



Einschreiben / vorab per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau Annemarie Nussbaumer
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Zug, 1. September 2016

Stellungnahme zum FINMA-Rundschreiben 2017/xx „Direktübermittlung“

Sehr geehrte Frau Nussbaumer
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 7. Juli 2016, mit welchem Sie das Forum SRO zur Einreichung einer Stellungnahme in oben genannter Angelegenheit eingeladen haben.

Das Forum SRO ist ein im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragener Verein. Seine Mitglieder sind derzeit 10 Selbstregulierungsorganisationen (SRO) gemäss Geldwäschereigesetz, deren 9 ordentliche Mitglieder von der FINMA und ein assoziiertes Mitglied von der Eidgenössischen Spielbankenkommission beaufsichtigt werden. Zweck des Vereins ist es unter anderem, sich im Rahmen von Vernehmlassungen für die Belange der Mitglieder im Rahmen ihrer Tätigkeit als SRO einzusetzen. Für weitere Informationen steht Ihnen unsere Homepage www.forum-sro.ch zur Verfügung.

Gerne nehmen wir zu der oben genannten Vorlage wie folgt Stellung:

1. Generelle Bemerkungen

- 1 Das Forum SRO begrüsst es, dass die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) die rechtlichen Rahmenbedingungen für die direkte Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen an ausländische Behörden und Stellen durch Beauftragte im neuen Rundschreiben „Direktübermittlung“ klären und damit eine einheitliche Anwendung von Art. 42c FINMAG gewährleisten will.

- 2 Aufgrund der Tatsache, dass im Rundschreiben explizit festgehalten wird, die Erfüllung der im anwendbaren Recht festgelegten Voraussetzungen liege in der Verantwortung der Beaufsichtigten, wird diesen das Risiko, das mit der Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen vor dem Hintergrund des Straftatbestands von Art. 271 StGB zusammenhängt, nicht abgenommen. Die Beaufsichtigten haben mithin wie bisher das Risiko einer Verurteilung wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat allein zu tragen. Es ist deshalb fraglich, ob die mit dem Rundschreiben verfolgten Ziele, nämlich die Konkretisierung der Voraussetzungen, unter welchen die Beaufsichtigten nicht öffentliche Informationen an ausländische Behörden und Stellen übermitteln dürfen, erreicht werden. Gerade weil Art. 42c FINMAG unterschiedlichen Auslegungen zugänglich ist, besteht für die Beaufsichtigten bzw. deren Organe oder Vertreter nicht nur eine Rechtsunsicherheit, sondern infolge von Art. 271 StGB und Art. 102 StGB ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko. Insofern sollten zwingend weitere Präzisierungen direkt in das Rundschreiben aufgenommen werden.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Randziffern

- 3 Ad Kapitel III. Allgemeines: Es ist in geeigneter Form klarzustellen, dass Art. 42c FINMAG nur eine Berechtigung zur Direktübermittlung begründet, aber keine Verpflichtung. An der Zuständigkeit für den Austausch nicht öffentlicher Informationen mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden hat sich mit Art. 42c FINMAG grundsätzlich nichts geändert. Nicht öffentliche Informationen sind nach wie vor in der Regel über den Amtshilfeweg auszutauschen. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes, dass eine direkte Übermittlung durch Beaufsichtigte nach Art. 42c FINMAG mithin nur möglich ist, wenn die FINMA den Amtshilfeweg nicht vorbehält, ist es erstaunlich, dass die FINMA im Erläuterungsbericht zum Rundschreiben festhält, sie werde von der Möglichkeit des Amtshilfewegs zurückhaltend und vor allem dann Gebrauch machen, wo es aus der Aufsichtsperspektive erforderlich und sachgerecht erscheine (Erläuterungsbericht, S. 7). Eine solche Zurückhaltung kann aus der Schaffung von Art. 42c FINMAG nicht hergeleitet werden. Insofern ist die Präzisierung im Rundschreiben selber, dass Art. 42c FINMAG nur ein Recht aber keine Pflicht zur Direktübermittlung begründet, zwingend aufzunehmen.
- 4 Ad Kapitel III. Allgemeines sowie Rz. 31 und 71: Es ist in geeigneter Form im Rundschreiben explizit festzuhalten, dass die Strafbarkeit gemäss Art. 271 StGB (verbotene Handlungen für einen fremden Staat) entfällt, wenn die Beaufsichtigten Art. 42c FINMAG entsprechend der Auslegung der FINMA im Rundschreiben „Direktübermittlung“ anwenden. Es darf nicht angehen, dass die Beaufsichtigten letztlich ein Strafbarkeitsrisiko tragen, weil die Gesetzesbestimmung unklar ist und diese nur ungenügend im Rundschreiben der FINMA präzisiert wird.
- 5 Ad Rz. 23-26: In diesen Randziffern werden von der FINMA Konstellationen aufgelistet, in welchen die Beaufsichtigten namentlich weitere Abklärungen und Vorkehrungen zu treffen haben. Hierzu ist festzuhalten, dass eine gesetzliche Grundlage für die Verpflichtung der Beaufsichtigten zur Durchführung weiterer Abklärungen und Vorkehrungen fehlt. Da es sich bei der direkten Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht um eine Verpflichtung sondern um ein Recht der Finanzintermediäre handelt, ist auch die Vornahme weiterer Abklärungen und Vorkeh-

