

foreign banks . in switzerland.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Dr. iur Katharina Rüstmann
Geschäftsbereich Enforcement – Internationale Amtshilfe
3003 Bern

Zürich, 29. August 2019

Umfrage Rundschreiben Direktübermittlung

Ihre Behörde hat uns eingeladen, das RS Direktübermittlung und dessen Anwendung zu kommentieren. Wir haben die Mitgliedsinstitute angefragt und fassen hiermit gerne die eingegangenen Kommentare zusammen. Es handelt sich um einen inhaltlichen und mehrere sprachliche Punkte.

Wir gehen davon aus, dass einzelne Institute auch direkt an Sie an der Umfrage teilgenommen haben.

Mehr Klarheit wird gewünscht zur Anwendbarkeit von Art 42c I und 42c II FINMAG

Es scheint unklar, welcher der beiden Paragraphen anwendbar sei, wenn die Information an eine ausländische Aufsichtsbehörde im Sinne von Paragraph I erfolgt. Dies ist besonders delikat, wenn die Behörde nicht auf der FINMA Liste steht, denn dann werden zusätzliche Abklärungen und eine Anfrage an die FINMA notwendig. Eine klarere Formulierung der beiden Paragraphen könnte dem Abhilfe schaffen.

Sprachliche Punkte

- Paragraph 5 soll klarstellen, dass es nicht das Schweizer Institut, sondern dasjenige im Ausland ist, das ggf die Information weitergibt:
DE: Werden Informationen durch die Beaufsichtigte an ihre ausserhalb der Schweiz domizilierte Tochtergesellschaft bzw. Zweigniederlassung, oder an einen ausserhalb der Schweiz domizilierten Dienstleister (...) der Beaufsichtigten übermittelt und im Nachgang innerhalb des Auslands an die ausländische Behörde oder Stelle weiter übermittelt (...)
FR: Si les assujettis transmettent des informations à leur filiale ou succursale dont le siège est situé hors de Suisse, ou à un de leurs prestataires de service (...) domicilié hors de Suisse **et les transmettent ensuite**, à l'étranger, à l'autorité étrangère ou au bureau étranger (...)
sollte lauten: « Si les assujettis transmettent des informations (...) à leur filiale ou succursale dont le siège est situé hors de Suisse, ou à un de leurs prestataires de service (...) domicilié hors de Suisse, **lesquels** les transmettent ensuite, à l'étranger, à l'autorité étrangère ou au bureau étranger (...).

- Paragraph 6

DE: Dies gilt solange und soweit die Beaufichtigte die Informationen nicht **zwecks Weiterleitung im Ausland durch ihre ausländischen Outsourcing-Partner oder andere ausländische Konzerneinheiten** übermittelt.

FR: Il en va ainsi tant que l'assujetti ne transmet pas les informations **pour les faire suivre, à l'étranger, à ses partenaires étrangers en matière d'outsourcing ou à d'autres unités du groupe à l'étranger.**

sollte lauten: Il en va ainsi tant que l'assujetti ne transmet pas les informations **à ses partenaires étrangers en matière d'outsourcing ou à d'autres unités du groupe à l'étranger dans le but que ceux-ci retransmettent ces informations plus loin à l'étranger.**

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit die Sie diesem Schreiben entgegenbringen.

Freundliche Grüsse

VERBAND DER AUSLANDSBANKEN IN DER SCHWEIZ



Dr. Martin Maurer
Geschäftsführer



Raoul Würgler
stv Geschäftsführer

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
A l'attention de M. Vinzenz Mathys
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Genève, le 13 septembre 2019
9992.267 / 11.1289857_1 / MEYLD

Circulaire FINMA 2017/6 "Transmission directe": Prise de position dans le cadre de l'évaluation ex post de la circulaire "Transmission directe"

Cher Monsieur,
Mesdames, Messieurs,

Suite à nos récents échanges avec la FINMA au sujet de la transmission directe d'information à des autorités de surveillance étrangères, nous vous faisons parvenir, dans le délai fixé au 13 septembre 2019, notre prise de position sur l'évaluation ex post de la circulaire "Transmission directe".

En instaurant l'art. 42c LFINMA, le législateur a expressément voulu favoriser la collaboration entre les établissements financiers suisses et les autorités de surveillance étrangères. Il est par conséquent essentiel que ce but soit atteint en pratique. Nous notons qu'il est ressorti de la procédure de consultation lors de l'entrée en vigueur de la Circulaire 2017/6 que les assujettis avaient un besoin important de clarification s'agissant notamment du type d'information qu'ils peuvent transmettre directement à une autorité de surveillance étrangère. Sur la base de nos expériences récentes, nous sommes d'avis qu'un certain nombre de clarifications sont toujours nécessaires dès lors que la compréhension du champ d'application et des différentes conditions concernant la transmission n'est pas aisée.

En particulier, nous relevons les points suivants :

- La définition des informations selon l'art. 42c al. 3 LFINMA devrait être encore clarifiée et une liste d'exemples encore plus détaillée devrait être produite;

Partner Genève: Shelby R. du Pasquier · Guy Vermeil · Mark Barmes* · François Rayroux · Jean-Blaise Eckert · Daniel Tunik · Olivier Stahler · Andreas Rötheli · Xavier Favre-Bulle · Benoit Merkt · David Ledermann · Jacques Iffland · Daniel Schafer · Miguel Oural · Fedor Poskriakov · Frédéric Neukomm · Cécile Berger Meyer · Rayan Houdrouge · Florian Ponce
Zürich: Patrick Hünerwadel · Stefan Breitenstein · Matthias Oertle · Martin Burkhardt · Heini Rüdüsühli · Marcel Meinhardt · Patrick Schleiffer · Thierry Calame · Beat Kühni · Lukas Morscher · Tanja Luginbühl · Prof. Jürg Simon · Matthias Wolf · Hans-Jakob Diem · Prof. Pascal Hinny · Harold Frey · Marcel Tranchet · Tino Gaberthüel · Astrid Waser · Stephan Erni · Roland Fischer · Dominique Müller
Lausanne: Lucien Masmejan

- La marche à suivre pour la communication des informations devrait être précisée. Tant les assujettis que les autorités étrangères ont le sentiment que cette procédure est longue et complexe;
- Le champ d'application des contrôles sur place avec et sans tâche de contrôle devrait être précisé car il est trop complexe;
- La clarification des processus en relation avec l'art 42c LFINMA est tout particulièrement importante pour la place financière suisse afin de permettre aux intermédiaires financiers suisses de procéder aux enregistrements nécessaires pour développer leurs activités à l'étranger, comme c'est le cas pour l'enregistrement en tant qu'Investment Adviser aux Etats-Unis.

A l'appui des points mentionnés ci-dessus, nous vous exposons ce qui suit :

1. En tant qu'avocats actifs notamment dans le domaine du droit bancaire et, plus particulièrement, de l'*Asset Management*, nous avons constaté que nos clients sont de plus en plus fréquemment amenés à devoir collaborer avec des autorités de surveillance étrangères et, dans ce cadre, à devoir leur transmettre des informations et/ou des documents dans des délais très courts, ainsi qu'à se soumettre à des inspections sur place.
2. La mise en œuvre pratique des articles 42c et 43 LFINMA est, dès lors, très importante pour la place financière suisse. Il est crucial que les établissements financiers suisses aient des directives claires en matière de transmission d'informations, afin qu'ils puissent collaborer au mieux avec les autorités de surveillance étrangères, ce qui est une condition nécessaire pour qu'ils soient en mesure de développer leurs activités à l'étranger et de rester concurrentiels sur le plan international.
3. En particulier, nous avons constaté qu'il est de plus en plus fréquent que des établissements financiers suisses souhaitent, dans le cadre du développement de leurs activités, obtenir une licence d'une autorité de surveillance étrangère. Pour ce faire, les établissements financiers suisses doivent être en mesure de collaborer pleinement avec ladite autorité s'agissant de l'activité exercée à l'étranger.
4. A l'heure actuelle, force est de constater que cette collaboration n'est pas toujours aisée en pratique et cela a un impact négatif sur la capacité des établissements financiers suisses à pouvoir exercer leurs activités à l'étranger.
5. A titre d'exemple, les établissements financiers suisses qui souhaitent obtenir une licence en tant qu'Investment Adviser auprès de la U.S. Securities and Exchange Commission ("**SEC**") en vertu de l'Advisers Act rencontrent de grandes difficultés à obtenir cette licence. La SEC

considère en effet qu'elle n'est pas en mesure d'effectuer pleinement sa tâche de surveillance dès lors que les établissements financiers suisses ne sont pas en mesure de lui donner un accès direct et rapide à leurs livres et registres. Le déroulement de la procédure de contrôle sur place avec opérations de contrôle est également problématique. En effet, nous avons pu constater à plusieurs reprises que certaines autorités étrangères considèrent que le processus tel qu'expliqué dans la documentation actuelle semble long et complexe. Il nous paraît ainsi nécessaire que la FINMA précise les modalités à suivre, voire organise en collaboration avec l'autorité de surveillance étrangère qui le souhaite, des réunions, comme par exemple des "courtesy visit", afin d'expliquer de façon concrète le déroulement de ses contrôles sur place ainsi que de définir de façon plus précise l'étendue des contrôles sur place qui peuvent être conduits sans le concours de la FINMA. De telles rencontres permettraient de faciliter la compréhension par les autorités de surveillances étrangères de la procédure applicable, ce qui donnerait ensuite la possibilité aux établissements financiers suisses d'obtenir plus facilement une licence pour leurs activités à l'étranger.

6. Les difficultés rencontrées par nos clients viennent principalement du fait qu'il leur est difficile de donner des garanties suffisantes aux autorités de surveillance étrangères s'agissant de l'étendue de la collaboration, dès lors que les autorités de surveillance ont de la peine à comprendre quelles informations, respectivement documents, pourront leur être transmis directement par leurs assujettis suisses. En particulier, elles ont de la peine à déterminer de façon précise le champ d'application de l'article 42c al. 2 LFINMA, ainsi que l'impact temporel sur leur tâche de surveillance de l'assujetti suisse. Ainsi, nous sommes d'avis que pour favoriser la coopération avec l'autorité de surveillance étrangère, les informations qui doivent au préalable être déclarées à la FINMA en vertu de l'article 42c al. 3 LFINMA soient réduites au minimum et plus clairement définies.

En conclusion, nous sommes convaincus que, afin de permettre aux assujettis suisses de rester concurrentiels au niveau international, mais également pour garantir l'attractivité de la place financière suisse, il est nécessaire que les règles en vigueur permettent une coopération aisée entre les acteurs du marché financier suisse et les autorités de surveillance étrangères. Si le cadre actuel tend effectivement à rendre possible une telle collaboration, il sied de clarifier sa mise en œuvre, afin de la rendre plus efficace en pratique.

Nous sommes à votre entière disposition pour toutes questions que vous pourriez avoir.

Cordialement,

Signé numériquement par François
Rayroux (Qualified Signature), 1
2019-09-13 (avec jeton
d'horodatage)

Dr. François Rayroux

excl. 
Delphine Meylan

Name

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau Katharina Rüstmann (katharina.ruestmann@finma.ch)
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Zürich, 30. August 2019

FINMA-RS 2017/6 «Direktübermittlung» Ex-post-Evaluation – Stellungnahme MS Amlin AG

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, im Rahmen der Ex-post-Evaluation des FINMA-RS 2017/6 "Direktübermittlung" Stellung nehmen zu können.

Nach anfänglichen Unklarheiten hat sich inzwischen eine erkennbare Praxis eingespielt. Ein wichtiger und zentraler Fortschritt war, dass inzwischen Direktübermittlungen bis auf Widerruf genehmigt werden, womit eine jährliche Wiederholung derselben Anfrage vermieden wird.

Die Erfahrung von MS Amlin AG ist andererseits, dass durch die Erstellung separater Reports für ausländische Niederlassungen ein erheblicher Mehraufwand ohne Gegenwert entsteht. Die FINMA hat bisher nicht erlaubt, ganze Reports an ausländische Regulatoren zu übermitteln.

1. Darum schlagen wir vor, dass für Rückversicherer *im Rahmen des Reportings für ausländische Niederlassungen* der ORSA-Report (Randziffer 53 FINMA-RS 2017/6 "Direktübermittlung"), der Bericht des Verantwortlichen Aktuars (Rz 55), der SST-Report (Rz 56) an den Regulator der Niederlassung direkt übermittelt werden darf (ohne vorgängige Meldung).

Begründung:

- Der Wille des Gesetzgebers ist eine Erleichterung (BBl. 2014 7620) und nicht etwa eine Erschwerung.
- Erheblicher Mehraufwand wird dadurch vermieden.
- Separate Reports sind inhaltlich (bezüglich Methoden, Ansatz usw.) gleich, einziger Unterschied sind die Zahlen, die sich auf die Niederlassung beziehen anstatt auf den ganzen Rückversicherer als gesellschaftsrechtliche Einheit. Somit wird selbst mit einem separaten Report *qualitativ* alles preisgegeben.

- Bei Rückversicherer sind die Rechte Dritter gewahrt, da es sich ja um B2B-Beziehungen handelt. Zudem ist es im Interesse des Unternehmens, der Aktionäre, Gläubiger etc., zusätzlicher Mehraufwand zu vermeiden resp. zu eliminieren.
2. Zudem sollte die Rz 52 für Rückversicherer *im Rahmen der Lizenzierung resp. Registrierung* im Ausland nicht anwendbar sein und keine vorgängige Meldung an die FINMA bedürfen.

Begründung:

- Erheblicher Mehraufwand wird dadurch vermieden. Das Geschäftsmodell von Rückversicherer verlangt unter anderem eine geographische Diversifizierung. Dadurch sind Rückversicherer in viel mehr Ländern lizenziert resp. registriert als zum Beispiel Erstversicherer.

Wir bitten Sie um eine wohlwollende Prüfung unserer Vorschläge und Anliegen. Selbstverständlich stehen wir Ihnen für allfällige Fragen und Auskünfte zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Chris Beazley
CEO MS Amlin AG

Adrian Ebnöther
Compliance Manager MS Amlin AG
Tel. 044 389 40 67
E-Mail adrian.ebnoether@msamlin.com

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau Katharina Rüstmann
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Per Mail zugestellt an:
katharina.ruestmann@finma.ch

Basel, 13. September 2019
ABA / HH | 061 295 92 17

Stellungnahme der SBVg zur Ex-post-Evaluation des FINMA-Rundschreibens 2017/6 Direktübermittlung

Sehr geehrte Frau Dr. Rüstmann

Wir beziehen uns auf die am 19. Juli 2019 eröffnete Ex-post-Evaluation des FINMA-Rundschreibens 2017/6 Direktübermittlung.

