



Bern, 20. September 2024

Änderung der Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes sowie weiterer Erlasse im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen

Erläuternder Bericht
zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Übersicht

Der Bundesrat hat am 16. Juni 2023 das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA), der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) und der Schweizerischen Nationalbank (SNB) die Bestimmungen über die internationale Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG), des Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG) sowie des Nationalbankgesetzes (NBG) vertieft zu prüfen, den möglichen Handlungsbedarf abzuleiten und dem Bundesrat eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage zu deren Änderung zu unterbreiten. Die Zusammenarbeit von Schweizer Behörden und Finanzdienstleistern mit ausländischen Behörden und Stellen im Finanzmarktbereich dient der Sicherstellung der Finanzstabilität, der Marktintegrität sowie der Transparenz der Finanzmärkte und ist eine wichtige Bedingung für das international vernetzte schweizerische Finanzsystem und den grenzüberschreitenden Marktzugang von Schweizer Finanzdienstleistern. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen sollen dahingehend geändert werden, dass diese Zusammenarbeit künftig noch reibungsloser funktioniert. Die Reputation und globale Rolle des Finanzplatzes sollen dadurch gestärkt werden.

Ausgangslage

Die letzte Revision der Gesetzesbestimmungen über die Zusammenarbeit der FINMA sowie der SNB im internationalen Verhältnis erfolgte im Rahmen des Erlasses des Finanzmarktinfrastukturgesetzes (FinfraG) und trat am 1. Januar 2016 in Kraft. Seither hat sich der Trend zu international stark vernetzten Finanzsystemen und entsprechend zu verstärkter grenzüberschreitender Überwachungstätigkeit, zur Zusammenarbeit und zum Informationsaustausch der Finanzmarktaufsichtsbehörden weiter bestätigt. Diese Zusammenarbeit und der Informationsaustausch sind z. B. nötig, um bei grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen sicherzustellen, dass die zuständigen Aufsichtsbehörden alle Informationen erhalten, um Risiken und Missbräuche in ihrem Finanzsystem zu erkennen, zu verfolgen und die Ziele der Finanzmarktgesetze, namentlich Stabilität und Marktintegrität, zu erreichen. Aus diesem Grund ist die Kooperationsfähigkeit der zuständigen nationalen Behörden wie vor allem der Finanzmarktaufsichtsbehörden sowie der interessierten Finanzdienstleister eine der entscheidenden Voraussetzungen für den grenzüberschreitenden Marktzugang von Schweizer Finanzdienstleistern.

Seit Inkrafttreten der aktuellen Gesetzesbestimmungen haben sich die internationalen Anforderungen an die internationale Zusammenarbeit von Finanzmarktaufsichtsbehörden und Finanzdienstleistern weiterentwickelt. Der schweizerische Rechtsrahmen ist diesen Entwicklungen nur teilweise gefolgt, weshalb die Kooperationsfähigkeit der Schweizer Behörden und Finanzdienstleister nicht dem international üblichen und erwarteten Standard entspricht. Dies gefährdet die Reputation der Schweiz, des Schweizer Finanzplatzes und der Schweizer Finanzmarktaufsicht. Gleichzeitig hemmt die eingeschränkte Kooperationsfähigkeit der Schweizer Behörden und Finanzdienstleister teilweise die Rechtsdurchsetzung in anderen Jurisdiktionen. Eine entsprechende Anpassung des anwendbaren schweizerischen Rechtsrahmens mit dem Ziel der Stärkung der Reputation und globalen Rolle des schweizerischen Finanzplatzes ist daher angezeigt.

Inhalt der Vorlage

Aufgrund der Erfahrungen seit dem Inkrafttreten der aktuellen Bestimmungen im Jahr 2016 und seiner weiteren Abklärungen hat das EFD/SIF in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz (BJ), der FINMA, der RAB und der SNB sowie im Kontakt mit Vertretern des Privatsektors einen Revisionsbedarf insbesondere zu folgenden Themen und Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG) sowie weiterer Erlasse identifiziert:

a. Das schweizerische Kundenverfahren nach Artikel 42a Absätze 2 und 4–6 FINMAG (bzw. das Verwaltungsverfahren mit Anhörungs- und Beschwerderechten) ist Teil des heutigen Amtshilfeverfahrens der FINMA. Dessen Anwendung stellt im internationalen Vergleich eine Seltenheit dar und wird von ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden wie auch in internationalen Gremien kritisch betrachtet, da es als relevante Einschränkung bei der Amtshilfefähigkeit der FINMA wahrgenommen wird, was die Transparenz, die Integrität und die Finanzstabilität gefährden kann. Erfahrungen in der Amtshilfepraxis der FINMA zeigen effektiv auf, dass die heutigen Möglichkeiten zur Anhörung und zur Beschwerde im Kundenverfahren in den meisten Fällen gerade durch Akteure beansprucht werden, bezüglich welcher ein begründeter Verdacht eines Insider- oder Marktmanipulationsdeliktes in ausländischen Finanzmarktinstrumenten besteht und dies sogar oft in wiederholten Fällen. Das Kundenverfahren wird dabei erfahrungsgemäss zur zeitlichen Verzögerung der Informationsübermittlung genutzt. Daraus entsteht ein relevantes Reputationsrisiko für die Schweiz und ihren Finanzplatz.

Wer freiwillig an ausländischen Finanz- und Handelsplätzen agiert und investiert, muss heute damit rechnen, dass die dortigen Finanzmarktaufsichtsbehörden in Anwendung des jeweiligen Rechtsrahmens einen berechtigten und oft auch dringenden Informationsbedarf in Bezug auf die abgewickelten Transaktionen haben, und sollte die schweizerischen Anhörungs- und Beschwerderechte nicht zur Verzögerung eines ausländischen Aufsichtsverfahrens nutzen können. Dem Individualrechtsschutz steht in diesem Fall das öffentliche Interesse an stabilen, integren und transparenten Finanzmärkten sowie der Schutz der anderen Finanzmarktteilnehmer einschliesslich ihres legitimen Interesses an fairen und transparenten Märkten entgegen. Es entspricht aus diesen Gründen bereits heute internationalen Standards, dass Daten rasch und ohne Anhörungs- und Beschwerdeprozesse übermittelt werden. Die Schweizer Behörden profitieren ihrerseits bei Amtshilfeersuchen an ausländische Behörden von einer raschen und reibungslosen Informationsübermittlung. Gleichzeitig ist unter geltendem Recht festzustellen, dass die Kundinnen und Kunden der formlosen Informationsübermittlung durch die beaufsichtigten Finanzdienstleister an ausländische Behörden und Stellen regelmässig im Rahmen von Verzichtserklärungen zustimmen – während ihnen bei einer allfälligen Übermittlung derselben oder ähnlicher Informationen in einem Amtshilfeverfahren umfangreiche Anhörungs- und Beschwerderechte zustehen.

Das Amtshilfeverfahren der FINMA soll vor diesem Hintergrund angepasst werden. Es werden zwei mögliche Änderungsvarianten vorgelegt: **Variante A** würde das Amtshilfeverfahren straffen, indem die Anhörungs- und Beschwerderechte der betroffenen Kundinnen und Kunden aufgehoben werden. Mit **Variante B** würde das Kundenverfahren einzig hinsichtlich Transaktionen gestraft, welche im Zusammenhang mit Marktmissbrauchstatbeständen stehen. In beiden Varianten würde der Rechtsschutz der von der Amtshilfe betroffenen Kundinnen und Kunden weiterhin im Rahmen des erforderlichen Editionsverfahrens wie auch der Grundsätze der Spezialität, Vertraulichkeit und Verhältnismässigkeit (Art. 42 FINMAG) gewährleistet werden.

Zusammenfassend ergibt sich aus der Diskussion zum schweizerischen Kundenverfahren, dass eine Spannung zwischen dem individuellen Rechtsschutz und den öffentlichen Interessen an Marktintegrität und Finanzstabilität besteht. Die Einschränkung des Kundenverfahrens ist eine angemessene, notwendige und zumutbare Massnahme zur Sicherung dieser wichtigen öffentlichen Interessen. Die Aufhebung des Kundenverfahrens würde einem Paradigmenwechsel gleichkommen, der jedoch im Hinblick auf die erwähnten überwiegenden öffentlichen Interessen gerechtfertigt erscheint.

b. Mit einem neuen Artikel 42b^{bis} E-FINMAG soll die Kooperationsfähigkeit der FINMA im Rahmen von Anerkennungs- und Prüfverfahren durch ausländische Behörden gestärkt werden. Namentlich die EU wendet Äquivalenz- bzw. Gleichwertigkeitsanerkennungen und -monitorings regelmässig an, um die Teilnahme von Finanzdienstleistern aus Drittstaaten im EU-Binnenmarkt zu regeln. Die europäischen Aufsichtsbehörden verlangen dabei einen genügenden Informationsaustausch zur Überprüfung auch der Aufsichtspraxis im Drittstaat. Die aktuellen Rechtsgrundlagen (Art. 42 und 42b FINMAG) erlauben es der FINMA jedoch nur eingeschränkt, an solchen Prüfungen teilzunehmen bzw. sie erlauben es grundsätzlich nicht, nicht

öffentlich zugängliche Informationen auszutauschen. Dies kann ein Hindernis darstellen in Bezug auf die Fortführung bestehender wie auch auf künftige Anerkennungen des Schweizer Rechts- und Aufsichtsrahmens im Finanzmarktbereich. Dementsprechend soll mit dem neuen Artikel 42b^{bis} E-FINMAG eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für diese Form der internationalen Zusammenarbeit geschaffen werden.

c. Die Ex-post-Evaluation des FINMA-Rundschreibens 2017/6 («Direktübermittlung») zu Artikel 42c FINMAG zeigte, dass die Auslegung der Absätze 1 und 2 von Artikel 42c FINMAG in der Praxis bei den betroffenen Beaufsichtigten zu grösseren Rechtsunsicherheiten führt. Mit den vorgeschlagenen Änderungen von Artikel 42c FINMAG soll die Rechtssicherheit bei der seit jeher formlosen direkten Informationsübermittlung durch die Beaufsichtigten gestärkt werden. Insbesondere soll gemäss den neu ausdrücklich vorgesehenen Zweckanforderungen in Absatz 1 die Direktübermittlung zu Aufsichtszwecken und in Absatz 2 die Direktübermittlung zum Zweck der grenzüberschreitenden Abwicklung von Finanzgeschäften geregelt werden. Eine Informationspflicht des Beaufsichtigten gegenüber der FINMA soll neu nur hinsichtlich der Direktübermittlung zu Aufsichtszwecken gemäss Absatz 1 vorgesehen werden, dies aber wie bisher einzig bei Informationsübermittlungen von wesentlicher Bedeutung gemäss Artikel 29 Absatz 2 FINMAG. Neu soll gesetzlich auch vorgesehen werden, dass eine Direktübermittlung gemäss Absatz 2 nicht an ausländische Steuer- oder Strafbehörden erfolgen darf.

d. Angesichts des Bedürfnisses nach möglichst rascher und direkter Kommunikation auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht bspw. in Fällen von Gesetzesverstössen und zum Schutz der Integrität und Transparenz des Finanzmarktes ist es wichtig, dass die grenzüberschreitende Zustellung von Dokumenten zu Finanzmarktaufsichtszwecken an Adressaten in der Schweiz oder im Ausland möglichst direkt erfolgen kann. Die direkte Zustellung ist grundsätzlich nicht ohne spezifische Rechtsgrundlage zulässig. Sie ist auch gemäss dem von der Schweiz ratifizierten Europäischen Übereinkommen vom 24. November 1977 über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland (Übereinkommen SEV Nr. 094) nicht zulässig, weil die Schweiz das Gebiet der Finanzmarktaufsicht von dessen Anwendungsbereich mit Erklärungen ausgenommen hat. Die Vorlage schlägt vor, dass der Bundesrat dazu ermächtigt wird, diese auf die Finanzmarktaufsicht bezogenen Schweizer Erklärungen zu ändern. Zudem soll mit einem neuen Artikel 42d E-FINMAG eine spezifische Rechtsgrundlage geschaffen werden, gemäss welcher die FINMA bei Vorliegen von Gegenrecht die direkte Zustellung von Dokumenten im Finanzmarktaufsichtsbereich zur Wahrung des rechtlichen Gehörs erlauben kann. Eine direkte Zustellung zum Zweck der Beweiserhebung in ausländischen Untersuchungen oder Verfahren soll jedoch weiterhin unzulässig sein.

e. Artikel 43 FINMAG regelt die grenzüberschreitenden Prüfungen (sog. Vor-Ort-Kontrollen), welche die FINMA direkt im Ausland vornehmen kann bzw. ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden direkt in der Schweiz vornehmen können. Diesbezüglich bestehen heute Unklarheiten im Fall von Geschäftsauslagerungen (Outsourcing) inner- oder ausserhalb einer Gruppe, wenn der Dienstleistungserbringer in der Schweiz nicht formell in eine konsolidierte Aufsicht der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde einbezogen ist (also diese nicht Heimataufsichtsbehörde bzw. Home Supervisor ist) und dieser auch in der Schweiz nicht beaufsichtigt wird. Vor dem Hintergrund zunehmender gruppeninterner wie auch -externer Auslagerungen von Aufgaben sowie des grenzüberschreitenden Bezugs von Dienstleistungen wie z. B. von Cloud-Diensten erweist es sich aus heutiger Sicht als ungenügend, wenn direkte grenzüberschreitende Prüfungen nur bei Beaufsichtigten durchgeführt werden können. Mit der Änderung von Artikel 43 FINMAG soll es der FINMA im Zusammenhang mit Geschäftsauslagerungen ins oder aus dem Ausland möglich sein, direkte grenzüberschreitende Prüfungen zum Vollzug der Finanzmarktgesetze bzw. zu Finanzmarktaufsichtszwecken überall dort im Ausland vorzunehmen oder in der Schweiz zu erlauben, wo die relevanten Informationen belegen sind, unabhängig davon, ob das geprüfte Unternehmen im Ausland oder in der Schweiz beaufsichtigt wird oder nicht.

f. Mit Blick auf die globale Beaufsichtigung grosser Revisionsnetzwerke wird vorgeschlagen, dass die Amtshilfebestimmungen über die Zusammenarbeit mit ausländischen Revisionsaufsichtsbehörden (Artikel 26 RAG) und zu grenzüberschreitenden Prüfungshandlungen (Art. 27 RAG) jenen des FINMAG sinngemäss angeglichen werden. Zudem soll die Durchführung von Inspektionen via Fernkommunikation ausdrücklich geregelt werden. Analog zur Revision des FINMAG soll weiter eine explizite neue Rechtsgrundlage für die Direktübermittlung von Informationen durch die Beaufsichtigten sowie für die grenzüberschreitende Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen geschaffen werden.

g. In Bezug auf die Tätigkeit der SNB als Überwacherin systemisch bedeutsamer Finanzmarktinfrastrukturen wird vorgeschlagen, dass Artikel 21 NBG (Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden) dahingehend revidiert wird, dass die erwähnte Bestimmung an die 2016 eingeführten Amtshilfeanforderungen gemäss Artikel 42 Absatz 2 Buchstabe a FINMAG (Spezialität) angeglichen wird. Weiter soll ein neuer Artikel 50b^{bis} NBG analog zum neuen Artikel 42b^{bis} E-FINMAG eingeführt werden, um das gemeinsame Auftreten von SNB und FINMA im Rahmen von Anerkennungs- und Prüfverfahren durch ausländische Behörden bspw. bei EU-Äquivalenzprüfungen und Monitorings im Bereich der systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen zu erleichtern.

Inhaltsverzeichnis

1 Ausgangslage	8
1.1 Handlungsbedarf und Ziele	8
1.2 Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung	10
1.3 Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung sowie zu Strategien des Bundesrates	12
2 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht	13
2.1 Internationale Standards zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit unter Finanzmarktaufsichtsbehörden	13
2.1.1 Standard der Internationalen Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden (International Organization of Securities Commissions, IOSCO)	13
2.1.2 Standard der Internationalen Organisation der Versicherungsaufsichtsbehörden (International Association of Insurance Supervisors, IAIS)	14
2.1.3 Standard der Financial Action Task Force (FATF)	15
2.2 Zusammenarbeit der Finanzmarktaufsichtsbehörden des EU-Raumes im Rahmen des Europäischen Finanzaufsichtssystems	15
2.3 Zusammenarbeit von Drittlandbehörden mit den europäischen Aufsichtsbehörden im Rahmen von EU-Äquivalenzanerkennungen und Monitorings	16
2.4 Europäisches Übereinkommen vom 24. November 1977 über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland	18
3 Grundzüge der Vorlage	19
3.1 Die beantragte Neuregelung	19
3.1.1 Amtshilfeverfahren (Art. 42a E-FINMAG)	19
3.1.2 Zusammenarbeit bei Anerkennungs- und Prüfverfahren ausländischer Behörden zum schweizerischen Regulierungsrahmen (Art. 42b ^{bis} E-FINMAG)	23
3.1.3 Informationsübermittlung durch Beauftragte (Art. 42c E-FINMAG)	24
3.1.4 Grenzüberschreitende Zustellung von Dokumenten zu Finanzmarktaufsichtszwecken (Art. 42d E-FINMAG)	26
3.1.5 Grenzüberschreitende Prüfungen (Art. 43 E-FINMAG)	28
3.1.6 Amtshilfebestimmungen des Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (RAG)	29
3.1.7 Amtshilfebestimmungen des Bundesgesetzes über die Schweizerische Nationalbank (NBG)	30
3.2 Umsetzungsfragen	30
4 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	30
4.1 Finanzmarktaufsichtsgesetz	30
4.2 Revisionsaufsichtsgesetz	43
4.3 Nationalbankgesetz	46
4.4 Änderung der Erklärungen der Schweiz zu Artikel 1 Absätze 2 und 3 des Europäischen Übereinkommens über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland	48
5 Auswirkungen	48
5.1 Auswirkungen auf den Bund	48
5.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	49
5.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	49
5.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft	50

5.5 Auswirkungen auf die Umwelt	50
6 Rechtliche Aspekte	50
6.1 Verfassungsmässigkeit	50
6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	51
6.3 Erlassform	52
6.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse	52
6.5 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	52
6.6 Datenschutz	53
Übersichtstabelle über die im erläuternden Bericht verwendeten Daten	54

1 Ausgangslage

1.1 Handlungsbedarf und Ziele

Die jüngste Revision der Gesetzesbestimmungen über die Zusammenarbeit der FINMA sowie der SNB im internationalen Verhältnis erfolgte im Rahmen des Erlasses des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes vom 19. Juni 2015 (FinfraG)¹ und trat am 1. Januar 2016 in Kraft.² Seither hat sich der Trend zu verstärkter grenzüberschreitender Überwachungstätigkeit, zur Zusammenarbeit und zum Informationsaustausch der Finanzmarktaufsichtsbehörden wie auch direkt durch die Beaufsichtigten weiter bestätigt. Die Zahl von Amtshilfegesuchen ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden an die FINMA ist seit einigen Jahren konstant hoch. Diese stammen mehrheitlich aus den europäischen Nachbarstaaten bzw. dem EU-Raum, der USA und dem UK.³ Neue komplexe Sachverhalte bei der grenzüberschreitenden Überwachungstätigkeit wie auf dem Gebiet der Anerkennungs- und Prüfverfahren ausländischer Behörden haben tendenziell zugenommen.

Die Kooperationsfähigkeit der zuständigen nationalen Behörden wie vor allem der Finanzmarktaufsichtsbehörden sowie der interessierten Finanzdienstleister ist heute eine der entscheidenden Voraussetzungen dafür, dass das Finanzsystem für das grenzüberschreitende Geschäft offen ausgestaltet werden und sich über die Landesgrenzen hinaus weiter vernetzen kann, ohne dass dabei die Marktintegrität, die Transparenz und die Finanzstabilität gefährdet werden. Schweizerische Finanzdienstleister wie Banken und Versicherungsgesellschaften sind daran interessiert, dass diese für ihr internationales Finanzgeschäft zentrale Voraussetzung erfüllt werden kann. Mit Aufhebung des steuerlichen Bankgeheimnisses auf internationaler Ebene und der Einführung des automatischen Informationsaustausches über Finanzkonten zu Besteuerungszwecken (AIA) hat diese Tendenz auch weiter zugenommen.

Seit Inkrafttreten der aktuellen Gesetzesbestimmungen haben sich die internationalen Anforderungen an die internationale Zusammenarbeit von Finanzmarktaufsichtsbehörden und Finanzdienstleistern weiterentwickelt. Der schweizerische Rechtsrahmen ist diesen Entwicklungen nur teilweise gefolgt. Eine entsprechende Revision bzw. Änderung des anwendbaren schweizerischen Rechtsrahmens mit dem Ziel der Stärkung der Reputation und globalen Rolle des schweizerischen Finanzplatzes ist daher angezeigt.

Die Erfahrungen seit dem Inkrafttreten der aktuellen Bestimmungen im Jahr 2016 und die Abklärungen des EFD in Zusammenarbeit mit der FINMA, dem BJ, der SNB und der RAB haben einen Revisions- bzw. Änderungsbedarf insbesondere zu folgenden Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG)⁴ aufgezeigt:

- Das schweizerische Kundenverfahren nach Artikel 42a Absatz 2 und 4–6 FINMAG (bzw. das Verwaltungsverfahren mit Anhörungs- und Beschwerderechten) ist Teil des heutigen Amtshilfeverfahrens der FINMA. Im internationalen Vergleich ist es eine Seltenheit und wird von ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden wie auch in internationalen Gremien kritisch betrachtet, weil es als relevante Einschränkung bei der Amtshilfefähigkeit der FINMA wahrgenommen wird. Erfahrungen in der Amtshilfepraxis seit 2016 haben konkret aufgezeigt, dass die heutigen Möglichkeiten zur Anhörung und zur Beschwerde

¹ SR 958.1

² AS 2015 5339

³ Vgl. FINMA Allgemeine Enforcementstatistiken 2023, abrufbar unter www.finma.ch > Dokumentation > Finma-Publikation > Kennzahlen und Statistiken > Enforcement: <https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

⁴ SR 9561.1

im Kundenverfahren in den meisten Fällen gerade durch Akteure beansprucht werden, bezüglich welcher ein begründeter Verdacht eines Insider- oder Marktmanipulationsdeliktes in ausländischen Finanzmarktinstrumenten besteht und dies sogar oft in wiederholten Fällen. Das Kundenverfahren und insbesondere das Beschwerdeverfahren werden dabei zur zeitlichen Verzögerung der Informationsübermittlung genutzt. Dabei spielt es keine Rolle, dass solche Beschwerden letztlich vor Gericht abgewiesen werden.

Wer an ausländischen Finanz- und Handelsplätzen freiwillig aktiv ist, muss heute akzeptieren, dass lokale Finanzmarktaufsichtsbehörden gemäss ihren Rechtsrahmen berechnigte und oft dringende Informationsbedürfnisse bezüglich der getätigten Transaktionen haben können. Das Recht auf individuellen Rechtsschutz steht dabei in einem Spannungsfeld mit dem öffentlichen Interesse an stabilen, integren und transparenten Finanzmärkten sowie dem Schutz anderer Marktteilnehmer vor unfairen Marktpraktiken. Internationalen Standards entsprechend sollen Daten zügig übermittelt werden können. Für Schweizer Behörden ist es ihrerseits vorteilhaft, bei Amtshilfeersuchen an ausländische Behörden eine schnelle und effiziente Informationsübermittlung erzielen zu können. Vor diesem Hintergrund soll das schweizerische Kundenverfahren grundsätzlich überprüft und angepasst werden.

- In Bezug auf die bestehenden Artikel 42 und 42b FINMAG stellte sich in der Vergangenheit immer wieder die Frage der möglichen Zusammenarbeit der FINMA im Rahmen von Anerkennungs- und Prüfverfahren ausländischer Behörden zum schweizerischen Regulierungs- und Finanzmarktaufsichtsrahmen sowie die Frage der Notwendigkeit einer entsprechenden klaren Rechtsgrundlage für die Übermittlung insbesondere auch nicht öffentlich zugänglicher Informationen. Eine solche Rechtsgrundlage soll neu geschaffen werden (Art. 42b^{bis} E-FINMAG).
- Bezüglich der Bestimmungen in Artikel 42c FINMAG über die formlose Übermittlung von nicht öffentlich zugänglichen Informationen direkt durch die Beaufsichtigten an ausländische Behörden und Stellen hat sich seit 2016 gezeigt, dass Unsicherheit über die Situationen und Zweckerfordernisse besteht, welche zur direkten Informationsübermittlung berechnigen. Zur Stärkung der Rechtssicherheit sollen daher die anwendbaren Anforderungen wie insbesondere die Zweckerfordernisse geklärt werden. Die direkte internationale Zusammenarbeit der Beaufsichtigten soll andererseits möglichst kohärent mit den bestehenden Möglichkeiten bei der behördlichen Zusammenarbeit bzw. der Amtshilfe der FINMA ausgestaltet werden.
- Hinsichtlich der in Artikel 43 FINMAG geregelten direkten grenzüberschreitenden Prüfungen (sog. Vor-Ort-Kontrollen) haben die Erfahrungen seit 2016 gezeigt, dass es ungenügend ist, wenn solche grenzüberschreitende Prüfungen nur bei Beaufsichtigten oder im Rahmen der konsolidierten Beaufsichtigung durchgeführt werden können. Vor dem Hintergrund zunehmender gruppeninterner wie auch -externer Auslagerungen von Aufgaben ins oder aus dem Ausland an nicht beaufsichtigte Unternehmen sowie des grenzüberschreitenden Bezugs von Dienstleistungen wie z. B. von Cloud-Diensten sollen auch diese neuen Sachverhalte innerhalb von Artikel 43 FINMAG geregelt werden.
- Die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen direkt an Adressaten in der Schweiz wurde angesichts des Bedürfnisses nach möglichst rascher Kommunikation in Fällen von Gesetzesverstössen und von Marktmissbrauch seit der Revision im Jahr 2016 wiederholt von ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden ersucht, weshalb mit dem neuen Artikel 42d E-FINMAG eine neue Rechtsgrundlage hierfür vorgesehen werden soll.

