

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
regulation@finma.ch
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Zürich, 15. Oktober 2020

FINMA-RS 2017/6 «Direktübermittlung» Anhörung – Stellungnahme MS Amlin AG

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, im Rahmen der Anhörung 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



Catherin Farnworth
CRO MS Amlin AG



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

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Dominik Leimgruber
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Per Mail zugestellt an: regulation@finma.ch

Basel, 15. Oktober 2020
ABA / CES | 061 295 92 17

Stellungnahme der SBVg zur Anpassung des FINMA-Rundschreibens 2017/6 „Direktübermittlung“ vom 8. Dezember 2016, Anhörung vom 20. August bis 15. Oktober 2020

Sehr geehrter Herr Leimgruber

Wir beziehen uns auf die am 20. August 2020 eröffnete Anhörung zur Anpassung der 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 erneuten Stellungnahme wahr und unterbreiten Ihnen nachfolgend unsere Anliegen.

Zusammenfassung:

- Art. 42c FINMAG wurde vom Gesetzgeber einzig als Entlastung für die Beaufsichtigten und insbesondere deren Mitarbeiter eingeführt. Beaufsichtigte sollten demnach ohne Weiteres ihren Verpflichtungen gegenüber ausländischen Finanzmarktbehörden nachkommen können, ohne dass sich deren Mitarbeiter permanent der Gefahr aussetzen, sich strafbar zu machen. Eine umfassende Regelung der «Direktübermittlung» über den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB war nie gewollt und würde dem ursprünglichen Zweck von Art. 42c FINMAG (Erleichterung der Informationsübermittlung) gar zuwiderlaufen.

- Art. 42c Abs. 2 FINMAG darf nicht subsidiär zu Art. 42c Abs. 1 FINMAG gesehen werden, sondern ist zu diesem 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.
- Die in Rz. 72 geplante **zeitgleiche Benachrichtigungspflicht** der FINMA bei Informationsübermittlungen **in Fällen von Art. 42c Abs. 2 FINMAG**, führt in der Praxis zu einem erhöhten administrativen Aufwand und **ist zu streichen.**

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 Amtshilfegeweg sowohl für die Beaufsichtigten als auch für die FINMA kaum mehr zu bewältigen sind. Der Gesetzgeber wollte also durch die Schaffung von Art. 42c FINMAG den Informationsaustausch zwischen Beaufsichtigten und ausländischen Behörden im Sinne einer Ausnahmebestimmung zu Art. 271 StGB erleichtern. **Entgegen den Ausführungen der FINMA im «Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht» besteht aber für eine Regulierung des Melderegimes ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 271 StGB unter Art. 42c FINMAG deshalb keine Grundlage.** Diese Auslegung würde dazu führen, dass bis anhin nicht regulierte bzw. formlose Informationsübermittlungen auf einmal reguliert wären. Der Gesetzgeber wollte aber gerade das Gegenteil. Er wollte den Informationsaustausch mit ausländischen Behörden für Beaufsichtigte erleichtern und zwar in jenen Fällen, in welchen Art 271 StGB einem solchen Austausch entgegenstand. Dies geht bereits unmissverständlich aus der Botschaft des Bundesrates hervor, die festhielt: «Beaufsichtigte sollen daher, ohne dass zusätzlich eine Bewilligung nach Artikel 271 StGB erforderlich ist, ... Informationen übermitteln dürfen,...». **Das Parlament wollte eine noch weitergehende Erleichterung schaffen und fügte deshalb zusätzlich Art. 42c Abs. 2 FINMAG ein.** Daher ist das Prinzip der Vereinfachung der

direkten Informationsübermittlung unter Vorbehalt von Art. 42c Abs. 4 FINMAG sowohl bei der Anwendung von Art. 42c FINMAG, als auch bei dem Rundschreiben zu beachten.

Entsprechend gilt, dass Art. 42c Abs. 1-3 FINMAG als Ausnahmetatbestand zu Art. 271 StGB, geschaffen wurde. Ein weiterer Anwendungsbereich wurde im Rahmen der Gesetzgebung gar nie diskutiert. Die Botschaft zu Art. 42c FINMAG bezieht sich daher auch nur auf Anwendungsfälle von Art. 271 StGB. Wenn eine Informationsübermittlung potentiell nicht von Art. 271 StGB erfasst ist und damit ohne weiteres zulässig ist (z.B. weil sie freiwillig geschieht und nach ausländischem Recht nicht sanktioniert ist), ist Art. 42c FINMAG nicht anwendbar, bzw. darf auf keinen Fall dazu führen, dass die Direktübermittlung im Vergleich zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten von Art. 42c FINMAG erschwert ist.

Es wäre hilfreich, wenn **ein Austausch zwischen den Beaufsichtigten und der FINMA möglich wäre um gemeinsame Standards zu schaffen**, damit in Einzelfällen ein einheitliches Vorgehen garantiert werden kann.

Grundsätzlich positiv zu werten sind die Änderungen in Rz. 33, insbesondere in Rz. 33.3, wonach das **Vertraulichkeits- und Spezialitätsprinzip im Rahmen von Art. 42c Abs. 2 FINMAG keine Anwendung** finden soll. Wir sind der Ansicht, dass diese Auslegung den Sinn des Gesetzes besser widerspiegelt. Ebenso erachten wir die Erweiterung der Behördenliste als hilfreich für die Praxis, da einige Behörden, bei welchen die gesetzlichen Voraussetzungen ohne weiteres als gegeben erachtet werden können, bislang auf der Liste fehlten.