Wir bedanken uns bestens für die Konsultation in dieser für die Finanzbranche wichtigen Angelegenheit. Gerne nehmen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme wahr und unterbreiten Ihnen nachfolgend unsere Anliegen.

Die aus unserer Sicht wichtigsten Anliegen lauten wie folgt:

- Die Fälle von Art. 42c Abs. 1 FINMAG und die Konstellationen, welche von Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfasst werden, müssen **klar voneinander abgegrenzt** werden.
Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist nicht subsidiär zu Art. 42c Abs. 1 FINMAG, sondern komplementär. Die beiden Bestimmungen betreffen verschiedene Anwendungsbereiche und sind an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft. **Rz. 33 des Rundschreibens muss entsprechend angepasst werden.**
- Zur Sicherstellung des **vom Gesetzgeber bezweckten weiten Anwendungsbereichs** von Art. 42c Abs. 2 FINMAG sind diese Konstellationen als **Regel und Auffangbecken** zu etablieren.

- Im Interesse der **Rechtssicherheit** muss die **Liste der Finanzmarktaufsichtsbehörden** gemäss Rz. 20 aktualisiert und ergänzt werden. Zusätzlich wäre es sinnvoll, wenn ein regelmässiger Austausch zwischen FINMA und der Branche etabliert werden könnte, um ein **gemeinsames Verständnis für typische Fallkonstellationen**, bei welchen nicht öffentliche Informationen an ausländische Behörden und Stellen übermittelt werden dürfen, zu entwickeln.

I. Allgemeines

Das Rundschreiben Direktübermittlung basiert auf dem am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Art. 42c FINMAG. Dieser wurde aufgrund der Erkenntnis geschaffen, dass eine reibungslose und rasche Informationsübermittlung zwischen Beaufsichtigten und ihren ausländischen Aufsichtsbehörden für global tätige Beaufsichtigte unabdingbar ist. Die Regulatoren und Aufsichtsbehörden bauten ihre Melde- und Informationspflichten stetig aus, womit diese auf dem ordentlichen Amtshilfsweg sowohl für die Beaufsichtigten als auch für die FINMA kaum mehr zu bewältigen wären.

Einer direkten Übermittlung der geforderten Informationen an ausländische Behörden durch die Beaufsichtigten stand Art. 271 entgegen, der in diesem Zusammenhang zunehmend zum Hindernis für international tätige Beaufsichtigte wurde. Art. 42c FINMAG sollte den Beaufsichtigten eine Ausnahmeregelung gegenüber Art. 271 StGB in die Hand geben, um ihnen den Umgang mit ihren ausländischen Behörden zu erleichtern. Melde- und Informationspflichten sollten im Wesentlichen von den Beaufsichtigten direkt wahrgenommen werden können, sofern die Rechte Dritter gewahrt bleiben. Somit ist klar, mit Art. 42c FINMAG beabsichtigte das Parlament eine wesentliche Erleichterung der Informationsübermittlung an ausländische Aufsichtsbehörden. Das ist insbesondere zu berücksichtigen, wenn Art. 42c FINMAG nicht nur als Ausnahmetatbestand zu Art. 271 StGB, sondern als generelle "Amtshilfebestimmung" gesehen wird. Wenn eine Informationsübermittlung potentiell nicht von Art. 271 StGB erfasst ist (z.B. weil sie freiwillig geschieht und nach ausländischem Recht nicht sanktioniert ist), darf Art. 42c FINMAG nicht dazu führen, dass die Direktübermittlung im Vergleich zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten von Art. 42c FINMAG erschwert ist.

I.1 Klare Differenzierung zwischen Art. 42c Abs. 1 und Abs. 2 FINMAG

Die Beteiligten sind im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 1 FINMAG richtigerweise an ein allfälliges Amts- oder Berufsgeheimnis und an das Spezialitätsprinzip gebunden. Falsch ist aber die Vorstellung, dass diese Anforderungen auch im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG gelten sollen. Damit wird der vom Gesetzgeber bewusst gewollte unterschiedliche Anwendungsbereich der beiden Regelungen der Absätze 1 und 2 von Art. 42c FINMAG aufgehoben. Voraussetzungen wie die Einhaltung von Amts- oder Berufsgeheimnissen oder Spezialitätsprinzip wären im Bereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG gänzlich ungeeignet, um dem gesetzlich gewollten

Zweck der Regelung zum Durchbruch zu verhelfen. Solche Anforderungen müssten nämlich in jedem Einzelfall von einem Schweizer Finanzdienstleister mit grossem Aufwand ermittelt werden. Gleichwohl würden erhebliche Restrisiken und entsprechende Rechtsunsicherheit bestehen bleiben, zumal sich die Rechtslage in der betreffenden Jurisdiktion jederzeit ändern kann. Langwierige Abklärungen mit gleichwohl unbefriedigenden Ergebnissen widersprechen gerade dem gesetzlichen Zweck, zeitnahe Informationsübermittlungen zu gewährleisten (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBI 2014 7620).

I.2 Weiter Anwendungsbereich insbesondere von Art. 42c Abs. 2 FINMAG

Der Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist entsprechend der Zielsetzung des Gesetzgebers und der gewählten Formulierung bewusst weit auszulegen und muss insbesondere über blosser „Transaktionen“ hinaus alle möglichen Aktivitäten im Zusammenhang mit Abschluss, Abwicklung und Beendigung von Geschäften sowie mit Erbringung von Dienstleistungen bzw. als Folge solcher Geschäfte, z.B. in Nachachtung von Meldepflichten, erfassen. Diese Auslegung wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzestext ausdrücklich von „Geschäften“ und nicht bloss von „Transaktionen“ spricht. Der Begriff „Geschäfte“ muss dem Regelungszweck entsprechend alle vernünftigerweise denkbaren Ausprägungen erfassen, welche ein Geschäft mit sich bringen kann. Der Begriff „Geschäft“ darf demzufolge nicht auf einzelne Phasen wie „Vertragsabschluss“ oder „Transaktion“ reduziert werden. Vielmehr hat er sowohl inhaltlich als auch in zeitlicher Hinsicht den ganzen Umfang und die ganze Dauer z.B. einer bestimmten Geschäftsbeziehung oder einer Dienstleistungserbringung abzudecken. Der Begriff muss sachlich auch nachgelagerte Anfragen von Behörden wie z.B. der FINMA erfassen, welche im Rahmen einfacher Marktabklärungen ausserhalb von oder vorgelagert zu formellen Verwaltungs- oder Strafverfahren ablaufen.

Auch die Einengung des Anwendungsbereichs auf „Vollzug des Finanzmarktrechts“ widerspricht dem vom Gesetzgeber bewusst gewollten weiten Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG. Dies zeigt sich vor allem in mehrstufigen Dienstleistungsketten. Die Schweizer Finanzdienstleister müssen in solchen Konstellationen regelmässig weitgehende Informationspflichten akzeptieren. Dementsprechend wurde in der parlamentarischen Diskussion die vom Nationalrat vorgeschlagene Einschränkung des Zwecks „zum Vollzug des Finanzmarktrechts“ in der von den Räten verabschiedeten finalen Fassung im Anwendungsbereich von Abs. 2 ausdrücklich gestrichen. Diese Informationsflüsse sind heutzutage Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes.

Um dem Zweck von Art. 42c FINMAG - den Informationsaustausch zu erleichtern - zum Durchbruch zu verhelfen, sollte der sachliche Anwendungsbereich somit möglichst weit gefasst werden. Insofern sind sämtliche Bereiche des Finanzmarktrechts gemäss Art. 1 FINMAG der Vorschrift zugänglich. Die direkte Übermittlung von Informationen an ausländische Stellen und Behörden ist somit immer dann zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 42c Abs. 1 oder 2 erfüllt sind, oder wenn ein bestimmter Sachverhalt gar nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB und Art. 42c FINMAG fällt.

Es ist uns bewusst, dass der Spielraum der FINMA bei der Anwendung von Art. 42c FINMAG beschränkt ist. Dennoch ist es zentral, dass international tätige Institute ihre Pflichten gegenüber sämtlichen (Aufsichts-)Behörden ohne Weiteres und insbesondere ohne die Gefahr, eine strafbare Handlung zu begehen, erfüllen können. Der vorhandene Auslegungsspielraum sollte, im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers, möglichst weit ausgenutzt werden.

II. Bemerkungen zu einzelnen Randziffern des Rundschreibens

II.1 Rz 3: Übermittlung eigener nicht öffentlich zugänglicher Informationen einer Beaufsichtigten

Stellt die Beaufsichtigte im Ausland ein Gesuch um Erteilung einer Bewilligung, muss sie im Rahmen des Gesuchverfahrens regelmässig zahlreiche - auch nicht öffentlich zugängliche - Informationen über sich selbst liefern. Die Branche ist der Ansicht, dass diese Konstellation ausserhalb des Bereichs der Amtshilfe und somit auch ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 42c FINMAG liegt.

FINMA-RS 2017/6, Rz 3

Rz. 3 ist am Schluss wie folgt zu ergänzen: "[Nicht von Art. 42c FINMAG erfasst ist die Übermittlung von nicht öffentlich zugänglichen Informationen einer Beaufsichtigten über sich selbst im Rahmen von Gesuchen an Behörden \(bspw. zur Errichtung einer ausländischen Zweigniederlassung\).](#)"

II.2 Rz 10: Finanzmarktaufsichtsbehörde als Vertragspartnerin eines Beaufsichtigten

Ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden treten nicht nur hoheitlich auf, sondern können auch privatrechtlich handeln. Beaufsichtigte und ausländische Behörden treten einander hierbei als rechtlich gleichgeordnete Subjekte gegenüber. In einer solchen privatrechtlichen Geschäftsbeziehung kann die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde von der Beaufsichtigten nicht öffentlich zugängliche Informationen verlangen (dies nicht zwecks Vollzug des Finanzmarktrechts, sondern aufgrund der getroffenen vertraglichen Vereinbarung).

FINMA-RS 2017/6, Rz 10

Rz. 10 ist am Schluss wie folgt zu ergänzen: "[Wo eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde in einem konkreten Anwendungsfall ausnahmsweise nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich als Vertragspartnerin eines Beaufsichtigten auftritt, handelt die Finanzmarktaufsichtsbehörde nicht im Rahmen ihrer Aufsichtskompetenz. Die Übermittlung von nicht](#)

öffentlich zugänglichen Informationen im Rahmen dieser Geschäftsbeziehung liegt ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 42c FINMAG."

II.3 Rz 19: Ausdrücklicher Kundenauftrag zur Übermittlung von nicht öffentlich zugänglichen Informationen

Gemäss der bekannten Praxis des EFD kommt einer Lieferung von Informationen eines Kunden an ausländische Behörden im Auftrag des Kunden kein amtlicher Charakter zu. Deshalb ist Art. 42c FINMAG nicht anwendbar.

FINMA-RS 2017/6, Rz 19

Rz. 19 ist am Schluss wie folgt zu ergänzen: "Von diesen Anforderungen ausgenommen sind Übermittlungen von nicht öffentlich zugänglichen Informationen über Kunden einer Beaufsichtigten, welche die Beaufsichtigte im Auftrag der entsprechenden Kunden tätigt."

II.4 Rz 20 / Rz. 21 / Rz 58: FINMA-Liste mit Finanzmarktaufsichtsbehörden / Praxisbeispiele

Die von der FINMA veröffentlichte **Liste der Finanzmarktaufsichtsbehörden** gemäss Rz. 20 des Rundschreibens kann in der Praxis gute Dienste leisten, stiftet aber auch immer wieder Rechtsunsicherheit, wenn eine Anfrage einer Behörde beantwortet werden muss, die sich nicht auf der Liste befindet. Aus diesem Grund sollte sichergestellt werden, dass die Liste möglichst umfassend ist. Es fällt auf, dass gewisse international wichtige Behörden nicht auf der Liste geführt werden (z.B. HKMA). Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, wenn die Liste von der FINMA aktiv bewirtschaftet wird und die Erkenntnisse der Beaufsichtigten einbezogen werden.

Aus unserer Erfahrung wären insbesondere folgende Behörden zusätzlich aufzuführen:

Country	Authority
Bahrain	Central Bank of Bahrain
China	China Banking and Insurance Regulatory Commission (CBIRC)
China	Chinese Securities Regulatory Commission
China	People's Bank of China (PBOC)
Deutschland	Deutsche Bundesbank
Egypt	Central Bank of Egypt
Guernsey	Guernsey Financial Services Commission (FSC)
Hong Kong	Hong Kong Monetary Authority (HKMA)
Indien	Reserve Bank of India

Israel	Bank of Israel
Japan	Bank of Japan (BOJ)
Lebanon	Capital Markets Authority (CMA)
Russia	Central Bank of Russia
South Korea	Financial Supervisory Service
Thailand	Bank of Thailand
United States of America	Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)
United States of America	Financial Industry Regulatory Authority (FINRA)
United States of America	Office of the Comptroller of the Currency (OCC)
United States of America	Commodity Futures Trading Commission (CFTC)

Zudem kann es vorkommen, dass eine Behörde aus einem bestimmten Land auf der Liste geführt wird, eine andere Behörde aus demselben Land mit vergleichbaren Regeln zu Geheimhaltung und Spezialität aber nicht auf der Liste erscheint. In diesen Fällen müsste das Rundschreiben festhalten, dass die Vermutung von Rz. 21 ebenfalls gilt. Rz. 21 sollte schliesslich ebenfalls gelten, wenn die Anfrage nach Informationen von einer Stelle oder Behörde kommt, die für eine Behörde auf der Liste handelt bzw. dieser unterstellt ist. Dabei sollte die Vermutung gelten, dass diese Stellen der untergeordneten Behörden ebenfalls für eine Direktübermittlung qualifizieren.

Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es darüber hinaus sinnvoll, wenn bezüglich typischer Fallkonstellationen, bei welchen nicht öffentliche Informationen an ausländische Behörden und Stellen übermittelt werden dürfen, ein regelmässiger Austausch zwischen FINMA und der Branche etabliert werden könnte. Dadurch könnte sichergestellt werden, dass in diesem anspruchsvollen und strafrechtlich sanktionierten Bereich ein gemeinsames Verständnis geschaffen würde.