In Folge erwähnter Revision der Amtshilfebestimmungen des FINMAG besteht mit Blick auf die Beaufsichtigung der Schweizer Ländergesellschaften der globalen Revisionsnetzwerke ein entsprechender Bedarf der Angleichung der Amtshilfebestimmungen des Bundesgesetzes

vom 30. September 2016 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG)⁵ und zwar insbesondere hinsichtlich des Artikels 26 RAG über die Zusammenarbeit mit ausländischen Revisionsbehörden und des Artikels 27 RAG über die grenzüberschreitenden Prüfungshandlungen. Weiter soll auch im RAG eine neue Rechtsgrundlage für die direkte Zusammenarbeit der beaufsichtigten Unternehmen mit ausländischen Behörden sowie für die direkte Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen eingeführt werden. Zudem soll auch eine explizite Rechtsgrundlage für die Durchführung von Inspektionen via Fernkommunikation (Remote Inspektionen) geschaffen werden.

Analog zur Revision des FINMAG sollen auch die Amtshilfebestimmungen des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG)⁶ revidiert werden. Insbesondere soll Artikel 21 NBG bezüglich des Spezialitätsgrundsatzes an die 2016 eingeführte Regelung in Artikel 42 Absatz 2 Buchstabe a FINMAG angeglichen werden. Weiter soll ein neuer Artikel 50b^{bis} E-NBG die Zusammenarbeit der SNB bei internationalen Anerkennungs- und Prüfverfahren zu systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen (FMI) analog zu Artikel 42b^{bis} E-FINMAG erlauben.

Bezüglich aller erwähnten Anpassungen ist das gemeinsame Ziel wie erwähnt die Stärkung der Reputation und globalen Rolle des schweizerischen Finanzplatzes, indem ein konsistenter und klarer Rechtsrahmen für die internationale Zusammenarbeit der schweizerischen Aufsichtsbehörden einerseits und der Beaufsichtigten andererseits geschaffen wird. Dieser wird erlauben, dass das schweizerische Finanzsystem für das grenzüberschreitende Geschäft offen bleibt und sich über die Landesgrenzen hinaus weiter vernetzen kann, ohne dass dadurch die Marktintegrität, die Transparenz und die Finanzstabilität gefährdet werden.

1.2 Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung

Die Bestimmungen des FINMAG entsprechen nicht mehr den heutigen internationalen Anforderungen. Ohne Gesetzesrevision müsste daher mit einer relevanten Verschlechterung der Geschäftsaussichten am Schweizer Finanzplatz bzw. mit einer Verlagerung von internationalem Finanzdienstleistungsgeschäft aus der Schweiz ins Ausland gerechnet werden. Die Alternative, die Amtshilfebestimmungen des FINMAG nicht zu revidieren, wurde daher verworfen.

Mit vorliegender Gesetzesrevision wurde ein erlassübergreifender systematischer Ansatz gewählt, wonach die Gesetzesrevision sich nicht einzig auf bestehende Amtshilfebestimmungen des FINMAG einschränkt, sondern auch grundsätzlich neue Rechtsgrundlagen wie zur Thematik der Zusammenarbeit im Rahmen von Anerkennungs- und Prüfverfahren durch ausländische Behörden und der grenzüberschreitenden Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen einführt, sowie die Bestimmungen des RAG und NBG umfasst.

Zur Frage der Revision des Kundenverfahrens (Art. 42a FINMAG), welches heute Teil des Amtshilfeverfahrens der FINMA ist, wurden verschiedene Alternativen geprüft und erarbeitet, welche teilweise Gegenstand dieser Vernehmlassung sind. Einerseits wird mit der vorgelegten **Variante A** die Aufhebung der Anhörungs- und Beschwerderechte der Kundinnen und Kunden im Amtshilfeverfahren vorgeschlagen. Diese Straffung des Amtshilfeverfahrens der FINMA käme zwar einem Paradigmenwechsel gleich. Gleichwohl ist sie mit der gemäss Artikel 42c Absatz 1 FINMAG bereits geltenden Möglichkeit der direkten Zusammenarbeit bzw. der formlosen Informationsübermittlung durch die Beaufsichtigten kohärent, welcher Kundinnen und

⁵ SR 221.302

⁶ SR 951.11

Kunden heute regelmässig im Rahmen entsprechender Verzichtserklärungen (Waiver) zustimmen. Andererseits sieht **Variante B** vor, dass das Kundenverfahren nur betreffend ausländische Amtshilfegesuche zu Insider- und Marktmanipulationsdelikten eingeschränkt würde.⁷

Eine dritte Variante zum Kundenverfahren, welche die bestehenden Möglichkeiten der Amtshilfe mit nachträglicher Notifikation und nachträglicher Rechtskontrolle gemäss Artikel 42a Absatz 4 FINMAG konkretisiert hätte, wurde aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit der Anwendung erwähneter Norm nicht weiterverfolgt. Ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden akzeptieren die nachträgliche Rechtskontrolle in der Schweiz nicht und wenden gegen diese Möglichkeit ein, dass dadurch die Rechtssicherheit bei der Beweiserhebung in den ausländischen Hauptverfahren massgeblich gefährdet wird.⁸ Daher wäre es nicht zielführend gewesen, diesen Regulierungsansatz weiterzuverfolgen.

Für die Variante A spricht, dass das schweizerische Kundenverfahren international als Ausnahme gilt und zunehmend als eine Hürde für eine effektive Amtshilfe betrachtet wird. Diese Struktur erschwert die Aufrechterhaltung der Offenheit des schweizerischen Finanzsystems für grenzüberschreitende Geschäfte und gefährdet die Transparenz, Integrität und Stabilität der Finanzmärkte. Praktische Erfahrungen zeigen, dass das Kundenverfahren häufig missbraucht wird, insbesondere bei Verdachtsmomenten auf Marktmanipulation oder Insiderdelikte. Internationale Organisationen wie die Financial Action Task Force (FATF) kritisieren dieses Rahmenwerk⁹, was das erhebliche Reputationsrisiko für den Schweizer Finanzplatz unterstreicht.

Die Amtshilfe im Geltungsbereich des Finanzmarktaufsichtsgesetzes unterscheidet sich auch bezüglich der Frage des Individualrechtsschutzes massgeblich von jener in anderen Bereichen. Im Gegensatz etwa zur steuerlichen Amtshilfe, die hauptsächlich auf die individuelle Steuerveranlagung abzielt, haben Finanzmarktaufsichtsbehörden eine übergeordnete Aufsichtsfunktion zum Schutz der öffentlichen Interessen der Marktintegrität, der Transparenz der Finanzmärkte und der Finanzstabilität wie auch der Anlegerinteressen. Dieser Schutz wie auch die Sicherstellung fairer und transparenter Märkte im Finanz- und Wertpapierbereich erfordert indes ein rasches und effektives Vorgehen gegen Marktmissbrauch. Angesichts der grenzüberschreitenden Natur von Finanztransaktionen ist eine zeitnahe Amtshilfe unerlässlich, um unmittelbare Risiken für Verbraucher und Investoren zu minimieren. In diesem Kontext dient eine mögliche Aufhebung oder Einschränkung des Kundenverfahrens auch dem Finanzmarktaufsichtszweck und der Erfüllung der Aufgaben der FINMA bzw. der ausländischen Aufsichtsbehörden, indem sie eine schnellere und effizientere Amtshilfe ermöglicht.

In der Praxis müssen Personen, die freiwillig an ausländischen Finanz- und Handelsplätzen tätig sind, damit rechnen, dass die dortigen Finanzmarktaufsichtsbehörden berechnete und oft dringende Informationsbedürfnisse bezüglich ihrer Transaktionen haben können. So ist auch festzustellen, dass Kundinnen und Kunden von beaufsichtigten Finanzdienstleistern regelmässig in Verzichtserklärungen der formlosen Informationsübermittlung an ausländische Behörden zustimmen, während ihnen bei einer Amtshilfeanfrage umfangreiche Anhörungs- und Beschwerderechte zustehen würden.

Dem individuellen Interesse auf Rechtsschutz im Amtshilfeverfahren steht in diesem Kontext das genannte öffentliche Interesse an stabilen, integren und transparenten Finanzmärkten sowie der Schutz der anderen Marktteilnehmer und deren legitimes Interesse an fairen und transparenten Märkten gegenüber. Dieses Spannungsfeld zwischen den individuellen Rechten der

⁷ Vgl. die Kommentierung der Varianten A und B unter Ziffer 3.1.1. bzw. 4.1.

⁸ Es ist die «Fruit of the poisonous tree»-Doktrin über die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, vgl. unter Ziffer 3.1.1;

⁹ Vgl. unter nachstehender Ziffer 2.1.3.

Kundinnen und Kunden und den öffentlichen Interessen der Marktintegrität und Finanzstabilität erfordert eine Interessenabwägung. Angesichts der obenstehenden Ausführungen ist die Einschränkung der Anhörungs- und Beschwerderechte geeignet, erforderlich und zumutbar, um die vorliegend relevanten öffentlichen Interessen zu bewahren. Der Paradigmenwechsel einer möglichen Aufhebung des Kundenverfahrens erscheint damit im Hinblick auf das überwiegende öffentliche Interesse gerechtfertigt.

In Bezug auf Artikel 42c FINMAG über die direkte Informationsübermittlung durch Beaufschlagte wurde zur Klärung des Anwendungsbereiches von Absatz 2 die Alternative einer entsprechenden Ausführungsregelung bzw. einer Konkretisierung der Fallgruppen, bei denen die direkte Informationsübermittlung zulässig ist, im Rahmen einer durch die FINMA genehmigten Selbstregulierung der interessierten Finanzbranche vertieft geprüft. Diese Alternative zu Artikel 42c FINMAG wurde schliesslich verworfen, weil nach Sondierungen mit der betreffenden Finanzbranche kein Interesse hierfür festgestellt werden konnte.

Bezüglich Artikel 43 FINMAG wurde die Alternative erwogen, dass das in der Schweiz nicht beaufsichtigte Unternehmen, welches als externer Dienstleister einen Geschäftsauslagerungsvertrag mit einem ausländischen beaufsichtigten Finanzdienstleister eingegangen ist und bei dem die FINMA neu eine grenzüberschreitende Prüfung direkt durch die zuständige ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde erlauben kann, gesetzlich zur Zusammenarbeit verpflichtet wird. Diese Alternative wurde verworfen, weil der geprüfte Dienstleister nicht der Aufsicht der FINMA unterstellt ist.

Für den Fall, dass das Kundenverfahren aufgehoben wird (Variante A zu Art. 42a FINMAG), wird schliesslich in einer Variante zu Artikel 43 FINMAG vorgeschlagen, dass das sog. «Private Banking Carve Out» gemäss 3^{bis} und 3^{ter} von Artikel 43 FINMAG bzw. die Möglichkeit des Zugangs zu Informationen von Kundinnen und Kunden anlässlich einer direkten grenzüberschreitenden Prüfung durch eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde ebenfalls aufgehoben wird.¹⁰

1.3 Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung sowie zu Strategien des Bundesrates

Der Bundesrat hat am 16. Juni 2023 das EFD/SIF beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem EJPD/BJ, der FINMA, der SNB und der RAB die Bestimmungen über die internationale Amtshilfe des FINMAG (Art. 42 ff FINMAG), des RAG (Art. 26 f. RAG) sowie des NBG (Art. 21 und 50b NBG) vertieft zu prüfen, den möglichen Handlungsbedarf abzuleiten und dem Bundesrat eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage zu unterbreiten. Die Vernehmlassung zu einer entsprechenden Vorlage soll im zweiten Halbjahr 2024 eröffnet werden.¹¹ Die Vorlage wird in der Botschaft vom 24. Januar 2024 zur Legislaturplanung 2023–2027 aufgeführt.¹²

¹⁰ Vgl. die Kommentierung der Variante unter Ziffer 3.1.5. bzw. 4.1

¹¹ Vgl. Ziele des Bundesrates 2024, Ziel 3.9, 17, abrufbar unter www.admin.ch > Bundesrecht: <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fgae/2023/18/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fgae-2023-18-de-pdf-a.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

¹² Vgl. Botschaft vom 24. Januar 2024 zur Legislaturplanung 2023-2027, Ziel 3, 110 und 118, abrufbar unter www.admin.ch > Bundesrecht: <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fgae/2024/13/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fgae-2024-13-de-pdf-a.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

2 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht

2.1 Internationale Standards zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit unter Finanzmarktaufsichtsbehörden

2.1.1 Standard der Internationalen Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden (International Organization of Securities Commissions, IOSCO)

Die IOSCO ist das internationale Gremium, welches weltweit die Wertpapieraufsichtsbehörden zusammenbringt und als globaler Standardsetzer für den Wertpapiersektor anerkannt ist. Sie wurde 1983 gegründet. Ihre Mitglieder regulieren mehr als 95 Prozent der weltweiten Wertpapiermärkte in mehr als 130 Rechtsordnungen.¹³ Die IOSCO entwickelt, implementiert und fördert gleichsam in allen teilnehmenden Ländern die Einhaltung international anerkannter Standards für die Wertpapierregulierung und arbeitet intensiv mit der G20 und dem Financial Stability Board (FSB) an der globalen Regulierungsreformagenda zusammen.

Das im Bereich der Marktaufsicht wichtige IOSCO Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information (IOSCO MMoU)¹⁴ setzt für alle teilnehmenden Finanzmarktaufsichtsbehörden einen Standard für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit unter Finanzmarkt- und Wertpapieraufsichtsbehörden. 2002 haben sich die Unterzeichner bzw. Signatäre des IOSCO MMoU auf die Grundsätze der gegenseitigen Konsultation, Zusammenarbeit und des Informationsaustausches verständigt, um die Wertpapiermarktregulierung weltweit effektiver durchsetzen und die Integrität sowie die Stabilität des Finanzsystems gewährleisten zu können.

Die oberste Priorität der IOSCO ist heute, dass alle ihre Mitglieder das IOSCO MMoU gleichsam in ihrem Rechtssystem umsetzen, um so eine konkrete Zusammenarbeit zu ermöglichen, die Anleger zu schützen und faire sowie effiziente Wertpapiermärkte zu gewährleisten. Das IOSCO MMoU legt dazu für alle teilnehmenden Länder gleiche Anforderungen für die Durchführung des Informationsaustausches fest. Es stellt namentlich Anforderungen an die rechtlichen Kompetenzen auf, über welche eine Aufsichtsbehörde verfügen muss, um die Informationen amtshilfweise einverlangen und übermitteln zu können. Weiter beinhaltet es Regeln zur Vertraulichkeit und Zweckgebundenheit amtshilfweise offengelegter, nicht-öffentlicher Informationen. Darüber hinaus verlangt das IOSCO MMoU, dass die Signatäre nicht durch inländische Gesetze daran gehindert werden, Informationen mit ihren Partnerorganisationen in anderen Ländern zu teilen. Gemäss dem Regelwerk müssen die IOSCO MMoU-Signatäre u. a. in der Lage sein, die Rekonstruktion aller Wertpapier- und Derivatetransaktionen zu ermöglichen, einschliesslich der Aufzeichnungen über alle Gelder und Vermögenswerte, die im Zusammenhang mit diesen Transaktionen auf Bank- und Brokerkonten ein- und ausgezahlt wurden, und diese amtshilfweise zu übermitteln. Dies betrifft insbesondere auch vom Bankgeheimnis geschützte Kundendaten.

Im Dezember 2022 hatten rund 130 Wertpapieraufsichtsbehörden das IOSCO MMoU unterzeichnet; die FINMA ist seit 15. Februar 2010 Signatarin¹⁵. Bei der Unterzeichnung stützte sich

¹³ Abrufbar unter: www.iosco.org > About iosco > Who we are: https://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

¹⁴ Abrufbar unter www.iosco.org > About iosco > International Cooperation > MMoU: <https://www.iosco.org/about/?subsection=mmou> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

¹⁵ Seit dem 15. Oktober 2019 ist die FINMA Signatarin des IOSCO Enhanced Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information (IOSCO EMMoU) (2016 in Kraft gesetzt). Den technischen Neuerungen des Wertpapierhandels Rechnung tragend, entschloss sich IOSCO, beim IOSCO EMMoU im Vergleich zum IOSCO MMoU die Kompetenzen

die FINMA auf Artikel 6 Absatz 2 FINMAG. Heute stellt die Implementierung dieses Standards für die Zusammenarbeit unter Finanzmarktaufsichtsbehörden eine der zentralen Voraussetzungen dafür dar, damit das grenzüberschreitende Geschäft in den betreffenden Ländern und Rechtsordnungen zugelassen werden kann.

2.1.2 Standard der Internationalen Organisation der Versicherungsaufsichtsbehörden (International Association of Insurance Supervisors, IAIS)

Die 1944 gegründete IAIS ist das globale normative Gremium, das internationale Standards für die Versicherungsaufsicht entwickelt und bei deren Umsetzung hilft. Die IAIS mit Sitz in Basel vereint Finanzmarktaufsichtsbehörden aus rund 200 Rechtsordnungen, die einen Anteil von fast 97 Prozent der weltweiten Versicherungsprämien repräsentieren.¹⁶ Mit ihren Aktivitäten fördert die IAIS eine wirksame und kohärente Aufsicht auf internationaler Ebene, um faire, sichere und stabile Versicherungsmärkte zu entwickeln und die Versicherten zu schützen. Ein weiteres Ziel ist die Gewährleistung der Finanzstabilität. Die IAIS spielt eine Schlüsselrolle bei der Identifizierung der wichtigsten Trends und Entwicklungen, welche die Versicherungsbranche umgestalten könnten. U. a. unterstützt sie die G20 und andere internationale normative Gremien dabei, aufkommende Risiken und globale Herausforderungen laufend zu berücksichtigen und zu regulieren.

Im Rahmen ihrer Aufgaben fördert die IAIS insbesondere den Austausch zwischen ihren Mitgliedern, indem sie eine multilaterale Plattform für die Zusammenarbeit und den Austausch ihrer Erfahrungen und ihres Verständnisses der Versicherungsaufsicht und der Versicherungsmärkte bietet. Auch für die IAIS stellt die enge Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Finanzmarktaufsichtsbehörden die zentrale Voraussetzung dafür dar, dass Versicherungsunternehmen, insbesondere auch international aktive Versicherungsgruppen (IAIGs) wirksam unter Wahrung der Finanzstabilität beaufsichtigt und zum Marktzugang zugelassen werden können.

Das Multilaterale Memorandum of Understanding (MMoU)¹⁷ der IAIS ist das Rahmenwerk, welches für die teilnehmenden Finanzmarktaufsichtsbehörden eine gleichlautende und formale Grundlage für die erforderliche Versicherungsaufsichtszusammenarbeit schafft. Es setzt voraus, dass das Land, in welchem eine Versicherungsaufsichtsbehörde ihren Sitz hat, über Rechtsvorschriften verfügt, welche diesem gemeinsamen Standard entsprechen. Vor der Unterzeichnung des IAIS MMoU durchlaufen die Mitglieder ein strenges Prüfungsverfahren. Derzeit sind 84 Mitglieder der IAIS Unterzeichner des MMoU, welche allerdings mehr als drei Viertel des weltweiten Versicherungssektors (gemessen an den Bruttoprämien) repräsentieren. In diesen Ländern ist der IAIS Standard zur Versicherungsaufsichtszusammenarbeit gleichsam umgesetzt worden. Auch die FINMA unterzeichnete das IAIS-MMoU im September 2011 und stütze sich dabei auf Artikel 6 Absatz 2 FINMAG.

zu erweitern, über welche die teilnehmenden Finanzmarktaufsichtsbehörden verfügen müssen. Diese neuen Kompetenzen bestehen aus den sog. «ACFIT-Powers»: «Obtaining Audit papers», «Compelling attendance for testimony», «Freezing of assets, if possible, if not, advise or provide information on how to freeze assets», «Obtaining Internet Service Provider Records (not including the content of communications)», «Obtaining Telephone Records (not including the content of communications)». Interessierte Behörden haben die Möglichkeit, dem IOSCO EMMoU integral oder hinsichtlich dreier bestimmter Kompetenzen («ACF-Signatar bzw. Appendix A.2-Signatar») beizutreten (modulare Implementierung). Die FINMA ist Appendix A.2-Signatarin;

¹⁶ Abrufbar unter www.iais.org > About the IAIS > What we do > <https://www.iaisweb.org/about-the-iais/what-we-do/> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

¹⁷ Abrufbar unter www.iais.org > About the IAIS > IAIS MMoU: <https://www.iaisweb.org/about-the-iais/mmou/> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

2.1.3 Standard der Financial Action Task Force (FATF)

Die 1989 gegründete FATF ist das führende internationale Gremium zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung. Sie hat zu diesem Zweck 40 Empfehlungen erlassen, die zwar kein zwingendes Recht wie ein ratifiziertes internationales Übereinkommen darstellen. Politisch ist aber jeder Staat, der sie gutheisst, gehalten, sie in seinem Recht umzusetzen. Die FATF überprüft bei ihren Mitgliedsstaaten regelmässig die nationalen Regelungen zur Umsetzung ihres Standards. Die Schweiz hat die Empfehlungen wie die anderen FATF-Mitgliedstaaten angenommen und ist deshalb gehalten, diese innerstaatlich umzusetzen.

Empfehlung 40 regelt andere Formen der internationalen Zusammenarbeit als die Rechtshilfe. Sie verlangt, dass Länder sicherstellen, dass ihre zuständigen Behörden in der Lage sind, schnell, konstruktiv und effizient die weitestgehende internationale Zusammenarbeit in den Bereichen der Geldwäscherei, deren Vortaten und der Terrorismusfinanzierung zu gewähren. In diesem Zusammenhang steht die FATF dem Kundenverfahren kritisch gegenüber, da es die Fähigkeit der FINMA zur raschen internationalen Zusammenarbeit beeinträchtigen kann. Zudem beschränkt es den Zugang ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden zu Informationen von Kundinnen und Kunden im Rahmen von grenzüberschreitenden Prüfungen im Sinne von Artikel 43 FINMAG. In der Folge ermöglicht es der Aufsichtsbehörde im Herkunftsland nicht, die Qualität der konsolidierten Aufsicht der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken durch die Muttergesellschaft zu überprüfen¹⁸.

2.2 Zusammenarbeit der Finanzmarktaufsichtsbehörden des EU-Raumes im Rahmen des Europäischen Finanzaufsichtssystems

Das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten der EU wird durch die EU explizit nicht harmonisiert oder vereinheitlicht (Art. 197 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]¹⁹). Gemäss dem sogenannten Prinzip der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten vollziehen Letztere grundsätzlich das Unionsrecht. D. h. ein direkter Vollzug des Unionsrechts durch die EU findet nur in speziellen Bereichen statt.

Gestützt auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit bestehen zwischen der EU und den Mitgliedstaaten sowie zwischen den EU-Mitgliedstaaten unter sich zwar qualifizierte Kooperationspflichten. Aus Artikel 4 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV)²⁰ lässt sich aber keine allgemeine Verpflichtung zur gegenseitigen Verwaltungszusammenarbeit ableiten. Die Amtshilfe in Verwaltungssachen bzw. die Verwaltungszusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten ist entsprechend nicht umfassend, sondern sektoriell reguliert. Auch die Zusammenarbeit bei der Finanzmarktaufsicht im EU-Raum ist sektoriell und insbesondere im Rahmen des Europäischen Finanzaufsichtssystems («European System of Financial Supervision», «ESFS») geregelt worden.

¹⁸ Siehe §457 sowie Kriterium 40.15 des FATF Länderberichts zur Schweiz vom Dezember 2016 (in Französisch und Englisch), abrufbar unter www.sif.admin.ch > Themen > Integrität des Finanzplatzes oder www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-suisse-2016.pdf.

¹⁹ Abrufbar unter www.eur-lex.europa.eu: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:de:PDF> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

²⁰ Abrufbar unter www.eur-lex.europa.eu: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0020.02/DOC_1&format=PDF (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

Das ESFS ist ein weit fortgeschritten integriertes System aus Behörden und Ausschüssen, welche die Zusammenarbeit der nationalen Behörden mit dem Ziel einer konvergierenden Finanzmarktaufsicht innerhalb der EU regelt.²¹ Es umfasst u. a. die drei europäischen Aufsichtsbehörden («European Supervisor Authorities» [ESAs]), d. h. die «European Securities and Markets Authority» (ESMA), die «European Banking Authority» (EBA) und die «European Insurance and Occupational Pensions Authority» (EIOPA), an welchen die nationalen Finanzmarktaufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten teilnehmen. Das ESFS ist seit dem 1. Januar 2011 etabliert und hat sich seither vor dem Hintergrund der Einführung der EU-Bankenunion²² und der EU-Kapitalmarktunion beständig weiterentwickelt.