I.1 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 blosse „Transaktionen“ hinaus alle möglichen Aktivitäten in 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 Art. 42c Abs. 2 FINMAG 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 FINMAG oder Art. 42c Abs. 2 FINMAG 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. 4-6: Anwendung von Art. 42c FINMAG auf Daten im Ausland

Die interne Aufbereitung und Konsolidierung von Daten zwecks Beantwortung einer Behördenanfrage solle nicht unter Art. 42c FINMAG fallen, sofern Daten bereits im Ausland vorhanden sind,

aber die Aufbereitung in der Schweiz aufgrund der Organisationsstruktur der Bank praktikabler ist. Gemäss dem vorliegenden Bericht findet Art. 42c FINMAG nur Anwendung bei Übermittlungen von Daten, die gleichzeitig in der Schweiz und im Ausland vorhanden sind und welche grenzüberschreitend aus der Schweiz heraus übermittelt werden. Diese Konstellation geht aus dem Bericht nicht klar hervor, demnach sollte das Rundschreiben entsprechend ergänzt werden.

FINMA-RS 2017/6, Rz. 4-6

Rz. 4-6 sind folgendermassen zu ergänzen: «Dies gilt solange und soweit die Beaufsichtigte die Informationen nicht zwecks Weiterleitung im Ausland durch ihre ausländischen Outsourcing-Partner oder andere ausländische Konzerneinheiten übermittelt. Die reine Aufbereitung der Daten, zwecks Beantwortung der Behördenanfrage in der Schweiz und nachfolgende Übermittlung an die ausländische Konzerneinheit ist für Daten, die bereits im Ausland verfügbar wären, aber wo es praktikabler ist diese in der Schweiz aufzubereiten, kein Anwendungsfall von Art. 42c FINMAG. Die Beurteilung erfolgt analog ausländischem Recht.»

II.3 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 Vollzugs 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.4 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.5 Rz. 20 / Rz. 21 / Rz. 58: FINMA-Liste mit Finanzmarktaufsichtsbehörden / Praxisbeispiele

Die von der FINMA veröffentlichte Liste der Finanzmarktbehörden 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. Die Liste ist zumindest um jene Behörden zu ergänzen, zu welchen die FINMA einen regelmässigen Austausch pflegt.

Aus unserer Erfahrung wären insbesondere, neben allen europäischen Aufsichtsbehörden und Zentralbanken, folgende Behörden zusätzlich aufzuführen:

Country	Authority
Bahrain	Central Bank of Bahrain (CBB)
China	China Banking and Insurance Regulatory Commission (CBIRC)
China	Chinese Securities Regulatory Commission (CSRC)
China	People's Bank of China (PBOC)
Deutschland	Deutsche Bundesbank
Egypt	Central Bank of Egypt (CBE)
Guernsey	Guernsey Financial Services Commission (FSC)
Hong Kong	Hong Kong Monetary Authority (HKMA)
Indien	Reserve Bank of India (RBI)
Israel	Bank of Israel (BOI)
Japan	Bank of Japan (BOJ)
Lebanon	Capital Markets Authority (CMA)
Russia	Central Bank of Russia (CBR)
South Korea	Financial Supervisory Service (FSS)
Thailand	Bank of Thailand (BOT)
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. 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 und einer reibungslosen Abwicklung 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.6 Rz. 32/33: Abgrenzung zwischen Abs. 1 u. 2 von Art. 42c FINMAG

Richtigerweise führt die FINMA in ihrem Bericht aus, dass die Abgrenzung von Art. 42c Abs. 1 FINMAG zu Art. 42c Abs. 2 FINMAG über die Empfängerbehörde und/oder den Verwendungszweck der Information erfolge (S. 17; zu 4.3.1).

Die Abgrenzung zwischen Art. 42c Abs. 1 FINMAG und Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist wichtig um festzustellen, welches Regime zu befolgen und welche Verfahren anzunehmen sind. Die Beauftragten müssen schnell und unkompliziert auf Anfragen von ausländischen Behörden oder ihnen zudienenden Stellen reagieren können. Das ist auch direkt im Interesse der Kunden, die entsprechende Dienstleistungen (z.B. Verwahrung von Wertschriften im Ausland, Erwerb von ausländischen Wertpapieren etc.) nachfragen. Art. 42c Abs. 2 FINMAG 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 FINMAG 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 die geplante Anpassung von Rz. 33 nicht mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist. Art. 42c Abs. 1 FINMAG und Art. 42c Abs. 2 FINMAG behandeln grundsätzlich unterschiedliche Anwendungsfälle. Während Art. 42c Abs. 1 FINMAG die Direktübermittlung von Informationen regelt, welche die Aufsicht des Beaufsichtigten betrifft (Finanzkennzahlen, Organisation, Personal etc.), zielt Art. 42c Abs. 2 FINMAG 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. Art. 42c Abs. 2 FINMAG erweitert dabei die Regel von Art. 42c Abs. 1 FINMAG für jene Anfragen, die sich auf das Kundengeschäft beziehen. Insofern besteht auch kein Wahlrecht mit Bezug auf Art. 42 c Abs. 1 FINMAG oder Art. 42c Abs. 2 FINMAG 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. Art. 42c Abs. 2 FINMAG regelt die sog. "niederschwellige" Informationsübermittlung und setzt gemäss bewusstem Entscheid des Gesetzgebers anders als Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht voraus, dass der Informationsfluss "zum Vollzug des Finanzmarktrechts" erfolgt (vgl. Verweis auf Art. 42c 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..."). 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 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.~~

II.7 Rz. 35 ff.: Verbot der Übermittlung nicht öffentlicher Informationen an ausländische Straf- oder Steuerbehörden und von diesen beauftragten 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. 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.