FINMA-RS 2017/6, Rz 20

- a) Rz. 20, Satz 1 ist wie folgt zu ändern: "[Die FINMA veröffentlicht eine regelmässig aktualisierte Liste der Finanzmarktaufsichtsbehörden, welche die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit erfüllen, inklusive derjenigen, an welche sie in der Vergangenheit bereits Amtshilfe geleistet hat.](#)"
- b) Um die Praktikabilität des FINMA-RS zu erhöhen, ist die FINMA-Liste nach Möglichkeit baldmöglichst mindestens um die oben genannten ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden zu ergänzen, sofern diese die Voraussetzungen der Vertraulichkeit und Spezialität erfüllen. Dabei sind auch solche Finanzmarktaufsichtsbehörden zu berücksichtigen, welche als Teil der jährlich stattfindenden "Supervisory Colleges" (APAC College, Core College, General Supervisory College) von der FINMA eingeladen werden.

II.5 Rz 32/33: Abgrenzung zwischen Abs. 1 u. 2 von Art. 42c FINMAG

Die Beaufichtigten müssen schnell und unkompliziert auf Anfragen von ausländischen Behörden oder ihnen zudienenden Stellen reagieren können. Das ist auch direkt im Interesse der Kunden,

die entsprechenden Dienstleistungen (z.B. Verwahrung von Wertschriften im Ausland, Erwerb von ausländischen Wertpapieren etc.) nachfragen. Art. 42c Abs. 2 wurde genau aus diesem Grund noch in der parlamentarischen Diskussion eingeführt. Die Auslegung der Bestimmungen, die dem Rundschreiben nun zugrunde liegt, macht die Erleichterungen, die mit Art. 42c vom Parlament eingeführt wurden, aber zu einem grossen Teil wieder zunichte.

Wie bereits in unserer Stellungnahme anlässlich der Anhörung zum Rundschreiben Direktübermittlung angeführt, sind wir der Auffassung, dass Rz. 33 nicht mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist. Art. 42c Abs. 1 und Abs. 2 FINMAG behandeln grundsätzlich unterschiedliche Anwendungsfälle. Während Abs. 1 die Direktübermittlung von Informationen regelt, welche die Aufsicht des Beaufsichtigten betrifft (Finanzkennzahlen, Organisation, Personal etc.), zielt Abs. 2 auf die Übermittlung von Informationen, die aus dem Verhältnis des Beaufsichtigten zu ihren Kunden stammen. Insofern lässt sich die Abgrenzung der beiden Bestimmungen in der Praxis relativ klar vornehmen. Entgegen dem Rundschreiben ist das Verhältnis der beiden Absätze nicht durch Subsidiarität gekennzeichnet, sondern sie regeln unterschiedliche Sachverhalte. Abs. 2 erweitert dabei die Regel von Abs. 1 für jene Anfragen, die sich auf das Kundengeschäft beziehen. Insofern besteht auch kein Wahlrecht mit Bezug auf Abs. 1 oder Abs. 2 im Anwendungsfall.

Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist nach dem Gesagten nicht subsidiär zu Art. 42c Abs. 1 FINMAG, sondern komplementär. Die beiden Bestimmungen betreffen verschiedene Anwendungsbereiche und sind an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft. Dies ergibt sich sowohl aus der Entstehungsgeschichte als auch aus dem Wortlaut und ist nach Sinn und Zweck der Regelungen eindeutig so gewollt. Die vom eidgenössischen Parlament verabschiedete Fassung von Art. 42c FINMAG unterstellte die beiden Konstellationen bewusst unterschiedlichen Voraussetzungen. Abs. 2 regelt die sog. "niederschwellige" Informationsübermittlung und setzt gemäss bewusstem Entschieden des Gesetzgebers anders als Abs. 1 nicht voraus, dass der Informationsfluss "zum Vollzug des Finanzmarktrechts" erfolgt (vgl. Verweis auf Art. 42 Abs. 2 bewusst nur bei Abs. 1 Bst a von Art. 42c FINMAG und nicht auch bei Abs. 2). Aus der Einleitung von Abs. 2 ergibt sich zudem, dass diese Bestimmung Abs. 1 ergänzt ("Darüber hinaus..."). Der Begriff «niederschwellig» soll dazu dienen, die entsprechenden Fälle von den Konstellationen mit formellen Verfahren abzugrenzen (niederschwellig ist also nicht als Gegenstück zu den wesentlichen Informationen/Übermittlungen in Rz. 44-46 zu verstehen).

FINMA-RS 2017/6, Rz 33

Art. 42c Abs. 2 FINMAG stellt gegenüber Art. 42c Abs. 1 FINMAG eine Erweiterung dar, ~~ist aber auch subsidiär zu diesem~~, die es erlaubt, eine niederschwellige Informationsübermittlung unbeschrieben von Abs. 1 vorzunehmen, sofern diese Informationen im Zusammenhang mit Geschäften oder Dienstleistungen des Beaufsichtigten und/oder von Kunden stehen. Gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG darf eine Information nur dann übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfüllt sind, und die Übermittlung nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht zulässig ist, weil

- die Information nicht an Behörden im Sinne von Abs. 1 gehen oder
- die zu übermittelnden Informationen nicht für den Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet werden sollen.

II.6 Rz 35 ff.: Verbot der Übermittlung nicht öffentlicher Informationen an ausländische Straf- oder Steuerbehörden und von diesen beauftragte Stellen

Dieses von der FINMA in Rz. 35 und 37 ihres Rundschreibens 2017/6 statuierte pauschale Verbot findet weder im Wortlaut von Art. 42c Abs. 2 FINMAG noch in dessen Entstehungsgeschichte eine Grundlage. Massgeblich – und mit dem gesetzgeberischen Willen übereinstimmend - ist einzig, dass die Informationsübermittlung ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren bzw. nur im Rahmen des "niederschweligen" Informationsflusses erfolgt. Ob eine ausländische Stelle von einer dortigen Straf- oder Steuerbehörde beauftragt wurde, lässt sich zudem - wenn überhaupt - nur durch aufwändige Abklärungen im Einzelfall beurteilen. Dies steht dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck einer zeitnahen Informationsübermittlung zur Gewährleistung funktionierender Finanzmärkte diametral entgegen (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBl 2014 7620).

Zur Sicherstellung einer klaren Abgrenzung schlagen wir folgende Anpassungen bei Rz 35 und die gänzliche Umformulierung von Rz 37 im Sinne der vom Gesetzgeber gewollten Regelung vor:

FINMA-RS 2017/6, Rz 35

An ausländische Straf- oder Steuerbehörden dürfen Informationen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht **im Rahmen formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren** übermittelt werden. ~~Übermittlungen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder von diesen beauftragte Stellen fallen für gewöhnlich unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG.~~

FINMA-RS 2017/6, Rz 37

~~Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Stelle von ausländischen Steuer- oder Strafbehörden beauftragt wurde, ist eine Übermittlung an sie gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht zulässig.~~

Art. 42 Abs. 2 FINMAG ermöglicht die Übermittlung nicht öffentlicher, niederschwelliger Informationen an ausländische Behörden und Stellen jeglicher Natur.

II.7 Rz. 47-69: Meldeschwelle (Art. 42c Abs. 3)

Die Liste in Rz. 47 ff. ist sehr umfassend, insbesondere Rz. 47 bis Rz. 57. Bei einigen dieser Fälle ist eine wesentliche Bedeutung durchaus denkbar, allerdings dürfte das bei den meisten Konstellationen nur ausnahmsweise so sein. So können Informationen zu Bilanz und Erfolgsrechnung der Muttergesellschaft zwar in gewissen Fällen sehr wohl wesentlich, in den allermeisten Fällen werden sie aber wohl eher von untergeordneter Bedeutung sein. Dass in jedem Fall eine Meldung an die FINMA verlangt wird, ist u.E. nicht verhältnismässig und dürfte sowohl für Beauftragte als auch die FINMA zu unnötigem Aufwand führen:

- Rz. 48: je nach Bedeutung der Anfrage im Einzelfall kommt einer Übermittlung von Informationen nicht zwingend wesentliche Bedeutung zu. In der Praxis dürfte dies eher selten der Fall sein. Eine vorgängige Meldung an die FINMA wäre daher nicht sachgerecht.
- Rz. 52, 55, 56: Bei den Informationen die in Rz. 52, 55 und 56 angesprochen sind, handelt es sich in der Regel um Daten in der alleinigen Verfügungsmacht der Beaufsichtigten. Im Übrigen ist die Beaufsichtigte auch Geheimnisherrin über diese Daten. Die Entscheidung, solche Informationen weiterzugeben oder offenzulegen, liegt entsprechend bei ihr. Sollte sich der Beaufsichtigte von sich aus dazu entscheiden, solche Informationen weiterzugeben, wäre diese Informationsübermittlung der Amtshilfe ohnehin entzogen. Es rechtfertigt sich somit nicht, eine zwingende Meldepflicht zu statuieren.

Allenfalls kann die Liste mit Ausnahme von Rz. 47 auch ganz gestrichen werden. Damit wäre es den Beaufsichtigten überlassen, was sie der FINMA melden. Schon in Fällen nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG muss der Beaufsichtigte von sich aus aktiv werden und die Situation selber beurteilen. Vorliegend sollte dasselbe Prinzip gelten. Rz. 47 sollte allerdings weiterhin im Rundschreiben genannt werden, da hier ein unmittelbarer Zusammenhang mit Art. 42c und seinen Voraussetzungen besteht. Zudem könnte die Meldepflicht auch dazu dienen, die Behördenliste nach Rz. 20 zu erweitern.

FINMA-RS 2017/6, Rz 46/47

~~Beispiele von Informationen, deren Übermittlung~~ In jedem Fall einer vorgängigen Meldung an die FINMA bedarf, ~~sind insbesondere:~~ die Übermittlung von Informationen, die gemäss Art. 42c Abs. 1 FINMAG an Finanzmarktaufsichtsbehörden übermittelt werden sollen, die nicht auf der Liste mit Behörden stehen, an welche die FINMA bereits Amtshilfe geleistet hat (Rz 20);.

FINMA-RS 2017/6, Rz 48-69

Ersatzlos streichen

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen für die weiteren Arbeiten. Gerne stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung

Petrit Ismajli
Leiter Tax, Legal & Compliance und
Regulatory a. i.
Leiter Abteilung Tax

Andreas Barfuss
Leiter Finanzmarktrecht

Versand per Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Finma
Frau Katharina Rüstmann
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Zürich, 3. September 2019

Ex-post-Evaluation Rundschreiben 2017/6 Direktübermittlung

Sehr geehrte Frau Rüstmann
sehr geehrte Damen und Herren,

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, uns im Rahmen der Ex-post-Evaluation des Finma-Rundschreibens 2017/6 Direktübermittlung einbringen zu können.

Für unsere Mitgliedgesellschaften und Versicherungsgruppen, die international tätig sind, ist ein gutes Einvernehmen mit den zuständigen in- und ausländischen Aufsichtsbehörden sehr wichtig. Eine möglichst rasche Auskunftserteilung kann in vielen Fällen die Geschäftstätigkeit und -entwicklung im entsprechenden Ausland erleichtern und fördern. Kooperatives und zeitnahes Antworten ist ein wichtiges Element der Vertrauensbildung gegenüber zuständigen Aufsichtsbehörden im Ausland. Das trifft für die Supervisory Colleges und für den interstaatlichen Austausch zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden zu.

Das Rundschreiben 2017/6 Direktübermittlung schafft die Voraussetzungen für diesen effizienten und wichtigen Prozess. Nach anfänglichen Schwierigkeiten und einer äusserst restriktiven Auslegung der Bestimmungen hat die Finma mittlerweile zu einer etwas grosszügigeren «Bewilligungspraxis» gefunden. Dies wird von unseren Mitgliedgesellschaften begrüsst.

Gleichzeitig bringen verschiedene Versicherer ein, dass die Finma die Angemessenheit und den Bedarf von Auskunftsbegehren ausländischer Aufsichtsbehörden nach wie vor oft hinterfragt und eher restriktiv beurteilt. Dieses Verhalten schürt vielfach Misstrauen, kann wichtige Aufsichtsentscheide verzögern und die Beziehungen und das Vertrauen ausländischer Behörden gegenüber Schweizer Versicherungsgesellschaften nachhaltig stören.

Diesbezüglich wünschen sich verschiedene unserer Mitgliedgesellschaften von der Finma, dass sie ihm Rahmen ihres Handlungsspielraums eine weniger restriktive Grundhaltung pflegt. In diesem Sinne sollten gerade die Supervisory Colleges noch vermehrt für den Austausch notwendiger Daten benutzt werden, was neben der Vertrauensbildung auch zur Effizienzsteigerung beiträgt. Nachträgliche aufwändige Einzelauskünfte und entsprechende Bewilligungsverfahren können damit vermieden oder reduziert werden.

Ebenso gibt es verschiedentlich Kritik zu den Randziffern 47 – 57 des Finma-RS 2017/6, welche die Informationen von wesentlicher Bedeutung beschreiben. Hier scheint die Finma über die Vorgaben des Gesetzgebers nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG hinauszugehen, gleichzeitig auch über die von ihr selbst beschriebenen Vorgaben im Finma Rundschreiben 2008/25 Auskunftspflicht Versicherer. Wir erkennen diesbezüglich einen klaren Korrekturbedarf im Rundschreiben zur Direktübermittlung.

Weiteren Verbesserungsbedarf sehen unsere Mitglieder bezüglich der Pflicht zur vorgängigen Meldung und den Fristen. Oft verlangen ausländische Aufsichtsbehörden Auskünfte innerhalb von weniger als den 5 Tagen, die sich die Finma gemäss Rundschreiben maximal einräumt (RZ 71). Dieses Verfahren sollte angepasst werden.

Bezüglich detaillierter Aussagen unterstützen wir die separaten direkten Eingaben und Anliegen unserer Mitgliedgesellschaften. Ihre Vorschläge beruhen auf den konkreten Sachverhalten, Prozessen und Fakten, die dem Verband – aus selbstverständlichen Gründen – nicht bekannt sind.