Die drei europäischen Aufsichtsbehörden stellen heute gemeinsam mit den nationalen Finanzmarktaufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten die mikroprudenzielle Säule der EU-Finanzmarktaufsicht dar. Während die laufende Überwachung der Finanzdienstleister weitgehend Aufgabe der nationalen Finanzmarktaufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten bleibt, koordinieren die übergeordneten europäischen Aufsichtsbehörden die nationalen Behörden, entwickeln konvergente Aufsichtspraktiken im EU-Raum und setzen diese auch durch. Die umfassende behördliche Zusammenarbeit ist zu diesem Zweck eine wesentliche Voraussetzung. Die europäischen Aufsichtsbehörden sind heute auch befugt, zu konkreten Fällen Empfehlungen gegenüber den nationalen Finanzmarktaufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten auszusprechen.

Zwischen den europäischen Aufsichtsbehörden findet im Rahmen des EU-Binnenmarktes eine Zusammenarbeit nicht nur zu aufsichtlichen, sondern auch zu regulatorischen Zwecken statt. Die europäischen Aufsichtsbehörden beschliessen insbesondere die technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards, welche von der EU-Kommission in Form von delegierten Rechtsakten oder Durchführungsrechtsakten erlassen werden.

2.3 Zusammenarbeit von Drittlandbehörden mit den europäischen Aufsichtsbehörden im Rahmen von EU-Äquivalenzanerkennungen und Monitorings

Das EU-Recht sieht in bestimmten Teilbereichen des Finanzmarktrechts die Möglichkeit sogenannter Äquivalenzverfahren gegenüber Drittländern vor. Ziel dieser Verfahren ist es, eine Balance zwischen Finanzstabilität und Anlegerschutz innerhalb der EU einerseits und den Vorteilen eines offenen und global integrierten EU-Finanzmarktes andererseits zu erreichen. Zusätzlich sind sie aus Sicht der EU ein zentrales Instrument, um regulatorische Konvergenz entlang internationaler Standards sowie die Aufsichtszusammenarbeit mit Drittstaatenbehörden zu fördern.²³ Dabei soll primär gelten, dass bei grenzüberschreitenden Aktivitäten aus Drittländern keine Doppelspurigkeiten für EU-Finanzdienstleister und EU-Aufsichtsbehörden entstehen. Gleichzeitig sollen EU-Firmen und -Investoren von einer breiteren Palette an Dienstleistungen und Produkten profitieren können, sofern diese den Anforderungen der EU-Finanzmarktregulierung entsprechen. In diesem Sinne entscheidet die EU-Kommission, ob die Voraussetzungen der Äquivalenz bzw. Gleichwertigkeit bei Regulierung und Finanzmarktaufsicht im entsprechenden Finanzdienstleistungssektor des betreffenden Drittlandes erfüllt sind und eine Äquivalenzanerkennung ausgesprochen werden kann.

²¹ Abrufbar unter: www.finma.ch > Finma > Internationale Zusammenarbeit > Policy- und Regulierungszusammenarbeit: <https://www.finma.ch/de/finma/internationale-zusammenarbeit/policy-und-regulierungszusammenarbeit/europaeische-aufsichtsbehoerden/> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

²² Abrufbar unter: www.consilium.europa.eu > Topics > EU Policies > Banking Union: <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/banking-union/> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

²³ EU-Kommission, Commission Staff Working Document, EU equivalence decisions in financial services policy: an assessment, SWD (2017) 102 final, 27. Februar 2017.

Insoweit können EU-Äquivalenzanerkennungen für Finanzdienstleister aus Drittstaaten Erleichterungen im EU-Binnenmarkt schaffen. Die EU-Kommission anerkennt heute bspw. das Versicherungsaufsichtssystem der Schweiz als mit der in der EU massgeblichen Richtlinie 2009/138/EG (Solvenz II) gleichwertig;²⁴ ebenfalls werden von der EU die Schweizer Regulierung für zentrale Gegenparteien²⁵ und die Eigenmittelanforderungen für das Kreditrisiko von Kreditinstituten oder Wertpapierfirmen²⁶ als gleichwertig anerkannt.

Die EU-Kommission hat ihre Politik zur Äquivalenz bzw. Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen gegenüber Nicht-EU-Ländern in einer offiziellen Mitteilung am 29. Juli 2019 veröffentlicht.²⁷ In diesem Zusammenhang wurde den europäischen Aufsichtsbehörden die Aufgabe zugeteilt, mit Äquivalenzentscheiden bedachte Drittländer mit Blick auf deren Regulierungs- und Finanzmarktaufsichtspraxis kontinuierlich zu überwachen und einer regelmässigen Prüfung (auch etwa als «Äquivalenzmonitoring» bezeichnet) zu unterziehen und der EU-Kommission, dem EU-Rat und EU-Parlament Bericht zu erstatten.²⁸ Der Auftrag der europäischen Aufsichtsbehörden besteht darin zu prüfen, ob die Kriterien, auf deren Grundlage die Beschlüsse über die Gleichwertigkeit gefasst wurden, und die darin festgelegten Bedingungen weiterhin erfüllt sind.

In diesem Sinne soll das Äquivalenzmonitoring die Verfolgung relevanter regulierungs- und aufsichtsspezifischer Entwicklungen sowie Marktentwicklungen mit Blick auf die Finanzstabilität, die Marktintegrität, den Schutz der Investoren und Kunden sowie das Funktionieren des Binnenmarkts ermöglichen. Es verlangt einen Informationsaustausch unter den Behörden, der grundsätzlich nicht mit der einzelfallbasierten Amtshilfe nach Artikel 42 und 42a FINMAG vergleichbar ist. Der Inhalt der im Rahmen eines Äquivalenzmonitorings mit einer Drittstaatenaufsichtsbehörde «auszutauschenden» Informationen ergibt sich aus dem jeweiligen spezifischen Äquivalenzverfahren. Die Informationen betreffen auch die Aufsichtspraxis für den als gleichwertig anerkannten Sektor und sollen konkret anhand von Einzelfällen auf Institutsebene einen Rückschluss auf die Aufsichtspraxis ermöglichen. Der Informationsaustausch zwischen Drittstaatbehörden und EU-Aufsichtsbehörden zwecks Äquivalenzmonitorings können daher auch Informationen von einzelnen Bewilligungsträgern enthalten.

Es ist den europäischen Aufsichtsbehörden auch gestattet, den Kontakt mit den zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden zur Informationsbeschaffung zu suchen und mit diesen Verwaltungsvereinbarungen («bilateral or multilateral arrangements»)²⁹ über die Zusammenarbeit abzuschliessen. Die europäischen Aufsichtsbehörden können das Äquivalenzmonitoring allerdings auch ohne Kontaktaufnahme vornehmen.

Bei fehlender Kooperationsfähigkeit oder -bereitschaft der Drittstaatenbehörden müssen die europäischen Aufsichtsbehörden der EU-Kommission Bericht erstatten.

²⁴ Abrufbar unter www.eur-lex.europa.eu:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1602&from=EN (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

²⁵ Abrufbar unter www.eur-lex.europa.eu:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015D2042&from=EN; (zuletzt abgerufen am 22.4.2024)

²⁶ Abrufbar unter www.eur-lex.europa.eu:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014D0908-20200107&from=EN (zuletzt abgerufen am 22.4.2024)

²⁷ Vgl. Equivalence in the area of financials services, abrufbar unter [www.ec.europa.eu: Financial services: Commission sets out equivalence policy \(europa.eu\)](http://www.ec.europa.eu:Financial services: Commission sets out equivalence policy (europa.eu)) (zuletzt abgerufen am 22.4.2024);

²⁸ Vgl. Equivalence in the area of financials services, 9 ff.;

²⁹ Es sind in der Regel reine Absichtserklärungen (Memoranda of Understanding, MoU), welche keine rechtliche Bindungswirkung haben und vor Gericht nicht eingeklagt werden können.

2.4 Europäisches Übereinkommen vom 24. November 1977 über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland

Das Europäische Übereinkommen vom 24. November 1977 über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland³⁰ (Übereinkommen SEV Nr. 094) verpflichtet die Vertragsstaaten, bei der Zustellung von Urkunden in Verwaltungssachen Amtshilfe zu leisten. Das Übereinkommen wurde im Jahr 1977 zur Unterzeichnung aufgelegt, und ist 1982 in Kraft getreten. Vertragsparteien sind nebst der Schweiz (seit 1. Oktober 2019 in Kraft) Belgien, Deutschland, Estland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Österreich und Spanien.³¹ Inhaltlich wurde das Übereinkommen weitgehend dem Haager Übereinkommen vom 1. März 1954³² betreffend das Zivilprozessrecht und dem Haager Übereinkommen vom 15. November 1965³³ über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen nachgebildet, die die Schweiz ratifiziert hat.³⁴

Artikel 1 des Übereinkommens definiert dessen Anwendungsbereich. Das Übereinkommen ist auf alle Verwaltungssachen anwendbar und die Vertragsstaaten verpflichten sich, einander bei der Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen Amtshilfe zu leisten (Abs. 1), mit Ausnahme der Steuer- und Strafsachen (Abs. 2). Bei der Ratifizierung des Übereinkommens SEV Nr. 094 hat die Schweiz das Gebiet der Finanzmarktaufsicht vom Anwendungsbereich des Übereinkommens mittels Erklärungen gemäss den Absätzen 2 und 3 des Artikels 1 ausgeschlossen.³⁵ Im Übrigen ist aber eine Definition von «Verwaltungssache» im Übereinkommen nicht enthalten.³⁶ Das Übereinkommen sieht grundsätzlich vor, dass die Staaten eine zentrale Behörde bezeichnen, welche die Zustellungsersuchen entgegennimmt und das Erforderliche zu veranlassen hat (Art. 2 Abs. 1). Bundesstaaten können mehrere zentrale Behörden bezeichnen (Art. 2 Abs. 1). Neben der Zustellung über die zentrale Behörde lässt das Übereinkommen aber auch andere Zustellungswege zu, wenn die Staaten keine einschränkende Erklärung abgeben.³⁷ So kann ein Schriftstück von einem Konsularbeamten (oder von einem Diplomaten) des ersuchenden Staates dem Empfänger direkt zugestellt werden (Art. 10 Abs. 1; sogenannter direkter konsularischer Weg). Weiter ist die Möglichkeit, die Zustellung unmittelbar durch die Post vorzunehmen, auch vorgesehen (Art. 11). Auch die Möglichkeit, via den diplomatischen Weg zuzustellen, besteht weiterhin (Art. 12 Abs. 1). Das Übereinkommen sieht weiter vor, dass jedes Zustellungsersuchen nach einem Muster zu erstellen ist, für das sich im Anhang des Übereinkommens eine entsprechende Vorlage findet (Art. 3).³⁸ Der ersuchte Staat kann die Zustellung durch einfache Übergabe des Schriftstücks an den Empfänger vornehmen, wenn dieser zur Annahme bereit ist (Art. 6 Abs. 2). Wünscht der ersuchende Staat für die Zustellung die Beachtung einer bestimmten Form, so hat der ersuchte Staat diese zu ermöglichen, sofern sie mit seinem eigenen Recht vereinbar ist (Art. 6 Abs. 1 Bst. b).

Die ersuchte Behörde kann Zustellungsersuchen, die nicht dem Übereinkommen entsprechen, ablehnen; diesfalls hat sie die ersuchende Behörde umgehend über die Gründe zu informieren

³⁰ SR **0.172.030.5**; BBI **2017** 5947

³¹ Abrufbar unter www.fedlex.admin.ch: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/treaty/2016/1929/de> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

³² SR **0.274.12**

³³ SR **0.274.131**

³⁴ BBI **2017** 5961

³⁵ Abrufbar unter: www.fedlex.admin.ch: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2019/533/de#lv1_u2 (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

³⁶ BBI **2017** 5960

³⁷ BBI **2017** 5961

³⁸ BBI **2017** 5962

(Art. 5). Artikel 14 zählt die zulässigen Verweigerungsgründe auf.³⁹ Die Zustellung soll insbesondere verweigert werden können, wenn das Ersuchen eine Materie beschlägt, die vom Übereinkommen nicht erfasst ist (Art. 14 Abs. 1 Bst. a). Sollte der Empfänger an der von der ausländischen Behörde angegebenen Adresse nicht erreichbar sein oder sollte sich seine Adresse nicht leicht feststellen lassen, so darf das Zustellungsgesuch ebenfalls abgelehnt werden (Art. 14 Abs. 1 Bst. c). Von Bedeutung ist auch, dass sich die ersuchte Behörde auf den Standpunkt stellen darf, dass eine Zustellung die Souveränität, Sicherheit, öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen ihres Staates beeinträchtigen könnte (Art. 14 Abs. 1 Bst. b). Damit stehen dem ersuchten Staat ausreichende Handlungsmöglichkeiten offen, um im konkreten Einzelfall eine umsichtige Güterabwägung vorzunehmen und über die Zustellung und deren Modalitäten zu beschliessen.⁴⁰

3 Grundzüge der Vorlage

3.1 Die beantragte Neuregelung

3.1.1 Amtshilfeverfahren (Art. 42a E-FINMAG)

Gemäss Artikel 53 FINMAG sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968⁴¹ (VwVG) und damit dessen Bestimmungen über die Anhörungs-, Mitwirkungs- und Beschwerderechte auf das Amtshilfeverfahren der FINMA anwendbar. So ist heute insbesondere auch das Kundenverfahren nach Artikel 42a Absatz 2 und 4–6 FINMAG bzw. das Verwaltungsverfahren mit Anhörungs- und Beschwerderechten der betroffenen Kundinnen und Kunden Teil des Amtshilfeverfahrens der FINMA.

Das schweizerische Kundenverfahren stellt im internationalen Vergleich eine Seltenheit dar⁴² und wird von ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden kritisch betrachtet, weil es als relevante Einschränkung bei der Amtshilfefähigkeit der FINMA wahrgenommen wird. Die weitgehenden Anhörungs- und Beschwerdemöglichkeiten im schweizerischen Kundenverfahren entsprechen nicht mehr dem internationalen Standard⁴³. Dies erlaubt es zunehmend nicht, dass das schweizerische Finanzsystem für das grenzüberschreitende Geschäft offen ausgestaltet werden und sich über die Landesgrenzen hinaus vernetzen kann, ohne dass dabei die Transparenz, die Integrität und die Finanzstabilität gefährdet werden. Erfahrungen in der Amtshilfepraxis zeigen konkret auf, dass die heutigen Möglichkeiten zur Anhörung und zur Beschwerde im Kundenverfahren in den meisten Fällen gerade durch Akteure beansprucht werden, bezüglich derer ein begründeter Verdacht eines Insider- oder Marktmanipulationsdeliktes

³⁹ BBI 2017 5962

⁴⁰ BBI 2017 5962

⁴¹ SR 172.021

⁴² Gemäss Stefan Oesterhelt/Martin Zweifel in: Peter Sester/Beat Brändli/Oliver Bartholet/Reto Schiltknecht (Hrsg.), Finanzmarktrecht und Finanzmarktinfrastrukturen, St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht (Zürich/St. Gallen 2018), 517, Fn 27, kennt nur Liechtenstein einen entsprechenden Einbezug der betroffenen Bankkunden; vgl. ferner Urs Zulauf, Kooperation oder Obstruktion? – 20 Jahre Amtshilfe im Finanzmarktrecht vom Börsengesetz zum FINFRAG, in: GesKR 2015, 336 ff., 343.; Shelby du Pasquier/Valérie Menoud in: Rolf Watter/Rashid Bahar, Basler Kommentar zum FINMAG/FinfraG (2019), Art. 42a N 10.

⁴³ Vgl. Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht (2019), 602.

in ausländischen Finanzmarktinstrumenten besteht⁴⁴ und dies sogar oft in wiederholten Fällen.⁴⁵ Das Kundenverfahren (Akteneinsicht, Schriftenwechsel, Erlass einer Verfügung, Beschwerdeverfahren) wird dabei erfahrungsgemäss zur zeitlichen Verzögerung der Informationsübermittlung genutzt. Dabei spielt es keine Rolle, dass solche Beschwerden letztlich vor Gericht abgewiesen werden.

Internationale Gremien wie die Financial Action Task Force (FATF) beurteilen im Zusammenhang mit ihren Prüfungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung den erwähnten Rechtsrahmen der Schweiz ebenfalls kritisch. Daraus entsteht ein relevantes Reputationsrisiko für die Schweiz und ihren Finanzplatz. Wer an ausländischen Finanz- und Börsenplätzen handelt und investiert, muss heute konkret damit rechnen, dass die dortigen Finanzmarktaufsichtsbehörden im Bedarfsfall um Informationen ersuchen, bspw. hinsichtlich der Risiken zum betreffenden internationalen Finanzgeschäft oder der Identität der Kundinnen und Kunden und des Auftragshergangs im Marktaufsichtskontext. Dabei entspricht es wie erwähnt dem internationalen Standard⁴⁶, dass die entsprechenden Daten rasch und ohne Anhörungs- und Beschwerdeprozess übermittelt werden.

Obschon Wechselwirkungen bestehen können, unterscheidet sich die Zusammenarbeit zu Finanzmarktaufsichtszwecken von der internationalen Verwaltungszusammenarbeit in anderen Bereichen wie bspw. im Steuerbereich. Die steuerliche Amtshilfe zielt grundsätzlich auf die Steuerveranlagung ab⁴⁷, doch üben die Steuerbehörden keinerlei Aufsichtsfunktion über die Steuerpflichtigen aus. Die Finanzmarktaufsichtsbehörden nehmen andererseits im öffentlichen Interesse eine solche übergeordnete Kontroll- und Aufsichtsfunktion wahr; im selben Kontext sind sie für den Individual- wie auch den übergeordneten Funktionsschutz verantwortlich. Sie sind somit einerseits für die Gefahrenabwehr zugunsten der Gläubiger, Anleger und Versicher-

⁴⁴ Ein begründeter Verdacht im Amtshilfekontext besteht bspw. bei Insidergeschäften dann, wenn mit einer an einem ausländischen Handelsplatz zum Handel zugelassenen Effekte im Zusammenhang mit einer kursrelevanten Veröffentlichung zeitnah im Vorfeld und Nachgang zur Veröffentlichung mit diesbezüglichen Finanzinstrumenten gehandelt wurde. Beispiel: Führt die Veröffentlichung einer vertraulichen Information (bevorstehender Unternehmenszusammenschluss) zu einer voraussichtlichen Kurssteigerung der fraglichen Unternehmenstitel, kaufen Insider kurz vor der Veröffentlichung diesbezügliche Finanzinstrumente. Diese verkaufen sie dann nach der Veröffentlichung der vertraulichen Information aufgrund der Kurssteigerung mit Gewinn. Sehr oft wird der von der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde beschriebene Verdacht durch die Edition der Bankunterlagen bei den in die Transaktionen involvierten Schweizer Bankinstituten bestätigt. Weitere Elemente, die den Verdacht erhärten sind vergleichsweise hohe gehandelte Volumen der Finanzinstrumente sowie erstmaliges Investieren des Kunden in die entsprechenden Effekte.

⁴⁵ So haben bspw. im Zeitraum 2015–2022 verschiedene, in mutmasslichen Insiderringen miteinander verbundene (rund 10) Personen die Amtshilfe stark beschäftigt. Davon hat bspw. eine Person 7 Verfügungen veranlasst. Diese mutmasslichen Insiderringe wurden bzw. werden von mehreren ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden untersucht. Die den mutmasslichen Insiderringen angehörenden Personen tauchen auch aktuell in wiederkehrender Regelmässigkeit in verschiedenen Amtshilfedossiers auf und werden oftmals auch auf dem Weg der nachträglichen Notifikation übermittelt. Gewisse ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden sehen von Gesuchen mit nachträglicher Kundennotifikation ab, weil bei einer allfälligen späteren gerichtlichen Feststellung einer widerrechtlichen Übermittlung das ausländische Verfahren beeinträchtigt, evtl. sogar einer Revision unterzogen werden könnte. Einerseits kann es durch das vorgängige Kundenverfahren zu erheblichen Verzögerungen bei der Kooperation kommen, andererseits können beim nachträglichen Kundenverfahren für ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden Unwägbarkeiten und Rechtsunsicherheiten für ihre Verfahren entstehen. Dies schadet insgesamt der Reputation des schweizerischen Finanzplatzes.

⁴⁶ Vgl. unter Ziffer 2.1.1.

⁴⁷ Vgl. Artikel 26 Absatz 1 des Musterabkommens der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, abrufbar unter: [www.oecd-library.org: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_55ef4b9a-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_55ef4b9a-en#page1) (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

ten verantwortlich (Individualschutz); andererseits stehen sie im Rahmen ihrer Finanzmarktaufsichtsfunktion für die Vermeidung von systemischen Finanzkrisen, den Schutz des Vertrauens des Publikums in die Finanzintermediation und die Aufrechterhaltung eines funktionierenden und effizienten Marktes (übergeordneter Funktionsschutz) ein.

Sowohl mit Blick auf den Individual-, als auch den übergeordneten Funktionsschutz sind faire und transparente Märkte insbesondere im Finanzmarkt- und Wertpapierbereich sehr wichtig, was aber rasches und entschlossenes Vorgehen gegen Marktmissbrauch (Insiderdelikte, Marktmanipulation) erfordert. Zeitnahe Amtshilfeleistungen sind dabei angesichts der in der Regel äusserst raschen grenzüberschreitenden Abwicklung der Finanztransaktionen und der damit einhergehenden unmittelbaren Risiken für die Konsumenten und die Investoren erforderlich.

Gemäss Artikel 42a Absatz 4 FINMAG ist heute eine gewisse Einschränkung der Verfahrensrechte bei der Amtshilfe bereits vorgesehen. Die FINMA kann schon heute gemäss erwähnter Bestimmung davon absehen, die betroffenen Kundinnen und Kunden vor der Übermittlung der Informationen zu informieren, wenn der Zweck der Amtshilfe und die wirksame Erfüllung der Aufgaben der ersuchenden Behörde durch die vorgängige Information vereitelt würde (Vereitelungsgefahr). In diesen Fällen ist einzig eine nachträgliche Rechtskontrolle möglich, ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden wenden jedoch dagegen ein, dass gerade auch diese nachgelagerte Rechtskontrolle in der Schweiz die Rechtssicherheit bei der Beweisaufnahme im ausländischen Hauptverfahren gefährdet.⁴⁸

Des Weiteren stellt sich die Frage, inwiefern das Kundenverfahren überhaupt noch den Interessen der Kundinnen und Kunden entspricht, zumal heute die Kundinnen und Kunden selbst der formlosen Informationsübermittlung durch die Beaufichtigten an ausländische Behörden und Stellen regelmässig zustimmen. Aufgrund der breiten Verwendung von «Waivern» (Verzichtserklärungen) der Kundinnen und Kunden, mit welchen der weitgehenden formlosen Informationsübermittlung durch die betreffenden Beaufichtigten gemäss Artikel 42c FINMAG zugestimmt wird, sind die verbleibende Wirkung und der eigentliche Mehrwert der Geheimnispflichten gemäss heutigem Kundenverfahren der FINMA mindestens unklar.⁴⁹

Vorliegend werden zwei mögliche Änderungsvarianten vorgelegt: **Variante A** würde das Amtshilfverfahren straffen, indem die Anhörungs- und Beschwerderechte der betroffenen Kundinnen und Kunden (das Kundenverfahren) aufgehoben werden, was einer konsequenten Angleichung des Amtshilfverfahrens und seiner Anforderungen an die erwähnten bereits bestehenden weitgehenden Möglichkeiten der formlosen Informationsübermittlung direkt durch die Beaufichtigten darstellt. Die Umsetzung insbesondere dieser Variante würde es erlauben, einen klaren Rechtsrahmen für die internationale Zusammenarbeit der schweizerischen Aufsichtsbehörden einerseits und der Beaufichtigten andererseits zu schaffen, welcher die globale Rolle sowie die Reputation des schweizerischen Finanzplatzes eindeutig stärken würde.

⁴⁸ Dies entspricht der «Fruit of the poisonous tree»-Doktrin über die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten. Gemäss dieser Doktrin kann ein Verwertungsverbot zum Ausschluss nicht einzig des unzulässig erhobenen Erstbeweises, sondern auch der mittelbaren Folgebeweise führen, welche aufgrund des Erstbeweises entdeckt wurden. Als Folge davon wird das gesamte Verfahren gefährdet.

⁴⁹ Gemäss den AGB vieler schweizerischer Banken verzichten die Kundinnen und Kunden mit dem Eingehen einer Geschäftsbeziehung und der Durchführung von Transaktionen und Dienstleistungen insbesondere mit Auslandsbezug bereits heute auf den Schutz des Bankkundengeheimnisses und die Schutzvorschriften des DSG. Dabei erlauben die Kundinnen und Kunden ihrer Bank, Informationen gegenüber ausländischen Drittparteien (wie namentlich ausländische Behörden und Stellen) offenzulegen. Vgl. auch Digital-Finance Bericht Bundesrat vom Februar 2022, S. 24, wonach «die Bedeutung der Geheimnispflichten im Laufe der Zeit gewandelt hat (z. B. im Zusammenhang mit dem mittlerweile etablierten automatischen Informationsaustausch)».

Mit der **Variante B** würde das Kundenverfahren einerseits hinsichtlich Marktmissbrauchstatbeständen eingeschränkt, soweit sich diese auf den ausländischen Markt beziehen. Amtshilfesuche betreffend Insider- und Marktmanipulationsdelikte weisen häufig einen begründeten Verdacht einer Involvierung der betroffenen Kundinnen und Kunden/Konten auf.⁵⁰ So werden im Endergebnis mit dem Kundenverfahren sehr oft Kundinnen und Kunden geschützt, bezüglich welcher wie erwähnt ein begründeter Verdacht eines Insider- oder Marktmanipulationsdelikts in ausländischen Finanzmarktinstrumenten besteht. Nicht selten sind dabei über Jahre hinweg dieselben Personen auffällig. Entsprechend soll das Kundenverfahren gemäss dem neuen Artikel 42a Absatz 2 E-FINMAG in Fällen nicht zur Anwendung gelangen, in denen die Transaktionen der Kundinnen und Kunden sich am ausländischen Markt auswirken und das ausländische Amtshilfesuch im Zusammenhang mit einem Insiderdelikt oder einer Marktmanipulation steht.⁵¹ In diesen Fällen von Marktmissbrauchsuntersuchungen soll seitens der FINMA auch keine nachträgliche Informationspflicht bestehen. Bei allen übrigen Fällen (wie bspw. unerlaubte Tätigkeit, Verletzung von Melde- und Offenlegungspflichten) soll das Kundenverfahren weiterhin Anwendung finden.