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).

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

II.8 Rz. 47-69: Meldeschwelle (Art. 42c Abs. 3 FINMAG)

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 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. Das in jedem Fall eine Meldung an die FINMA verlangt wird, ist u.E. nicht verhältnismässig und dürfte sowohl für Beaufsichtigte 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 entgegen der aktuellen Vorschläge der FINMA weiterhin im Rundschreiben genannt werden, da hier ein unmittelbarer Zusammenhang mit Art. 42c FINMAG und seinen Voraussetzungen hergestellt wird.

FINMA-RS 2017/6, Rz. 47

Rz. 47 ist nicht zu streichen.

FINMA-RS 2017/6, Rz. 48-69

Ersatzlos streichen.

II.9 Rz. 72: Meldeprozess bei beabsichtigten Direktübermittlungen unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG

Die FINMA plant eine Anpassung der Meldeprozesse bei beabsichtigten Direktübermittlungen nach Art. 42c FINMAG und konkretisiert den Meldungsprozess nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG. Handelt es sich um eine Information nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG darf erst nach Rücksprache mit der FINMA übermittelt werden. Für Meldungen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG bestand bis dato keine Rücksprachepflicht seitens der Beaufsichtigten. Nun soll eine Informationsübermittlung jedoch nur möglich sein, wenn eine zeitgleiche Meldung an die FINMA erfolgt. Diese hat genau zu betiteln, dass es sich um eine Meldung nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG handelt.

In der Praxis führt diese geplante Änderung zu einem erheblichen Mehraufwand bei den Instituten ohne klaren Mehrwert. Meldungen nach Art. 42c Abs. 2 sollen weiterhin erfolgen dürfen, ohne eine zeitgleiche Meldung an die FINMA. Eine zeitgleiche Meldung für Informationsübermittlungen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist somit abzulehnen.

FINMA-RS 2017/6, Rz. 72

Die geplante Anmerkung zu Art. 42c Abs. 2 FINMAG ist zu streichen.

Im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 3 FINMAG dürfen die Informationsübermittlungen unter Art. 42c Abs. 1 FINMAG erst nach Rückmeldung der FINMA erfolgen. ~~Direktübermittlungen gemäss Art. 42c Abs. 2 FINMAG dürfen zeitgleich mit der Meldung an die FINMA erfolgen. Diesfalls ist in der Meldung explizit festzuhalten, dass es sich bei der Übermittlung um eine solche nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG handelt.~~ Es darf keine Informationsübermittlung im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 3 FINMAG erfolgen, bevor eine Rückmeldung der FINMA erfolgt ist.

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



Oliver Buschan
Mitglied der Geschäftsleitung
Leiter Retail Banking & Capital Markets



Andreas Barfuss
Mitglied der Direktion
Leiter Legal & Compliance

Versand per Mail
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Finma
Herr Dominik Leimgruber
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Zürich, 5. Oktober 2020

Teilrevision des FINMA-Rundschreibens 2017/6 «Direktübermittlung»

Sehr geehrter Herr Leimgruber
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, im Rahmen der Anhörung zur Teilrevision des FINMA-Rundschreibens 2017/6 «Direktübermittlung» unsere Stellungnahme einreichen zu können.

Für unsere international tätigen Mitgliedgesellschaften und Versicherungsgruppen 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.

Der SVV hat im Rahmen der Ex-post-Evaluation Kritikpunkte am Rundschreiben angeführt, welche in der nun vorliegenden teilrevidierten Version teilweise aufgenommen wurden. Er begrüsst in diesem Zusammenhang die Anpassungen in Bezug auf die Angemessenheit und den Bedarf von Auskunftsbegehren ausländischer Aufsichtsbehörden. Dabei sind insbesondere die Anpassungen und Präzisierungen in den Randziffern 20, 33.1-33.3 sowie 47 positiv zu bewerten.

Hingegen bestehen weiterhin Unklarheiten hinsichtlich Randziffer 52. Es wäre an dieser Stelle zu begrüssen, wenn konkrete Beispiele für nicht-öffentlich zugängliche Informationen mit Bezug auf die Bilanz- und Erfolgsrechnung angeführt werden könnten. Zudem wird ein grosser Teil dieser Informationen aufgrund des FINMA Rundschreibens 2016/02 «Offenlegung» veröffentlicht, wobei je nach Zeitpunkt der Anfrage der ausländischen Aufsichtsbehörde das Bedürfnis bestehen kann, aktualisierte (d.h. zu diesem Zeitpunkt noch nicht veröffentlichte) Informationen zu übermitteln (vorbehältlich börsenrechtlicher Bestimmungen, soweit anwendbar). Hier gilt es auch zu beachten, dass es sich diesbezüglich um eigene Daten handelt, welche keine Rückschlüsse auf Dritte erlauben, und diese Informationen jedoch für die Gastlandbehörde einer Niederlassung/Tochtergesellschaft von hoher Relevanz sein können, um z.B. das Gegenpartierisiko ermitteln zu können.