Besten Dank für die Prüfung unserer Punkte. Selbstverständlich stehen wir Ihnen jederzeit gerne für weitere Auskünfte zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Versicherungsverband SVV

Urs Arbter
Leiter Ressort Versicherungspolitik und
Regulierung, Stellvertretender Direktor

Alex Schönenberger
Leiter Wirtschaft und
Arbeitgeberfragen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA
Frau Katharina Rüstmann
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

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

11 September 2019

Versand per Email

Ex-post-Evaluation Rundschreiben 2017/6 Direktübermittlung

Sehr geehrte Frau Rüstmann

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit uns im Rahmen der Ex-post-Evaluation des FINMA Rundschreibens 2017/6 Direktübermittlung äussern zu können. Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, im Namen der Swiss Re unsere Erfahrungen mit den Ausführungsbestimmungen im Rundschreiben darzulegen, sowie konkrete Verbesserungsvorschläge aufzuzeigen.

1. Bedeutung

Seit dem 1. Januar 2016 sind die Beaufsichtigten von der Einholung einer Bewilligung durch das Eidgenössische Finanzdepartement nach Art. 271 StGB befreit, sofern die direkte Informationsübermittlung die Voraussetzung von Art. 42c FINMAG erfüllt. Wenngleich Art. 42c FINMAG neu die Grundlage für eine gesetzlich erlaubte Handlung schafft, führt sie zu neuen Abgrenzungsfragen und Rechtsrisiken im Zusammenhang mit Art. 271 StGB. Die Konkretisierung von Art. 42c FINMAG und insbesondere dessen Auslegung im Rundschreiben ist deshalb von wesentlicher Bedeutung. Im Rahmen der Vernehmlassung des Rundschreibens Ende 2016 unterstützte die Swiss Re dessen Einführung.

Als global tätige Versicherungsgruppe sind wir stark an einer guten Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden interessiert. Die Gastlandaufsichtsbehörde hat ein berechtigtes Anliegen zeitnah Informationen zu erhalten, nicht nur von den lokal beaufsichtigten Einheiten, sondern auch von der Gruppe sowie deren wesentlichen Gesellschaften im Sitzland. Diese Informationen sind oft ein wichtiger Bestandteil für die Evaluation von Lizenz/ Registrierungs- Anträgen/ Erneuerungen oder werden für die laufende Aufsicht benötigt. Beispielsweise wird dadurch der Gastlandaufsichtsbehörde ermöglicht, sich einen besseren Überblick über das Risikoprofil der gesamten Gruppe zu machen, sowie die Auswirkung auf die lokale Einheit besser zu verstehen (z.B. Intra-Group Gegenparteiisiko). Diese Informationen werden entweder direkt

von den Gesellschaften lokal erhoben, oder via Gruppe eingefordert. Ein weiteres wichtiges Element für den Informationsaustausch ist das *Supervisory College* sowie die bilaterale Zusammenarbeit mit der FINMA. Um negative Konsequenzen bei der Aufsicht der lokalen Einheiten zu vermeiden, ist es für die global tätigen Versicherungsgruppen wie die Swiss Re essentiell, dass der Informationsfluss direkt mit der Gastlandaufsichtsbehörde, aber auch zwischen Sitzland- und Gastlandaufsichtsbehörde, gut funktioniert. Nur so können die Beaufsichtigten von einer effizienten Aufsicht profitieren, welche duplizierende Anforderungen ausschliesst. Dadurch können nachteilige Massnahmen vermieden werden, wie z. B. Kollateralstellung für Intra-group Rückversicherung, Einschränkungen von Dividendenzahlungen, Verzögerung bei Bewilligungen, etc.

2. Praxiserfahrung

Seit Inkraftsetzung des neuen Rundschreibens per 1. Januar 2017 hat die Swiss Re mehr als 50 Meldungen an die FINMA im Zusammenhang mit der direkten Übermittlung von nicht-öffentlichen Informationen an ausländische Aufsichtsbehörden eingereicht.

Nachfolgend nehmen wir Stellung zu unseren Erfahrungen im Umgang und Anwendung des Rundschreibens. In unseren Ausführungen konzentrieren wir uns auf diejenigen Aspekte des Rundschreibens, welche nach unserer Auffassung verbesserungswürdig sind und dadurch eine Übermittlung von Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden erschweren, dies entgegen dem Willen des Gesetzgebers.

2.1. Positive Erfahrungen

Nach anfänglichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit einer kohärenten Anwendung des Rundschreibens werten wir folgende Erfahrungen als positiv.

Gleichartige Meldepflichten (RZ 69)

Die Mehrzahl der Meldungen ergab sich im Rahmen einer (Erneuerung der) Lizenzierung/ Registrierung als *admitted cross-border* Rückversicherer. In diesen Fällen werden üblicherweise keine geschäftssensitiven Informationen noch Informationen von Drittparteien übermittelt. Bei einer Nichtübermittlung würden die Beaufsichtigten die lokalen gesetzlichen Vorschriften nicht erfüllen, was zu Bussen oder schlimmstenfalls zum Verlust der Marktzulassung führen könnte.

Nach einer anfänglichen äusserst einschränkenden Auslegung des Rundschreibens, begrüssen wir, dass die FINMA zu einer grosszügigeren "Bewilligungspraxis" überging und die Abläufe für alle Beteiligten optimiert hat, indem sie in einigen Fällen auf eine zukünftige Meldung verzichtete.

Fristen (RZ 71)

Die Fristen werden gut eingehalten. Die FINMA hat nach Eingang einer Meldung, diese in der Regel innerhalb von fünf Arbeitstagen beantwortet.

2.2. Verbesserungsbedarf

Auslegung des Spezialitätsprinzips gemäss Art. 42 Abs. 2 FINMAG

In der Praxisanwendung des Rundschreibens legt die FINMA das Spezialitätsprinzip nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG sehr eng aus, z.B. auch in Fällen, wo keine datenschutzrelevanten oder geschäftssensitiven Daten von Drittparteien betroffen sind. Die Auslegung des Spezialitätsprinzips wird auch FINMA intern (z.B. im Bankenbereich) unterschiedlich gehandhabt.

Problematisch dabei ist, dass die FINMA dadurch die Anfrage sowie Anforderungen der ausländischen Aufsichtsbehörde in Bezug auf Angemessenheit und Bedarf in Frage stellt. Dies führt oft zu Spannungen, da nach Rücksprache mit FINMA und der Gastlandaufsichtsbehörde die Informationsübermittlung nur im reduzierten Umfang erfolgen kann, oder die Übermittlung erst nach umfangreichen Abklärungen und Diskussionen gutgeheissen wird, um die zu erwartenden negativen Konsequenzen für die Beaufsichtigten zu vermeiden.

Dabei sind oft ausländische Aufsichtsbehörden aus wichtigen Jurisdiktionen betroffen, mit welchen die FINMA im Rahmen des *Supervisory Colleges* normalerweise gute Beziehungen unterhält und entsprechende *Coordination Agreements* unterzeichnet hat.

- Mit zunehmender Sorge beobachten wir, dass die lokalen Aufsichtsbehörden beginnen, die gute Zusammenarbeit und das Vertrauen gegenüber der FINMA in Frage zu stellen. Deshalb ersuchen wir die FINMA ihre Praxis diesbezüglich anzupassen.

Informationsaustausch zwischen Aufsichtsbehörden

Für die Zusammenarbeit und die Vertrauensbildung zwischen Aufsichtsbehörden ist es erforderlich, dass diese Informationen über die Gruppe sowie lokale Einheiten austauschen. Wir begrüssen, dass die FINMA viel Zeit und Aufwand in die Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden im Rahmen des *Supervisory College* investiert und dieses Gefäss nutzt, um Informationen auszutauschen. Insbesondere begrüssen wir, dass die FINMA plant, den vollständigen Gruppen ORSA Report den Mitgliedern des *Supervisory College* zukünftig zur Verfügung zu stellen.

Jedoch verfolgt die FINMA nach unserer Auffassung eine sehr zurückhaltende Praxis des bilateralen Informationsaustausch mit ausländischen Aufsichtsbehörden. Dies führt dazu, dass die Beaufsichtigten gewisse Informationen vermehrt nur via Direktübermittlung übermitteln können, mit entsprechendem administrativen Mehraufwand für alle Beteiligten.

- Um den administrativen Aufwand für die Beaufsichtigten zu verkleinern, sollte die FINMA vermehrt dazu übergehen, Informationsanfragen von Gastlandaufsichtsbehörden im Rahmen des *Supervisory College* zu behandeln oder direkt zu beantworten, wie dies die internationalen Standards der IAIS¹ vorsehen. Dadurch wird die Rolle der FINMA als Gruppenaufsicht gefestigt und sichergestellt, dass die FINMA bei Anfragen von lokalen Aufsichtsbehörden entsprechend eingebunden wird. Unserer Meinung nach, wurde diese Vorgehensweise vor der Einführung des Rundschreibens aktiver und erfolgreich angewandt.

¹ ICP 3 "Information Exchange and Confidentiality Requirements: The supervisor exchanges information with other relevant supervisors and authorities subject to confidentiality, purpose and use requirements." und ICP 25 "Supervisory Cooperation and Coordination: The supervisor cooperates and coordinates with other relevant supervisors and authorities subject to confidentiality requirements."

Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung

Gemäss Art. 42c FINMAG ist eine Direktübermittlung möglich, wenn a) die Voraussetzungen der Amtshilfe erfüllt sind und b) die Rechte Dritter gewahrt bleiben. Eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung nach Artikel 29 Absatz 2 FINMAG bedarf der vorgängigen Meldung an die FINMA. Rundschreiben 2008/25 Auskunftspflicht Versicherer beschreibt die meldepflichtigen Sachverhalte (Solvenzgefährdende Vorkommnisse, Herabsetzung der Beteiligung an einem anderen Unternehmen, Strafverfahren sowie verwaltungsrechtliche Massnahmen, Bestandesschliessung im Bereich der Krankenzusatzversicherung, medienrelevante Vorkommnisse).

- RZ 47 bis 57 behandeln Beispiele deren Übermittlung eine vorgängige Meldung an die FINMA bedürfen. Nach unserer Auffassung werden Beispiele von Informationen aufgeführt welche keine wesentliche Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG darstellen. Die Liste ist somit nicht im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers und geht weit über die Anforderungen des Rundschreibens 2008/25 Auskunftspflicht Versicherer hinaus. Wir ersuchen die FINMA die Liste anzupassen (siehe dazu Kapitel 3).

3. Spezifische Bemerkungen und Änderungsanträge im Detail

Neben den in Kapitel 2 aufgeführten Verbesserungsvorschlägen, ersuchen wir die FINMA in Bezug auf die Auslegung des Art. 42c FINMAG das Rundschreiben sowie ihre Auslegungspraxis für folgende Randziffern anzupassen.

RZ	Änderungsantrag
20 und 21	<p><u>Kommentar:</u> Die von der FINMA veröffentlichte Liste der Finanzmarktaufsichtsbehörden, an welche sie in der Vergangenheit bereits Amtshilfe geleistet hat, umfasst mehr als 80 Behörden aus 50 Ländern. Die Swiss Re als globaler Rückversicherer ist in mehr als 150 Ländern tätig und mit Informationsanforderungen von lokalen Aufsichtsbehörden konfrontiert. Um die globale Geschäftstätigkeit ungehindert ausüben zu können, sind wir darauf angewiesen, nicht geschäftssensitive, nicht öffentliche Informationen an ausländische Aufsichtsbehörden übermitteln zu können.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Wir schlagen deshalb vor, die Behördenliste weiter auszubauen. D.h. die Aufsichtskooperation mit lokalen Aufsichtsbehörden ist zu verstärken, z.B. durch den Abschluss von weiteren <i>Memorandums of Understanding</i>, u.a. mit dem Ziel, die Informationsübermittlung zwischen den Aufsichtsbehörden, bzw. den Beaufsichtigten zu regeln.
21	<p><u>Änderungsantrag:</u> Steht eine Behörde auf dieser Liste, dürfen Beaufsichtigte vermuten, dass sie sind die Voraussetzungen der Vertraulichkeit und Spezialität erfüllt.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Im Lichte der Rechtssicherheit und Art. 271 StGB ist es zentral, dass Beaufsichtigte darauf vertrauen können, dass Übermittlungen an Behörden oder Stellen, die auf der Liste aufgeführt sind, uneingeschränkt erlaubt sind. Dies umso mehr, da die FINMA bereits in der Vergangenheit Amtshilfe geleistet hat oder gerichtlich festgestellt wurde, dass die Behörden oder Stellen die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit grundsätzlich erfüllen.
26	<p><u>Ergänzung:</u> ...oder in anderer geeigneter Weise geklärt werden, <u>z.B. unternehmensintern durch eine qualifizierte Person.</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Eine qualifizierte Person, z.B. Unternehmensjurist vor Ort, ist in der Lage die entsprechenden Abklärungen in Bezug auf Spezialität und Vertraulichkeit vorzunehmen, diese zu bestätigen und entsprechend zu dokumentieren. ➤ Eine Informationsübermittlung an Aufsichtsbehörden, welche nicht auf der FINMA Liste (vgl. RZ 20) sind, soll nach entsprechenden Abklärungen durch den Beaufsichtigten (vgl. RZ 26) möglich sein. Die FINMA sollte den Amtshilfegeweg nur in Ausnahmefällen vorbehalten.
47	<p><u>Vollständige Streichung</u> von RZ 47.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ RZ 58 bis 68 definiert anhand einer Beispielliste Informationen, welche im Sinne von Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht von wesentlicher Bedeutung sind und keiner vorgängigen Meldung an die FINMA bedürfen. Es macht u.E. somit keinen Sinn, wenn bei der direkten Übermittlungen von solchen Informationen an ausländische Aufsichtsbehörden, welche nicht auf der FINMA Liste sind, eine vorgängige Meldung an die FINMA erfolgen muss. Zumal die Beaufsichtigten zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG erfüllt sind.