In Bezug auf beide Varianten soll weiterhin gelten, dass die FINMA verfahrensmässig die gesetzlichen Voraussetzungen der Vertraulichkeit, der Spezialität und Verhältnismässigkeit gemäss Artikel 42 FINMAG sowie des genügenden Anfangsverdachts vor jeder Amtshilfeleistung konkret zu prüfen hat.⁵² Auch würde weiterhin das Editionsverfahren mit den nach VwVG geltenden Anhörungs- und Beschwerderechten der Informationsinhaber Anwendung finden.⁵³ Der spezielle Rechtsschutz für alle im Amtshilfeverfahren der FINMA Betroffenen soll in diesem Rahmen weiterhin gewährleistet sein.

Das Kundenverfahren, welches mit umfassenden Anhörungs- und Beschwerdemöglichkeiten ausgestattet ist, entspricht nicht mehr dem internationalen Standard und wird zunehmend als Hemmnis für eine effiziente Amtshilfe angesehen. Dies birgt Risiken für das international vernetzte Finanzsystem sowie für das Vertrauen in die Finanzmärkte und die Finanzmarktaufsicht der Schweiz und kann deren Ruf international gefährden. Im Kontext des Amtshilfeverfahrens stehen die individuellen Rechtsschutzinteressen im Spannungsfeld zum öffentlichen Interesse an stabilen, integren und transparenten Finanzmärkten sowie dem Schutz anderer Marktteilnehmer und ihrem legitimen Anspruch auf faire und transparente Märkte. Dieses Spannungsfeld zwischen den individuellen Rechten der Kundinnen und Kunden und den öffentlichen Interessen der Marktintegrität und Finanzstabilität erfordert eine Interessenabwägung.

⁵⁰ Häufig besteht aufgrund der im Amtshilfesuch dargelegten Kursentwicklung der fraglichen, am ausländischen Handelsplatz zugelassenen Effekte und den in zeitlicher Nähe zum kursrelevanten Ereignis identifizierten Transaktionen, die sich anhand der beim Schweizerischen Bankinstitut edierten Unterlagen bestätigen, ein dringender Verdacht eines marktmissbräuchlichen Verhaltens.

⁵¹ Marktmanipulations- und Insiderfälle machen rund 65 Prozent aller Amtshilfesuche aus (vgl. FINMA Enforcementstatistik 2020–2022, abrufbar unter www.finma.ch > Dokumentation > Finma-Publikationen > Statistiken und Kennzahlen > Statistiken > Enforcement: <https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/>, zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

⁵² Die FINMA hat hierbei zu überprüfen, ob genügend Anhaltspunkte für mögliche Verstösse gegen gesetzliche und reglementarische Vorschriften oder Marktverzerrungen vorliegen, welche das Amtshilfeersuchen rechtfertigen. Sie muss die Amtshilfe dann verweigern, wenn die verlangten Informationen in keinem Zusammenhang mit der Untersuchung stehen oder nicht sachbezogen sind, d. h. sich für die Abklärung des in Frage stehenden Sachverhalts nicht als potenziell relevant erweisen, sodass daraus eine verpönte Beweisforschung resultiert (fishing expedition). Die FINMA ist als ersuchte Behörde an die Sachverhaltsdarstellung der ausländischen Behörde gebunden, soweit diese nicht offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche enthält; vgl. Botschaft zum FinfraG, BBl 2014 7483, 7617.

⁵³ Wehrt sich ein Informationsinhaber gegen die Herausgabe von Daten (Absatz 1), hat dieses Verwaltungsverfahren lediglich die Herausgabe zum Gegenstand und verschafft betreffend die Übermittlung an die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde keine Parteistellung.

Angesichts der obenstehenden Ausführungen ist die Einschränkung der Anhörungs- und Beschwerderechte der Kundinnen und Kunden im Amtshilfeverfahren geeignet, erforderlich und zumutbar, um die vorliegend relevanten öffentlichen Interessen zu wahren. Der Paradigmenwechsel einer Aufhebung des Kundenverfahrens ist damit im Hinblick auf die überwiegenden öffentlichen Interessen gerechtfertigt.

3.1.2 Zusammenarbeit bei Anerkennungs- und Prüfverfahren ausländischer Behörden zum schweizerischen Regulierungsrahmen (Art. 42b^{bis} E-FINMAG)

Die Anerkennung des schweizerischen Regulierungsrahmens und der damit verbundenen Aufsichtspraxis der FINMA bildet häufig die Voraussetzung für den Marktzugang schweizerischer Finanzdienstleister im Ausland. Gestützt auf eine solche Anerkennung wie bspw. Äquivalenzanerkennungen der EU-Kommission können schweizerische Finanzdienstleister bspw. eine Bewilligung für die Aufnahme einer grenzüberschreitenden Tätigkeit im Ausland erhalten oder von regulatorischen Anforderungen im Tätigkeitsland befreit werden.⁵⁴ Die FINMA ist regelmässig in solche Prüfverfahren ausländischer Behörden wie bspw. europäischer Aufsichtsbehörden involviert und unterstützt diese Prüfungen im Hinblick auf eine Anerkennung des schweizerischen Regulierungsrahmens einschliesslich der in der Schweiz geltenden Aufsichtspraxis.

Die ausländischen Behörden, welche solche Anerkennungen und Prüfungen vornehmen, sind je nachdem keine eigentlichen Finanzmarktaufsichtsbehörden im Sinne von Artikel 42 FINMAG und die Zusammenarbeit in diesem Zusammenhang dient nicht einer eigentlichen Aufsichtstätigkeit über einen Finanzdienstleister bzw. nicht einem eigentlichen Finanzmarktaufsichtszweck. Sie dient wie erwähnt der Vorbereitung der Anerkennung des schweizerischen Regulierungsrahmens sowie der damit verbundenen Aufsichtspraxis der FINMA in einem bestimmten Finanzmarktbereich. Die übermittelten Informationen sollen die ausländische Behörde in die Lage versetzen, den schweizerischen Regulierungsrahmen und die verbundene Aufsichtspraxis zu evaluieren. Die Zusammenarbeit der FINMA bei Anerkennungs- und Prüfverfahren ausländischer Behörden zum schweizerischen Regulierungsrahmen fällt daher grundsätzlich nicht unter die eigentliche internationale Amtshilfe nach Artikel 42 f. FINMAG und diese Bestimmungen stellen daher unter Umständen keine genügende Rechtsgrundlage dar.

Je nach Situation stellt auch Artikel 42b FINMAG keine hinreichende Rechtsgrundlage für die Zusammenarbeit bei internationalen Anerkennungs- und Prüfverfahren zum schweizerischen Regulierungsrahmen dar. Ein Informationsaustausch gemäss Artikel 42b FINMAG kann grundsätzlich nur mit internationalen Organisationen oder Gremien stattfinden, an denen die Schweiz aktiv teilnimmt (z. B. mit Mitgliedsstatus oder als «Kooperationsmitglied»), sei dies über die FINMA, die SNB oder über eine Verwaltungsbehörde (vgl. dazu ausdrücklich auch Botschaft FinfraG⁵⁵). Es geht dabei um Organisationen, die sich auf die Erarbeitung von internationalen Standards in den Gebieten des Schutzes von Gläubigern, Investoren und Versicherten sowie des einwandfreien Funktionierens des Finanzmarkts konzentrieren. Darunter fallen etwa der Internationale Währungsfonds (IWF), der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS), die IAIS, die IOSCO, die FATF sowie der Financial Stability Board (FSB). Nach dem Wortlaut von Artikel 42b FINMAG ist dessen Anwendungsbereich zudem auf den Informationsaustausch bei multilateralen Initiativen dieser Organisationen und Gremien beschränkt. Eine Übermittlung von Informationen ausserhalb eines derartigen multilateralen Rahmens, welche bspw. nur von der Schweiz verlangt wird, würde vom Sinn von Artikel 42b FINMAG je nachdem nicht erfasst werden können. Hieraus ergibt sich, dass wie erwähnt auch Artikel 42b FINMAG, welcher ebenfalls einen Fall der internationalen Zusammenarbeit der FINMA ausserhalb der eigentlichen Amtshilfe nach Artikel

⁵⁴ Vgl. unter 2.3.

⁵⁵ BBI 2014 7483, 7619 und (zum analogen Art. 50b Nationalbankgesetz) 7600.

42 FINMAG regelt, für den Informationsaustausch im Rahmen von Anerkennungs- und Prüfverfahren ausländischer Behörden keine klare Rechtsgrundlage darstellt.

Ohne klare formell-gesetzliche Verankerung kann die FINMA unter Umständen die erwähnte internationale Zusammenarbeit zur Anerkennung des schweizerischen Regulierungsrahmens nicht in genügendem Umfang erbringen. Insbesondere können gemäss heutigem Recht grundsätzlich nur öffentlich zugängliche Informationen zur FINMA-Aufsichtspraxis, zu FINMA-Weisungen und Beaufsichtigten übermittelt werden. Die FINMA hat dabei den geschilderten ihr zur Verfügung stehenden Rechtsrahmen bereits ausgeschöpft. Entsprechend war die FINMA in der Vergangenheit nicht immer in der Lage, aus Sicht der prüfenden ausländischen Behörde diejenigen, insbesondere auch nicht öffentlich zugängliche Auskünfte bereitzustellen, die für die Prüfung des Regulierungsrahmens und der entsprechenden Aufsichtspraxis der FINMA benötigt wurden. Diese unsicheren gesetzlichen Offenlegungsmöglichkeiten der FINMA beeinflussen die Prüfergebnisse schliesslich negativ.

Ausgehend vom bereits bestehenden Artikel 42b FINMAG, welcher wie erwähnt ebenfalls einen Fall der internationalen Zusammenarbeit der FINMA ausserhalb der eigentlichen Amtshilfe nach Artikel 42 FINMAG regelt, soll mit dem neuen Artikel 42b^{bis} E-FINMAG eine spezifische Rechtsgrundlage geschaffen werden, welche die Übermittlung von nicht öffentlich zugänglichen Informationen zum schweizerischen Regulierungsrahmen und der entsprechenden Aufsichtspraxis der FINMA im Rahmen von Anerkennungs- und Prüfverfahren durch ausländische Behörden ausdrücklich und klar erlaubt, sofern diese Informationen von der FINMA als für die Zwecke der Prüfung des schweizerischen Regulierungsrahmens und der damit verbundenen Aufsichtspraxis als relevant erachtet werden.

Solche Informationen beinhalten insbesondere FINMA-interne Weisungen und Prozesse und Auszüge aus FINMA-Aufsichtsdossiers, welche auch Informationen über FINMA-Beaufsichtigte enthalten können, so u. a. FINMA-Aufsichtsprogramme und -prioritäten hinsichtlich eines beaufsichtigten Instituts, Beispiele von Gewährsprüfungen sowie Auszüge von Aufsichts- und Prüfberichten.

3.1.3 Informationsübermittlung durch Beaufsichtigte (Art. 42c E-FINMAG)

Artikel 42c FINMAG wurde vom Gesetzgeber als Entlastung für die Beaufsichtigten und vor allem deren Mitarbeitern eingeführt. Beaufsichtigte sollten ihren Verpflichtungen gegenüber ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren mit der Aufsicht betrauten Stellen rechtssicher nachkommen können, ohne dass sich deren Mitarbeiter permanent der Gefahr aussetzen, sich nach Artikel 271 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB)⁵⁶ strafbar zu machen. Artikel 42c FINMAG beschränkt sich jedoch nicht ausschliesslich auf Anwendungsfälle von Artikel 271 StGB.

Gemäss dem geltenden Artikel 42c Absatz 1 FINMAG dürfen Beaufsichtigte den zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren mit der Aufsicht betrauten ausländischen Stellen nicht öffentlich zugängliche Informationen übermitteln, sofern die Voraussetzungen der Amtshilfe erfüllt sind und die Rechte von Kunden und Dritten gewahrt bleiben. Nach Artikel 42c Absatz 2 FINMAG dürfen sie darüber hinaus nicht öffentliche Informationen, die im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen, ausländischen Behörden und den von diesen beauftragten Stellen übermitteln, wenn die Rechte von Kunden und Dritten gewahrt bleiben. Der geltende Artikel 42c FINMAG schreibt weiter in Absatz 3 vor, dass eine Informationsübermittlung durch den Beaufsichtigten direkt an eine ausländische Behörde oder beauftragte Stelle vorgängig der FINMA gemeldet werden muss, soweit diese Übermittlung von wesentlicher Natur gemäss Artikel 29 Absatz 2 FINMAG ist. Die FINMA verfügt immer über die Möglichkeit, einen Amtshilfedorbehalt anzubringen, wovon sie

⁵⁶ SR 311.0

seit Einführung von Artikel 42c FINMAG im Jahr 2016 nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht hat⁵⁷.

Die Ex-post-Evaluation⁵⁸ des FINMA-Rundschreibens 2017/6 Direktübermittlung⁵⁹ zeigte, dass die Auslegung des Artikels 42c Absatz 1 und 2 FINMAG in der Praxis bei den Finanzdienstleistern zu Rechtsunsicherheiten führt. Mit der vorgesehenen Änderung von Artikel 42c FINMAG soll daher das Verhältnis zwischen Absatz 1 und Absatz 2 geklärt werden, indem die entsprechenden Anforderungen, vor allem auch die Zweckerfordernisse sowie der Anwendungsbereich der Bestimmungen näher definiert werden. Auch soll die Rolle der FINMA in diesem Zusammenhang geklärt werden sowie eine kohärente Ausrichtung der Anforderungen an die direkte Zusammenarbeit der Beaufsichtigten entsprechend den Anforderungen an die Zusammenarbeit der Behörden bzw. die Amtshilfe der FINMA erfolgen.

Insbesondere soll Artikel 42c Absatz 1 E-FINMAG die Informationsübermittlung direkt durch die Beaufsichtigten von nicht öffentlich zugänglichen Informationen zu Aufsichtszwecken an Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren mit der Aufsicht betrauten ausländische Stellen regeln. Diese Informationsübermittlung soll nur zulässig sein, soweit die Voraussetzungen der Amtshilfe der FINMA (d. h. der Vertraulichkeit und Spezialität gemäss Art. 42 Abs. 2 FINMAG) erfüllt sind und die Rechte von Kundinnen und Kunden sowie Dritten gewahrt bleiben. Die Informationsübermittlungen gemäss Artikel 42c Absatz 1 E-FINMAG müssen der FINMA vorgängig gemeldet werden, soweit diese von wesentlicher Bedeutung gemäss Artikel 29 Absatz 2 FINMAG sind (vgl. Art. 42c Abs. 2 E-FINMAG). Dies ist dann der Fall, wenn eine Information selbst von wesentlicher Bedeutung im Sinne von Artikel 29 Absatz 2 FINMAG ist, so dass sie auch unabhängig von einer allfälligen Übermittlung eine Meldepflicht auslösen würde, oder die Übermittlung als solche von wesentlicher Bedeutung ist; d. h. eine Information kann auch dadurch zur Information von wesentlicher Bedeutung werden, dass ihre Übermittlung ins Ausland beabsichtigt wird. Bei der Beurteilung der wesentlichen Bedeutung gemäss Absatz 3 von Artikel 42c E-FINMAG kommt es auf den Zeitpunkt der Übermittlung an.

Weiter soll der geänderte Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG vorsehen, dass Beaufsichtigte darüber hinaus nicht öffentlich zugängliche Informationen, welche im Zusammenhang mit Geschäften von Kundinnen und Kunden oder Beaufsichtigten stehen und diese für die Durchführung der Geschäfte nach dem jeweils anwendbaren ausländischen Recht (in der Regel das Finanzmarktrecht) erforderlich sind, selbst direkt ins Ausland übermitteln können. Im Unterschied zu den Informationsübermittlungen gemäss Artikel 42c Absatz 1 E-FINMAG dienen die Informationsübermittlungen nach Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG keinem Finanzmarktaufsichtszweck, was in der Bestimmung ausdrücklich erwähnt wird. Letztere Informationsübermittlungen, welche in der Regel geringfügiger bzw. niederschwelliger Natur sind, stehen wie erwähnt im Zusammenhang mit den Geschäften der Kundinnen und Kunden oder Beaufsichtigten und erfolgen nach dem jeweils anwendbaren ausländischen Recht zum Zweck der Durchführung dieser Geschäfte.

⁵⁷ Gemäss Angaben der FINMA brachte sie in den Jahren 2017–2022 lediglich 15-mal einen Amtshilfevorbehalt an.

⁵⁸ Vgl. Bericht über die Evaluation vom 19. Juli bis 13. September 2019 zum Rundschreiben 2017/6 «Direktübermittlung» und Erläuterungen zum Entwurf des teilrevidierten Rundschreibens, abrufbar unter www.finma.ch > Dokumentation > Anhörungen und Evaluationen > Abgeschlossene Anhörungen > 2020: https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/20200820-anh-rs-17-06/eb_rs17_06_anh20200820.pdf?la=de (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

⁵⁹ Vgl. Rundschreiben 2017/6 Direkte Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen an ausländische Behörden und Stellen durch Beaufsichtigte, abrufbar unter www.finma.ch > Dokumentation > Rundschreiben: https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2017-06-20210401.pdf?sc_lang=de&hash=09B150594E51CAE6CF942EF638652BEA (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

Ein Hauptanwendungsfall von Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG sind Meldungen von Beaufichtigten an ausländische Transaktionsregister im Rahmen von Effektengeschäften für ihre Kunden. Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG ist aber nicht einzig auf standardisierte Massenmeldungen aufgrund ausländischer Melde- und Informationspflichten eingeschränkt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen können auch andere Übermittlungen in Einzelfällen vorgenommen werden, wozu beispielsweise spezifische Antworten der Beaufichtigten auf individuelle Anfragen betreffend einzelne Transaktionen oder Kunden gehören können⁶⁰.

In diesen Fällen der direkten Informationsübermittlung durch die Beaufichtigten nach Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG muss weder das Spezialitäts-, noch das Vertraulichkeitsprinzip eingehalten werden, sondern es ist lediglich sicherzustellen, dass die Rechte der betroffenen Kundinnen und Kunden sowie Dritten gewahrt bleiben. Dies ist dadurch gerechtfertigt, weil es sich hierbei nicht um eine Form der Informationsübermittlung handelt, welche durch die FINMA auf dem Amtshilfegeweg geleistet werden könnte (die Informationsübermittlung dient keinem Aufsichtszweck). Weil die FINMA in diesen Fällen keine Amtshilfe leisten könnte, müssen sie der FINMA auch nicht gemeldet werden. Jedenfalls können auch in diesem Rahmen Informationen weder an eine ausländische Steuer- oder Strafbehörde, noch an eine ausländische Stelle übermittelt werden, welche von einer ausländischen Steuer- oder Strafbehörde spezifisch beauftragt wurde.

Die FINMA kann gegenüber den Beaufichtigten und bestimmten ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden generell und zum Voraus auf die Geltendmachung des Amtshilfedorbhalts gemäss Artikel 42c Absatz 4 E-FINMAG verzichten.

3.1.4 Grenzüberschreitende Zustellung von Dokumenten zu Finanzmarktaufsichtszwecken (Art. 42d E-FINMAG)

In der internationalen Zusammenarbeit zu Finanzmarktaufsichtszwecken stellt sich regelmässig die Frage, ob und wie ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden amtliche Schriftstücke an Adressaten in der Schweiz zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zustellen können bzw. ob und wie die FINMA amtliche Schriftstücke an Adressaten im Ausland rechtswirksam zustellen kann. Beispielsweise muss eine Verfügung korrekt eröffnet werden, damit sie wirksam werden kann (Art. 34 Abs. 1 VwVG). Mit der Eröffnung wird dem Adressaten ermöglicht, den Verfügungsinhalt zur Kenntnis zu nehmen.⁶¹ Die Zustellung stellt dabei «einen <technischen Vorgang [dar], bei welchem den Adressatinnen und Adressaten die Verfügung übermittelt wird»; sie ist also eine Teilhandlung im Rahmen des Eröffnungsvorgangs⁶².

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Rechtslage wie folgt beschrieben: «En effet, la notification d'un acte officiel susceptible de déployer des effets juridiques (par opposition à un acte au contenu purement informatif) constitue un acte de puissance publique dont l'exécution incombe aux autorités locales [...]. C'est pourquoi lorsque la notification doit intervenir à l'étranger, il convient de procéder par la voie diplomatique ou consulaire à moins qu'une convention internationale ne prévoie expressément le contraire [...]. La notification directe, à l'étranger, par la poste est un acte d'autorité publique sur territoire étranger. Une autorité judiciaire ou un organisme de l'Etat d'envoi ne peut y procéder qu'avec le consentement de l'Etat de destination. La notification irrégulière d'un acte judiciaire est dépourvue d'effet.»⁶³ Diese Rechtsauffassung fusst auf der Vorstellung, dass die Zustellung amtlicher Schriftstücke auf fremdem Hoheitsgebiet einen Eingriff in die staatliche Souveränität darstellt. Ohne entsprechende staatsvertragliche Abrede stellt die direkte postalische Zustellung im Lichte des Völkerrechts

⁶⁰ Vgl. FINMA Ex-Post-Evaluationsbericht, S. 17.

⁶¹ Vgl. Felix Uhlmann/Alexandra Schilling-Schwank, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. A. Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 34, Rz. 2.

⁶² Vgl. Felix Uhlmann/Alexandra Schilling-Schwank, Art. 34, Rz. 9.

⁶³ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Aug. 2011, C-2343/2009, E.2.2.

einen Eröffnungsmangel dar⁶⁴. Im Bundesrecht und insbesondere auch im Staatsvertragsrecht findet sich heute eine zunehmende Zahl von Bestimmungen, die eine direkte Zustellung von verwaltungsrechtlichen Schriftstücken aus dem Ausland erlauben⁶⁵.

Angesichts des Bedürfnisses nach möglichst rascher und direkter Kommunikation auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht⁶⁶ bspw. in Fällen von Gesetzesverstössen und zum Schutz der Integrität und Transparenz des Finanzmarktes ist es wichtig, dass die grenzüberschreitende Zustellung von Dokumenten zu Finanzmarktaufsichtszwecken an Adressaten in der Schweiz oder im Ausland möglichst direkt erfolgen kann. Die Möglichkeit der direkten Zustellung zu Finanzmarktaufsichtszwecken ist heute oft auch eine der Voraussetzungen dafür, dass schweizerische Finanzdienstleister zum grenzüberschreitenden Geschäft bewilligt werden können. Die geltenden Amtshilfebestimmungen des FINMAG bilden jedoch keine Grundlage für eine rechtskonforme grenzüberschreitende Zustellung amtlicher Dokumente zu Finanzmarktaufsichtszwecken vom Ausland in die Schweiz. Eine solche Zustellung ist auch gegenüber den Staaten, welche wie die Schweiz das Übereinkommen SEV Nr. 094 ratifiziert haben, nicht zulässig, weil die Schweiz die Finanzmarktaufsicht von dessen Anwendungsbereich ausgenommen hat.⁶⁷

Aus den oben dargelegten Gründen wird vorliegend einerseits vorgeschlagen, dass in einem neuen Artikel 42d E-FINMAG die Befugnis an die FINMA erteilt werden soll, auf Ersuchen einer ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde die grenzüberschreitende Zustellung von Dokumenten an einen Adressaten in der Schweiz auch auf direktem und postalischem Weg zu erlauben, wenn diese zu Finanzmarktaufsichtszwecken erfolgt und Gegenrecht mit dem Staat der ersuchenden Finanzmarktaufsichtsbehörde besteht. Die direkte Zustellung von Schriftstücken mit Rechtswirkung zu Beweiserhebungszwecken für ausländische Untersuchungen oder Verfahren bzw. zur Feststellung eines noch nicht definierten Sachverhalts (bspw. Editionsverfügungen, Aufgebot zu Parteien- oder Zeugenaussagen u. dgl.) soll andererseits nach wie vor im Widerspruch zu den Amtshilfebestimmungen nach Artikel 42 ff. FINMAG stehen und daher unzulässig sein⁶⁸. Diese Amtshandlungen müssen wie bisher über die Amtshilfe der FINMA ersucht werden und können auf schweizerischem Staatsgebiet nur durchge-

⁶⁴ Urteil 2C_827/2015 und 2C_828/2015 des Bundesgerichts vom 3. Juni 2016 (auszugsweise publiziert in BGE 142 II 411), amtlich nicht veröffentlichte E. 3.2. Das Bundesgericht präzisiert in diesem Urteil, dass eine in Verletzung des Territorialitätsprinzips erfolgte direkte postalische Zustellung die Anfechtbarkeit der Verfügung begründet, aber nicht zu ihrer Nichtigkeit führt. Im Urteil 4A 161/2008 vom 1. Juli 2008, E. 4.1, kam das Bundesgericht allerdings zum Schluss, dass die souveränitätsverletzende Zustellung eines einleitenden Schriftstückes in einer privatrechtlichen Streitigkeit nichtig sei; der Empfänger des Schriftstückes dürfe sich auf die Völkerrechtswidrigkeit der Zustellung berufen, um sich gegen die Anerkennung des Entscheides in der Sache zu widersetzen.