Bezüglich Randziffer 65 ersuchen wir die FINMA, dies umfassender auszulegen und Informationsübermittlungen im Rahmen von Lizenz-/Registrierungsanträgen oder Erneuerungen miteinzuschliessen, soweit die fraglichen Informationen nicht zu diesem Zweck offensichtlich nicht erforderlich oder in Umfang offensichtlich unverhältnismässig sind.

Des Weiteren hat der SVV im Rahmen der Ex-post-Evaluation Verbesserungsbedarf bezüglich der Pflicht zur vorgängigen Meldung und den Fristen verortet. In Ausnahmefällen kann die fünftägige Rückmeldungsdauer der FINMA zu lang sein, zumal in solchen Situationen das Vorgehen allenfalls nicht, wie im Erläuterungsbericht gewürdigt, vorgängig mit der FINMA aufgenommen werden kann. Daher sollte neben Randziffer 69 und 71 die Möglichkeit bestehen, kurzfristige Anfragen prioritär zu behandeln, um somit eine möglichst rasche Auskunftserteilung zu gewährleisten.

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



Sandra Kurmann

Leiterin Bereich Finanz und Regulierung

Per e-Mail: regulation@finma.ch
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Dominik Leimgruber
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Zürich, 15. Oktober 2020

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

**Stellungnahme der Zürcher Kantonalbank zur Teilrevision des FINMA-Rundschreibens
2017/6 Direktübermittlung**

Sehr geehrter Herr Leimgruber

Wir beziehen uns auf die am 20. August 2020 eröffnete Anhörung zur Teilrevision 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 Rechtshilfefverfahren
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
5. Nichteinführung der Meldepflicht für niederschwellige Informationsflüsse

I. Allgemeine Einführung

Uns wurde von der FINMA bereits im Rahmen der am 19. Juli 2019 eröffneten sog. **Ex-Post Evaluation** Gelegenheit eingeräumt, zur Optimierung des Inhalts von FINMA-RS 2017/6 Direktübermittlung Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit haben wir mit Eingabe vom 12. September 2019 Gebrauch gemacht. Wir stellen fest, dass die FINMA diese Anliegen in der nun vorgelegten Anhörungsfassung zu einem wenn auch kleinen Teil aufgenommen hat. Dafür danken wir Ihnen. Allerdings bleiben die wichtigsten unserer Anliegen weiterhin unerfüllt.

Über die von der FINMA in Aussicht gestellten Anpassungen hinaus besteht zu besonders wichtigen Punkten zusätzlicher **Revisionsbedarf**. Namentlich mit Bezug auf den **Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG** steht FINMA-RS 2017/6 auch in der neuen von der FINMA geplanten Fassung nach wie vor in wesentlichen Punkten im Widerspruch zur gesetzlichen Grundlage (vgl. insb. Rz 33 ff.). 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. Bei weiteren Punkten hat die FINMA zwar unseren Anliegen teilweise entsprochen, bleibt aber auf halbem Weg stehen. Dies betrifft namentlich unsere Forderungen nach **Schaffung einer 'White List'** zulässiger Konstellationen (Rz 58 ff.). Schliesslich erachten wir den Vorschlag der FINMA, die **Meldepflichten für Informationsflüsse auf "niederschwellige" Informationsflüsse** i.S.v. Art. 42c Abs. 2 FINMAG auszuweiten (Rz 72) als **unnötig** und überschüssend.

Aufgrund dieser Sachlage ist es uns ein Anliegen, vorerst nochmals die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung der Bestimmung von Art. 42c FINMAG darzustellen (unten Ziff. II). Daran anschliessend deponieren wir unsere Detailkommentare zu einzelnen Randziffern von FINMA-RS 2017/6 Direktübermittlung. Einerseits werden wir dabei zu den von der FINMA vorgeschlagenen Anpassungen Stellung nehmen. Dies allerdings nur soweit nötig. Mangels Bemerkungen zu den vorgeschlagenen Anpassungen sind wir damit einverstanden. Andererseits weisen wir mit einlässlicher Begründung nochmals auf den aus unserer Sicht

zusätzlich notwendigen Anpassungsbedarf hin (unten Ziff. III). Weitere Anregungen folgen zum Schluss (unten Ziff. IV).

II. Absicht des Gesetzgebers 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. Vorgenannte **Behörden und Stellen** sind funktionsgemäss **im internationalen Kontext bewusst offen und weit auszulegen**, um dem von Art. 42c Abs. 2 FINMAG gewollten Zweck zum Durchbruch zu verhelfen. Im Ausland können **entsprechend anderen Rechtstraditionen** auch andere Stellen mit bestimmten Funktionen betraut werden als dies in der Schweiz üblich ist. So kann es z.B. sein, dass in einer ausländischen Jurisdiktion staatliche Stellen mit Aufgaben betraut werden, welche gemäss Schweizer Rechtstradition durch private Infrastrukturen ausgeführt werden. Umgekehrt kommt es vor, dass im Ausland anders als in der Schweiz private Stellen staatliche Funktionen übernehmen und dabei sogar mit Sanktions- und Strafkompetenzen ausgestattet sind. Die vom Gesetzgeber bewusst gewählte offene Formulierung "Stellen" lässt diese Auslegung ohne Weiteres zu. Ohne offene und weite Auslegung würden der von Art. 42c Abs. 2 FINMAG gewollte Zweck im internationalen Verhältnis kollisionsrechtlich seines Sinnes entleert.
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. Überdies 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 sol-