RZ	Änderungsantrag
48	<p><u>Vollständige Streichung</u> von RZ 48.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Die RZ ist redundant. Die Beaufsichtigten haben gemäss Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG sowie gemäss RZ 20ff bereits die Informationsübermittlung unter dem Gesichtspunkt der Spezialität abzuklären. Des Weiteren werden im Rundschreiben in den RZ 47ff bereits Beispiele meldepflichtiger Sachverhalte aufgeführt.
52 und 56	<p><u>Verschiebung</u> der beiden RZ zu den Beispielen die keiner vorgängigen Meldung an die FINMA bedürfen.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Die Direktübermittlung eigener Daten, welche keine Rückschlüsse auf Dritte erlauben, sollte ohne vorgängige FINMA Meldung übermittelt werden können. Darunter fallen insbesondere Informationen zu Bilanz und Erfolgsrechnung oder Risiko, einschliesslich nicht-öffentliche Geschäftsberichte, sowie Solvenzangaben, wobei ein grosser Teil dieser Informationen aufgrund des neuen FINMA Rundschreibens 2016/02 "Offenlegung" bereits veröffentlicht werden. ➤ Wir erachten diese Information für die Gastlandaufsichtsbehörde einer Niederlassung/ Tochtergesellschaft von hoher Relevanz, um z.B. das Gegenparteiisiko ermitteln zu können. Insbesondere lokale Aufsichtsbehörden, welche nicht Teil des <i>Supervisory Colleges</i> sind, können sich nur bedingt auf den Gruppenaufseher abstützen.
62	<p><u>Ergänzung</u>: ... Angaben zur organisatorischen Aufstellung (z.B. ein Organisationsreglement, <u>Angaben zu den Verantwortlichen der Gesellschaft</u>) ...</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Im Rahmen von Lizenz/ Registrierungs-Anträgen/ Erneuerungen müssen nicht-öffentliche Angaben zu (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) übermittelt werden. Die angeforderte Information beinhaltet hauptsächlich Adressangaben, Passkopien, Lebensläufe, Strafregisterauszüge, etc. der betroffenen Personen. Diese sollten nach erfolgter Zustimmung der betroffenen Person, ohne vorgängige Notifikation an die FINMA erfolgen können.
65	<p><u>Ergänzung</u>: ...institutsbezogene und produktbezogene Informationen im Rahmen von üblichen Reportingpflichten, <u>einschliesslich Lizenz/ Registrierungs -Anträgen/ Erneuerungen</u> gegenüber ausländischen Aufsichtsbehörden und anderen ausländischen Behörden sowie den von diesen beauftragten Stellen,...</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Wir schlagen vor, RZ 65 des Rundschreibens umfassender auszulegen. Informationsübermittlungen im Rahmen von Lizenz/ Registrierungs - Anträgen/ Erneuerungen sollen eingeschlossen werden, um den (Rück)versicherungs-Hub Schweiz gegenüber anderen Jurisdiktionen nicht zu benachteiligen. ➤ Es sollte auch im Interesse der FINMA sein, dass die Beaufsichtigten die lokalen gesetzlichen Anforderungen erfüllen können. Ansonsten werden diese zwangsweise und vermehrt in Konflikt mit lokalen Aufsichtsbehörden geraten.
70	<p><u>Ergänzung</u>: In der Meldung, <u>welche auch in Englisch erfolgen kann</u>, hat die Beaufsichtigte die zu übermittelnden Informationen mitzuteilen ...</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Da der Gegenstand der Meldung die Informationsübermittlung an ausländische Aufsichtsbehörden ist, sind bei der unternehmensinternen Vorbereitung der Meldung oft lokale Teams involviert. Eine "Kann" Bestimmung zwecks Meldung an die FINMA in englischer Sprache würde den Prozess erleichtern und beschleunigen, da keine zusätzliche Übersetzungen der Meldung erfolgen muss.

Wir hoffen, dass unsere Ausführungen dazu beitragen können, das Rundschreiben und die Auslegung von Art. 42c FINMAG praxisnäher und effizienter für alle Beteiligten auszugestalten.

Wir bedanken uns im Voraus für die Prüfung unserer Vorschläge und stehen Ihnen jederzeit bei Fragen oder für ein klärendes Gespräch zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Swiss Re Ltd

Urs Halbeisen
Head Group Regulatory Risk Management

Andreas Csendes
Group Regulatory Risk Management

Rundschreiben Direktübermittlung – ex-post Evaluation

1. Allgemeine Bemerkungen

Wir danken der FINMA für die Möglichkeit, zur Überarbeitung des Rundschreibens Direktübermittlung Stellung nehmen zu können. Seit Inkrafttreten der Gesetzesbestimmung und Erlass des Rundschreibens konnte Erfahrungen gesammelt werden, welche unseres Erachtens eine Anpassung des Rundschreibens als sinnvoll erschienen lassen.

Das Rundschreiben Direktübermittlung basiert auf dem am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Art. 42c FINMAG. Die Bestimmung wurde geschaffen, um eine reibungslose und rasche Informationsübermittlung zwischen Beaufsichtigten und ausländischen Aufsichtsbehörden und Stellen zu ermöglichen. Melde- und Informationspflichten aller Art sind in den letzten 15 Jahren in der Regulierung beinahe explosionsartig angestiegen, so dass sie auf dem Amtshilfeweg weder für Beaufsichtigte noch Behörden und FINMA zu bewältigen wären.

Einer direkten Übermittlung nicht-öffentlicher Informationen an ausländische Behörden stand Art. 271 StGB entgegen. Die Bestimmung wurde wegen den zusätzlichen Informations- und Meldepflichten zunehmend zu einem Hindernis für international tätige Beaufsichtigte und ein Ärgernis im internationalen Geschäftsverkehr. Art. 42c sollte für die Beaufsichtigten nach dem Willen des Gesetzgebers daher eine weitgehende Ausnahmeregelung von Art. 271 StGB darstellen, um den Umgang mit ausländischen Behörden zu erleichtern. Melde- und Informationspflichten sollen von den Beaufsichtigten direkt wahrgenommen werden können, sofern die Rechte Dritter gewahrt bleiben.

Der historische Zweck von Art. 42c ist die Schaffung eines Ausnahmetatbestandes zu Art. 271 StGB und nicht eine generelle, neue Amtshilfebestimmung. Das bedeutet, dass wenn eine Informationsübermittlung von Art. 271 StGB nicht erfasst ist (z.B. weil sie freiwillig geschieht und nach ausländischem Recht nicht sanktioniert ist), Art. 42c gar keine Anwendung finden kann und somit auch nicht das RS zur Direktübermittlung.

Es wäre wünschenswert, dass dies im Rundschreiben klar zum Ausdruck kommt.

Der Zweck von Art. 42c den Informationsaustausch sollte auch beim sachlichen Anwendungsbereich berücksichtigt werden. Insofern sind sämtliche Bereiche des Finanzmarktrechts gemäss Art. 1 FINMAG der Vorschrift zugänglich. Ferner ist auch festzuhalten, dass nur jene nicht-öffentlichen Informationen von Art. 271 StGB erfasst sind, die sich in der Schweiz befinden. Eine Anwendung des Rundschreibens auf Daten, die sich bereits im Ausland befinden, ist damit ebenfalls ausgeschlossen.

2. Konkrete Anpassungsvorschläge

In vielen Fällen der Informationsübermittlung ist das Rundschreiben hilfreich, weil es die notwendige rechtliche Analyse erheblich erleichtert. Das ist insbesondere bei Anfragen nach Art. 42c Absatz 2 FINMAG der Fall, sofern sie von Behörden stammen, die sich auf der von der FINMA publizierten Liste ("List of foreign supervisory authorities") befinden. Anpassungen am Rundschreiben bedarf es unseres Erachtens aber in Bezug auf die „List of foreign supervisory authorities“, kundenbezogene Anfragen und Meldeschwellen:

2.1. "List of foreign authorities" (Rz. 20 f.)

2.1.1. Begründung

Bei Anfragen von Behörden, die sich nicht auf der Liste befinden, besteht Rechtsunsicherheit. Diese lässt sich im konkreten Fall nicht ohne weiteres beseitigen, da die entsprechenden Vorschriften dieser Behörden in Bezug auf Geheimhaltung und Spezialität nicht immer eindeutig sind. Es wäre daher wünschenswert, wenn die

entsprechende Liste aktiver betreut und ergänzt würde. So befinden sich wichtige Behörden, wie z.B. die HKMA, mit welcher FINMA regen Austausch pflegt, handelt es sich doch um eine wichtige, für UBS zuständigen Aufsichtsbehörde, nicht auf der Liste.

Unseres Erachtens sollten daher alle Aufsichtsbehörden, welche für schweizerische Institute im Ausland zuständig sind, auf der Liste aufgeführt werden. Damit diese nicht zu lang wird, könnte dies auch in genereller Art festgehalten werden.

Nebst den Aufsichtsbehörden sollten auch alle ausländischen Zentralbanken, welche dem Basler Komitee für Bankenüberwachung angehören, in genereller Form auf der Liste aufgeführt werden.

Das Gleiche gilt für sämtliche Finanzmarktaufsichtsbehörden der EU Mitgliedstaaten.

Aufgrund unserer Erfahrung wären insbesondere folgende Behörden zusätzlich aufzuführen (dabei sind auch Zentralbanken mitenthalten, die jedoch durch die generelle Formulierung abgedeckt werden sollten):

- Central Bank of Bahrain
- China Banking and Insurance Regulatory Commission (CBIRC)
- Chinese Securities Regulatory Commission
- People's Bank of China (PBOC)
- Deutsche Bundesbank
- Central Bank of Egypt
- Guernsey Financial Services Commission (FSC)
- Hong Kong Monetary Authority (HKMA)
- Reserve Bank of India
- Bank of Israel
- Bank of Japan (BOJ)
- Capital Markets Authority (CMA) (Libanon)
- Central Bank of Russia
- South Korea Financial Supervisory Service
- Bank of Thailand
- United States of America Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)
- United States of America Financial Industry Regulatory Authority (FINRA)
- United States of America Office of the Comptroller of the Currency (OCC)

Zudem kann es vorkommen, dass eine Behörde aus einem bestimmten Land auf der Liste geführt wird, eine andere Behörde aus demselben Land mit vergleichbaren Regeln zu Geheimhaltung und Spezialität aber nicht auf der Liste erscheint. Die Vermutung von Rz. 21 sollte daher weiter gelten, indem eine nicht auf der Liste aufgeführte Behörde auch dann als qualifiziert gilt, wenn andere Behörden des gleichen Staates aufgeführt sind und die Behörde in Bezug auf Geheimhaltung und Spezialität vergleichbaren Vorschriften untersteht.

Die Vermutung sollte auch greifen, wenn die Informationsanfrage von einer Stelle, Abteilung sowie unter- oder zugeordneten Behörde kommt, die für eine Behörde handelt, die auf der Liste geführt wird.

2.1.2. Anpassungsvorschlag

Rz. 20: Die FINMA veröffentlicht eine Liste der Finanzmarktaufsichtsbehörden, an welche sie die Voraussetzungen nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG grundsätzlich erfüllen, z.B. weil die FINMA in der Vergangenheit bereits Amtshilfe an diese Behörde geleistet hat. Hinsichtlich einiger dieser Behörden wurde zudem gerichtlich festgestellt, dass sie die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit grundsätzlich erfüllen bzw. diese Voraussetzungen im Entscheidzeitpunkt und bezogen auf den damaligen konkreten Anwendungsfall erfüllt haben. Nach dieser Ziffer generell erfasst sind alle

ausländischen Banken-, Wertpapierfirma- und Börsenaufsichtsbehörden von schweizerischen Instituten und ferner alle entsprechenden Aufsichtsbehörden der Europäischen Union. Ebenfalls erfasst sind alle Zentralbanken von jenen Staaten, die dem Basler Komitee für Bankenaufsicht angehören.

Rz. 21: Steht eine Behörde auf dieser Liste oder handelt eine Stelle oder eine untergeordnete Behörde im Auftrag einer solchen Behörde, dürfen die Beaufsichtigten vermuten, dass sie die Voraussetzungen der Vertraulichkeit und Spezialität erfüllt. Die gleiche Vermutung gilt, wenn eine andere Behörde aus der gleichen Jurisdiktion in Bezug auf Vertraulichkeit und Spezialität vergleichbaren Bestimmungen unterliegt.

2.2. Kundenbezogene Anfragen (Rz. 32 und 33)

2.2.1. Begründung

Wie bereits in unserer Stellungnahme anlässlich der Anhörung zum Rundschreiben Direktübermittlung angeführt, sind wir der Auffassung, dass Rz. 33 nicht mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist. Art. 42c Abs. 1 und Abs. 2 behandeln grundsätzlich unterschiedliche Anwendungsfälle. Während Absatz 1 die Direktübermittlung von Informationen regelt, welche die Aufsicht über der Beaufsichtigten betrifft (Finanzkennzahlen, Organisation, Personal etc.), zielt Absatz 2 auf die Übermittlung von Informationen, die aus dem Verhältnis der Beaufsichtigten zu ihren Kunden stammen. Insofern lässt sich die Abgrenzung der beiden Bestimmungen in der Praxis relativ klar vornehmen. Entgegen dem Rundschreiben ist das Verhältnis der beiden Absätze nicht durch Subsidiarität gekennzeichnet, sondern sie regeln unterschiedliche Sachverhalte. Absatz 2 erweitert die Regel von Absatz 1 für jene Anfragen, die sich auf das Kundengeschäft beziehen. Insofern besteht auch kein Wahlrecht zwischen der Anwendung von Absatz 1 und Absatz 2.

Ebenso wenig kann die anfragende Behörde als Abgrenzungskriterium der beiden Absätze herangezogen werden. Der Gesetzestext ist klar und verwendet in Absatz 2 den weiteren Begriff der „Behörde“, während in Absatz 1 lediglich von der „Aufsichtsbehörde“ die Rede ist. Aufsichtsbehörden können daher nicht aus dem Anwendungsbereich von Absatz 2 ausgeklammert werden, weil der Begriff "Behörde" in Absatz 2 ist erheblich weiter ist als jener der Aufsichtsbehörde nach Absatz 1, nämlich sämtliche ausländischen Behörden, sofern sie nicht Straf- oder Steuerrecht vollziehen.

Rz. 33 hat in der Praxis grosse Schwierigkeiten bereitet. Zum einen sehen wir hier einen gewissen Widerspruch zum Gesetzestext, zum andern wird in den Ausführungen in Rz. 33 das Verhältnis von Art. 42c Absatz 1 zu Absatz 2 komplexer dargestellt wurde, als notwendig.

Die Beaufsichtigte müssen schnell und unkompliziert auf Anfragen von ausländischen Behörden oder ihnen zudienenden Stellen reagieren können. Das ist auch direkt im Interesse der Kunden, die entsprechenden Dienstleistungen (z.B. Verwahrung von Wertschriften im Ausland, Erwerb von ausländischen Wertpapieren etc.) nachfragen. Art. 42c Absatz 2 wurde aus diesem Grund noch in der parlamentarischen Diskussion eingeführt. Die Auslegung, welche der Bestimmungen im Rundschreiben zugrunde liegt, würde die vom Gesetzgeber eingeführte Erleichterung zu einem grossen Teil zurücknehmen. Aus diesem Grund ist RZ. 33 unseres Erachtens zu streichen.