⁶⁵ So ist bspw. das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) befugt, gegenüber der zuständigen ausländischen Stelle zu erklären, dass im Bereich des geistigen Eigentums in der Schweiz die direkte Zustellung zulässig ist, sofern der Schweiz Gegenrecht gewährt wird (vgl. Art. 42 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben, Markenschutzgesetz, MSchG, SR **232.11**). Auch wurde mit dem Zusatzabkommen vom 27. Aug. 2009 zum Doppelbesteuerungsabkommen mit Frankreich die direkte postalische Zustellung für die Eröffnung von Steuerforderungen vereinbart; siehe dazu BBI **2009** 1631, S. 1642 (siehe Art. 28^{bis} Abs. 2 SR **0.672.934.91**). Siehe auch Artikel 29 des Sozialversicherungsabkommens der Schweiz mit Brasilien (SR **0.831.109.198.1**).

⁶⁶ Vgl. in diesem Sinne auch Art. 42c FINMAG, welcher umgekehrt die direkte Kontaktnahme und den weitgehend formlosen Austausch des schweizerischen Beaufsichtigten mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden sowie weiteren Behörden erlaubt.

⁶⁷ Vgl. Ziffer 2.4.

⁶⁸ Solche Amtshandlungen eines ausländischen Staates oder für einen ausländischen Staat auf dem schweizerischen Staatsgebiet stellen weiterhin eine Verletzung der schweizerischen Souveränität dar und stehen – wenn sie ohne die erforderliche Bewilligung eines Departements oder des Bundesrates (Art. 31 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. Nov. 1998, RVOV) vorgenommen werden – gemäss Artikel 271 des Strafgesetzbuches (StGB) unter Strafe.

führt werden, soweit die geltenden Amtshilfebestimmungen des FINMAG dies erlauben. Weiter soll der Bundesrat dazu ermächtigt werden, die erwähnten auf die Finanzmarktaufsicht bezogenen Schweizer Erklärungen zum Übereinkommen SEV Nr. 094 zu ändern. Zu diesem Zweck wird ein entsprechender Bundesbeschluss vorgelegt.

3.1.5 Grenzüberschreitende Prüfungen (Art. 43 E-FINMAG)

Die FINMA kann gemäss dem geltenden Artikel 43 Absatz 1 FINMAG zum Vollzug der Finanzmarktgesetze bzw. zu Finanzmarktaufsichtszwecken grenzüberschreitende Prüfungen im Ausland ausschliesslich bei Beaufsichtigten selber vornehmen oder durch Prüfgesellschaften oder beigezogene Prüfbeauftragte vornehmen lassen. Umgekehrt kann sie gemäss aktuellem Wortlaut von Artikel 43 Absatz 2 FINMAG ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden grenzüberschreitende Prüfungen bei Beaufsichtigten in der Schweiz nur erlauben⁶⁹, sofern diese Behörden im Rahmen der Herkunftslandkontrolle für die Aufsicht des geprüften Beaufsichtigten oder in ihrem Hoheitsgebiet für die Beaufsichtigung der Tätigkeit des geprüften Beaufsichtigten zuständig sind und dabei die Voraussetzungen für die Amtshilfe nach Artikel 42 Absatz 2 FINMAG erfüllt sind. Unklarheiten bestehen seit jeher bei Geschäftsauslagerungen (Outsourcings) inner- oder ausserhalb einer Gruppe, wenn die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde den Schweizer Dienstleistungserbringer nicht formell in eine konsolidierte Aufsicht einbezogen hat (also nicht Heimaufsichtsbehörde bzw. Home Supervisor ist) und der externe Dienstleistungserbringer von der FINMA nicht beaufsichtigt wird.

Vor dem Hintergrund zunehmender gruppeninterner wie auch -externer Auslagerungen von Tätigkeiten, Aufgaben und Geschäften an nicht beaufsichtigte Unternehmen erweist sich die erwähnte Regelung in Artikel 43 FINMAG aus heutiger Sicht als zu eng. Mit dem revidierten Artikel 43 Absatz 1 E-FINMAG soll die FINMA einerseits die Möglichkeit erhalten, grenzüberschreitende Prüfungen zum Vollzug der Finanzmarktgesetze bzw. zu Finanzmarktaufsichtszwecken überall dort im Ausland zu ersuchen, wo die relevanten Informationen belegen sind, unabhängig davon, ob das geprüfte Unternehmen im Ausland beaufsichtigt wird oder nicht. Andererseits soll neu in Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe c E-FINMAG vorgesehen werden, dass die FINMA grenzüberschreitende Prüfungen ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden bei nicht beaufsichtigten Dienstleistungserbringern in der Schweiz auch dann erlauben kann, wenn diese Dienstleistungserbringer nicht formell in eine konsolidierte Aufsicht aus dem Ausland einbezogen sind, solange ein Auslagerungsverhältnis des geprüften Dienstleistungserbringers mit einem im Ausland beaufsichtigten Finanzinstitut besteht. In diesem Fall wie auch im Fall von Benchmark Administratoren (neuer Buchstabe b), deren Tätigkeit einzig im Ausland beaufsichtigt wird, soll die FINMA grenzüberschreitende Prüfungen erlauben können, soweit die Voraussetzungen für die Amtshilfe gemäss Artikel 42 Absatz 2 FINMAG erfüllt sind. Wie bisher soll die FINMA befugt sein, die Erlaubnis zur Durchführung einer grenzüberschreitenden Prüfung nebst im Einzelfall auch generell im Voraus für bestimmte Finanzmarktaufsichtsbehörden zu erteilen.

Artikel 43 Absätze 3^{bis} und 3^{ter} FINMAG regeln heute den sog. «Private Banking Carve Out» bzw. die Möglichkeit des Zugangs zu Informationen von Kundinnen und Kunden anlässlich einer direkten grenzüberschreitenden Prüfung durch eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde. Im Wesentlichen sieht der heutige Artikel 43 Absatz 3^{bis} FINMAG vor, dass die FINMA diese Informationen selbst erhebt und diese den ersuchenden Behörden im Rahmen der ordentlichen Amtshilfe übermittelt. Artikel 42a FINMAG (Amtshilfeverfahren) findet dabei Anwendung. Zudem kann die FINMA gemäss Artikel 43 Absatz 3^{ter} FINMAG einer ausländi-

⁶⁹ Grenzüberschreitende Prüfungen mit Prüfhandlungen bedürfen der vorgängigen Erlaubnis der FINMA. Davon zu unterscheiden sind sog. «Courtesy Visits» sowie grenzüberschreitende Prüfungen ohne Prüfhandlungen, welche höchstens eine vorgängige Meldung an die FINMA voraussetzen; vgl. hierzu auch Wegleitung für Treffen nach Art. 43 FINMAG (Ausgabe vom 3. März 2017), insb. Ziff. 2.1 und 2.2, abrufbar unter: www.finma.ch > Durchsetzung > Amtshilfe > Internationale Amtshilfe > Vor-Ort-Kontrollen (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

schen Finanzmarktaufsichtsbehörde, welche für die konsolidierte Aufsicht des geprüften Beaufichtigten verantwortlich ist, für Zwecke nach Artikel 43 Absatz 3 FINMAG erlauben, eine beschränkte Anzahl einzelner Kundendossiers einzusehen. Die Auswahl der Dossiers muss zufällig anhand von im Voraus festgelegten Kriterien erfolgen.

Für den Fall, dass das Kundenverfahren gemäss Artikel 42a Absätze 2 und 4-6 FINMAG nicht vollständig aufgehoben wird (siehe Variante A für Art. 42a E-FINMAG) und weiterhin Anwendung findet, soll die FINMA neu gemäss Variante A für Artikel 43 Absatz 3^{ter} E-FINMAG bei einer direkten grenzüberschreitenden Prüfung auch die direkte Einsichtnahme in Kundendossiers im Anwendungsbereich des Private Banking Carve-Out (vgl. Abs. 3^{bis}) erlauben können, soweit dies im Rahmen der Verhältnismässigkeit erfolgt und eine direkte Übermittlung gemäss Artikel 42c E-FINMAG möglich wäre. Insbesondere müssen dabei die Rechte der betroffenen Kundinnen und Kunden wie auch eventuell betroffener Drittpersonen gewahrt sein, dies i.d.R. durch eine Zustimmung bzw. eine Verzichtserklärung (Waiver) der betroffenen Kundinnen und Kunden oder Drittpersonen.

Ob und in welchem Umfang Informationen von Kundinnen und Kunden sowie Drittpersonen anlässlich einer grenzüberschreitenden Prüfung eingesehen werden dürfen, soll sich in den Fällen von Artikel 42c Absatz 1 E-FINMAG gemäss den Grundsätzen der Spezialität und Vertraulichkeit sowie der Verhältnismässigkeit (Art. 42 Abs. 2 und 4 FINMAG) ergeben. Prüfungen dürfen jedenfalls nicht primär dazu dienen, Informationen von Kundinnen und Kunden sowie Drittpersonen uneingeschränkt einzusehen; insbesondere müsste sich die ausländische Behörde anhand von im Voraus zu benennenden Kriterien auf ein Sample von Kunden beschränken.

Sofern die Voraussetzungen einer Direktübermittlung nach Artikel 42c E-FINMAG erfüllt sind, dürfen nicht öffentliche Informationen (inkl. die eingesehenen, verhältnismässigen Kundeninformationen) auch während der Prüfung vor Ort direkt gemäss Artikel 42c E-FINMAG an die ausländische Behörde ins Ausland übermittelt werden.

Soweit die Übermittlung nach Artikel 42c E-FINMAG nicht zulässig ist (bspw. mangels vorliegender Waiver), soll die FINMA der ausländischen, für die konsolidierte Aufsicht des Geprüften verantwortlichen Finanzmarktaufsichtsbehörde und ihren Beauftragten für die Zwecke nach Artikel 43 Absatz 3 FINMAG wie bis anhin erlauben können, eine beschränkte Anzahl einzelner Kundendossiers nach Artikel 43 Absatz 3^{bis} FINMAG einzusehen. Die Auswahl dieser Dossiers muss zufällig anhand von im Voraus festgelegten Kriterien erfolgen.

Sollte das Kundenverfahren vollständig aufgehoben werden (siehe Variante A für Art. 42a E-FINMAG), wird in der Variante B für Artikel 43 E-FINMAG vorgeschlagen, dass auch das sogenannte "Private Banking Carve Out" vollständig aufgehoben wird. Dies bedeutet, dass die vollständige Aufhebung des aktuellen Kundenverfahrens gemäss der Variante A für Artikel 42a E-FINMAG zwangsläufig auch die Aufhebung des Kundenschutzes gemäss Artikel 43 Absatz 3^{bis} und 3^{ter} FINMAG mit einschliesst.

3.1.6 Amtshilfebestimmungen des Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (RAG)

Analog zur Änderung der Amtshilfebestimmungen des FINMAG werden mit Blick auf die Beaufsichtigung der Schweizer Ländergesellschaften der globalen Revisionsnetzwerke auch die Amtshilfebestimmungen über die Zusammenarbeit mit ausländischen Revisionsaufsichtsbehörden (Artikel 26 RAG) und zu grenzüberschreitenden Prüfungshandlungen (Artikel 27 RAG) angepasst. Die erwähnten Bestimmungen des RAG werden jenen des FINMAG sinngemäss angeglichen und es wird zudem die Durchführung von Inspektionen via Fernkommunikation ausdrücklich geregelt. Analog zur Änderung des FINMAG wird weiter eine explizite neue Rechtsgrundlage für die Direktübermittlung von Informationen durch die beaufsichtigten Revisionsunternehmen an ausländische Revisionsaufsichtsbehörden (Art. 26a E-RAG) sowie für

die grenzüberschreitende Zustellung von Dokumenten zu Aufsichtszwecken (Art. 26b E-RAG) geschaffen.

3.1.7 Amtshilfebestimmungen des Bundesgesetzes über die Schweizerische Nationalbank (NBG)

Gleichzeitig mit der Änderung der Amtshilfebestimmungen des FINMAG besteht der Bedarf einer Angleichung der Amtshilfebestimmungen auch des NBG an diejenigen des FINMAG in Bezug auf die Tätigkeit der Schweizerischen Nationalbank (SNB) als Überwacherin systemisch bedeutsamer Finanzmarktinfrastrukturen (FMI). In diesem Sinne wird Artikel 21 NBG (Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden) neu mit den 2016 eingeführten Amtshilfeanforderungen gemäss Artikel 42 Absatz 2 Buchstabe a FINMAG (Spezialitätsgrundsatz und Datenweiterleitung) ergänzt. Weiter wird ein neuer Artikel 50b^{bis} E-NBG (Zusammenarbeit bei Prüfungen des Regulierungsrahmens durch ausländische Behörden) analog zu Artikel 42b^{bis} FINMAG vorgesehen, um das gemeinsame Auftreten von SNB und FINMA insbesondere bei EU-Äquivalenzprüfungen und Monitorings im Bereich der FMI zu erleichtern.

3.2 Umsetzungsfragen

Der Erlass einer Verordnung des Bundesrates zur Umsetzung der geänderten Gesetzesbestimmungen des FINMAG, des RAG und des NBG ist nicht vorgesehen und nicht erforderlich. Der Vollzug der geänderten Bestimmungen ist für den jeweiligen Zuständigkeitsbereich in der Verantwortlichkeit der FINMA, der RAB oder der SNB, welche im Rahmen der Erarbeitung der Vernehmlassungsvorlage konsultiert wurden und mitgewirkt haben. Das EFD bzw. das BJ kann in besonderen Fällen beim Vollzug beigezogen werden⁷⁰.

4 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

4.1 Finanzmarktaufsichtsgesetz

Art. 42a

Variante A (Straffung des Amtshilfeverfahrens durch Aufhebung der Anhörungs- und Beschwerderechte der Kundinnen und Kunden)

Absätze 2, 4–6

Die Umsetzung insbesondere dieser Variante würde es erlauben, einen klaren Rechtsrahmen für die internationale Zusammenarbeit der schweizerischen Finanzmarktaufsichtsbehörde einerseits und der Beaufsichtigten andererseits zu schaffen, welcher die globale Rolle sowie die Reputation des schweizerischen Finanzplatzes eindeutig stärken würde.

Der Schutzbedürftigkeit der Betroffenen soll im Amtshilfeverfahren der FINMA nach wie vor und trotz Änderung von Absatz 2 sowie Aufhebung der Absätze 4–6 von Artikel 42a FINMAG im Rahmen des Spezialitäts- und Vertraulichkeitsgrundsatzes nach Artikel 42 Absatz 2 FINMAG und gemäss dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Artikel 42 Absatz 4 FINMAG Rechnung getragen werden. Im Amtshilfeverfahren der FINMA soll auch weiterhin ein genügender Anfangsverdacht vor der ersuchten Amtshilfeleistung konkret geprüft werden müssen. Mit Änderung von Absatz 2 sowie Aufhebung der Absätze 4–6 ist ein Verwaltungsverfahren nach VwVG auch weiterhin im Rahmen der Edition (der Informationsbeschaffung) nach Absatz 1 möglich und zwar im Fall, dass der Informationsinhaber sich gegen die Herausgabe der

⁷⁰ Vgl. Art. 42b^{bis} Abs. 2 FINMAG, Art. 50b^{bis} Abs. 2 NBG und Art. 26 Abs. 3 RAG

Daten wehrt.⁷¹ Ein Verwaltungsverfahren mit Anhörungs- und Beschwerderechten der betroffenen Kundinnen und Kunden in Bezug auf die Amtshilfeleistung der FINMA bzw. die Übermittlung von Informationen nach Artikel 42 Absatz 2 FINMAG soll hingegen nicht mehr vorgesehen sein; d.h. die Übermittlung der Informationen an die ersuchende ausländische Behörde durch die FINMA soll – soweit der Anfangsverdacht gegeben ist und das Verhältnismässigkeits-, Vertraulichkeits- und Spezialitätsprinzip erfüllt sind – diesbezüglich formlos erfolgen. Gemäss der neuen Regelung bzw. der Aufhebung von Artikel 42a Absatz 4 FINMAG soll die FINMA auch keine nachträgliche Notifikationspflicht gegenüber den betroffenen Kundinnen und Kunden haben.⁷²

Im Editionsverfahren wird die Akteneinsicht wie bisher ausschliesslich gemäss Absatz 3 gewährt. Die FINMA kann die Einsichtnahme in die Korrespondenz mit ausländischen Behörden verweigern. Artikel 28 VwVG bleibt vorbehalten.

Variante B

Absatz 2

Der Schutzbedürftigkeit der Betroffenen soll im Amtshilfeverfahren der FINMA nach wie vor im Rahmen des Spezialitäts- und Vertraulichkeitsgrundsatzes nach Artikel 42 Absatz 2 FINMAG und gemäss dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Artikel 42 Absatz 4 FINMAG Rechnung getragen werden. Im Amtshilfeverfahren soll die FINMA einen genügenden Anfangsverdacht weiterhin vor der ersuchten Amtshilfeleistung konkret prüfen müssen. Auch soll der Informationsinhaber im Rahmen der Edition (der Informationsbeschaffung) nach Absatz 1 weiterhin die Möglichkeit gemäss VwVG haben, sich gegen die Herausgabe der Daten zu wehren.

Bei Finanzdienstleistern, die in der Schweiz oder im Ausland im Sinne von Artikel 3 FINMAG beaufsichtigt sind, räumt die FINMA jedoch bereits heute keine Verfahrensrechte gemäss VwVG ein, zumal diesen besondere Informations- und Zusammenarbeitspflichten gegenüber den zuständigen Finanzmarktaufsichtsbehörden zukommen (vgl. hinsichtlich der von der FINMA beaufsichtigten Institute Art. 29 FINMAG). Die Übermittlung von Informationen, welche «institutsspezifischer» Natur sind bzw. sich auf das beaufsichtigte Institut beziehen, erfolgt daher bereits heute ohne Verfahren nach VwVG bzw. formlos.⁷³ In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung⁷⁴ soll diese geltende Praxis in Artikel 42a Absatz 2 Buchstabe a FINMAG neu ausdrücklich festgehalten werden.

Auch Mitarbeiterdaten sämtlicher Hierarchiestufen gelten als institutionelle Informationen und können unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips formlos übermittelt werden.⁷⁵

⁷¹ Wehrt sich ein Informationsinhaber gegen die Herausgabe von Daten an die FINMA (Absatz 1), hat dieses Verwaltungsverfahren lediglich die Herausgabe zum Gegenstand und verschafft betreffend die Übermittlung durch die FINMA an die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde keine Parteistellung.

⁷² Formlose Übermittlungen umfassen auch Mitarbeiterdaten von Beaufsichtigten sämtlicher Hierarchiestufen unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Botschaft zum FinfraG, BBI **2014** 7483, 7615). Dabei ist zu erwähnen, dass die finanzmarktrechtlichen Amtshilfebestimmungen als *lex specialis* dem Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR **235.1**) vorgehen (vgl. dazu Urteile des BVGer B-821/2020 vom 21. Juli 2020, E. 2; B-6371/2018 vom 8. März 2019, E. 4.3.1; B-7773/2015 vom 16. März 2016, E. 5; B-2460/2015 vom 15. November 2015, E. 3.4.3.).

⁷³ Botschaft zum FinfraG, BBI **2014** 7483, 7615; ANNETTE ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2. Aufl., Bern 2001, 182 f. Wehrt sich ein Informationsinhaber gegen die Herausgabe von Daten (Absatz 1), hat dieses Verwaltungsverfahren lediglich die Herausgabe zum Gegenstand und verschafft betreffend die Übermittlung an die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde keine Parteistellung.

⁷⁴ BVGE 2008/66, E. 2.2; BGE **127** II 323 E. 3a.bb.

⁷⁵ Botschaft zum FinfraG, BBI **2014** 7483, 7615.

Auch soll neu das Kundenverfahren in denjenigen Fällen aufgehoben werden, in denen die Kundinnen und Kunden in Bezug auf den ausländischen Markt agieren und das ausländische Amtshilfeersuchen im Zusammenhang mit einem Insiderdelikt oder einer Marktmanipulation steht.⁷⁶ Dies erfolgt sinngemäss nach der ständigen Rechtsprechung, wonach eine Kontoinhaberin oder ein Kontoinhaber objektiv als beteiligt gilt, sobald die Möglichkeit besteht, dass ihr oder sein Konto im Zusammenhang mit einem solchen Verstoss, sogar ohne ihren oder seinen Willen, benutzt wurde⁷⁷.

Der FINMA soll bezüglich der formlosen Informationsübermittlung keine Informationspflicht, auch keine nachträgliche, auferlegt werden.

Die Einschränkungen bezüglich des Rechtsschutzes gemäss Variante B für Artikel 42a E-FINMAG sollen eine Ausnahme darstellen. In allen anderen Fällen der Amtshilfe der FINMA, wie etwa bei unerlaubter Tätigkeit durch nicht bewilligte Dienstleister, Verletzungen von Melde- und Offenlegungspflichten oder Verstössen gegen Verhaltensregeln im Bereich des Konsumentenschutzes, soll das Kundenverfahren gemäss Variante B für Artikel 42a E-FINMAG weiterhin bestehen bleiben. Hingegen ist in Variante A für Artikel 42a E-FINMAG vorgesehen, das Kundenverfahren vollständig aufzuheben.

Unter der Variante B für Artikel 42a E-FINMAG kann die FINMA für alle nicht vom Kundenschutz ausgenommenen Fälle, wie bisher nach Absatz 4, von der vorherigen Information der Kunden absehen. Dies ist möglich, wenn die ersuchende Behörde plausibel darlegen kann, dass die Information der Kunden den Zweck der Amtshilfe und die effektive Erfüllung ihrer Aufgaben vereiteln würde. Ein solcher Fall liegt insbesondere vor, wenn das Gesuch dringlich ist oder die Untersuchung durch die vorherige Information der betroffenen Kunden gefährdet wäre (z.B. bei Gefahr der Vereitelung oder Kollusion).⁷⁸

Entsprechend können zum Zweck der Amtshilfe und wirksamen Erfüllung der Aufgaben der FINMA und der ausländischen Behörden auch in grenzüberschreitenden Sanierungs- oder Abwicklungsverfahren, d. h. in dringlichen Fällen, Informationen von Kundinnen und Kunden auch ohne vorgängiges Kundenverfahren an eine ausländische Behörde übermittelt werden. Die FINMA muss diesfalls allerdings wie bisher die entsprechenden Kundinnen und Kunden nachträglich über die erfolgte Informationsübermittlung informieren und ein nachträgliches Beschwerderecht einräumen. Das allfällige Rechtsbegehren kann nur auf Feststellung der Rechtswidrigkeit lauten.

Art. 42b^{bis}

Artikel 42b^{bis} E-FINMAG wird neu vorgesehen, um der FINMA eine klare formell-gesetzliche Grundlage für die Übermittlung von nicht öffentlich zugänglichen Informationen an ausländische Behörden bei Anerkennungs- und Prüfverfahren zum anwendbaren schweizerischen Regulierungsrahmen zu geben. Nur so kann die FINMA ohne Eingehung von Rechtsrisiken im Rahmen internationaler Anerkennungs- und Prüfverfahren den Informationsaustausch in genügendem Umfang vornehmen und insbesondere auch nicht öffentlich zugängliche Informationen beispielsweise auch bezüglich ihrer Aufsichtspraxis übermitteln. Der Begriff «Regulierungsrahmen» schliesst demnach bspw. auch die Anwendung der Regulierung in der Aufsichtspraxis («Aufsichtsrahmen») ein.

⁷⁶ "Follow-the-money"-Sachverhalte bei Insiderdelikten oder Marktmanipulation gelten als vom Wortlaut von Art. 42a Abs. 2. Bst. b FINMAG miterfasst.

⁷⁷ BGE 126 II 126, E. 6a.bb; Du Pasquier/Menoud in: Watter/Bahar, Basler Kommentar zum FINMAG/FinfraG (2019), Art. 42 N 94.

⁷⁸ Vgl. Botschaft zum FinfraG, BBI 2014 7483, 7617.

Damit soll zu den internationalen Aufgaben der FINMA (vgl. Art. 6 Abs. 2 FINMAG) ausdrücklich auch die Kompetenz gehören, im Rahmen eines Verfahrens zur Anerkennung und Prüfung des schweizerischen Regulierungsrahmens nicht öffentliche Informationen u. a. auch bezüglich der geltenden Aufsichtspraxis der FINMA an die zuständigen prüfenden ausländischen Behörden zu übermitteln.

Wie bereits erläutert sieht insbesondere die EU die Anerkennung der Äquivalenz bzw. Gleichwertigkeit der anwendbaren schweizerischen Regulierung und der entsprechenden Aufsichtspraxis der FINMA in bestimmten Bereichen als Voraussetzung für den Zugang von Finanzdienstleistern aus der Schweiz zum EU-Binnenmarkt vor. Die Teilnahme der FINMA an Anerkennungs- und Prüfverfahren des schweizerischen Regulierungsrahmens und die Weitergabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen könnte jedoch auch für den Marktzugang von Schweizer Finanzdienstleistern in andere Jurisdiktionen von Bedeutung sein.

Gemäss dem neuen Artikel 42b^{bis} E-FINMAG gelten grundsätzlich ähnliche Anforderungen wie bei der Zusammenarbeit der FINMA mit internationalen Organisationen und Gremien (Art. 42b FINMAG), die gleichwohl eine Form der internationalen Zusammenarbeit ausserhalb der eigentlichen Amtshilfe zu Aufsichtszwecken darstellt.