cher **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 Kompetenz, die bewusste gesetzgeberische Absicht eines weiten Anwendungsbereiches durch Ersetzen des Begriffs „Geschäfte“ durch „Transaktionen“ über Gebühr einzuengen (vgl. Art. 5 Abs. 2 FINMAV). 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 (bisherige Fassung)** bzw. **Art 17 Abs. 1 Bst b DSG (revidierte Fassung)** 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 Depotstelle etwa muss sich der Verwahrer in das finnische 'Foreign Custodian Register' eintragen lassen und sich dabei verpflichten, auf Nachfrage der finnischen Steuerbehörden hin Informationen über die wirtschaftlich berechtigten Empfänger von finnischen Effektausschüttungen, z.B. auf in 'Omnibus 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 Wertpapierebestände 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 FINMAG 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-/ Rechtshilfegeweg 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 Amtshilfegeweg“) 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 transparente Information und Einholung der Einwilligung der Betroffenen (Botschaft FinfraG, in: BBl 2014 7620). Dieser Ansatz entspricht dem bewährten Setup der SBVg und ihren Mitgliedbanken, wonach jeder Bankkunde bei Eröffnung eines Depots die SBVg-Broschüre Risiken im Effektenhandel erhält.

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. Aufgrund unserer Vorbringen gesteht die FINMA eine gewisse Präzisierung der Abgrenzung zwischen den Absätzen 1 und 2 von Art. 42c FINMA zu. Die vorgeschlagenen Anpassungen helfen aber wenig weiter, weil sie weiterhin auf einer falschen rechtlichen Grundlage basieren. Entgegen der FINMA sind es gerade nicht die Empfängerbehörde und der Verwendungszweck, welche zur klaren vom Gesetzgeber gewollten Abgrenzung führen (vgl. Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht der FINMA, S. 17). Dementsprechend sind auch die neu vorgeschlagenen Präzisierungen von Rz 33.1 und 33.2 falsch, da sie bestimmte Behörden und Stellen bzw. Informationen "zum Vollzug des Finanzmarktrechts" generell dem Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 1 FINMAG unterstellen will. Als Unterscheidungskriterium für die Abgrenzung zwischen den Absätzen 1 und 2 von Art. 42c FINMAG ist entgegen der FINMA vielmehr der Informationstyp massgebend, mithin das Vorliegen "niederschwelliger Information" o.ä. (vgl. oben Ziff. II.8).
2. Der systematische Grund dafür liegt darin, dass entgegen dem ersten Satz von Rz. 33 in FINMA-RS 2017/6 – dessen Formulierung die FINMA nicht anpassen will - Art. 42c Abs. 2 FINMAG **nicht subsidiär** zu Art. 42c Abs. 1 FINMAG ist, sondern vielmehr **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 ausdrücklich die sog. "niederschwellige" Informationsübermittlung ("nicht öffentliche Informationen, die in Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen") 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...").

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 Amtshilfeweg sowohl für die Beaufsichtigten als auch für die FINMA kaum mehr zu bewältigen wären. Der Gesetzgeber wollte durch die Schaffung von Art. 42c FINMAG den **Informationsaustausch zwischen Beaufsichtigten und ausländischen Behörden wegen den Beschränkungen von Art. 271 StGB erleichtern**. Entgegen den Ausführungen der FINMA im Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht besteht für eine Regulierung des Melderegimes ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 271 StGB unter Art. 42c FINMAG deshalb gar keine Grundlage. Diese Auslegung würde bisher nicht regulierte bzw. formlose Informationsübermittlungen einer weder notwendigen noch sinnvollen Regulierung unterstellen und dadurch zu einem erweiterten Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG führen. Dies war gerade nicht die Absicht des Gesetzgebers, was unmissverständlich aus der Botschaft des Bundesrates hervorgeht (BBl 2014 7620): «Beaufsichtigte sollen daher, ohne dass zusätzlich eine Bewilligung nach Artikel 271 StGB erforderlich ist, ... Informationen übermitteln dürfen, ...». Das Parlament wollte eine **noch weitergehende Erleichterung** schaffen und fügte deshalb zusätzlich **Art. 42c Abs. 2 FINMAG** ein.

