

Datenverordnung-FINMA – Totalrevision

Bericht über die Ergebnisse der Anhörung vom 9. März bis
10. Mai 2022 zum Entwurf der totalrevidierten Datenverord-
nung-FINMA

4. Mai 2023

Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte.....	3
1 Einleitung.....	4
2 Eingegangene Stellungnahmen	4
3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA	5
3.1 Gegenstand.....	5
3.2 Zweck	6
3.3 Nachvollziehbarkeit	7
3.4 Zugriffsrechte	8
3.5 Richtigkeit und Aktualität.....	9
3.6 Beschaffung von Personendaten ohne Wissen der betroffenen Person	10
3.7 Form der Bekanntgabe von Personendaten	12
3.8 Aufbewahrung der Personendaten	13
3.9 Zuständigkeit Datenbank Gewähr.....	15
4 Weiteres Vorgehen	16

Kernpunkte

1. Vom 9. März bis 10. Mai 2022 führte die FINMA eine öffentliche Anhörung zum Entwurf einer totalrevidierten Datenverordnung FINMA durch.
2. Im Rahmen der Anhörung zur vorgeschlagenen Totalrevision der Datenverordnung-FINMA gingen nur wenige Stellungnahmen ein.
3. Aufgrund der eingegangenen Stellungnahmen wurden am Anhörungsentwurf (Verordnung und Erläuterungen) einige Präzisierungen vorgenommen. Wesentliche materielle Änderungen wurden keine vorgenommen.
4. Die revidierte Datenverordnung FINMA tritt zeitgleich mit dem revidierten Datenschutzrecht des Bundes am 1. September 2023 in Kraft.

1 Einleitung

Vom 9. März bis 10. Mai 2022 führte die FINMA eine öffentliche Anhörung zum Entwurf einer totalrevidierten Datenverordnung FINMA (E-Datenverordnung FINMA) durch.

Seit 1. Oktober 2011 ist die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Datenbearbeitung (Datenverordnung-FINMA; SR 956.124) in Kraft. Diese wurde im Rahmen von mehreren Teilrevisionen ergänzt und präzisiert. Die geltende Datenverordnung-FINMA regelt die Führung einer Sammlung von Daten, die für die Beurteilung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erforderlich sind (Datensammlung Gewähr oder früher auch *Watchlist* genannt) sowie die Datenbearbeitung durch Dritte im Rahmen der Aufsicht.

Am 25. September 2020 wurde die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz vom 25. September 2020, hiernach nDSG; AS 2022 491) vom Parlament verabschiedet. Dabei wurde die formell-gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung durch die FINMA und Dritte im Rahmen der Aufsicht (Art. 23 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes, FINMAG; SR 956.1) präzisiert. Wie bisher hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass die FINMA die Einzelheiten der Datenbearbeitung regelt (vgl. nArt. 23 Abs. 4 FINMAG in der Fassung des neuen Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020; AS 2022 491). Das neue Datenschutzgesetz wird zusammen mit der neuen Datenschutzverordnung vom 31. August 2022 (hiernach nDSV; AS 2022 568) am 1. September 2023 in Kraft treten.

Mit der vorgesehenen Totalrevision der Datenverordnung-FINMA sollen die bestehenden Ausführungsvorschriften der FINMA im Lichte der neuen Bundesregelungen ergänzt und präzisiert werden. Die FINMA will damit dem Auftrag des Gesetzgebers nachkommen, die Einzelheiten ihrer Datenbearbeitung im Rahmen der Aufsicht zu regeln. Gleichzeitig soll das revidierte Datenschutzrecht umgesetzt werden.

2 Eingegangene Stellungnahmen

Folgende Personen haben im Rahmen der Anhörung eine Stellungnahme eingereicht und sich für deren Publikation ausgesprochen:

- Raiffeisen Schweiz
- Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg)

3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

Im vorliegenden Bericht werden die eingegangenen Stellungnahmen von der FINMA zusammengefasst, gewichtet und ausgewertet.

Der Bericht wurde vom Verwaltungsrat der FINMA verabschiedet (Art. 11 Abs. 4 der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz; SR 956.11). Er wird zusammen mit der verabschiedeten Verordnung und den Stellungnahmen der Anhörung veröffentlicht.

3.1 Gegenstand

Stellungnahmen

In Art. 1 E-Datenverordnung FINMA wird eine Klarstellung gefordert, wonach das Bundesgesetz über den Datenschutz zur Anwendung gelangt, sofern in der Datenverordnung FINMA keine abweichenden Bestimmungen enthalten sind.