Ferner sollte das Rundschreiben klarstellen, dass Art. 42c Absatz 2 nicht nur auf standardisierte Massenmeldungen (z.B. Meldung an ein Transaktionsregister), sondern auch individuelle Anfragen in Bezug auf einzelne Transaktionen oder Kunden anwendbar ist. Eine entsprechende Anpassung würde die Rechtssicherheit erhöhen.

2.2.2. Anpassungsvorschlag

Der Zweck der Regelung des Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist, dass Beaufsichtigte Informationen, welche wegen und in Zusammenhang mit der Ausführung von Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten

geliefert werden müssen, selbst direkt ins Ausland übermitteln können (z.B. an ein Transaktionsregister, ~~oder~~ an eine Meldestelle einer ausländischen Börse oder individuellen Behördenanfragen).

~~Art. 42c Abs. 2 FINMAG stellt gegenüber Art. 42c Abs. 1 FINMAG eine Erweiterung dar, ist aber auch subsidiär zu diesem. Gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG darf eine Information nur dann übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfüllt sind, und die Übermittlung nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht zulässig ist, weil~~

- ~~• die Information nicht an Behörden im Sinne von Abs. 1 gehen oder~~
- ~~• die zu übermittelnden Informationen nicht für den Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet werden sollen.~~

2.3. Meldeschwelle (Art. 42c Abs. 3) – (Rz. 47 – 69)

2.3.1. Begründung

Die Liste in Rz. 47 ff. ist sehr detailliert, insbesondere bei jenen Fällen, die immer der FINMA gemeldet werden müssen. Bei einigen dieser Fälle ist eine wesentliche Bedeutung denkbar, unseres Erachtens ist das in vielen Konstellationen aber der Ausnahmefall. Das in jedem Fall eine Meldung an die FINMA verlangt wird, ist u.E. nicht verhältnismässig und dürfte sowohl für Beaufschlagte als auch die FINMA zu unnötigem Aufwand führen:

- Rz. 48: je nach Bedeutung der Anfrage im Einzelfall kommt einer Übermittlung von Informationen nicht zwingend wesentliche Bedeutung zu. Eine vorgängige Meldung an die FINMA ist alsdann nicht sachgerecht.
- Rz. 52, 55, 56: Bei den Informationen die in Rz. 52, 55 und 56 angesprochen sind, handelt es sich in der Regel um Daten in der alleinigen Verfügungsmacht der Beaufschlagten. Im Übrigen ist die Beaufschlagte auch Geheimnisherrin über diese Daten. Die Entscheidung, solche Informationen weiterzugeben oder offenzulegen, liegt ausschliesslich bei ihr. Sollte sich der Beaufschlagte von sich aus dazu entscheiden, solche Informationen weiterzugeben, wäre diese Informationsübermittlung der Amtshilfe entzogen. Eine zwingende Meldepflicht darf es daher nicht geben.

Allenfalls kann die Liste mit Ausnahme von Rz. 47 auch ganz gestrichen werden. Damit wäre es den Beaufschlagten überlassen, was sie der FINMA melden. Schon in Fällen nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG muss der Beaufschlagte von sich aus aktiv werden und die Situation selber beurteilen. Vorliegend sollte dasselbe Prinzip gelten. Rz. 47 sollte allerdings weiterhin im Rundschreiben genannt werden, da hier ein unmittelbarer Zusammenhang mit Art. 42c und seinen Voraussetzungen besteht. Zudem könnte die Meldepflicht auch dazu dienen, die Behördenliste nach Rz. 20 zu erweitern.

2.3.2. Anpassungsvorschlag

Rz. 47: Beispiele von Informationen, deren Übermittlung In jedem Fall einer vorgängigen Meldung an die FINMA bedarf, ~~sind insbesondere: die Übermittlung von~~ Informationen, die gemäss Art. 42c Abs. 1 FINMAG an Finanzmarktaufsichtsbehörden übermittelt werden sollen, die nicht auf der Liste mit Behörden stehen, an welche die FINMA bereits Amtshilfe geleistet hat (Rz 20);

Rz. 48 – 69 streichen.

Per e-Mail: katharina.ruestmann@finma.ch
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Katharina Rüstmann
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Zürich, 12. September 2019

Werner W. Wyss
Zürcher Kantonalbank
Legal & Compliance
Tel. +41 44 292 34 71
E-Mail: werner.wyss@zkb.ch

Stellungnahme der Zürcher Kantonalbank zur Ex-post-Evaluation des FINMA-Rundschreibens 2017/6 Direktübermittlung

Sehr geehrte Frau Dr. Rüstmann

Wir beziehen uns auf die am 19. Juli 2019 eröffnete Ex-post-Evaluation des FINMA-RS 2017/6 Direktübermittlung.

Wir bedanken uns bestens für die Möglichkeit zur Stellungnahme in dieser für die Finanzbranche wichtigen Angelegenheit und unterbreiten Ihnen innert angesetzter Frist gerne nachfolgend unsere Anliegen.

Executive Summary

1. Anerkennung der geschäftlichen Notwendigkeit von niederschweligen Informationsflüssen durch Sicherstellung eines weiten Anwendungsbereichs von Art. 42c Abs. 2 FINMAG und damit Schaffung eines rechtssicher ausgestalteten Rechtfertigungsgrundes unter Art. 271 StGB
2. Klare Abgrenzung von niederschweligen Informationsflüssen zu Amts- und Rechtshilfungsverfahren
3. Klare Abgrenzung zwischen den Absätzen 1 und 2 von Art. 42c FINMAG
4. Förderung von Rechtssicherheit durch eine 'White List' mit typischen Beispielen von als zulässig eingeschätzten Konstellationen von niederschweligen Informationsflüssen

I. Allgemeine Einführung

Seit Inkrafttreten des FINMA-RS 2017/6 Direktübermittlung am 1. Januar 2017 war die Zürcher Kantonalbank (ZKB) im Verhältnis mit ausländischen Behörden und anderen Stellen von verschiedenen Konstellationen von Informationsflüssen betroffen, welche in den Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG fallen. Zu nennen ist namentlich das **Reporting an die US-amerikanische Commodity Futures Trading Commission (CFTC)**, welches ab gewissen Schwellenwerten von Kunden- und Nostropositionen zur Anwendung kommt, wobei auch Kunden offenzulegen sind.

Dessen ungeachtet besteht gleichwohl **Revisionsbedarf**. Namentlich mit Bezug auf die Ausführungen zum **Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG** steht FINMA-RS 2017/6 nach wie vor in wesentlichen Punkten im Widerspruch zur gesetzlichen Grundlage. Bereits im Zuge der Anhörung zum Erlass von FINMA-RS 2017/6 im Jahre 2016 haben dies ZKB und Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) mit Stellungnahmen vom 11. August respektive vom 1. September 2016 der FINMA mitgeteilt.

II. Absicht des Gesetzgeberische Absicht bei Erlass von Art. 42c FINMAG

1. Bei Art. 42c FINMAG geht es um die in der Bankpraxis sehr bedeutsame Zulässigkeit des direkten Informationsflusses von Schweizer Finanzdienstleistern an **ausländische Behörden und andere Stellen** (vgl. Art. 42c Abs. 1 Ingress u. Abs. 2 FINMAG). Der Anwendungsbereich bezieht sich somit ausdrücklich nicht bloss auf Behörden, sondern erfasst insbesondere auch den Informationsfluss von privaten Finanzdienstleistern an ausländische Stellen, welche keine Behörden sind bzw. nicht sein müssen, soweit solche Stellen mit hoheitlichen Aufgaben betraut sind. Paradebeispiele dafür sind Transaktionsregister oder Zentralverwahrer, welche je nach anwendbarer Rechtsordnung trotz privatrechtlicher Organisation gleichwohl hoheitliche Aufgaben erfüllen. Mit solchen „Stellen“ sind über Behörden hinaus alle an internationalen Finanzmarktgeschäften direkt oder

indirekt Beteiligte wie etwa Börsen, Meldestellen, Selbstregulatoren, Clearingstellen, Transaktionsregister, Abwickler, Depotbanken und andere Verwahrer (Zentralverwahrer, Unterverwahrer, etc.), Zentrale Gegenparteien, Vertriebspartner, Finanzdienstleister und kotierte Gesellschaften gemeint.

2. Gemäss Rz 19, 20 und 30 FINMA-RS 2017/6 sind die Beteiligten im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 1 FINMAG richtigerweise an ein allfälliges **Amts- oder Berufsgeheimnis** und an das **Spezialitätenprinzip** gebunden. Falsch ist aber die Anordnung von Rz 33, wonach diese Anforderungen auch im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG gelten sollen. Damit wird der vom Gesetzgeber bewusst gewollte unterschiedliche Anwendungsbereich der beiden Regelungen der Absätze 1 und 2 von Art. 42c FINMAG contra legem aufgehoben. Auch die FINMA ist an den klaren Wortlaut der gesetzlichen Regeln gebunden und darf den Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht einengen, sondern vielmehr die **vom Gesetz klar festgelegte Abgrenzung** auf Stufe FINMA-RS anerkennen u. durch **Festlegung klarer Abgrenzungskriterien** konkretisieren, um damit die **Rechtssicherheit** zu fördern. Voraussetzungen wie die Einhaltung von Amts- oder Berufsgeheimnissen oder Spezialitätenprinzip wären im Bereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG gänzlich ungeeignet, um dem gesetzlich gewollten Zweck der Regelung zum Durchbruch zu verhelfen. Solche Anforderungen müssten nämlich in jedem Einzelfall von einem Schweizer Finanzdienstleister mit grossem Aufwand ermittelt werden. Gleichwohl würden erhebliche Restrisiken und entsprechende Rechtsunsicherheit bestehen bleiben, zumal sich die Rechtslage in der betreffenden Jurisdiktion jederzeit ändern kann. Einem Schweizer Finanzdienstleister ist es auch nicht möglich, solche Unklarheiten direkt mit den ausländischen Behörden mittels ‚Memorandum of Understanding‘ zu regeln, wie dies der FINMA als Behörde offensteht. Langwierige Abklärungen mit gleichwohl unbefriedigenden Ergebnissen widersprechen gerade dem gesetzlichen Zweck, **zeitnahe Informationsübermittlungen** zu gewährleisten (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBl 2014 7620).
3. Für Abschluss, Abwicklung und Beendigung von Geschäften und für die Erbringung von Dienstleistungen (wie z.B. der Verwahrung von Wertschriften) auf internationalen Finanzmärkten bzw. als Folge solcher Geschäfte, z.B. in Nachachtung von Meldepflichten, müssen Schweizer Finanzdienstleister zahlreiche **Informationspflichten** erfüllen. Ohne zeitgerechte und vollständige Erfüllung solcher Pflichten sind Schweizer Finanzdienstleister und ihre Kunden von den entsprechenden Märkten und Geschäften ausgeschlossen. Ueberdies drohen Sanktionen wie z.B. Nichtabschluss oder Kündigung wichtiger Verträge, Nichtigkeit von Transaktionen, „Einfrieren“ von Wertschriftenbeständen oder gar strafrechtliche Verfolgung.
4. Der Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist entsprechend der Zielsetzung des Gesetzgebers und der gewählten Formulierung bewusst weit auszulegen und muss insbesondere über blosser „Transaktionen“ hinaus alle möglichen **Aktivitäten in Zusammenhang mit Abschluss, Abwicklung und Beendigung von Geschäften** sowie mit **Erbringung von Dienstleistungen** bzw. **als Folge solcher Geschäfte und Dienstleistungen, z.B. in Nachachtung von Meldepflichten**, erfassen. Diese Auslegung wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzestext ausdrücklich von „Geschäften“ und nicht bloss von „Transaktionen“ spricht. Der Begriff „Geschäfte“ muss dem Regelungszweck entsprechend alle vernünftigerweise denkbaren Ausprägungen erfassen,

welche ein Geschäft mit sich bringen kann. Der Begriff „Geschäft“ darf demzufolge nicht auf einzelne Phasen wie „Vertragsabschluss“ oder „Transaktion“ reduziert werden. Vielmehr hat er sowohl inhaltlich als auch in zeitlicher Hinsicht den **ganzen Umfang und die ganze Dauer** z.B. einer bestimmten Geschäftsbeziehung oder einer Dienstleistungserbringung abzudecken. Der Begriff muss sachlich **auch nachgelagerte Anfragen von Behörden** wie z.B. der FINMA erfassen, welche **im Rahmen einfacher Marktabklärungen** ausserhalb von oder vorgelagert zu formellen Verwaltungs- oder Strafverfahren ablaufen (zur Abgrenzung vgl. unten Ziff. II.8). Nur so wird der Schweizer Finanzdienstleister in die vom Gesetzgeber gewollte Lage versetzt, unter dem einzigen Vorbehalt formeller Verwaltungs- und Strafverfahren (für welche spezifische Verfahrensregeln gelten) ein „Geschäft“ richtigerweise **als „Gesamtsystem“ unter allen vernünftigen Konstellationen umfassend** zu bearbeiten, ohne mit ungewollten, unnötigen und geschäftsverhindernden Risiken konfrontiert zu werden (vgl. unten Ziff. II.13). Entgegen der im Erläuterungsbericht geäusserten Meinung der FINMA (vgl. Erläuterungsbericht zum FINMA-RS 2017/6, S. 10 f.) hat der Gesetzgeber in Art. 42c Abs. 2 FINMAG den Begriff „Geschäfte“ bewusst gewählt, um diesen weiten Anwendungsbereich sicherzustellen. Gemäss erklärter Absicht der FINMA (vgl. Rz 1) darf diese die gesetzliche Regelung lediglich konkretisieren. Der FINMA fehlt die bewusste gesetzgeberische Absicht eines weiten Anwendungsbereiches durch Ersetzen des Begriffs „Geschäfte“ durch „Transaktionen“ über Gebühr einzuengen. Damit ginge der Regelung ein wesentlicher Teil des bezweckten und sinnvollen Anwendungsbereichs verloren.

5. Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfasst dieselbe Konstellation wie dies auch **Art. 6 Abs. 2 Bst. c DSG** tut. Auch unter DSG geht es darum, Datenflüsse ins Ausland in Zusammenhang mit **Abschluss, Abwicklung und gegebenenfalls Beendigung von Verträgen bzw. Geschäften**, sowie mit **Erbringung von Dienstleistungen bzw. als Folge solcher Geschäfte und Dienstleistungen, z.B. in Nachachtung von Meldepflichten**, nicht durch Schutzbestimmungen einzuschränken oder gar zu verhindern. Vielmehr soll die Regelung solche „Geschäfte“ überhaupt ermöglichen, z.B. Datenübermittlungen zur Ausführung von Aufträgen im Bereich der Dienstleistung Internationaler Zahlungsverkehr, und dies sogar ohne angemessenes Datenschutzniveau im betreffenden Ausland (vgl. David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzrecht, Zürich 2008, Art. 6 DSG N 57 f.). Dementsprechend ist zur Herstellung eines in sich stimmigen Gesamtkonzepts auch bei Art. 42c FINMAG mindestens dieselbe Auslegung und derselbe Anwendungsbereich zu verwirklichen wie unter Art. 6 Abs. 2 lit. c DSG.
6. Auch die Einengung des Anwendungsbereichs auf „**Vollzug des Finanzmarktrechts**“ widerspricht dem vom Gesetzgeber bewusst gewollten weiten Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG. Zur rechtskonformen Unterverwahrung finnischer Effekten bei der finnischen Depostelle etwa muss sich der Verwahrer in das finnische 'Foreign Custodian Register' eintragen lassen und sich dabei verpflichten, auf Nachfrage der finnischen Steuerbehörden hin Informationen über die wirtschaftlich berechtigten Empfänger von finnischen Effektenauszahlungen, z.B. auf in 'Omni-bus accounts' verwahrten Wertschriftenbeständen geschuldeten Zinsen und Dividenden, zu liefern (vgl. finnländischen 'Act on the Taxation of Nonresidents' Income and Capital (627/1978), Section 10b (970/2005), Subsection 3'; Details gemäss 'Application Form' "Application – Foreign Custodian (Intermediary) Register 6154e"). Dadurch soll verhindert werden, dass Kunden mit Domizil Finnland via 'Offshore Bank', wozu auch Schweizer Banken gehören, ohne Steuerfolgen in

finnische Effekten investiert. Bei Nichtbefolgung dieser Offenlegungspflicht würde der Verwahrer aus dem Register gestrichen und könnte demzufolge keine finnischen Effekten mehr verwahren. Deshalb sieht sich der Verwahrer veranlasst, diese **Pflichten auf die ihm einliefernden Schweizer Finanzdienstleister zu überbinden**. In einer solchen **mehrstufigen Dienstleistungskette** müssen auch die Schweizer Finanzdienstleister Pflichten akzeptieren, andernfalls ihnen keine Depotstelle für finnische Effekten mehr zur Verfügung stünde.

Dementsprechend wurde in der parlamentarischen Diskussion die vom Nationalrat vorgeschlagene Einschränkung des Zwecks „zum Vollzug des Finanzmarktrechts“ in der von den Räten verabschiedeten finalen Fassung **im Anwendungsbereich von Abs. 2 ausdrücklich gestrichen**. Zudem ermöglichen solche Informationsflüsse erst die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes und sind deshalb einem effizienten Finanzmarktrecht immanent (vgl. Art. 5 FINMAG u. unten Ziff. II.13).

7. Zu erfüllen sind **sämtliche Informationspflichten** in Zusammenhang mit internationaler Geschäftstätigkeit, welche **im Rahmen der Vertragsgestaltung bzw. Dienstleistungserbringung** gegenüber Schweizer Finanzdienstleistern gefordert werden, mithin insbesondere nicht nur solche gemäss zwingenden gesetzlichen Regelungen. Auch bei Informationspflichten ausserhalb des zwingenden gesetzlichen Rahmens drohen Schweizer Finanzdienstleistern einschneidende Sanktionen wie z.B. Nichtabschluss oder Kündigung wichtiger Verträge, Nichtigkeit von Transaktionen, „Einfrieren“ verwahrter Wertschriftenbestände oder sogar strafrechtliche Verfolgung. Typisches Beispiel sind Geldwäscherei-Checks ausländischer Unterverwahrungsstellen ('Sub-Custodians'), deren Resultate diese ihrer Aufsichtsbehörde mitteilen müssen. Solches gilt z.B. gemäss den 'Financial Crime Compliance Principles' der 'International Security Systems Association' (ISSA) vom 27. August 2015, welche zu diesem Zweck den 'Sub-Custodians' empfehlen, mit ihren Kunden, zu welchen auch Schweizer Banken gehören, ein generelles vertragliches Auskunftsrecht zu vereinbaren (vgl. oben Ziff. II.3).
8. Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung bedürfen der vorgängigen Zustimmung der FINMA und diese kann den Amtshilfeweg vorbehalten (Art. 42c Abs. 3 u. 4 FINMAG), was insbesondere im Fall **laufender formeller Amts- und Rechtshilfverfahren** zwingend ist. Dies verdeutlicht, dass es im Bereich von Art. 42c Abs. 2 nicht um für die Schweiz bzw. ihren Finanzmarkt bedeutsame Informationsübermittlungen oder um pendente formelle Amts- und Rechtshilfverfahren geht. Regelungsmaterie sind vielmehr **ausserhalb solcher Themen und Verfahren** erfolgende **niederschwellige Mitteilungen**, welche für Abschluss, Abwicklung oder Beendigung von Geschäften sowie für die Erbringung von Dienstleistungen bzw. als Folge solcher Geschäfte und Dienstleistungen, z.B. in Nachachtung von Meldepflichten, nötig sind (vgl. vorstehende Beispiele). Nicht verhindert werden kann allerdings, dass auch niederschwellige Mitteilungen Weiterungen auslösen können. Informationspflichten ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfverfahren können wie erwähnt (u.a.) aufsichtsrechtlich, strafrechtlich oder steuerrechtlich motiviert sein. **Auch niederschwellig übermittelte Informationen und Daten** können deshalb - wie jeder andere Datenfluss auch - aus irgendeinem Grund zur **Eröffnung eines formellen Verfahrens** gegen den übermittelnden Schweizerische Finanzdienstleister oder einen seiner Kunden führen, z.B. wegen Verletzung börsenrechtlicher Regeln, von Steuerrecht, u.ä. Dies ist

gerade in weltweit vernetzten Finanzmärkten sachlogisch sogar richtig und hinzunehmen. Umgekehrt kann **auch Verweigerung solcher Informationsflüsse rechtliche Nachteile** nach sich ziehen, z.B. Nichtabschluss oder Nichtweiterführung wichtiger Verträge wie z.B. Custody- und Brokerage- Agreements und damit faktischen Ausschluss vom betreffenden Markt oder sogar die Eröffnung eines Verfahrens gegen die betroffene Bank und ihre Organe. Ebendies will Art. 42c Abs. 2 FINMAG gerade verhindern (vgl. oben Ziff. II.3 u. II.7).

9. Die besondere Problematik liegt in der Anwendung der Strafbestimmung von **Art. 271 StGB**, welche öffentliche Interessen der Schweiz schützt. Mit Blick auf diese Bestimmungen haben Schweizer Finanzdienstleister nur sehr geringen Spielraum, (berechtigten) ausländischen Anforderungen an Informationsübermittlung nachzukommen. Die Bestimmung von Art. 42c FINMAG schafft einen **gesetzlichen Rechtfertigungsgrund** für Schweizer Finanzdienstleister, Behörden und anderen Stellen direkt Informationen bis zu einer gewissen Materialität zukommen zu lassen, ohne den Amts-/ Rechtshilfeweg beschreiten zu müssen. Ohne eine solche Regelung drohen Schweizer Finanzdienstleister erhebliche Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Konkurrenten, welche nach ihrem jeweiligen ausländischem Recht i.d.R. nicht mit solchen Einschränkungen konfrontiert sind (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBl 2014 7620). Auch wären z.B. rein schweizerisch strukturierte Banken wohl zudem auch gegenüber den Schweizer Grossbanken, die über ausländische Buchungszentren verfügen, und andern stark international strukturierten Schweizer Banken erheblich benachteiligt, welche als Folge (auch) ausländischer Beaufsichtigung hier einen Wettbewerbsvorteil hätten.
10. In jedem Fall von notwendigen Informationsflüssen an ausländische Behörden oder andere Stellen eine **vorgängige Bewilligung bei den zuständigen Schweizer Behörden** einzuholen wäre nur schon aus zeitlichen Gründen nicht möglich (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBl 2014 7620). Dies würde die entsprechenden Geschäfte für Schweizer Finanzdienstleister und ihre Kunden verunmöglichen.
11. Zur Sicherstellung des vom Gesetzgeber bezweckten weiten Anwendungsbereichs sind klare und damit rechtssichere Regeln notwendig. Im Vergleich zwischen den verschiedenen von Art. 42c FINMAG geregelten Konstellationen ist diejenige von **Art. 42c Abs. 2 FINMAG** mit den **quantitativ** häufigsten Fällen und den **qualitativ** am wenigsten hohen Anforderungen als **Regel und Auffangbecken** zu etablieren. Dementsprechend sind die anderen Konstellationen, insbesondere diejenigen gemäss Art. 42c Abs. 3 und 4 FINMAG („Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung“ und „Vorbehalt Amtshilfeweg“) entsprechend klar und eindeutig von Art. 42c Abs. 2 FINMAG abzugrenzen (vgl. oben Ziff. II.8).
12. **Rechte von Kunden und Dritten** werden trotz dieser weiten Auslegung **nicht beeinträchtigt**. Im Gegenteil sind solche gemäss ausdrücklicher Anordnung zu schützen (vgl. Art. 42c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 am Ende FINMAG). Dies ist trotz weiter Auslegung des Anwendungsbereichs möglich, namentlich durch vorgängige Einholung der Einwilligung der Betroffenen (Botschaft FinfraG, in: BBl 2014 760).

13. Vorstehend skizzierte Auslegung von Art. 42c FINMAG entspricht dem erklärten gesetzgeberischen Willen, dient der **Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte** und verhindert gravierende **Wettbewerbsnachteile zu Lasten des Finanzplatzes Schweiz**. Damit dient Art. 42c FINMAG zwei wesentlichen Zielen des FINMAG gemäss Zweckbestimmung von Art. 5 FINMAG. Funktionsfähige Finanzmärkte und das dazugehörige Finanzmarktrecht gebieten es geradezu, insbesondere auch unter dem Aspekt der Gewährsbestimmungen (vgl. für Banken insb. die Organisations- und Gewährspflichten gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a u. c Bankengesetz), dass Beaufsichtigte niederschwellige Informationen ins Ausland übermitteln können, ohne sich und ihre Mitarbeitenden nicht angemessenen erheblichen Risiken wie etwa von Nichtabschluss oder Kündigung wichtiger Verträge, Nichtigkeit von Transaktionen, „Einfrieren“ von Wertschriftenbeständen oder gar [persönlicher] strafrechtlicher Verfolgung im Inland (gemäss Art. 271 StGB) oder im Ausland auszusetzen (vgl. oben Ziff. II.7).

III. Zu den einzelnen Bestimmungen

III.1. Rz 33 (Abgrenzung zwischen Abs. 1 u. 2 von Art. 42c FINMAG)

1. Entgegen Rz. 33 von FINMA-RS 2017/6 ist Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht subsidiär zu Art. 42c Abs. 1 FINMAG, sondern komplementär. Die beiden Bestimmungen betreffen verschiedene Anwendungsbereiche und sind an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft. Dies ergibt sich sowohl aus der Entstehungsgeschichte als auch aus dem Wortlaut und ist nach Sinn und Zweck der Regelungen eindeutig so gewollt. Die vom eidgenössischen Parlament verabschiedete Fassung von Art. 42c FINMAG unterstellte die beiden Konstellationen bewusst **unterschiedlichen Voraussetzungen**. Absatz 2 regelt die sog. "niederschwellige" Informationsübermittlung und setzt gemäss bewusstem Entscheid des Gesetzgebers anders als Absatz 1 nicht voraus, dass der Informationsfluss "zum Vollzug des Finanzmarktrechts" erfolgt (vgl. Verweis auf Art. 42 Abs. 2 bewusst nur bei Abs. 1 Bst a von Art. 42c FINMAG und nicht auch bei Abs. 2). Aus der Einleitung von Absatz 2 ergibt sich zudem, dass diese Bestimmung Absatz 1 ergänzt ("Darüber hinaus...").
2. Deshalb schlagen wir vor, Rz 33 wie folgt anzupassen:

FINMA-RS 2017/6, Rz 33

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

Absatz 1 vorzunehmen, sofern diese Informationen im Zusammenhang mit Geschäften oder Dienstleistungen des Beaufsichtigten und/oder von Kunden stehen. Gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG darf eine Information nur dann übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfüllt sind, und die Übermittlung nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht zulässig ist, weil

- die Information nicht an Behörden im Sinne von Abs. 1 gehen oder*
- die zu übermittelnden Informationen nicht für den Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet werden sollen.*

III.2. Rz 35 ff. (Verbot der Übermittlung nicht öffentlicher Informationen an ausländische Straf- oder Steuerbehörden und von diesen beauftragten Stellen)

1. Dieses von der FINMA in Rz. 35 und 37 ihres Rundschreibens 2017/6 statuierte pauschale Verbot findet weder im Wortlaut von Art. 42c Abs. 2 FINMAG noch in dessen Entstehungsgeschichte eine Grundlage, sondern steht zu dieser formalgesetzlichen Bestimmung in klarem Widerspruch. Zutreffend und mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Konzept der niederschweligen Informationsübermittlung im Einklang ist vielmehr, dass Absatz 2 nur, aber immerhin keinen direkten Informationsfluss an ausländische Straf- oder Steuerbehörden **im Rahmen (bereits eröffneter) formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren** zulässt und generell, falls die angebotenen Informationen den Grad der Niederschwelligkeit in quantitativer bzw. qualitativer Hinsicht überschreiten würden.
2. Massgeblich ist mithin einzig, dass die Informationsübermittlung ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren bzw. nur im Rahmen des "niederschweligen" Informationsflusses erfolgt. Ob eine ausländische Stelle von einer dortigen Straf- oder Steuerbehörde beauftragt wurde, lässt sich zudem - wenn überhaupt - nur durch aufwändige Abklärungen im Einzelfall beurteilen. Dies steht dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck einer zeitnahen Informationsübermittlung zur Gewährleistung funktionierender Finanzmärkte diametral entgegen (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBl 2014 7620).
3. Zur Sicherstellung einer klaren Abgrenzung schlagen wir folgende Anpassungen bei Rz 35 und die gänzliche Umformulierung von Rz 37 im Sinne der vom Gesetzgeber gewollten Regelung vor:

FINMA-RS 2017/6, Rz 35

An ausländische Straf- oder Steuerbehörden dürfen Informationen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht im Rahmen formeller Amts- und Rechtshilfeverfahren übermittelt werden. Übermittlungen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder von diesen beauftragte Stellen fallen für gewöhnlich unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG.