Absätze 1–2

Die FINMA soll auf Basis des neuen Artikels 42b^{bis} E-FINMAG nicht öffentlich zugängliche Informationen an ausländische Behörden zum Zwecke der Evaluierung der anwendbaren schweizerischen Regulierung und ihrer entsprechenden Aufsichtspraxis übermitteln können. Der Informationsaustausch im Rahmen dieser internationalen Zusammenarbeit unterscheidet sich wie im ähnlichen Fall der Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen und Gremien (Art. 42b FINMAG) grundsätzlich von der eigentlichen internationalen Amtshilfe der FINMA nach Artikel 42 FINMAG hinsichtlich des Verwendungszwecks (Zweck der Anerkennung und Prüfung des schweizerischen Regulierungsrahmens) sowie des Adressatenkreises (nicht ausschliesslich Finanzmarktaufsichtsbehörden sind betroffen).

Wie im Fall der Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen und Gremien (Art. 42b FINMAG) soll die Teilnahme an Anerkennungs- und Prüfverfahren von grosser Tragweite für den Schweizer Finanzplatz im Einvernehmen mit dem EFD erfolgen (Art. 42b^{bis} Abs. 2 E-FINMAG). Der FINMA steht es insbesondere frei, von einer Teilnahme an einem Anerkennungs- und Prüfverfahren des schweizerischen Regulierungs- und Finanzmarktaufsichtsrahmens abzusehen, etwa wenn nur eine geringe Anzahl Institute oder Sektoren kaum merklich betroffen oder keine spürbaren Auswirkungen auf die Geschäftsmodelle von Instituten zu erwarten sind und damit der Nutzen für den Finanzplatz in keinem Verhältnis zum Aufwand einer FINMA-Teilnahme erscheint.

Absatz 3

Das Anerkennungs- und Prüfverfahren kann insbesondere den Schweizer Finanzmarktrechtsrahmen und dessen Umsetzung in die Praxis betreffen; der Begriff «Regulierungsrahmen» ist diesbezüglich wie erwähnt nicht einschränkend. Die Informationsübermittlung soll ausländischen Behörden wie erwähnt dazu dienen, konkret festzustellen, ob mit dem schweizerischen Regulierungsrahmen und der damit verbundenen Aufsichtspraxis der FINMA die gleichen Schutzziele erreicht werden wie im Rechts- und Finanzmarktaufsichtsrahmen, mit welchem sie verglichen werden. Artikel 42b^{bis} E-FINMAG findet also keine Anwendung, wenn die Informationsübermittlung anderen Zwecken als der Prüfung des schweizerischen Regulierungsrahmens sowie der damit verbundenen Praxis der FINMA im Hinblick auf deren Anerkennung dient; die Bestimmung ist insbesondere nicht anwendbar, wenn mit der Informationsübermittlung Ziele wettbewerbspolitischer Natur verfolgt werden.

Die Geheimhaltung der übermittelten Informationen durch die zuständigen ausländischen Behörden an den übermittelten Informationen muss gewährleistet sein, damit nicht öffentlich zugängliche Informationen übermittelt werden können.

Absatz 4

Schliesslich kann es im Rahmen von Anerkennungs- und Prüfverfahren im Zusammenhang mit dem schweizerischen Regulierungsrahmen sowie der entsprechenden Aufsichtspraxis der FINMA sachgerecht sein, dass die ausländische Behörde gewisse für den Zweck des Anerkennungs- und Prüfverfahrens bzw. Monitorings notwendige und nicht öffentlich zugängliche Informationen direkt von einem Beaufsichtigten anlässlich eines Gesprächs in Erfahrung bringen kann. Im Rahmen von Anerkennungs- und Prüfverfahren kann die ausländische Behörde mittels solcher Gespräche mit Beaufsichtigten ein kompletteres Bild von der Arbeit der FINMA und ihrer Umsetzung des Regulierungsrahmens erhalten.

Die FINMA kann jeweils entscheiden, ob sie an diesen Gesprächen teilnehmen möchte.

Absatz 5

Wie bei der Zusammenarbeit der FINMA mit internationalen Organisationen und Gremien gemäss Artikel 42b FINMAG soll die FINMA auch im Fall der Zusammenarbeit im Rahmen von Anerkennungs- und Prüfverfahren gemäss Artikel 42b^{bis} E-FINMAG den Verwendungszweck sowie die allfällige Weiterleitung der nach Absätzen 3 und 4 übermittelten Informationen möglichst detailliert mit der prüfenden ausländischen Behörde vereinbaren.

Art. 42c

Absätze 1 und 2

In Absatz 1 soll die Direktübermittlung durch Beaufsichtigte von nicht öffentlich zugänglichen Informationen ausschliesslich zu Finanzmarktaufsichtszwecken an Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren mit der Finanzmarktaufsicht betraute ausländische Stellen geregelt werden. Diese Direktübermittlung soll nur zulässig sein, soweit die Voraussetzungen der Amtshilfe (Spezialität und Vertraulichkeit gemäss Art. 42 Absatz 2 FINMAG) erfüllt sind.

Diesbezüglich hat die FINMA eine Liste⁷⁹ veröffentlicht, auf welcher über 100 ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden figurieren, für welche die Beaufsichtigten die Erfüllung der erwähnten Voraussetzungen der Amtshilfe der FINMA vermuten dürfen. Für den Fall, dass eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde oder beauftragte Stelle nicht auf dieser Liste steht, können Vertraulichkeit und Spezialität bspw. auch durch eine Bestätigung der empfangenden Behörde bzw. Stelle oder durch eine schriftliche Auskunft eines im Finanzmarktrecht spezialisierten lokalen Anwalts bzw. einer international tätigen Rechtsanwaltskanzlei oder unternehmensintern durch eine qualifizierte Person geklärt werden.⁸⁰

⁷⁹ Abrufbar unter www.finma.ch > Überwachung > Branchenübergreifende Themen > Direktübermittlung: https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/2ueberwachung/list-of-foreign-supervisory-authorities.pdf?sc_lang=en&hash=E95C1360EBEE1D8CBD208809B7879ECE (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

⁸⁰ Vgl. auch Rundschreiben 2017/6 Direkte Übermittlung von nicht öffentlichen Informationen an ausländische Behörden und Stellen durch Beaufsichtigte, RZ 20 f., abrufbar unter www.finma.ch > Dokumentation > Rundschreiben: https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2017-06-20210401.pdf?sc_lang=de&hash=09B150594E51CAE6CF942EF638652BEA (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

Anlässlich der Übermittlung haben die Beaufsichtigten die Behörde oder Stelle schriftlich darauf hinzuweisen, dass die übermittelten Informationen vertraulich zu behandeln sind und ausschliesslich zum Vollzug des Finanzmarktrechts (Finanzmarktaufsichtszweck) verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden dürfen (Art. 42c Abs. 1 Bst. a E-FINMAG i.V.m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG)⁸¹.

Unter diesen Voraussetzungen dürfen die Beaufsichtigten ohne Weiteres darauf vertrauen, dass das Spezialitäts- und Vertraulichkeitsprinzip im Sinne des Gesetzes eingehalten ist. Auch die FINMA kann bei ihrer Amtshilfe nicht garantieren und sicherstellen, dass übermittelte Informationen tatsächlich vertraulich und zweckgebunden verwendet werden. Bestehen allerdings Hinweise darauf, dass die fraglichen Prinzipien nicht eingehalten bzw. verletzt wurden, müssen sowohl Beaufsichtigte als auch die FINMA auf (weitere) Übermittlungen verzichten.

Weiter muss gemäss Artikel 42c Absatz 1 E-FINMAG die Voraussetzung erfüllt sein, dass die Rechte von Kundinnen und Kunden sowie Dritten gewahrt bleiben.⁸² Die Wahrung der Kunden- und Drittpersonenrechte soll wie bis anhin von den Beaufsichtigten selbst zu prüfen und sicherzustellen sein.

Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG sieht darüber hinaus vor, dass Beaufsichtigte ausländischen Behörden und den von diesen beauftragten Stellen nicht öffentlich zugängliche Informationen übermitteln dürfen, wenn diese keinem Finanzmarktaufsichtszweck dienen, soweit sie im Zusammenhang mit Geschäften von Kundinnen und Kunden oder Beaufsichtigten stehen und nach dem jeweils anwendbaren ausländischen Recht (in der Regel das ausländische Finanzmarktrecht) zum Zweck der Durchführung dieser Geschäfte übermittelt werden. Auch in diesem Fall der direkten Informationsübermittlung durch die Beaufsichtigten müssen die Rechte von Kundinnen und Kunden sowie von Drittpersonen gewahrt bleiben.

Ein Hauptanwendungsfall von Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG sind Meldungen von Beaufsichtigten an ausländische Transaktionsregister im Rahmen von Effektingeschäften für ihre Kundinnen und Kunden. Viele Finanzgeschäfte werden heute nur aufgrund solcher verbundenen Meldungen an den ausländischen Märkten zugelassen bzw. diese können ohne Meldungen gar nicht rechtsgültig durchgeführt oder abgeschlossen werden. Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG ist aber nicht einzig auf standardisierte Massenmeldungen aufgrund ausländischer Melde- und Informationspflichten eingeschränkt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen können auch andere Übermittlungen in Einzelfällen vorgenommen werden, wozu beispielsweise spezifische Antworten der Beaufsichtigten auf individuelle Anfragen betreffend einzelne Transaktionen oder Kundinnen oder Kunden gehören können⁸³.

In solchen Fällen grenzüberschreitender Geschäftsabwicklung muss weder das Spezialitäts- noch das Vertraulichkeitsprinzip eingehalten werden, sondern es ist lediglich sicherzustellen, dass wie erwähnt die Rechte von Kundinnen und Kunden sowie Dritten gewahrt bleiben wie bspw. aufgrund deren Zustimmung zum Informationsaustausch.

Die Übermittlung von nicht öffentlich zugänglichen Informationen an ausländische Straf- und Steuerbehörden gestützt auf Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG soll unzulässig sein. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine ausländische Stelle von ausländischen Steuer- oder Strafbehörden spezifisch bzw. im Einzelfall beauftragt wurde, ist eine Übermittlung an sie gestützt auf Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG ebenfalls nicht zulässig, was bei der Erfüllung allgemeiner

⁸¹ Vgl. Rundschreiben, RZ 29.

⁸² Bezüglich der Rechte von Kunden und Dritten haben die Beaufsichtigten unter anderem das Geschäfts- und Bankkundengeheimnis, die Bestimmungen über den Datenschutz sowie die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis zu wahren. Die im konkreten Fall zu treffenden Vorkehrungen bestimmen sich nach dem jeweils anwendbaren Schweizer Recht. Die Erfüllung dieser rechtlichen Voraussetzungen liegt in der Verantwortung der Beaufsichtigten.

⁸³ Vgl. FINMA Ex-Post-Evaluationsbericht, S. 17.

gesetzlicher Anzeige-, Auskunfts- oder standardisierten Melde- und Transparenzpflichten nicht der Fall ist.

Informationsübermittlungen an Drittverwahrungsstellen und weiteren Stellen unterstehen weiterhin den Anforderungen des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2008⁸⁴ über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG), d. h. Artikel 11b BEG ist Lex specialis zu Artikel 42c Absätze 1-4 E-FINMAG.

Die Absätze 1 und 2 von Artikel 42c E-FINMAG sollen nicht ausschliesslich auf Sachverhalte im Anwendungsbereich von Artikel 271 des Strafgesetzbuchs (StGB)⁸⁵ anwendbar sein, sondern darüber hinaus auch auf weitere Sachverhalte, soweit die Voraussetzungen gemäss Artikel 42c E-FINMAG erfüllt sind.

Weiter soll die Regelung in Artikel 42c E-FINMAG auch nicht abschliessend sein bzw. bei gegebenen Voraussetzungen soll die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Artikel 271 StGB durch die zuständige Stelle zu weiteren Fällen der Direktübermittlung von Informationen durch Beaufichtigte an ausländische Behörden und Stellen möglich sein.

Absatz 3

Die Informationsübermittlungen gemäss Artikel 42c Absatz 1 E-FINMAG müssen der FINMA vorgängig gemeldet werden, soweit diese von wesentlicher Bedeutung gemäss Artikel 29 Absatz 2 FINMAG sind. Dies ist dann der Fall, wenn eine Information selbst von wesentlicher Bedeutung im Sinne von Artikel 29 Absatz 2 FINMAG ist, so dass sie auch unabhängig von einer allfälligen Übermittlung eine Meldepflicht auslösen würde, oder die Übermittlung als solche von wesentlicher Bedeutung ist; d. h. eine Information kann auch dadurch zur Information von wesentlicher Bedeutung werden, dass ihre Übermittlung ins Ausland beabsichtigt wird. Bei der Beurteilung der wesentlichen Bedeutung gemäss Absatz 3 von Artikel 42c E-FINMAG kommt es auf den Zeitpunkt der Übermittlung an.

Hinsichtlich der Informationsübermittlungen nach Artikel 42c Absatz 2 E-FINMAG, welche keinem Finanzmarktaufsichtszweck dienen, ist andererseits neu keine Meldepflicht der Beaufichtigten gegenüber der FINMA vorgesehen. Diese Erleichterung beim Informationsfluss zwischen den schweizerischen Beaufichtigten und den ausländischen Behörden sowie Stellen lässt sich damit begründen, dass diese keinem Finanzmarktaufsichtszweck dienen und zudem in der Regel niederschwelliger Natur sind. Auch kann die FINMA bei Informationsübermittlungen nach Absatz 2 keinen Amtshilfedorbehalt anbringen (vgl. auch Absatz 4)⁸⁶, da es sich hierbei nicht um eine Form der Amtshilfe handelt, welche die FINMA auf dem Weg der Amtshilfe gemäss Artikel 42 FINMAG leisten könnte.

Absatz 4

Die Möglichkeit zur Anbringung eines Amtshilfedorbehalts soll wie erwähnt nur in den Fällen bestehen, in denen die FINMA auch selbst Amtshilfe leisten könnte. Bei Artikel 42c E-FINMAG verweist lediglich Absatz 1 auf die Voraussetzungen der ordentlichen Amtshilfe. Ausserhalb dieses Absatzes kann hingegen nach dem oben Gesagten eine Direktübermittlung zur Geschäftsabwicklung (Abs. 2) an ausländische Behörden und Stellen erfolgen, wobei das Vertraulichkeits- und Spezialitätsprinzip gemäss Artikel 42 Absatz 2 FINMAG nicht eingehalten werden muss. In diesen Fällen der Informationsübermittlung ist die Amtshilfe durch die FINMA

⁸⁴ SR 957.1.

⁸⁵ SR 311.0.

⁸⁶ Die FINMA kann nicht öffentlich zugängliche Informationen nur an Finanzmarktaufsichtsbehörden zum Zwecke des Vollzugs des Finanzmarktrechts gemäss Art. 42 Abs. 2 Bst. a FINMAG (d. h. der Finanzmarktaufsicht) übermitteln, was lediglich auf Übermittlungen nach Absatz 1 zutrifft.

nicht möglich, weshalb im Gegensatz zu Absatz 1 auch kein entsprechender Vorbehalt angebracht werden kann.

Die FINMA kann gegenüber den Beaufsichtigten und bestimmten ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden generell und zum Voraus auf die Geltendmachung des Amtshilfenvorbehalts gemäss Artikel 42c Absatz 4 E-FINMAG verzichten.

Absatz 5

Die FINMA kann die Veröffentlichung, die Übermittlung oder die Weitergabe von Akten aus dem Aufsichtsverhältnis ins Ausland von ihrer Zustimmung abhängig machen, wenn dies in ihrem Aufsichtsinteresse liegt und sofern keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen (sog. Supervisory Privilege bzw. Zustimmungsvorbehalt).

In Literatur und Praxis wird verschiedentlich vorgebracht, der offene Wortlaut der Bestimmung schliesse die Anwendung des Supervisory Privilege gemäss Artikel 42c Absatz 5 E-FINMAG gegenüber inländischen Behörden grundsätzlich nicht aus. Richtigerweise soll das Supervisory Privilege aber nur gegenüber dem Ausland zur Anwendung gelangen; eine Wirkung des Supervisory Privilege im Inland bzw. gegenüber inländischen Behörden ist zu verneinen. Dies ergibt sich auch aus der systematischen Einordnung: Artikel 42c E-FINMAG ist im Abschnitt «Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen» (Art. 42 ff.) angesiedelt und nicht im Abschnitt betreffend die «Zusammenarbeit mit inländischen Behörden» (Art. 38 ff.).

Art. 42d

Absatz 1

Mit der Einfügung des neuen Artikels 42d E-FINMAG soll die FINMA dazu ermächtigt werden, auf Ersuchen einer ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde die grenzüberschreitende Zustellung von Dokumenten zu Finanzmarktaufsichtszwecken in die Schweiz zu erlauben, wenn einerseits diese Zustellung zu Finanzmarktaufsichtszwecken⁸⁷ erfolgt und andererseits Gegenrecht mit dem Staat der ersuchenden ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde besteht.⁸⁸

Die FINMA kann eine Güterabwägung vornehmen und über das ausländische Zustellungsgesuch nach pflichtgemäsem Ermessen entscheiden. In diesem Rahmen kann die FINMA bspw. auch Einschränkungen oder die Modalitäten der Zustellung bestimmen wie bspw. die Anfertigung einer Übersetzung oder die direkte postalische Übermittlung an den Beaufsichtigten in der Schweiz.

Für eine direkte Zustellung nicht wesentlich ist, dass die FINMA über die gleichen Kompetenzen wie die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde verfügt. Der Begriff «im Bereich des Finanzmarktrechts» ist dabei weit zu verstehen, insbesondere ist nicht notwendig, dass das ausländische Finanzmarktrecht die gleichen Sachverhalte wie im Inland umfasst. Eine direkte Zustellung zu anderen (Teil-)Zwecken als dem Finanzmarktrecht, etwa zu Abklärungen im Steuer- oder Strafrecht, ist aber nicht möglich.

⁸⁷ Art. 42 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a und Art. 43 Abs. 1 FINMAG sprechen von «zum Vollzug der Finanzmarktgesetze» resp. «zum Vollzug des Finanzmarktrechts». In Art. 42d FINMAG wird nun der Wortlaut «im Bereich der Finanzmarktaufsicht» verwendet. In materieller Hinsicht ist der Begriff der «Aufsicht» über die Finanzmärkte mit der Durchsetzung (dem «Vollzug») der Finanzmarktgesetze resp. des Finanzmarktrechtes gleichzusetzen (vgl. BSK FINMAG-Du Pasquier/Menoud, Art. 42 N 48).

⁸⁸ Vgl. die analoge Bestimmung in Art. 42 Abs. 2 MSchG;

Die FINMA kann gemäss dem neuen Artikel 42d FINMAG zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zu einem aufsichtsrechtlichen Sachverhalt die direkte Zustellung insbesondere von Verfügungen ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden erlauben. Dies umfasst bspw. eine Bewilligung, ein Bewilligungsentzug, eine Feststellungsverfügung, Bussen und Sanktionen oder eine Aufforderung zur Domizilbekanntgabe in der ausländischen Jurisdiktion auch unter Androhung rechtlicher Nachteile bei Ausbleiben einer Reaktion innert Frist.

Nimmt der Adressat sein rechtliches Gehör nicht innert Frist wahr, kann die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde ihre weiteren Schritte vorantreiben (bspw. Abschluss des Verfahrens mit direkter Zustellung oder Publikation einer Verfügung). Adressaten der durch die FINMA erlaubten direkten Zustellung aus dem Ausland können mit der betreffenden ausländischen Finanzmarktaufsicht direkt den Kontakt aufnehmen, soweit das bestehende schweizerische Recht wie u. a. Artikel 271 StGB und Artikel 42c FINMAG es erlauben. Beaufsichtigte haben gleichzeitig ihren Meldepflichten gegenüber der FINMA gemäss Artikel 42c Absatz 3 FINMAG nachzukommen.

Die direkte Zustellung von Schriftstücken mit Rechtswirkung zu Beweiserhebungszwecken für ausländische Untersuchungen oder Verfahren soll weiterhin im Widerspruch zu den Amtshilfeb Bestimmungen nach Artikel 42 ff. FINMAG stehen und daher nach wie vor unzulässig sein. Solche Amtshandlungen können ausschliesslich über die Amtshilfe der FINMA durchgeführt werden, soweit die geltenden schweizerischen Rechtsgrundlagen (Art. 42 f. FINMAG) es erlauben.

Absatz 2

Das Europäische Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland bleibt vorbehalten.

Art. 43

Variante A (für den Fall, dass das Kundenverfahren nicht vollständig gemäss Variante A für Artikel 42a E-FINMAG aufgehoben wird)

Die Variante A für Artikel 43 E-FINMAG wird vorgeschlagen für den Fall, dass das Kundenverfahren nicht vollständig gemäss der Variante A für Artikel 42a E-FINMAG aufgehoben wird. Das bedeutet, dass diese Variante relevant ist, wenn das Kundenverfahren entweder wie bisher bestehen bleibt oder gemäss Variante B für Artikel 42a E-FINMAG nur teilweise eingeschränkt wird.

Absatz 1

Die FINMA soll nach Artikel 43 Absatz 1 E-FINMAG Informationen zum Vollzug der Finanzmarktgesetze im Ausland erheben können, wo sie vorliegen, unabhängig davon, ob die betreffende Unternehmung im Ausland der Finanzmarktaufsicht der FINMA oder einer ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde unterstellt ist. Insbesondere kann die FINMA Informationen bei Unternehmungen im Ausland auch zum Zwecke der Abwicklung von Beaufsichtigten erheben oder beispielsweise auch im Zusammenhang mit Outsourcing-Lösungen oder einer Cloud Nutzung.

Ob eine direkte Prüfung im Ausland tatsächlich bewilligt und durchgeführt werden kann, beurteilt sich wie bisher im Einzelfall nach dem jeweiligen ausländischen Recht.

Absatz 2

Bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen erkennen die ausländischen Behörden zunehmend eigene Aufsichtsinteressen und wollen entsprechende Prüfungen direkt vor Ort durchführen können. Je mehr Tätigkeiten ausserhalb des eigenen Zuständigkeitsgebiets erfolgen, desto grösser sind diese Interessen der ausländischen Behörden an solchen Prüfungen. Mit der Neuformulierung des zweiten Absatzes von Artikel 43 E-FINMAG werden die Möglichkeiten der Zusammenarbeit der FINMA im Zusammenhang mit direkten grenzüberschreitenden Prüfungen ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden bei beaufsichtigten wie auch nicht beaufsichtigten Unternehmen in der Schweiz verstärkt.

Insbesondere kann die FINMA wie bis anhin gemäss Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe a E-FINMAG ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden erlauben, dass sie im Rahmen ihrer Herkunftslandkontrolle (als Home Supervisor) direkte grenzüberschreitende Prüfungen in der Schweiz bei Tochtergesellschaften, Zweigniederlassungen und Vertretungen ausländischer beaufsichtigter Finanzdienstleister sowie bei anderen in der Schweiz auch nicht beaufsichtigten Unternehmungen vornehmen, soweit ihre Tätigkeit von der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde in die konsolidierte Aufsicht einbezogen wird.

Gemäss Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe b E-FINMAG kann die FINMA grenzüberschreitende Prüfungen in der Schweiz nach wie vor bei Beaufsichtigten sowie deren durch die FINMA in eine konsolidierte Aufsicht einbezogenen Gruppengesellschaften erlauben, wenn die ersuchende Finanzmarktaufsichtsbehörde in ihrem Hoheitsgebiet (als Host Supervisor) für die Beaufsichtigung der Tätigkeit der Geprüften verantwortlich ist. Grenzüberschreitende Prüfungen aufgrund einer Tätigkeit im Ausland können also wie bisher bei sämtlichen Personen erlaubt werden, welche nach den schweizerischen Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen, zuzüglich Gruppengesellschaften, welche in eine konsolidierte Aufsicht durch die FINMA einbezogen sind.

Neu wird in Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe b E-FINMAG eine Regelung vorgesehen, gemäss welcher grenzüberschreitende Prüfungen auch bei (in der Schweiz nicht beaufsichtigten) Benchmark Administratoren möglich sind, deren Tätigkeit einen Bezug zum ausländischen Markt aufweist und damit in die Aufsichtszuständigkeit der ersuchenden ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde fällt. Ein «Benchmark-Administrator» ist eine natürliche oder juristische Person, welche die Kontrolle über die Bereitstellung eines Referenzwertes ausübt (Verwalter von Referenzwerten).

Mit Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe c E-FINMAG soll schliesslich eine neue Grundlage für direkte grenzüberschreitende Prüfungen im Fall einer Auslagerung (sog. Outsourcing) von Aufgaben durch ausländische Finanzdienstleister in die Schweiz geschaffen werden. Beaufsichtigte, aber auch nicht durch die FINMA beaufsichtigte schweizerische Unternehmen, erbringen regelmässig wesentliche Dienstleistungen für ausländische Finanzdienstleister. Aufgaben werden gruppenintern ausgelagert, z. B. von einer ausländischen Mutter an die schweizerische Tochtergesellschaft oder umgekehrt von der ausländischen Tochter an die schweizerische Muttergesellschaft oder an eine schweizerische wesentliche Gruppengesellschaft im Sinne von Artikel 2^{bis} Absatz 1 Buchstabe b des Bundesgesetzes vom 8. November 1934⁸⁹ über die Banken und Sparkassen (BankG) und Artikel 3a der Verordnung vom 30. April 2014⁹⁰ über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV). Solche Auslagerungen finden auch ausserhalb von Gruppen statt, sei dies an Beaufsichtigte oder an nicht durch die FINMA beaufsichtigte Unternehmen.