3. Zusammenfassend wurde gemäss gesetzgeberischem Willen die Regelung von **Art. 42c Abs. 1-3 FINMAG** als **Ausnahmetatbestand zu Art. 271 StGB** geschaffen (vgl. oben Ziff. II.9). Ein weiterer Anwendungsbereich wurde im Rahmen der Gesetzgebung gar nie diskutiert. Die Botschaft zu Art. 42c FINMAG bezieht sich ausschliesslich auf Anwendungsfälle von Art. 271 StGB. Wenn somit eine Informationsübermittlung potentiell nicht von Art. 271 StGB erfasst und damit ohne weiteres zulässig ist, z.B. weil sie freiwillig geschieht und nach ausländischem Recht nicht sanktioniert ist, ist Art. 42c FINMAG nicht anwendbar. Diese Rechtslage darf auf keinen Fall dazu führen, dass die Direktübermittlung im Vergleich zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten von Art. 42c FINMAG erschwert wird. Im Gegenteil will Art. 42c Abs. 2 FINMAG die direkte Informationsübermittlung unter Vorbehalt von Art. 42c Abs. 4 FINMAG zusätzlich erleichtern. Dies hat auch FINMA-RS 2017/6 zu respektieren.
4. Bei dieser Sachlage kann keine Rede davon sein, dass für die von uns vertretene Auslegung "de lege lata aufgrund des Wortlauts, der Systematik und des Zwecks der Norm keine Grundlage" bestehe (vgl. Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht der FINMA, S. 17). **Unsere Auslegung entspricht derjenigen des Gesetzgebers** (vgl. oben Ziff. III.1.2-3).
5. Demzufolge ist es namentlich zulässig, dass je nach Sachverhalt und in Frage stehendem Informationstyp einer bestimmten ausländischen Behörde einmal Informationen im Sinne von Art. 42c Abs. 1 FINMAG übermittelt werden können, ein andermal "niederschwellige" Informationen im Sinne von Art. 42c Abs. 2 FINMAG (vgl. unten Ziff. III.2).
6. Deshalb schlagen wir vor, Rz 33 nicht mit den von der FINMA vorgeschlagenen Ergänzungen gemäss Rz 33.1 und Rz 33,2 zu präzisieren, sondern klarer und griffiger wie folgt:

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.~~

7. Die von der FINMA weiter vorgeschlagene Regelung gemäss Rz 33.3 statuiert ausdrücklich, dass das Vertraulichkeits- und Spezialitätsprinzip im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG keine Anwendung findet. Dies ergibt sich zwar aus der Systematik von Art. 42c FINMAG. Die ausdrückliche Nennung dieser Regel ist aber als ergänzende Präzisierung durchaus hilfreich und kann deshalb stehen bleiben, unnummeriert als neue Rz 33.1.

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 angebehrten 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 (vgl. oben Ziff. III.1.1-2). Ob eine ausländische Stelle von einer dortigen Straf- oder Steuerbehörde beauftragt wurde, lässt sich zudem - wenn überhaupt - nur durch aufwändige Abklärungen im Einzelfall beurteilen (vgl. oben Ziff. I.2). Dies steht dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck einer zeitnahen Informationsübermittlung zur Gewährleistung funktionierender Finanzmärkte diametral entgegen (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBl 2014 7620).
3. Die gegenteilige Argumentation der FINMA (vgl. Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht FINMA, S. 18 f.) geht an der Sache vorbei. Wie dargelegt geht es gerade nicht darum, Vorgaben der Amts- und Rechtshilfeverfahren zu umgehen. Solche Verfahren sind selbstverständlich vorbehalten und bei Informationsflüssen innerhalb solcher Verfahren würde es sich selbstredend auch nicht mehr um "niederschwellige" Informationsflüsse i.S.v. Art. 42c Abs. 2 FINMAG handeln. Nur wenn **kein "niederschwelliger" Informationsaustausch** vorliegt, steht der FINMA somit richtigerweise auch das Recht zu, den **Amtshilfeweg vorzubehalten** (Art. 42c Abs. 4 FINMAG; (vgl. oben Ziff. II.8 u. II.11 u. unten Ziff.

III.4.6-7). E contrario besteht aber kein Grund, "niederschweligen" Informationsfluss einzuengen. Im Gegenteil wurde die Bestimmung von Art. 42c Abs. 2 FINMAG geschaffen, um solchen zuzulassen.

4. E contrario muss es aber unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG möglich sein, **ausserhalb formeller Amts- und Rechtshilfverfahren** je nach Sachverhalt und Geschäft allen möglichen Behörden und Stellen "**niederschwellige**" Informationen direkt oder indirekt zuzustellen bzw. mit solchen Behörden und Stellen auszutauschen (vgl. auch oben Ziff. II.2).
5. 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 Rechtshilfverfahren 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. Zwar begrüsst die FINMA den von uns angeregten Vorschlag für einen **regelmässigen Austausch** mit der Bankenbranche (Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht FINMA, S. 35). Dies begrüssen wir sehr und wir werden davon im Verbund mit der SBVg und andern Banken gerne Gebrauch machen.
2. Darüber hinaus im Interesse der Rechtssicherheit eine '**White List**' mit Fallkonstellationen zu führen, bei welchen **nicht öffentliche, niederschwellige Informationen an ausländische Behörden und Stellen** übermittelt werden dürfen, lehnt die FINMA indessen ab (vgl. Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht FINMA, S. 34 f.). Dass stattdessen - wie von der FINMA angeregt - die Bankenbranche selbst eine solchen Liste führt, hat nicht denselben Stellenwert.

