich analog Art. 42c Abs. 3 FINMAG verlangen.

## 5 Umsetzung

In organisatorischer Hinsicht erwartet die FINMA von den Beaufsichtigten, die zur Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 42c FINMAG erforderlichen Prozesse zu implementieren. Diese Prozesse sind Gegenstand der ordentlichen Prüfung.

## 6 Auswirkungen

Das geplante Rundschreiben konkretisiert die neuen Bestimmungen des Art. 42c FINMAG, die den Beaufsichtigten unter bestimmten Voraussetzungen die Übermittlung nicht öffentlicher Informationen an ausländische Behörden und Stellen erlauben. Indem die FINMA ihre Auslegung dieser Voraussetzungen in einem Rundschreiben zusammenfasst, erleichtert sie den Beaufsichtigten deren Anwendung. Zum einen ermöglicht sie den Beaufsichtigten, bei einer Vielzahl von Finanzmarktaufsichtsbehörden auf die einzelfallweise Abklärung von Spezialität und Vertraulichkeit zu verzichten, sofern keine konkreten Hinweise auf eine Missachtung derselben hindeuten. Zum andern zeigt das Rundschreiben den Beaufsichtigten die Leitlinien auf, innerhalb welcher sie zur Umsetzung des Art. 42c FINMAG selbst verantwortlich sind. Ohne dieses Rundschreiben müssten sämtliche Beaufsichtigten die in Art. 42c FINMAG verwendeten Voraussetzungen und Begriffe für sich interpretieren und hätten keine Anhaltspunkte, ob ihre Auslegung auch den Vorstellungen der FINMA und gegebenenfalls der Strafverfolgungsbehörden entspricht. Die Anfragen von Beaufsichtigten an die FINMA der vergangenen Monate haben gezeigt, dass dies insbesondere bei der Auslegung der Absätze 2 und 3 zu sehr unterschiedlichen, in Einzelfällen auch falschen Ergebnissen führen würde. Das Rundschreiben führt zu einer *Unité de Doctrine* sowie letztlich zu mehr Rechtssicherheit für die Beaufsichtigten im Bereich der direkten Übermittlung von Informationen im Finanzmarktrecht. Dies wiederum kann einen positiven Effekt auf die Zusammenarbeit sowohl der Beaufsichtigten als auch der FINMA mit den ausländischen Behörden und Stellen haben, da das Rundschreiben für sie die direkten Informationsübermittlungen durch Beaufsichtigte berechenbarer und vorhersehbarer macht.

Die FINMA rechnet nicht damit, dass das Rundschreiben bei den Beaufsichtigten Zusatzkosten auslösen wird. Die mit Art. 42c FINMAG verbundenen Aufwendungen vorab organisatorischer Natur zur

---

<sup>9</sup> Vgl. Botschaft FinfraG, BBL 2014 7483, hier 7620.

Bereitstellung der erforderlichen Prozesse fallen aufgrund der Gesetzesänderung an, das Rundschreiben erleichtert deren Umsetzung.

## **7 Weiteres Vorgehen**

Die Resultate der Anhörung werden in einem Anhörungsbericht publiziert. Nach Vornahme allfälliger Anpassungen ist das Inkrafttreten des Rundschreibens für den 1. Januar 2017 geplant.