rungen eine reine Obliegenheit, wie dies zutreffend im Erläuterungsbericht festgehalten wird (Erläuterungsbericht, S. 9). Die Formulierung in Rz. 23 des Rundschreibens ist dahingehend zu ändern, dass das Treffen weiterer Abklärungen und Vorkehrungen nicht verpflichtend ist.

- 6 Formulierungsvorschlag zu Rz. 23: „Ziehen die Beaufsichtigten eine direkte Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden oder weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen in Betracht, treffen sie namentlich dann weitere Abklärungen und Vorkehrungen, wenn [...]“
- 7 Rz. 26 des Rundschreibens ist zudem sehr allgemein formuliert und es wäre wünschenswert, dass die FINMA beispielhaft ausführt, welcher Art und wie fundiert die Hinweise sein müssen, dass die ersuchende Finanzmarktaufsichtsbehörde oder die ersuchende Stelle die Informationen im konkreten Fall nicht vertraulich behandeln.
- 8 Ad Rz. 27: Die FINMA unterlässt es, zu spezifizieren, worin die weiteren Abklärungen und Vorkehrungen gemäss Rz. 26 zu bestehen haben. Beispielhaft wird in Rz. 27 einzig die Möglichkeit genannt, eine Zusicherung der empfangenden Behörde oder Stelle einzuholen. Auch eine Zusicherung reicht nicht aus, wenn dennoch Hinweise fortbestehen, dass die Informationen von der Finanzmarktaufsichtsbehörde nicht vertraulich behandelt werden. Wünschenswert wäre es vor diesem Hintergrund, wenn die FINMA das genannte Beispiel der Einholung einer Zusicherung um weitere Beispiele ergänzen würde, damit die Beaufsichtigten abschätzen können, von welcher Qualität die weiteren Abklärungen und Vorkehrungen sein müssen.
- 9 Ad Rz. 29: Gemäss dieser Randziffer haben die Beaufsichtigten die Behörde oder Stelle anlässlich jeder Übermittlung schriftlich darauf hinzuweisen, dass die übermittelten Informationen vertraulich zu behandeln sind und ausschliesslich zum Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden dürfen. Darin liegt ein Widerspruch zu Rz. 22 des Rundschreibens, wonach die Beaufsichtigten vermuten dürfen, dass die Voraussetzungen der Vertraulichkeit und Spezialität erfüllt sind, wenn eine Behörde oder Stelle auf die von der FINMA veröffentlichten Liste der Behörden steht, an welche die FINMA in der Vergangenheit bereits Amtshilfe geleistet hat. Entweder können sich die Beaufsichtigten darauf verlassen, dass die Voraussetzungen der Spezialität und Vertraulichkeit bei denjenigen Behörden, welche auf der Liste stehen, erfüllt sind, und übermitteln die Informationen ohne entsprechende Hinweise, oder es fehlt die Gewissheit über die Einhaltung der Anforderungen der Spezialität und Vertraulichkeit, woraus folgt, dass auf die Übermittlung von Informationen zu verzichten ist. Rz. 29 ist dementsprechend zu streichen.
- 10 Ad Rz. 33 und Rz. 35: Es ist zu begrüssen, dass die FINMA das Verhältnis zwischen Art. 42c Abs. 1 und Art. 42c Abs. 2 FINMAG klärt. Demnach dürfen Informationen nach Art. 42c Abs. 2 FINMAG an ausländische Behörden und von diesen beauftragte Stellen nur übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 42c Abs. 2 FINMAG erfüllt sind und eine Übermittlung nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht möglich ist. Ebenfalls zu befürworten ist, dass in Rz. 35 des Rundschreibens explizit festgehalten wird, dass eine Übermittlung von Informationen gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG an ausländische Straf- oder