In diesen Fallkonstellationen können die jeweiligen ausländischen Behörden ein durchaus legitimes Interesse an der Durchführung von direkten grenzüberschreitenden Prüfungen beim betreffenden schweizerischen Unternehmen haben, welches für ein durch sie beaufsichtigtes

⁸⁹ SR 952.0

⁹⁰ SR 952.02

Finanzinstitut mit Sitz im Ausland Dienstleistungen erbringt. Soweit sowohl der schweizerische Dienstleistungserbringer als auch das ausländische Finanzinstitut, welches Aufgaben an den schweizerischen Dienstleistungserbringer auslagert, von der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde in eine konsolidierte Aufsicht einbezogen sind, können direkte grenzüberschreitende Prüfungen auch in Fällen von Geschäftsauslagerungen ohne Weiteres im Rahmen der Herkunftslandkontrolle erlaubt werden (vgl. Art. 43 Abs. 2 Bst. a E-FINMAG).

Unklarheiten bestehen jedoch seit jeher bei grenzüberschreitenden Geschäftsauslagerungen inner- oder ausserhalb einer Gruppe, wenn die ausländische Behörde den Dienstleistungserbringer nicht formell in eine konsolidierte Aufsicht einbezogen hat und das Unternehmen in der Schweiz nicht beaufsichtigt wird. Mit Einführung von Absatz 2 Buchstabe c wird neu eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage geschaffen, gemäss welcher die FINMA auch in solchen Fällen von Geschäftsauslagerungen aus dem Ausland an nicht beaufsichtigte Unternehmen in der Schweiz direkte grenzüberschreitende Prüfungen erlauben kann, solange ein Auslagerungsverhältnis des geprüften schweizerischen Anbieters mit einem im Ausland durch die ersuchende Behörde beaufsichtigten Finanzinstitut besteht.

Wie bei Benchmark Administratoren, welche in der Schweiz ebenfalls keiner Finanzmarktaufsicht unterstellt sind (vgl. Art. 43 Abs. 2 Bst. b E-FINMAG), soll neu auch in den Fallkonstellationen gemäss Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe c E-FINMAG auf den ausländischen Perimeter des Finanzmarktrechts abgestellt werden, welcher zum Zweck der direkten Prüfung eine Finanzmarktaufsicht zwingend vorsehen muss.

Der Umfang der Prüfungen gemäss Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe c E-FINMAG ist jedenfalls auf die aus dem Ausland ausgelagerten Funktionen einzuschränken. Es dürfen folglich ausschliesslich Informationen und Prozesse geprüft werden, welche im Zusammenhang mit den für das ausländische Finanzinstitut erbrachten Dienstleistungen stehen.

Zu allen Fallkonstellationen gemäss Artikel 43 Absatz 2 E-FINMAG müssen die Voraussetzungen der Amtshilfe gemäss Artikel 42 Absatz 2 FINMAG erfüllt sein. Insbesondere muss die direkte grenzüberschreitende Prüfung dem Zweck des Vollzugs des Finanzmarktrechts (d. h. dem Finanzmarktaufsichtszweck) dienen. Die Geheimhaltung muss gewährleistet sein.

Die FINMA kann gemäss Artikel 43 Absatz 2 E-FINMAG in allen Fallkonstellationen auch die Durchführung von virtuellen grenzüberschreitenden Prüfungen (via Fernkommunikation) erlauben, soweit die Geprüften geeignete Massnahmen treffen, wonach die Einsichtnahme in Informationen durch die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde nur im gesetzlich zulässigen Rahmen erfolgen kann. Praxisgemäss weist die FINMA die ausländische Behörde ferner darauf hin, sich an die schweizerischen gesetzlichen Vorgaben zu halten. Stellt sich aber nach einer direkten Prüfung heraus, dass die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde die Anforderungen und Voraussetzungen insbesondere auch von Artikel 43 E-FINMAG nicht eingehalten hat, kann ihr die FINMA zukünftig die Erlaubnis von (virtuellen) grenzüberschreitenden Prüfungen in der Schweiz verwehren.

Die FINMA kann die Erlaubnis zur Durchführung einer grenzüberschreitenden Prüfung im Einzelfall und generell zum Voraus für bestimmte ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden erteilen.

Die Regelung der grenzüberschreitenden Prüfungen in Artikel 43 Absatz 2 E-FINMAG ist nicht abschliessender Natur und schliesst insbesondere die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Artikel 271 StGB durch die zuständige Stelle in weiteren nicht vorgesehenen Fallkonstellationen grundsätzlich nicht aus.

Absatz 3

Der in Artikel 43 Absatz 3 E-FINMAG verwendete Begriff «Angaben erheben» ist als «Informationen einsehen» zu verstehen, was im Zuge der Revision klargestellt werden soll.

Durch grenzüberschreitende direkte Prüfungen dürfen nur Informationen eingesehen werden, die für die Aufsichtstätigkeit der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden notwendig sind. D. h. bei direkten grenzüberschreitenden Prüfungen durch eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde als Host Supervisor dürfen nicht öffentlich zugängliche Informationen nur eingesehen werden, soweit diese einen spezifischen Konnex zur Aufsichtsverantwortung der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde aufweisen.

Auch Informationen zu einer Finanzgruppe können betroffen sein, soweit diese relevant für die Beurteilung der im Ausland beaufsichtigten Tätigkeit sind. Dazu gehören insbesondere auch Informationen darüber, ob ein Finanzinstitut konzernweit:

- angemessen organisiert ist;
- die in seiner Geschäftstätigkeit enthaltenen Risiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht;
- durch Personen geleitet wird, die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten;
- Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften auf konsolidierter Basis erfüllt; und
- seinen Berichterstattungspflichten gegenüber den Aufsichtsbehörden korrekt nachkommt.

Diese beispielhafte bzw. nicht abschliessende Aufzählung der einsehbaren Informationen nach Artikel 43 Absatz 3 E-FINMAG soll neu in der Botschaft und nicht mehr im Gesetz aufgeführt werden. Zu dieser Aufzählung können auch weitere Angaben gehören wie beispielsweise, ob ein Institut konzernweit die Liquiditätsvorschriften auf konsolidierter Basis erfüllt.

Absatz 3^{bis} und 3^{ter}

Artikel 43 Absatz 3^{bis} und 3^{ter} E-FINMAG regeln heute den sog. «Private Banking Carve Out» bzw. die Möglichkeit des Zugangs zu Informationen von Kundinnen und Kunden anlässlich einer direkten grenzüberschreitenden Prüfung durch eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde.

Im Wesentlichen sieht der heutige Artikel 43 Absatz 3^{bis} E-FINMAG vor, dass die FINMA diese Informationen selbst erhebt und diese den ersuchenden Behörden im Rahmen der ordentlichen Amtshilfe übermittelt. Artikel 42a E-FINMAG (Amtshilfeverfahren) findet dabei Anwendung. Zudem kann die FINMA gemäss Artikel 43 Absatz 3^{ter} E-FINMAG einer ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde, welche für die konsolidierte Aufsicht des geprüften Beaufsichtigten verantwortlich ist, für Zwecke nach Artikel 43 Absatz 3 E-FINMAG erlauben, eine beschränkte Anzahl einzelner Kundendossiers einzusehen. Die Auswahl der Dossiers muss zufällig anhand von im Voraus festgelegten Kriterien erfolgen.

Weil insbesondere im Effektenhandel bereits weitgehende gesetzliche Offenlegungs- bzw. Meldepflichten (vgl. Finanzmarktinfrastukturgesetz oder ausländische Äquivalente) erfüllt werden und die Kundinnen und Kunden insbesondere diesbezüglich umfassende Verzichtserklärungen bzw. Waiver eingehen müssen, damit solche Geschäfte überhaupt abgewickelt werden können, besteht insbesondere diesbezüglich kein Schutzbedürfnis mehr und das Wort «Effektenhandel» soll daher aus Artikel 43 Absatz 3^{bis} E-FINMAG gestrichen werden.

Die FINMA soll zudem neu gemäss Artikel 43 Absatz 3^{ter} E-FINMAG bei einer direkten grenzüberschreitenden Prüfung auch die direkte Einsichtnahme in Kundendossiers im Anwendungsbereich des «Private Banking Carve-Out» (vgl. Abs. 3^{bis}) erlauben können, soweit dies im Rahmen der Verhältnismässigkeit erfolgt und eine direkte Übermittlung gemäss Artikel 42c E-FINMAG möglich wäre.

Insbesondere müssen dabei die Rechte der betroffenen Kundinnen und Kunden wie auch eventuell betroffener Drittpersonen jedenfalls gewahrt sein, dies i.d.R. durch eine Zustimmung bzw. eine Verzichtserklärung (Waiver) der betroffenen Kundinnen und Kunden oder Drittpersonen.

Die FINMA führt bezüglich der Sicherstellung der Kunden- und Drittpersonenrechte keine Prüfung durch und bestätigt das Vorliegen dieser Voraussetzung nicht. Dies soll in der alleinigen Verantwortung der Geprüften liegen (analog zu Art. 42c E-FINMAG).

Ob und in welchem Umfang Informationen von Kundinnen und Kunden sowie Drittpersonen anlässlich einer grenzüberschreitenden Prüfung eingesehen werden dürfen, soll sich in den Fällen von Artikel 42c Absatz 1 E-FINMAG gemäss den Grundsätzen der Spezialität und Vertraulichkeit sowie der Verhältnismässigkeit (Art. 42 Abs. 2 und 4 FINMAG) ergeben.

Prüfungen dürfen jedenfalls nicht primär dazu dienen, Informationen von Kundinnen und Kunden sowie Drittpersonen uneingeschränkt einzusehen; insbesondere müsste sich die ausländische Behörde anhand von im Voraus zu benennenden Kriterien auf ein Sample von Kunden beschränken.

Sofern die Voraussetzungen einer Direktübermittlung nach Artikel 42c E-FINMAG erfüllt sind, dürfen nicht öffentliche Informationen (inkl. die eingesehenen, verhältnismässigen Kundeninformationen) auch während der Prüfung vor Ort direkt gemäss Artikel 42c E-FINMAG an die ausländische Behörde ins Ausland übermittelt werden.

Absatz 3^{quater}

Soweit die Übermittlung nach Artikel 42c E-FINMAG nicht zulässig ist (wie im Fall fehlender Zustimmung der Betroffenen), kann die FINMA der ausländischen, für die konsolidierte Aufsicht des Geprüften verantwortlichen Finanzmarktaufsichtsbehörde und ihren Beauftragten für die Zwecke nach Artikel 43 Absatz 3 E-FINMAG wie bis anhin erlauben, eine beschränkte Anzahl einzelner Kundendossiers nach Artikel 43 Absatz 3^{bis} E-FINMAG einzusehen.

Die Auswahl dieser Dossiers muss zufällig anhand im Voraus festgelegter Kriterien erfolgen.

Absatz 4

Nach wie vor kann die FINMA die ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden bei ihren direkten Prüfungen in der Schweiz begleiten oder durch eine Prüfgesellschaft oder eine Prüfbeauftragte oder einen Prüfbeauftragten begleiten lassen.

Diese Möglichkeit wird neu auf die nicht beaufsichtigten Unternehmen ausgedehnt, bei welchen gemäss neuem Absatz 2 eine grenzüberschreitende Prüfung erlaubt werden kann.

Absatz 5

Absatz 5 statuiert eine Mitwirkungspflicht der Geprüften nach Artikel 43 Absatz 2 Buchstaben a und b E-FINMAG.

Absatz 6

Der Begriff «Niederlassungen» ist in der Neuformulierung der Bestimmung nicht mehr zu finden. Damit wird Absatz 6 obsolet und aufgehoben.

Variante B für Artikel 43 (für den Fall, dass das Kundenverfahren vollständig gemäss der Variante A für Artikel 42a E-FINMAG aufgehoben wird)

Die vollständige Aufhebung des Kundenverfahrens gemäss Variante A für Artikel 42a E-FINMAG⁹¹ hätte in Artikel 43 FINMAG nur Auswirkungen auf die Absätze 3^{bis} und 3^{ter}:

Absatz 3^{bis} und 3^{ter}

Artikel 43 Absatz 3^{bis} und 3^{ter} E-FINMAG regeln wie erwähnt den sog. «Private Banking Carve Out» bzw. die Möglichkeit des Zugangs zu Informationen von Kundinnen und Kunden anlässlich einer direkten grenzüberschreitenden Prüfung durch eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde. Diese heute geltenden Bestimmungen zu grenzüberschreitenden Prüfungen im Zusammenhang mit Daten von Kundinnen und Kunden innerhalb des «Private Banking Carve Out» verweisen auf Artikel 42a FINMAG bzw. auf das Kundenverfahren. Soweit im Amtshilfeverfahren der FINMA die Anhörungs- und Beschwerderechte der Kundinnen und Kunden nach Artikel 42a Absätze 2 und 4–6 FINMAG aufgehoben werden, ist die Beteiligung bzw. Datenerhebung durch die FINMA im Rahmen einer grenzüberschreitenden Prüfung nicht mehr zweckmässig. Insoweit sollen die Absätze 3^{bis} sowie 3^{ter} in Artikel 43 E-FINMAG ebenfalls aufgehoben werden.

Ob und in welchem Umfang Kundeninformationen anlässlich einer grenzüberschreitenden Prüfung eingesehen werden dürfen, soll sich jedenfalls gemäss den Grundsätzen der Spezialität und Vertraulichkeit sowie der Verhältnismässigkeit (vgl. Artikel 42 Absatz 2 und 4 FINMAG) bzw. des Aufsichtsinteresses der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde ergeben. Prüfungen dürfen jedenfalls nicht primär dazu dienen, Kundeninformationen uneingeschränkt einzusehen; insbesondere müsste sich die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde anhand von im Voraus zu benennenden Kriterien auf ein Sample von Kunden beschränken. Die FINMA soll die Erfüllung erwähnter Voraussetzungen nach wie vor im Einzelfall prüfen. Der spezielle verfahrensrechtliche Rechtsschutz für alle Betroffenen von der Amtshilfe der FINMA soll insoweit bestehen bleiben.

4.2 Revisionsaufsichtsgesetz

Art. 26

Absatz 3^{bis}

Auch wenn der Verhältnismässigkeitsgrundsatz in Artikel 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesverfassung, BV)⁹² bereits verankert ist, wird dieser Grundsatz für die Amtshilfe zu Revisionsaufsichtszwecken analog zu Artikel 42 Absatz 4 FINMAG kodifiziert bzw. dahingehend präzisiert, dass die Übermittlung von Informationen über Personen unzulässig ist, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind.

⁹¹ Vgl. unter Ziffer 3.1.1 und 4.1

⁹² SR 101

Art. 26a

Neben dem ordentlichen Amtshilfverfahren besteht ein grosses Bedürfnis für private, international tätige Unternehmen, direkt mit ausländischen Behörden zusammenarbeiten und Informationen übermitteln zu können.⁹³ Wer auf einem ausländischen Markt tätig ist, muss sich an die dortigen Regeln halten. Dies bedeutet gerade im Finanz- und Revisionsmarkt oft, dass den entsprechenden Stellen zeitnahe, d. h. innert weniger Stunden oder Tage (nicht öffentlich zugängliche) Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen. Der Verweis auf das Amtshilfverfahren wird von ausländischen Behörden immer weniger akzeptiert oder ist aufgrund der je nachdem aufwendigen Ausgestaltung des Verfahrens nicht immer zielführend.

Nach geltendem Recht steht andererseits einer direkten Informationsübermittlung im Einzelfall oft Artikel 271 StGB entgegen. Erschwerend kommt hinzu, dass über die Auslegung und Tragweite dieser Bestimmung zum Teil Unklarheit herrscht. Zwar kann über ein Ausnahmegesuch die Anwendung von Artikel 271 StGB ausgeschlossen werden, doch ist es nur eine Ausnahmelösung, welche darüber hinaus oft mit erheblichem Aufwand sowohl auf Seiten des Unternehmens wie auch auf Seiten des Bundes verbunden ist. Schliesslich können Situationen, in welchen ausländische Behörden Informationen verlangen, auch unvermittelt und plötzlich auftreten; ein Bewilligungsgesuch nach Artikel 271 StGB ist in diesen Fällen aus zeitlichen Gründen gar nicht möglich.

Analog zur Bestimmung von Artikel 42c Absatz 1 E-FINMAG wird dementsprechend auch im RAG eine Rechtsgrundlage für die direkte grenzüberschreitende Übermittlung von Informationen durch beaufsichtigte Revisionsunternehmen an ausländische Revisionsaufsichtsbehörden vorgesehen.

Betroffene Revisionsunternehmen in der Schweiz sollen ohne Weiteres ihren Verpflichtungen gegenüber ausländischen Revisionsaufsichtsbehörden nachkommen können, ohne dass sich deren Mitarbeitenden permanent der Gefahr aussetzen, sich strafbar zu machen.

Absatz 1

Revisionsunternehmen sollen den für sie zuständigen ausländischen Revisionsaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Informationen übermitteln dürfen, ohne dass zusätzlich eine Bewilligung nach Artikel 271 StGB erforderlich ist und soweit die Voraussetzungen der Amtshilfe (Spezialität und Vertraulichkeit gemäss Art. 26 Abs. 2 RAG) erfüllt sind.⁹⁴

Die Wahrung der Drittrechte ist von den Revisionsunternehmen selbst zu prüfen und sicherzustellen. Absatz 1 ist auch dann anwendbar, wenn ein Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 271 StGB fällt.

Absatz 2

Artikel 15a Absatz 1 RAG statuiert eine Auskunftspflicht für alle zugelassenen Personen und Revisionsunternehmen sowie für natürliche Personen, welche Mitglied im obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan oder im Geschäftsführungsorgan eines Revisionsunternehmens sind

⁹³ Vgl. hierzu und zum Folgenden sinngemäss: Botschaft des Bundesrats zum Finanzmarktinfratrustgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBI **2014** 7483.

⁹⁴ Bezüglich der Rechte von geprüften Unternehmen und Dritten haben die Revisionsunternehmen unter anderem das Geschäfts- und Revisionsgeheimnis, die Bestimmungen über den Datenschutz sowie die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis zu wahren. Die im konkreten Fall zu treffenden Vorkehrungen bestimmen sich nach dem jeweils anwendbaren Schweizer Recht. Die Erfüllung dieser rechtlichen Voraussetzungen liegt in der Verantwortung der Beaufsichtigten.

und nicht über eine Zulassung der Aufsichtsbehörde verfügen, wenn es um Auskünfte und Unterlagen geht, welche die Aufsichtsbehörde für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.⁹⁵

Die Übermittlung von Informationen bedarf der vorgängigen Meldung an die Aufsichtsbehörde, soweit diese die Informationen zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.

Absatz 3

Die RAB kann generell (d. h. ungeachtet einer allfälligen Meldung) den Amtshilfegeweg vorbehalten. In diesem Fall hat die RAB im Vorfeld einer allfälligen Übermittlung zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine amtshilfeweise Übermittlung gegeben sind. Äussert die RAB von sich aus keinen Vorbehalt, so kann eine Information geliefert werden, sofern die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt sind.

Die Einzelheiten zum Prozess (Fristen etc.) können in einem RAB-Rundschreiben geregelt werden. Die Rechte Dritter können dabei auch gewahrt bleiben, wenn diese rechtsgültig auf ihre Rechte verzichten.

Absatz 4

Die RAB kann (analog zur FINMA nach Art. 42c Abs. 5 E-FINMAG) die Veröffentlichung, die Übermittlung oder die Weitergabe von Akten aus dem Aufsichtsverhältnis ins Ausland von ihrer Zustimmung abhängig machen, wenn dies in ihrem Aufsichtsinteresse liegt und sofern keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen (sog. Supervisory Privilege bzw. Zustimmungsvorbehalt).

Art. 26b

Absätze 1 und 2

Mit der Einfügung des neuen Artikels 26b E-RAG soll die RAB analog zur FINMA nach Artikel 42d E-FINMAG dazu ermächtigt werden, auf Ersuchen einer ausländischen Revisionsaufsichtsbehörde die grenzüberschreitende Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen in der Schweiz zu erlauben, wenn diese Zustellung zu Revisionsaufsichtszwecken erfolgt, nicht Beweiserhebungszwecken dient und Gegenrecht mit dem Staat der ersuchenden ausländischen Revisionsaufsichtsbehörde besteht.

Die RAB kann eine Güterabwägung vornehmen und über das ausländische Zustellungsge- such frei entscheiden. In diesem Rahmen kann die RAB bspw. auch Einschränkungen oder die Modalitäten der Zustellung bestimmen wie bspw. die Anfertigung einer Übersetzung oder die direkte postalische Übermittlung in der Schweiz.

Art. 27

Absätze 1 und 3

Absatz 1 sieht vor, dass die RAB dazu legitimiert ist, Prüfungshandlungen einerseits wie bisher selbst im Ausland vor Ort vorzunehmen, andererseits aber neu auch von der Schweiz aus per Fernzugriff oder durch beigezogene Prüfbeauftragte. Nach Artikel 27 Absätze 2 und 3 RAG

⁹⁵ Insbesondere die ad hoc-Meldepflicht gemäss 15a Absatz 2 RAG hat die RAB für die Zulassungsrelevanz im Rundschreiben 1/2007 über die Angaben im Gesuch um Zulassung, die einzureichenden Unterlagen und die Meldepflichten während der Zulassungsdauer präzisiert. Für die Aufsichtsrelevanz wird die ad hoc-Meldepflicht im Rundschreiben 1/2010 über die Berichterstattung der staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen an die Aufsichtsbehörde präzisiert.

müssen die Voraussetzungen der Amtshilfe gemäss Artikel 26 Absätze 2 und 3 RAG der Vertraulichkeit und Spezialität jedenfalls erfüllt sein.

Die Regelung der grenzüberschreitenden Prüfungen in Absatz 3 ist nicht abschliessend und schliesst insbesondere die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Artikel 271 StGB durch die zuständige Stelle in weiteren Fallkonstellationen grundsätzlich nicht aus.

Absatz 3^{bis}

Die RAB kann die Durchführung von virtuellen grenzüberschreitenden Prüfungen per Fernzugriff erlauben, soweit die Revisionsunternehmen Massnahmen treffen, wonach die Einsichtnahme und Mitnahme von Informationen durch ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden nur im gesetzlich zulässigen Rahmen erfolgen. Bei der Bewilligungserteilung der RAB an die ausländische Revisionsaufsichtsbehörde weist sie diese auf ihre Pflicht hin, sich an die gesetzlichen Vorgaben zu halten. Die Einzelheiten werden in der Bewilligung der RAB festgelegt.

Denkbar ist, dass der Zugriff aus dem Ausland auf die Server-Umgebung von Schweizer Revisionsunternehmen voraussetzt, dass der Fernzugriff beim ausländischen Netzwerkpartner des Revisionsunternehmens stattfindet und dieses auf vertraglicher Basis nach Schweizer Recht eine Hilfsperson bestimmt, die am Ort des Fernzugriffs die Einhaltung der gesetzlichen Pflichten überwacht.

Sinngemäss handelt es sich dabei um die gleiche Regelung, wie sie die FINMA für die Bewilligung von virtuellen Inspektionen bereits anwendet, wobei die Bestimmung einer Hilfsperson bei einer Tochtergesellschaft im Gegensatz zu einem Netzwerkpartner nicht erforderlich ist.

Stellt sich nach einer Prüfung heraus, dass die ausländische Revisionsaufsichtsbehörde die Voraussetzungen von Artikel 27 E-RAG nicht eingehalten hat, kann ihr die RAB zukünftig die Erlaubnis von (virtuellen) Prüfungen per Fernzugriff verwehren.

Absatz 4

In Absatz 4 soll im Weiteren präzisiert werden, dass die RAB eine Begleitung der Aufsichtshandlungen in der Schweiz entweder selbst vornehmen kann oder auch durch eine Prüfbeauftragte oder einen Prüfbeauftragten begleiten lassen kann.

Absatz 5

Der Bundesrat ist im Rahmen der Absätze 2, 3 und 3^{bis} befugt, die Zusammenarbeit mit ausländischen Revisionsaufsichtsbehörden in Staatsverträgen zu regeln.

4.3 Nationalbankgesetz

Art. 14

Absatz 3

Gemäss Artikel 14 Absatz 3 NBG übermittelt die Eidgenössische Steuerverwaltung der SNB die Grundlagen und Ergebnisse ihrer statistischen Tätigkeiten im Bereich der Mehrwertsteuer. Falls erforderlich stellt sie ausserdem Mehrwertsteuerdaten aus ihren Datenbeständen und Erhebungen zur Verfügung, um die SNB bei der Erfüllung ihrer statistischen Aufgaben zu unterstützen. Infolge der Regelung der Zusammenarbeit bei Anerkennungs- und Prüfverfahren ausländischer Behörden zum schweizerischen Regulierungsrahmen im neuen Artikel 50b^{bis}

NBG (vgl. nachstehend) soll auch Artikel 14 Absatz 3 NBG angepasst werden, um weiterhin sicherzustellen, dass Dritte nicht über die SNB an die erwähnten Daten gelangen, zu denen sie anderweitig keinen Zugang hätten⁹⁶.

Art. 21

Artikel 21 NBG regelt die Zusammenarbeit der SNB mit ausländischen Aufsichts- und Überwachungsbehörden zum Zweck der Überwachung systemisch bedeutsamer Finanzmarktinfrastrukturen (FMI). Im Bereich der systemisch bedeutsamen FMI teilen sich die FINMA und die SNB die Aufsicht resp. Überwachung, wobei der FINMA die Aufsicht bezüglich der allgemeinen gesetzlichen Anforderungen an FMI obliegt, während die SNB die Einhaltung der besonderen Anforderungen des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes (FinfraG) sowie des NBG resp. der Nationalbankverordnung vom 18. März 2004⁹⁷ (NBV) für systemisch bedeutsame FMI sicherstellt. Vor diesem Hintergrund erfolgt auch die internationale Zusammenarbeit der SNB im Bereich der Überwachung systemisch bedeutsamer FMI vielfach gemeinsam mit der FINMA.