FINMA-RS 2017/6, Rz 37

Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Stelle von ausländischen Steuer- oder Strafbehörden beauftragt wurde, ist eine Übermittlung an sie gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG nicht zulässig.

Art. 42 Abs. 2 FINMAG ermöglicht die Übermittlung nicht-öffentlicher, niederschwelliger Informationen an ausländische Behörden und Stellen jeglicher Natur.

III.3. Rz 58 ff. (Praxisbeispiele)

1. Im Interesse der Rechtssicherheit ist es nach wie vor sinnvoll, wenn die FINMA eine **'White List'** mit Fallkonstellationen erstellt, bei welchen **nicht öffentliche, niederschwellige Informationen an ausländische Behörden und Stellen** übermittelt werden dürfen. Die von der FINMA angeregte Erstellung einer solchen Liste durch die Beaufsichtigten selbst oder einen ihrer Branchenverbände hat nicht denselben Stellenwert wie eine durch die FINMA publizierte 'White List'. Wichtig ist, dass eine solche 'White List' ausdrücklich als "nicht abschliessend" bezeichnet wird, wäre sie doch laufend an neue Erkenntnisse anzupassen und gegebenenfalls zu erweitern.
2. Unsere Forderung nach einer 'White List' ist nicht exotisch. Im Gegenteil hat sich der Ansatz **in anderen Rechtsgebieten bewährt**. Beispielsweise unterhält der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) eine Liste von Staaten, deren Gesetzgebung seiner Ansicht nach angemessenen Datenschutz gewährleistet (Art. 6 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 7 VDSG). Eine solche Liste fördert die Rechtssicherheit, stellt sie doch typische Konstellationen dar, welche nicht allen Rechtsunterworfenen gleichermaßen bekannt und vertraut sind. Gleichzeitig genießt eine solche Liste keinen öffentlichen Glauben und setzt den EDÖB als erlassende Behörde deshalb keinen unangemessenen Risiken aus (vgl. Erläuterungen des BJ zur Revision der VDSG vom 28.9.2007, S. 6). Analog wäre die Rechtslage für die FINMA bei Unterhalt besagter 'White List'.
3. Aus Gründen von **Klarheit und Rechtssicherheit** schlagen wir vor, in den Katalog von Rz 58 ff. ergänzend typische Konstellationen aufzunehmen. Dabei sind namentlich möglichst viele typische Gruppen von „Stellen“ zu erwähnen, welche unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG relevant sein können. Dazu gehören nicht nur Transaktionen wie z.B. im Zahlungsverkehr, sondern u.a. auch Konstellationen mit zwei- oder mehrstufigen Dienstleistungsketten, kotierten Gesellschaften, beim Geschäft mit kollektiven Kapitalanlagen, in Form von zivilrechtlichen Rechtsakten oder von blossen Branchenempfehlungen ausserhalb des zwingenden Rechts z.B. mit dem Ziel, bei Finanzmarktgeschäften gegenüber Kunden ein generelles vertragliches Auskunftsrecht zu vereinbaren (vgl. Stellungnahme der ZKB vom 11.8.2016 zum Erlass von FINMA-RS 2017/6, Ziff. II.1, S. 6 ff.).
4. Aus Gründen von Übersichtlichkeit und Transparenz wird eine solche 'White List' am besten als **Anhang zu FINMA-RS 2007/6** ausgestaltet und auf dem Internet publiziert.
5. Für **typische Konstellationen mit konkreten Beispielen**, welche sinnvollerweise Aufnahme in die beantragte 'White List' finden sollten, verweisen wir gerne auf unsere damalige Eingabe vom 11. August 2016, namentlich auf Ziff. II.1 S. 6 ff., sowie auf die Stellungnahme der SBVg vom 1.

September 2016, namentlich auf deren Beilage "Zulässige Direktübermittlung von Informationen an ausländische Stellen und Behörden". An der Aktualität der genannten Konstellationen samt konkreten Beispielen hat sich bis heute nichts geändert.

6. Sollten Sie sich unserer Forderung nach einer 'White List' nicht anschliessen können, erachten wir es als sinnvoll, dass auf Basis von typischen Konstellationen mit konkreten Beispielen zumindest ein **periodischer Austausch über Praxiserfahrungen zwischen Banken**, am besten in Form einer SBVg-Delegation, **und FINMA** stattfinden kann. Auch dies würde Klarheit und Rechtssicherheit im Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG und namentlich von dessen Abs. 2 fördern. Mittelfristig könnte daraus dann doch noch die von uns angeregte 'White List' entstehen.

IV. Zusätzliche Anregungen

Für zusätzliche Anregungen zu weiteren Themen, welche vorstehend nicht behandelt werden, schliessen wir uns der Stellungnahme der SBVg an, an welcher wir ebenfalls wesentlich mitgewirkt haben.

Abschliessend danken wir Ihnen für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen. Für allfällige Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung unserer Stellungnahme stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Zürcher Kantonalbank
Legal & Compliance

Dr. Thomas Fischer
General Counsel

Werner W. Wyss
Head Regulatory Affairs

Per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
z.Hd. Frau Dr. Katharina Rüstmann
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Ihre Referenz Ex-Post Evaluation Rundschreiben 2017/6 Direktübermittlung
Datum 13. September 2019

Antwort zur Ex-Post Evaluation des Rundschreibens 2017/6 Direktübermittlung

Sehr geehrte Frau Dr. Rüstmann,

Wir beziehen uns auf die Einladung vom 19. Juli 2019 zur Rückmeldung betreffend des Rundschreibens 2017/6.

Die Zurich Insurance Group misst dem Rundschreiben eine grosse Bedeutung zu, da es für ein weltweit operierendes Unternehmen wichtig ist, mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden direkt zusammenzuarbeiten und zeitnah Informationen zu übermitteln.

Auch wenn die Abklärung der Übermittlungsfähigkeit von Informationen durch die FINMA unserer Erfahrung nach schnell erfolgt, wurde das Ziel einer Erleichterung der Direktübermittlung durch Beauftragte nicht erreicht. Vielmehr nehmen wir bei ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden Irritationen in Bezug auf die Kooperationsbereitschaft der Schweizer Aufsicht und damit auch indirekt der Schweizer Versicherungsgruppen wahr. Diese Entwicklung erschwert nach unserer Erfahrung die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und führt mitunter zu erhöhten regulatorischen Anforderungen ausländischer Behörden.

Dieser Entwicklung kann nur mit der Aufgabe der restriktiven Übermittlungspraxis entgegengewirkt werden. Im Mittelpunkt stehen dabei folgende Aspekte:

Direktübermittlung als Regel, FINMA Vorbehalt als Ausnahme

Art. 42c Abs. 3 FINMAG ist eine Ausnahme vom Grundsatz der direkten Informationsübermittlung durch Beauftragte. Nach unserer Erfahrung wird die „Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung“ nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG zu extensiv ausgelegt. Die Ausnahmeregelung ist nach Auslegung des Gesetzeswortlauts auf die Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG zu beschränken. Gemäss Botschaft zu Art. 29 FINMAG (BBl. 2006, S. 2880) geht es dabei um „gravierende“ Situationen, die sich „wesentlich“ auf die Risiken einer Beauftragten auswirken. Eine Meldung sollte daher nur erforderlich sein, wenn die FINMA für die Erfüllung ihres Auftragsmandates auf die Kenntnis der Informationsübermittlung angewiesen ist; beispielsweise wenn sie aufgrund eines Sachverhalts aufsichtsrechtlich tätig werden muss. Die FINMA sollte den Vorbehalt eines Amtshilfeverfahrens zurückhaltend und nur bei solchen Sachverhalten geltend machen, bei denen sie für die Ausübung ihrer Auftragsmandates auf ein ordentliches Amtshilfeverfahren angewiesen ist.

Zürich Versicherungs-
Gesellschaft AG

Group Regulatory Relations
Austrasse 44
Postfach
CH-8022 Zürich

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

Direkt Tel. +41 44 625 43 97
kathrin.hoppe@zurich.com

Bei der Interessenabwägung ist neben den Interessen der Kunden und Dritter und dem Aufsichtsmandat der FINMA, zudem auch die Interessen der Beaufsichtigten an der Übermittlung zu berücksichtigen.

Vereinfachung des direkten Austauschs für Zweigniederlassungen

Ausländische Aufsichtsbehörden, die Zweigniederlassungen schweizerischer Gesellschaften beaufsichtigen, sind in der Praxis auf nicht-öffentliche Informationen der gesamten juristischen Person (inklusive des Hauptsitzes) angewiesen, da formell die gesamte Gesellschaft lizenziert ist. Diesem nachvollziehbaren und für eine effektive Aufsicht erforderlichen Informationsbedürfnis, welches sich nach lokalem Recht bestimmt, wird unseres Erachtens in der Praxis nicht genügend Rechnung getragen. Das Rundschreiben, das die Direktübermittlung auf Informationen der „lokalen Einheit“ beschränkt, kommt diesem legitimen Informationsbedürfnis nicht nach. Das Betreiben einer Zweigniederlassung wird im Vergleich zum Betreiben einer Tochtergesellschaft erheblich erschwert und so werden Beaufsichtigte in ihrer unternehmerischen Freiheit stark eingeschränkt

Die oben angebrachten Punkte sollten in geeigneter Form in dem Rundschreiben eingebracht werden. Wir erlauben uns, in anliegendem Appendix einige Änderungen vorzuschlagen, die unserer Meinung nach die Rechtssicherheit für die Beaufsichtigten erhöhen und gleichzeitig zu der von Art. 42c FINMAG bezweckten Erleichterung der Übermittlung von Daten an ausländische Aufsichtsbehörden führen.

Mit freundlichen Grüßen

Olivier Hirsbrunner
Head Group Regulatory Relations

Kathrin Hoppe
Group Regulatory Relations

Rz.	Text des Rundschreibens	Bemerkung
20	Die FINMA veröffentlicht eine Liste der Finanzmarktaufsichtsbehörden, an welche sie in der Vergangenheit bereits Amtshilfe geleistet hat. Hinsichtlich einiger dieser Behörden wurde zudem gerichtlich festgestellt, dass sie die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit grundsätzlich erfüllen bzw. diese Voraussetzungen im Entscheidzeitpunkt und bezogen auf den damaligen konkreten Anwendungsfall erfüllt haben.	Wir regen an, dass die FINMA mehr Memoranda of Understanding mit Aufsichtsbehörden abschliesst, um die Liste aktiv zu erweitern und damit den Informationsaustausch für die Beaufsichtigten zu erleichtern.
46	<p><i>Informationen von wesentlicher Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG sind insbesondere 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.</i></p> <p>Bei der Beurteilung der wesentlichen Bedeutung kommt es auf den Zeitpunkt der Übermittlung an.</p> <p>Beispiele von Informationen die einer vorgängigen Meldung an die FINMA bedürfen könnten, sind insbesondere:</p>	
47	<ul style="list-style-type: none"> Informationen, die gemäss Art. 42c Abs.1 FINAMG an Finanzmarktaufsichtsbehörden übermittelt werden sollen, die nicht auf der Liste mit Behörden stehen, an welche die FINMA bereits Amtshilfe geleistet hat (Rz. 20); 	Die Tatsache, ob eine Behörde auf der White List ist, ist irrelevant, wenn die Voraussetzungen von Art. 42c Abs.1 i.V.m. Art. 42 Abs.2 FINMAG erfüllt sind. Es ist an den Beaufsichtigten zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 42c Abs. 1 und 2 erfüllt sind.
48	<ul style="list-style-type: none"> Informationen, die in Bezug auf den von der ersuchenden Behörde genannten Zweck offensichtlich nicht erforderlich sind, oder deren Umfang offensichtlich unverhältnismässig ist; 	Siehe Bemerkung zu Rz. 47.
52	<ul style="list-style-type: none"> Informationen zu Bilanz und Erfolgsrechnung oder Risiko, die nicht unmittelbar die Geschäftsaktivität jener Einheit (z.B. Tochtergesellschaft im Ausland), betreffen, für welche die 	Verschiebung zu den Beispielen die keiner vorgängigen Meldung an die FINMA bedürfen. Gerade bei Zweigniederlassungen, aber auch bei Tochtergesellschaften besteht ein legitimes Bedürfnis von

	ausländische Behörde zuständig ist. Dies betrifft sowohl die entsprechenden Ist-Zahlen als auch Planzahlen;	lokalen Aufsichtsbehörden, Informationen der Muttergesellschaften und der Gruppe zu erhalten, die sich – wenn auch nicht unmittelbar – mittelbar auf die lokalen Einheiten auswirken können (z.B. Intra-group Gegenparteiisiken). Es handelt sich insofern auch nicht um offensichtlich nicht erforderliche Informationen bzw. Informationen, deren Umfang offensichtlich unverhältnismässig gemäss Rz. 48 ist. Deshalb sollte es möglich sein, den lokalen Aufsichtsbehörden entsprechende Informationen ohne vorgängige Meldung an die FINMA zu übermitteln.
53	<ul style="list-style-type: none"> Berichte zur aktuellen Beurteilung des bestehenden internen Kontrollsystems (Management) sowie der Risikolage, <i>sofern der Bericht wesentliche Information gem. Rz 46 enthält</i>. z.B. im Berichte der internen Revision, der aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaft und Own Risk and Solvency Assessments (ORSA); 	Es erscheint fraglich, ob der Bericht zur aktuellen Beurteilung des bestehenden internen Kontrollsystems (Management) sowie der Risikolage per se als wesentlich im Sinne von Art. 29 Abs. 2 FINMAG zu qualifizieren sind. Damit die Wesentlichkeit nach Art. 29 Abs. 2 FINMA gegeben ist, bedarf es unseres Erachtens eines zusätzlichen Sachverhaltselementes im Sinne eines Erfordernisses der FINMA, unmittelbar aufsichtsrechtlich tätig zu werden.
56	<ul style="list-style-type: none"> Informationen zur Kapitalplanung inklusive Resultate von Stresstests; 	Verschiebung zu den Beispielen die keiner vorgängigen Meldung an die FINMA bedürfen. Siehe Bemerkung zu Rz. 52.