Steuerbehörden ausgeschlossen sei, weil aus dem Wortlaut von Art. 42c Abs. 2 FINMAG eine entsprechende Einschränkung nicht abgeleitet werden kann. Im Erläuterungsbericht werden als ausländische Behörden auch die Finanzmarktaufsichtsbehörden genannt, sofern eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 1 FINMAG nicht möglich ist, weil eine Übermittlung nicht zum Zweck der Finanzmarktaufsicht erfolgen soll (S. 11, Fn. 5 des Erläuterungsberichts). Diese Klarstellung sollte der Vollständigkeit halber auch in Rz. 35 des Rundschreibens aufgenommen werden.

- 11 Ad Rz. 37: Wohlwollend zur Kenntnis genommen wird, dass im Rundschreiben explizit festgehalten wird, eine Übermittlung von Informationen an von ausländischen Behörden beauftragte Stellen sei gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass solche Stellen von ausländischen Straf- oder Steuerbehörden beauftragt worden seien.
- 12 Ad Rz. 41: Es wird begrüsst, dass unter Rz. 41 des Rundschreibens explizit festgehalten wird, dass eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig ist, wenn die zu übermittelnden Informationen umfassender sind, als was nach dem anwendbaren ausländischen Recht für die unmittelbare Abwicklung der Transaktion notwendig ist. Rz. 41 des Rundschreibens sollte allerdings dahingehend ergänzt werden, dass neben der Abwicklung auch die Genehmigung der Transaktionen ausdrücklich genannt wird.
- 13 Formulierungsvorschlag zu Rz. 41: *„Sind die zu übermittelnden Informationen umfassender als was nach dem anwendbaren ausländischen Recht für die unmittelbare Abwicklung oder Genehmigung der Transaktionen notwendig ist, ist eine Übermittlung gestützt auf Art. 42c Abs. 2 FINMAG unzulässig. [...]“*
- 14 Ad Rz. 43-45: Die von der FINMA unter Rz. 43-45 des Rundschreibens vorgenommene Auslegung geht über den Wortlaut von Art. 42c Abs. 3 FINMAG hinaus. Gemäss dem Gesetzestext von Art. 42c Abs. 3 FINMAG bedarf eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG der vorgängigen Meldung an die FINMA. Es geht mithin nicht um die wesentliche Bedeutung der Information selbst, sondern der Übermittlung. Dennoch unterscheidet die FINMA unter Rz. 43-45 des Rundschreibens zwischen der wesentlichen Bedeutung der Information selbst und der Übermittlung als solcher. Zwar dürfte es unumgänglich sein, die wesentliche Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG nicht nur auf die Übermittlung selbst, sondern auch auf die Informationen zu beziehen. Nichtsdestotrotz ist anzumerken, dass in Art. 29 Abs. 2 FINMAG von Vorkommnissen die Rede ist, während Art. 42c Abs. 3 FINMAG von Informationsübermittlungen spricht. Die in Rz. 44 f. des Rundschreibens implizierte Gleichstellung von Vorkommnissen und Informationen vermag deshalb nicht zu überzeugen. Eine Meldepflicht nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG haben die Beaufsichtigten und die Prüfgesellschaften, die bei ihnen Prüfungen durchführen, nur, wenn die Voraussetzungen von Art. 29 Abs. 2 FINMAG vorliegen, also bei Vorkommnissen, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind. Rz. 44 f. des Rundschreibens ist im Lichte dieser Überlegungen zu überarbeiten.
- 15 Ad Rz. 75: Die FINMA führt in Rz. 75 des Rundschreibens aus, dass sie statt eines Vorbehalts des Amtshilfewegs auch eine vorgängige Meldung der geplanten Informationsübermittlungen analog Art. 42c Abs. 3 FINMAG verlangen könne.

Für eine solche Möglichkeit besteht jedoch keine gesetzliche Grundlage, weshalb Rz. 75 des Rundschreibens ersatzlos zu streichen ist.

Wir danken Ihnen im Voraus für eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüße



Dr. Martin Neese
Präsident



Caroline Kindler
Geschäftsführerin