Seit der Revision der Amtshilfebestimmungen des FINMAG 2016 im Rahmen der Einführung des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes (FinfraG) geht Artikel 42 Absatz 2 Buchstabe a FINMAG hinsichtlich der zulässigen Verwendung übermittelter Informationen durch die ausländischen Behörden (Spezialitätsgrundsatz) sowie hinsichtlich möglicher Weiterleitungen der erhaltenen Informationen weiter als Artikel 21 NBG. Dies erscheint angesichts der parallelen Zuständigkeiten und der engen Zusammenarbeit von SNB und FINMA im Bereich der Überwachung und Beaufsichtigung systemisch bedeutsamer FMI sachlich nicht gerechtfertigt. Diese divergierenden Amtshilfebestimmungen führen in der Praxis zudem regelmässig zu Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden, beispielsweise bei der Ausarbeitung gemeinsamer Vereinbarungen von SNB und FINMA mit ausländischen Behörden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es zweckmässig, Artikel 21 NBG hinsichtlich Spezialität und Weiterleitung an Artikel 42 FINMAG anzugleichen. Die empfangenden ausländischen Behörden sollen die von der SNB erhaltenen Informationen zum Vollzug des Finanzmarktrechts verwenden oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weiterleiten können.

Eine vollständige Angleichung von Artikel 21 NBG an Artikel 42 FINMAG erscheint andererseits nicht angebracht, da das Mandat der SNB als prudentielle Überwachungsbehörde im Vergleich zu den (breiten) Zuständigkeiten der FINMA eng begrenzt ist.

Die Übermittlung von Informationen soll daher weiterhin nur im Rahmen der Überwachung systemisch bedeutsamer FMI⁹⁸ und an für die direkte Beaufsichtigung oder Überwachung solcher FMI oder von deren Teilnehmern zuständige Aufsichts- und Überwachungsbehörden zulässig sein.

Unverändert soll auch bleiben, dass ausschliesslich Informationen über systemisch bedeutsame FMI mit diesen ausländischen Behörden ausgetauscht werden dürfen. Entsprechend stellt sich die Frage einer Weiterleitung an ausländische Strafverfolgungsbehörden (ausserhalb des Finanzmarktstrafrechts) und Steuerbehörden auch weiterhin nicht.⁹⁹

⁹⁶ Vgl. BBI 2017 6942, 7148;

⁹⁷ SR 951.131

⁹⁸ Aktueller Wortlaut: «Zum Zweck der Überwachung [...]»

⁹⁹ Vgl. BBI 2014 7483, 7596;

Art. 50b^{bis}

Artikel 50b NBG wurde gleichzeitig mit Artikel 42b FINMAG im Rahmen der Einführung des FinfraG ins Gesetz aufgenommen und entspricht diesem fast vollständig.

Wie der neue Artikel 42b^{bis} E-FINMAG soll neu Artikel 50b^{bis} E-NBG die Zusammenarbeit bei Überprüfungen des Regulierungsrahmens durch ausländische Behörden (Prüfung des Schweizer Rechts- und Aufsichtsrahmens als auch der Überwachungspraxis der SNB) in Bezug auf systemisch bedeutsame FMI regeln. Die Ausführungen zu Artikel 42b^{bis} E-FINMAG oben gelten daher sinngemäss auch für Artikel 50b^{bis} E-NBG.

Aufgrund der geteilten Zuständigkeit von SNB und FINMA bei der Aufsicht bzw. Überwachung systemisch bedeutsamer FMI erfordern ausländische Prüfungen des Regulierungsrahmens solcher Institute oftmals eine Mitwirkung beider Behörden. Bezüglich der Schwierigkeiten, diese Mitarbeit im bestehenden gesetzlichen Rahmen leisten zu können, kann auf die Ausführungen zu Artikel 42b^{bis} E-FINMAG oben verwiesen werden.

Bei ausländischen Prüfungen des Regulierungsrahmens von weiteren Instituten (bspw. Banken oder Versicherungen) besteht jedoch kein Bedarf für eine Teilnahme der SNB, da sie einzig im Bereich der systemisch bedeutsamen FMI eine prudentielle Überwachungsfunktion hat. Entsprechend stellt diese Bestimmung auch keine Grundlage für die Beteiligung der SNB an ausländischen Prüfungen des Regulierungsrahmens sonstiger Institute dar.

Artikel 50b^{bis} E-NBG soll daher neu – entsprechend Artikel 42b^{bis} E-FINMAG – vorgesehen werden, um eine effiziente Kooperation der Schweizer Aufsichts- und Überwachungsbehörden bei ausländischen Prüfungen des Regulierungsrahmens für systemisch bedeutsame FMI sicherzustellen.

4.4 Änderung der Erklärungen der Schweiz zu Artikel 1 Absätze 2 und 3 des Europäischen Übereinkommens über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland

Bei der Ratifizierung des Übereinkommens SEV Nr. 094 hat die Schweiz das Gebiet der Finanzmarktaufsicht mit Erklärungen von dessen Anwendungsbereich ausgenommen. Die zugehörige Botschaft¹⁰⁰ enthält keine Erläuterungen zu dieser Ausnahme. Heute besteht kein Bedarf mehr für diese Ausnahme; vielmehr erweist sie sich aus heutiger Sicht als hinderlich. Dementsprechend wird ein Bundesbeschluss vorgelegt, der den Bundesrat dazu ermächtigen soll, diese Erklärungen zu ändern.

5 Auswirkungen

5.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Gesetzesrevision hat für den Bund weder finanzielle, noch personelle Konsequenzen. Deren Umsetzung kann im Rahmen der bestehenden Ressourcen und Aufgaben erfolgen.

Auswirkungen auf die FINMA sind einzig im Fall zu erwarten, dass bei Artikel 42a FINMAG Variante A umgesetzt würde. In diesem Fall, würden bei der FINMA voraussichtlich Ressour-

¹⁰⁰ Vgl. BBI 2017 5947.

cen freigesetzt. Es müssten keine langwierigen Kundenverfahren mit Akteneinsicht, Erlass einer Verfügung und Beschwerdeverfahren mit Schriftenwechsel durchgeführt werden.¹⁰¹ Mit Blick auf Artikel 43 FINMAG und der Erhebung von Kundendaten innerhalb des Private Banking Carve-outs würde mit Wegfall des Kundenverfahrens Ähnliches gelten. Auch bei Wegfall des Kundenverfahrens würde die FINMA jedoch im Einzelfall jedes Amtshilfegesuch und jede Übermittlung auf die Vereinbarkeit mit den Amtshilfевoraussetzungen (Spezialität, Vertraulichkeit, Verhältnismässigkeit, genügender Anfangsverdacht, genügendes Aufsichtsinteresse) überprüfen müssen. Angesichts der Möglichkeit für Inspektionen via Fernkommunikation und Direktübermittlungen könnte die Vorlage weiter für die RAB zu gewissen Ressourceneinsparungen führen. Im Fall der SNB sind schliesslich keine nennenswerten finanziellen und personellen Auswirkungen zu erwarten.

5.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete

Die Vorlage hat keine spezifischen Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden, urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete.

5.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Das Ziel der Vorlage ist die Stärkung der Reputation und globalen Rolle des schweizerischen Finanzplatzes, indem ein kohärenter und klarer Rechtsrahmen für die internationale Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden einerseits und der Beaufsichtigten andererseits geschaffen wird, welcher es erlaubt, dass das Finanzsystem für das grenzüberschreitende Geschäft offen ausgestaltet werden und sich über die Landesgrenzen hinaus weiter vernetzen kann, ohne dass dabei die Integrität, die Transparenz und die Finanzstabilität gefährdet werden.

Der neue Rechtsrahmen soll dazu beitragen, dass Gefahren am Finanzmarkt zugunsten der Gläubiger, Anleger und Versicherten rechtzeitig abgewendet und Stabilitätsrisiken vermieden werden können. Das Vertrauen des Publikums in die Finanzintermediation und den Finanzmarkt soll durch die Möglichkeit rascher wie auch dezidierter internationaler Zusammenarbeit geschützt werden.

Insbesondere die europäischen Finanzmärkte sind infolge ihrer geographischen Nähe zur Schweiz sowie des grossen Volumens und Potentials einer der Kernmärkte für die Auslandaktivitäten der Schweizer Finanzdienstleister und dürften ihre grosse wirtschaftliche Bedeutung für den Schweizer Finanzplatz und damit für die Schweizer Volkswirtschaft als Ganzes auch künftig beibehalten. Vor diesem Hintergrund steht die Schweiz vor der Herausforderung, den Zugang der Finanzdienstleister aus der Schweiz vor allem auch zum Markt der einzelnen Mitgliedstaaten der EU zu wahren und deren Gleichbehandlung im Wettbewerb mit EU-Konkurrenten sicherzustellen.

¹⁰¹ Vgl. Botschaft zum FinfraG, BBl 2014 7483, 7614.

Mangelnde Rechts- und Planungssicherheit diesbezüglich leistet möglichen Verlagerungen Vorschub und schwächt den Finanzplatz der Schweiz, welcher auch die vor- und nachgelagerten Wirtschaftsaktivitäten umfasst.¹⁰² Im Endeffekt würde daraus ein relevanter Schaden für die Schweizer Volkswirtschaft resultieren.¹⁰³

Der Erhalt und die mögliche Verbesserung des Marktzuganges aus der Schweiz ergeben sich wie erwähnt insbesondere auch dadurch, dass der schweizerische Rechtsrahmen für die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden wie auch direkt der Beaufsichtigten mit den zuständigen ausländischen Behörden und Stellen gemäss den geltenden internationalen Anforderungen und den Bedürfnissen der Schweizer Finanzbranche in kohärenter Weise angepasst wird, was ein zentrales Ziel der Finanzmarktpolitik des Bundes darstellt.¹⁰⁴

5.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Die Änderungen in der Vorlage sind zu gering, als dass sie einen Einfluss in der Breite der schweizerischen Gesellschaft hätten.

5.5 Auswirkungen auf die Umwelt

Die Vorlage hat keine Auswirkungen auf die Umwelt.

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungsmässigkeit

Die Vorlage zur Änderung des FINMAG, des RAG sowie des NBG stützt sich auf die Artikel 95 und 98 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesverfassung, BV)¹⁰⁵, die dem Bund die Kompetenz geben, Vorschriften über das Banken-, Privatversicherungs- und Börsenwesen, über Finanzdienstleistungen in anderen Bereichen sowie über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit zu erlassen.

Hinsichtlich insbesondere der Variante A zu Artikel 42a FINMAG betreffend die Aufhebung der Anhörungs- und Beschwerderechte von Kundinnen und Kunden bzw. der Variante B ist die Bundesverfassung insofern eingehalten, als dass Artikel 29a Satz 2 BV Ausnahmen von der

¹⁰² Unsicherheiten insbesondere im Zusammenhang mit EU-Äquivalenzanerkennungen haben grössere Schweizer Finanzinstitute bereits dazu veranlasst, die Verlagerung von gewissen Geschäftsbereichen aus der Schweiz in die EU zu erwägen.

¹⁰³ Das Verhältnis der Wertschöpfung einer Branche zum Bruttoinlandprodukt (BIP) zeigt, wie viel die Branche zur gesamten Volkswirtschaft beiträgt. Die schweizerische Finanzbranche (Banken und Versicherer) trägt mit rund 9 Prozent dem BIP der Schweiz bei, vgl. unter www.sif.admin.ch > Dokumentation > Finanzstandort Schweiz: <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/finanzstandort-schweiz-kennzahlen.html> (zuletzt abgerufen am 22.4.2024).

¹⁰⁴ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 27. Oktober 2021 «MiFID-II und Zugang zum Finanzmarkt: Szenarien und Massnahmen zur Erleichterung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen für italienische und französische Privatkundschaft», 7 f., abrufbar unter www.parlament.ch: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20173744/Bericht%20BR%20D.pdf>.

¹⁰⁵ SR 101

Rechtsweggarantie zulässt.¹⁰⁶ Der Gesetzgeber kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bewusst auf die Anwendbarkeit des VwVG verzichten¹⁰⁷, was vorliegend vorgeschlagen wird. Angesichts des Umstands, dass bei der Amtshilfe zu Finanzmarktaufsichtszwecken der Funktionsschutz übergeordnet ist¹⁰⁸ und der individuelle Rechtsschutz andererseits auch im ausländischen Hauptverfahren geltend gemacht werden kann, sind die Rechtspositionen der Betroffenen genügend geschützt.

Der Bundesbeschluss zur Änderung der Erklärungen der Schweiz zu Artikel 1 Absätze 2 und 3 des Übereinkommens SEV Nr. 094 stützt sich auf Artikel 54 Absatz 1 BV, wonach die auswärtigen Angelegenheiten in den Zuständigkeitsbereich des Bundes fallen. Artikel 184 Absatz 2 BV ermächtigt den Bundesrat, Verträge zu unterzeichnen und zu ratifizieren. Gemäss Artikel 166 Absatz 2 BV obliegt es der Bundesversammlung, völkerrechtliche Verträge zu genehmigen, mit Ausnahme derjenigen, deren Abschluss in die alleinige Zuständigkeit des Bundesrats fällt (vgl. Art. 24 Abs. 2 des Parlamentsgesetzes [ParlG] vom 13. Dezember 2002¹⁰⁹; Art. 7a Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [RVOG] vom 21. März 1997¹¹⁰). Diese Bestimmungen gelten analog für einseitige Erklärungen und Vorbehalte zu völkerrechtlichen Verträgen. Vorliegend kann der Bundesrat die Erklärungen zum Übereinkommen SEV Nr. 094 nicht alleine ändern, weil diese Änderung den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens erweitert und nicht von geringfügigem Umfang ist (analoge Anwendung von Art. 7a Abs. 2, 2. Satz RVOG). Die neue Verpflichtung für die Schweiz, auch auf dem Gebiet der bislang ausgeschlossenen Finanzmarktaufsicht Amtshilfe bei der Zustellung zu leisten, berührt die Rechte der Empfänger solcher Zustellungen und macht wichtige rechtsetzende Bestimmungen im Sinne von Artikel 22 Absatz 1 und 4 ParlG auf ein zusätzliches Rechtsgebiet anwendbar.

6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Verschiedene internationale Abkommen der Schweiz enthalten Bestimmungen über die internationale Amtshilfe. Zu Finanzmarktaufsichtszwecken sieht bspw. das Abkommen vom 10. Oktober 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EWG betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung¹¹¹ eine besondere Regelung der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden vor (vgl. Art. 30 ff.). Insbesondere werden die Bedingungen (Art. 30) und die Ziele (Art. 31) dieser Zusammenarbeit speziell geregelt. Das Abkommen enthält weiter eine besondere Bestimmung zur Geheimhaltungspflicht (Art. 33).

¹⁰⁶ Vgl. Andreas Kley, St. Galler Kommentar (3. Aufl.) zu Art. 29a BV, Rz. 20; BSK BV-Waldmann, Art. 29a N 20.

¹⁰⁷ BGE 140 II 315 E. 3.1.; Bundesgerichtsurteil 2C_246/2014 vom 7. August 2014 E. 6.2.3; Beriger/Glaser, Rechtsschutz gegen Realakte: Bundesgericht schafft Klarheit, SJZ 111 (2015) Nr. 7, S. 171 f.; Weber-Dürler/Kunz-Notter, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019, N 40 zu Art. 25a VwVG; darüber hinaus verlangt die Rechtsweggarantie gemäss Artikel 29a BV zwar die gerichtliche Überprüfbarkeit behördlicher Entscheide, definiert jedoch nicht, ob ein Entscheid einer Verwaltungsbehörde, Informationen an eine andere weiterzuleiten, an sich immer in der Form einer anfechtbaren Verfügung erfolgen muss: vgl. hierzu Zulauf, Kooperation oder Obstruktion?, 344.

¹⁰⁸ Vgl. unter Ziffer 3.1.1.

¹⁰⁹ RS 171.10

¹¹⁰ RS 172.10

¹¹¹ SR 0.961.1

Eine analoge Regelung ist im Abkommen vom 25. Januar 2019 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung¹¹² sowie im Abkommen vom 19. Dezember 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die Direktversicherung sowie die Versicherungsvermittlung¹¹³ vorgesehen.

Im Bankenbereich sehen insbesondere der Briefwechsel vom 3. Juli/15. August 2013 zwischen der Schweiz und Deutschland zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Finanzbereich¹¹⁴ und die zugehörigen Ausführungsvereinbarungen der FINMA mit der deutschen BaFin eine besondere Regelung der Zusammenarbeit zur Beaufsichtigung des grenzüberschreitenden Banken- und Vermögensverwaltungsgeschäfts vor.

Die vorgeschlagenen Änderungen des FINMAG, RAG und NBG erlauben es der Schweiz nach wie vor, weitergehende Staatsverträge über die Verwaltungszusammenarbeit abzuschliessen, weshalb kein Konflikt zwischen den revidierten Amtshilfestimmungen und den bestehenden oder zukünftigen internationalen Abkommen der Schweiz im Finanzmarktbereich bestünde.¹¹⁵

6.3 Erlassform

Gemäss Artikel 164 Absatz 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Deshalb unterstehen alle vorliegenden Änderungen des FINMAG wie auch der weiteren genannten Erlasse dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren.

Die Genehmigung durch die Bundesversammlung der Änderung der Erklärungen der Schweiz zu Artikel 1 Absätze 2 und 3 des Übereinkommens SEV Nr. 094 muss in Form eines Bundesbeschlusses erfolgen, analog zu Artikel 24 Absatz 3 ParlG. Die erwähnte Änderung betrifft wichtige rechtsetzende Bestimmungen, welche dem Referendum unterliegen (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV).

6.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Mit der Vorlage werden weder neue Subventionsbestimmungen (die Ausgaben über einem der Schwellenwerte nach sich ziehen) geschaffen, noch neue Verpflichtungskredite bzw. Zahlungsrahmen (mit Ausgaben über einem der Schwellenwerte) beschlossen.

6.5 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Die vorliegende Gesetzesrevision enthält keine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen.

¹¹² SR 0.961.367

¹¹³ SR 0.961.514

¹¹⁴ SR 0.956.113.61

¹¹⁵ So sieht etwa das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die gegenseitige Anerkennung im Bereich der Finanzdienstleistungen, welches am 21. Dezember 2023 unterzeichnet wurde, ebenfalls besondere Regelungen zur Zusammenarbeit bei der Beaufsichtigung der gemäss Abkommen erfassten Finanzdienstleister in den Bereichen der Versicherung sowie der Investment Services vor. Das Abkommen bedarf noch der Genehmigung durch die Parlamente beider Länder, bevor es in Kraft treten kann.

6.6 Datenschutz

Das Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG)¹¹⁶ bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von natürlichen Personen, über welche Personendaten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Als Personendaten gelten dabei alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen (Art. 5 Bst. a DSG). Der Begriff der Bearbeitung von Personendaten nach dem Datenschutzgesetz umfasst dabei ebenfalls die Bekanntgabe von Daten (Art. 5 Bst. d DSG). Bundesorgane dürfen gemäss Artikel 34 DSG Personendaten nur bearbeiten, wenn dafür wie vorliegend eine gesetzliche Grundlage besteht. Die FINMA verfügt mit Artikel 23 Absätze 1 und 2 Bst. f FINMAG i.V.m. den Artikeln 42 ff. über eine Gesetzesgrundlage für die Datenbearbeitung und die grenzüberschreitende Datenbekanntgabe an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden unter Einschluss von besonders schützenswerten Personendaten, wobei die Kategorien der Personendaten in Übereinstimmung mit Artikel 23 Absatz 4 FINMAG in Artikel 5 der Datenverordnung FINMA¹¹⁷ aufgeführt sind. Im Übrigen gehen die Amtshilfebestimmungen des FINMAG nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes dem DSG vor.¹¹⁸

¹¹⁶ SR 235.1

¹¹⁷ Verordnung der FINMA über die Bearbeitung von Personendaten im Rahmen der Aufsicht (SR 956.124)

¹¹⁸ Urteile des BVGer B-821/2020 vom 21. Juli 2020, E. 2; B-6371/2018 vom 8. März 2019, E. 4.3.1; B-7773/2015 vom 16. März 2016, E. 5; B-2460/2015 vom 15. November 2015, E. 3.4.3.

Übersichtstabelle über die im erläuternden Bericht verwendeten Daten

Ziffer	Zitat, Fundstelle	Quelle, Herleitung, Annahmen	Letzte Aktualisierung	Bemerkungen
1	Kap. 1.1: Die Zahl von Amtshilfesuchen ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden ist seit einigen Jahren relativ hoch. Diese stammen mehrheitlich aus den Nachbarstaaten bzw. dem EU-Raum, der USA und dem UK.	Vgl. Allgemeine Enforcementstatistiken 2023, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/	2023	
2	Kap. 2.1.1: Ihre Mitglieder regulieren mehr als 95 Prozent der weltweiten Wertpapiermärkte in mehr als 130 Rechtsordnungen. [...] Im Dezember 2022 hatten rund 130 Wertpapieraufsichtsbehörden das IOSCO MMoU unterzeichnet;	Angaben der IOSCO bezüglich deren Mitglieder vgl. https://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco und des MMoU vgl. https://www.iosco.org/about/?subsection=mmou	2024	
3	Kap. 2.1.2: Die IAIS mit Sitz in Basel vereint Aufsichtsbehörden aus rund 200 Rechtsordnungen, die einen Anteil von fast 97 Prozent der weltweiten Versicherungsprämien repräsentieren. [...] Derzeit sind 84 Mitglieder der IAIS Unterzeichner des MMoU, welche allerdings mehr als drei Viertel des weltweiten Versicherungssektors (gemessen an den Bruttoprämien) repräsentieren.	Angaben der IAIS bezüglich deren Mitglieder vgl. https://www.iaisweb.org/about-the-iais/what-we-do/ und des MMoU vgl. https://www.iaisweb.org/about-the-iais/mmou/	2024	
4	<p>Kap. 3.1.1: Erfahrungen in der Amtshilfepraxis zeigen konkret auf, dass die heutigen Möglichkeiten zur Anhörung und zur Beschwerde im Kundenverfahren in den meisten Fällen gerade durch Akteure beansprucht werden, bezüglich welcher ein begründeter Verdacht eines Insider- oder Marktmanipulationsdeliktes in ausländischen Finanzmarktinstrumenten besteht und dies sogar oft in wiederholten Fällen. Das Kundenverfahren (Akteneinsicht, Schriftenwechsel, Erlass einer Verfügung, Beschwerdeverfahren) wird dabei erfahrungsgemäss einzig zur zeitlichen Verzögerung der Informationsübermittlung genutzt.</p> <p>FN 44: So haben bspw. im Zeitraum 2015-2022 verschiedene, in mutmasslichen Insiderringen miteinander verbundene (rund 10) Personen die Amtshilfe stark beschäftigt. Davon hat bspw. eine Person 7 Verfügungen veranlasst. Diese mutmasslichen Insiderringe wurden bzw. werden von mehreren ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden untersucht. Die den mutmasslichen Insiderringen angehörenden Personen tauchen auch aktuell in</p>	Angaben der FINMA zu deren Amtshilfepraxis; vgl. auch unter https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/	2024	

	wiederkehrender Regelmässigkeit in verschiedenen Amtshilfedossiers auf und werden oftmals auch auf dem Weg der nachträglichen Notifikation übermittelt.			
5	Kap. 3.1.2, FN 50: Marktmanipulations- und Insiderfälle machen rund 65 Prozent aller Amtshilfegesuche aus	Angaben der FINMA zu ihrer Amtshilfepraxis, vgl. FINMA Allgemeine Enforcementstatistiken 2020-2023, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/	2024	
6	Kap. 3.1.3, FN 56: In den Jahren 2017-2022 brachte die FINMA lediglich 15-mal einen Amtshilfedorbesohlt an	Angaben der FINMA zu ihrer Amtshilfepraxis	2024	
7	Kap. 5.3: Insbesondere der EU-Finanzmarkt ist infolge seiner geographischen Nähe zur Schweiz sowie seines grossen Volumens und Potentials einer der Kernmärkte für die Auslandaktivitäten der Schweizer Finanzdienstleister und dürfte seine grosse wirtschaftliche Bedeutung für den Schweizer Finanzplatz und damit die Schweizer Volkswirtschaft als Ganzes auch künftig beibehalten.	Bezüglich der Entwicklungen im Bereich der grenzüberschreitenden Vermögensverwaltung insbesondere mit Nachbarstaaten vgl. den Bericht des Bundesrates vom 27. Oktober 2021 «MiFID-II und Zugang zum Finanzmarkt: Szenarien und Massnahmen zur Erleichterung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen für italienische und französische Privatkundschaft», 7 f., abrufbar unter: https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20173744/Bericht%20BR%20D.pdf ;	2022	
8	Kap. 5.3., FN 102: Das Verhältnis der Wertschöpfung einer Branche zum Bruttoinlandprodukt (BIP) zeigt, wie viel die Branche zur gesamten Volkswirtschaft beiträgt. Die schweizerische Finanzbranche (Banken und Versicherer) trägt mit rund 9 Prozent dem BIP der Schweiz bei	Vgl. Finanzstandort Schweiz, Kennzahlen 2024, abrufbar unter: https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/finanzstandort-schweiz-kennzahlen.html	2024	