3. Wir erneuern deshalb hiermit den Antrag, über einen regelmässigen Austausch hinaus bzw. als Ergebnis eines solchen mit dem **Aufbau einer 'White List'** zu beginnen. Wichtig ist, dass eine solche 'White List' ausdrücklich als "nicht abschliessend" bezeichnet wird, ist sie doch naturgemäss laufend an neue Erkenntnisse anzupassen und gegebenenfalls zu erweitern.
4. 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 DSGVO i.V.m. Art. 7 VDSG). Dass mit Bezug auf diese vom EDÖB zu führende Liste ein ausdrücklicher Verordnungsauftrag besteht, für die hier beantragte 'White List' demgegenüber nicht, kann entgegen der Argumentation der FINMA nicht entscheidend sein (vgl. Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht FINMA, S. 34). Auch die vom EDÖB zu führende Liste ist granular. Der EDÖB hat namentlich für jedes Land nicht nur das Vorliegen einer angemessenen Datenschutzgesetzgebung zu prüfen, sondern darüber hinaus auch, wie eine solche Gesetzgebung im Rechtsalltag tatsächlich gehandhabt wird. Hiezu sind für jedes Land vertiefte Abklärungen zu Rechtstraditionen und dem Grad des Einflusses des politischen Systems zur konkreten Handhabung des kodifizierten Rechts notwendig.
5. Ein solcher Aufwand ist mit Bezug auf die von uns unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG geforderte 'White List' gar nicht nötig. Im Gegenteil: In die Liste aufzunehmen sind nur Konstellationen, bei welchen bereits **einlässliche Praxiserfahrungen** verschiedener beaufsichtigter Banken vorliegen. Dementsprechend haben sowohl ZKB als auch SBVG in den bisherigen Eingaben zum Thema solche Beispiele aufgelistet, welche als Nukleus für eine 'White List' geeignet sind (vgl. unten Ziff. III.3.9).
6. 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**. Ebenso wenig wie der EDÖB bei seiner Länderliste (vgl. Erläuterungen des BJ zur Revision der VDSG vom 28.9.2007, S. 6) wird sich deshalb auch die FINMA als eine 'White List' erlassende Behörde keinen unangemessenen Risiken aussetzen. Die Ausführungen des BJ zur Bedeutung der vom EDÖB zu führenden Länderliste entspricht allgemeinsten rechtsstaatlichen Prinzipien und gelten deshalb mutatis mutandis auch für eine von der FINMA geführte 'White List'.
7. 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.).

8. Aus Gründen von Übersichtlichkeit und Transparenz wird eine solche 'White List' am besten als **Anhang zu FINMA-RS 2017/6** ausgestaltet und auf dem Internet publiziert.
9. 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.
10. Sollte sich die FINMA unserer Forderung nach einer 'White List' weiterhin nicht anschliessen können, sind wir jedenfalls sehr interessiert daran, am in Aussicht gestellten **periodischer Austausch über Praxiserfahrungen zwischen Banken**, am besten in Form einer SBVg-Delegation, **und FINMA** teilzunehmen. Auf Basis typischer Konstellationen mit konkreten Beispielen könnten in koordiniert und in kooperativer Weise Regeln gemeinsame Regeln entwickelt werden. Auch dies würde bereits ein gewisses Mass an 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.

III.4. Eingrenzung der Transparenz namentlich unter Art. 42c Abs. 2 FINMAG (Rz 72)

1. Die FINMA will in Rz 72 neu auch "niederschwellige" Informationsflüsse i.S.v. Art. 42c Abs. 2 FINMAG einer Meldepflicht unterstellen (Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht FINMA, S. 31 f.). Zwar soll keine vorgängige Meldung notwendig sein. Dies wäre nur schon mit Blick auf die häufige Dringlichkeit solcher Informationsflüsse nicht möglich und würde die entsprechenden Geschäfte für Schweizer Finanzdienstleister und ihre Kunden verhindern (vgl. oben Ziff. II.10). Vielmehr soll eine **gleichzeitig mit dem "niederschweligen" Informationsfluss abgesetzte Meldung** genügen (vgl. Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht FINMA, S. 32 f.).
2. Auch eine Meldepflicht parallel zu notwendigen "niederschweligen" Informationsübermittlungen ist u.E. überschüssend und weder sinnvoll noch notwendig. Eine zeitgerechte Informationsübermittlung wird dadurch nicht geradezu verunmöglicht. Mit Blick auf die hohe Anzahl solcher notwendiger Informationsflüsse werden aber die Beaufsichtigten gleichwohl in Zusammenhang mit **zeitkritischen Informationsübermittlungen** unnötigerweise **mit Zusatzaufwand belastet** (vgl. Botschaft FinfraG, in: BBl 2014 7620). Dies verunmöglicht die entsprechenden Geschäfte für Schweizer Finanzdienstleister und ihre Kunden zwar nicht, erschwert sie aber erheblich.
3. Dies gilt umso mehr, als auch der Sinn von Meldungen, welche der FINMA nicht vorgängig zum fraglichen Informationsfluss eingereicht werden, ernsthaft in Frage gestellt werden muss. Diesfalls könnte die FINMA den betreffenden Informationsfluss zum Vornherein nicht mehr verhindern. Zudem handelt es sich auch nur um **"niederschweligen" Informationsfluss**, welcher mit Abschluss, Abwicklung und gegebenenfalls Beendigung von Verträgen bzw. Geschäften sowie mit Erbringung von Dienstleistungen bzw. als Folge solcher Geschäfte und Dienstleistungen zu tun hat (vgl. oben Ziff. II.4-5).

Solche Detailinformationen zu einzelnen Geschäften dürften inhaltlich im Allgemeinen **nicht von Interesse für die FINMA** sein. Anders wäre dies nur dann, wenn konkrete Verdachtsmomente vorliegen, dass damit die Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten einhergehen. Um solche konkreten Verdachtsmomente zu untersuchen, stehen der FINMA aber geeignetere und effizientere Mittel zur Verfügung.

4. Es kommt dazu, dass unter dem Anwendungsbereich von Art. 42c FINMAG die "niederschwelligen" Informationsflüsse gemäss Art. 42c Abs. 2 FINMAG quantitativ die **mit Abstand häufigste Art der Informationsübermittlung** darstellt (vgl. oben Ziff. II.11). Für all diese Informationsflüsse Meldungen einzufordern, sei dies vorgängig oder gleichzeitig oder sogar bloss nachträglich, macht angesichts der "niederschwelligen" Qualität solcher Meldungen keinen Sinn.
5. Der infolge Meldepflicht unnötige Zusatzaufwand der Finanzdienstleister im Bereich zwar "niederschwelliger", aber gleichwohl zeitkritischer notwendiger Informationsübermittlung ist umso stossender, als mit diesem Mehraufwand der Natur der Sache nach die sehr grosse Anzahl Finanzdienstleister belastet wird, welche ihre aufsichtsrechtlichen Pflichten ohnehin sehr ernst nehmen. Mit Blick auf die erheblichen Folgen grober aufsichtsrechtlicher Regelverstösse für Finanzdienstleister ebenso wie für deren Organe und Mitarbeitende darf die FINMA darauf vertrauen, dass dies auch künftig so sein wird. Demgegenüber werden die typischerweise sehr wenigen Finanzdienstleister, welche etwas zu verbergen haben, sachlogisch nicht zuletzt auch allfällige Meldepflichten nicht beachten. Mithin liegt die typische Konstellation vor, in welcher der Ansatz **weniger Regulierung** bzw. aufsichtsrechtliche Pflichten für alle Beaufsichtigten, dafür auf Basis eines vernünftigen Grundsets aufsichtsrechtlicher Pflichten und insbesondere bei Vorliegen begründeter Verdachtsmomente **mehr gezielte Aufsicht** gegenüber spezifischen Beaufsichtigten für alle Beteiligten effizienter ins Ziel führt.
6. Gleichzeitig wird der **FINMA** aufgrund der hohen Anzahl Meldungen in Zusammenhang mit "niederschwelligen" Informationsflüssen der **Blick auf wirklich wichtige Themen verstellt** oder zumindest unnötigerweise erheblich erschwert. Die FINMA muss sich auf die qualitativ wichtigen Informationsflüsse konzentrieren und soll dies auch dürfen. Für diesen Ansatz stellt Art. 42c FINMAG bereits ein funktionierendes **Gesamtsystem** zur Verfügung. Namentlich regelt dessen Abs. 3 mit "Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung" die objektiv wesentlichen Konstellationen. Überdies stellt Abs. 4 ein sehr geeignetes Mittel zur Verfügung, qualitativ wichtige Informationsflüsse angemessen zu behandeln ("Vorbehalt des Amtshilfewegs"). Folgerichtig schlägt die FINMA auch vor, die Meldepflichten zu Art. 42c Abs. 1 und 3 FINMAG im FINMA-RS 2017/6 in geeigneter Weise anzupassen (vgl. auch oben Ziff. II.8, II.11 u. III.2.3).
7. Umgekehrt können bloss "niederschwellige" Informationsflüsse für die Belange der FINMA sachlogisch per se nicht qualitativ wichtig sein. Deshalb ist auch nach Ansicht der FINMA für solche Informationsflüsse ein Amtshilfedorvorbehalt nicht sinnvoll und folglich auch nicht zulässig (Ex-post-Evaluations- und Erläuterungsbericht FINMA, S. 32; oben Ziff. II.8, II.11 u. III.2.3). Konsequenterweise sollte die FINMA deshalb im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG generell darauf **verzichten, Meldungen einzufordern**.

Umso mehr sind solche aus Sicht FINMA wichtigen Informationsflüsse von den bloss "niederschwellig" gemäss Art. 42c Abs. 2 FINMAG abzugrenzen. Die klarste und konsequenteste Lösung ist, dass die FINMA auf die vorgeschlagene **Meldepflicht im Bereich "niederschwelliger" Informationsflüssen generell verzichtet**.

8. Zusammenfassend führt das **umfassende Transparenzverständnis** der FINMA im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 2 FINMAG keinerlei Vorteile und im Gegenteil für alle Beteiligten **nur Nachteile**.
9. Dementsprechend schlagen wir folgende Anpassung von Rz 72 vor (vorgegebener Text auf Basis der von der FINMA vorgeschlagenen Anpassungen):

FINMA-RS 2017/6, Rz 72

*Im Anwendungsbereich von Art. 42c Abs. 3 FINMAG dürfen die Informationsübermittlungen unter Art. 42 Abs. 1 FINMAG erst nach Rückmeldung der FINMA erfolgen. Direktübermittlungen gemäss Art. 42c Abs. 2 FINMAG **bedürfen keiner Meldung an die FINMA dürfen zeitgleich mit der Meldung an die FINMA erfolgen. Diesfalls ist in der Meldung explizit festzuhalten, dass es sich bei der Übermittlung um eine solche nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG handelt.***

IV. Zusätzliche Anregungen

Für zusätzliche Anregungen zu weiteren Themen, welche vorstehend nicht behandelt werden, schliessen wir uns der **Stellungnahme der SBVg** an, welche wir ebenfalls wesentlich mitgeprägt 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