Würdigung

Das Datenschutzgesetz gilt für die FINMA als Bundesorgan kraft Gesetzes (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. b nDSG). Das geltende wie auch das neue DSG ist ein Rahmen- und Querschnittsgesetz. Es legt insbesondere die allgemeinen Anforderungen an die Datenbearbeitungen fest. Wie die Datenbearbeitungen im öffentlich-rechtlichen Bereich auf Bundesebene konkret ausgestaltet werden, ist dagegen in den jeweiligen bereichsspezifischen Rechtsgrundlagen geregelt.¹ Mit der totalrevidierten Datenverordnung FINMA führt die FINMA ihre bereichsspezifische Rechtsgrundlage gestützt auf den gesetzgeberischen Auftrag in nArt. 23 Abs. 4 FINMAG näher aus, um die Normdichte und damit die Transparenz über die Datenbearbeitung der FINMA im Rahmen der Aufsicht zu erhöhen. Das Datenschutzrecht des Bundes ist bei der Datenbearbeitung der FINMA neben ihren bereichsspezifischen Erlassen anzuwenden. Eine Abweichung ist mit der Totalrevision der Datenverordnung-FINMA weder zulässig noch beabsichtigt. Nach dem Gesagten ist die geforderte Ergänzung bzw. Klarstellung von Art. 1 E-Datenverordnung FINMA aus rechtlicher und legistischer Sicht nicht erforderlich. Die Erläuterungen wurden jedoch entsprechend präzisiert.

¹ Vgl. Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG) - Übersicht zu den wichtigsten Änderungen für die Erarbeitung der Rechtsgrundlagen betreffend Datenbearbeitungen durch Bundesorgane, Oktober 2022, Bundesamt für Justiz; abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Legistik > Legistische Hauptinstrumente.

Fazit

Das nDSG ist der Rahmenerlass, der allgemeine Grundsätze für die Datenbearbeitung aufstellt und von allen Bundesorganen kraft Gesetzes zu beachten ist. Mit der totalrevidierten Datenverordnung FINMA wird die bereichsspezifische Rechtsgrundlage der FINMA (nArt. 23 FINMAG) näher ausgeführt. Eine spezialgesetzliche Abweichung vom nDSG ist auf Stufe Datenverordnung FINMA weder zulässig noch beabsichtigt. Ein Vorbehalt ist aus rechtlicher und legistischer Sicht abzulehnen.

3.2 Zweck

Stellungnahmen

Es wird verlangt, dass die Zwecke der Datenbearbeitung in Art. 3 E-Datenverordnung FINMA spezifiziert und klar angegeben werden. Der Begriff „insbesondere“ sei in Art. 3 E-Datenverordnung FINMA zu streichen, da er impliziere, dass die Bearbeitung auch anderen, nicht in nArt. 23 Abs. 2 FINMAG aufgeführten Zwecken dienen würde, was nicht zulässig sei.

Würdigung

Die möglichen Zwecke der Datenbearbeitung der FINMA werden in nArt. 23 Abs. 2 FINMAG spezifiziert. Demnach bearbeitet die FINMA Personendaten insbesondere zum Zweck: der Prüfung der Beaufsichtigten (Bst. a); der Aufsicht (Bst. b); der Führung eines Verfahrens (Bst. c); der Beurteilung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit (Bst. d); der Beurteilung des Verhaltens einer Person bei einer Tätigkeit für eine Beaufsichtigte oder einen Beaufsichtigten oder auf dem Finanzmarkt (Bst. e); oder der nationalen und internationalen Amts- und Rechtshilfe (Bst. f). Die nicht abschliessende Natur der Zweckbestimmung ergibt sich somit aus dem formellen Gesetz. In Art. 3 E-Datenverordnung FINMA wurde auf diese Bestimmung lediglich Bezug genommen. Auch allfällige weitere Bearbeitungszwecke müssen sich aus den gesetzlichen Aufgaben der FINMA ergeben. Nach nochmaliger Prüfung wurde Art. 3 E-Datenverordnung FINMA mangels normativen Charakters gestrichen.

Soweit es das Risikopotential einer Datenbearbeitung erfordert, werden die Bearbeitungszwecke in der totalrevidierten Datenverordnung FINMA näher ausgeführt. So finden sich in Bezug auf den Zweck der Beurteilung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit (nArt. 23 Abs. 2 Bst. d FINMAG) nähere Ausführungen in Art. 10 E-Datenverordnung FINMA. Damit sind die Zwecke der Datenbearbeitung der FINMA in den bereichsspezifischen Erlassen hinreichend bestimmt.

Fazit

Die nicht abschliessende Natur der Aufzählung der Bearbeitungszwecke ergibt sich aus dem formellen Gesetz (nArt. 23 Abs. 2 FINMAG). Alle weiteren Zwecke müssen sich aus gesetzlichen Aufgaben der FINMA ergeben. Art. 3 E-Datenverordnung FINMA wurde mangels normativen Charakters gestrichen. Die Bearbeitungszwecke werden soweit erforderlich in der total-revidierten Datenverordnung FINMA näher ausgeführt (vgl. Art. 10 E-Datenverordnung FINMA für den konkreten Zweck der Beurteilung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit nach nArt. 23 Abs. 2 Bst. d FINMAG). Damit sind die Zwecke der Datenbearbeitung der FINMA hinreichend erkennbar.

3.3 Nachvollziehbarkeit

Stellungnahmen

Es wird vorgebracht, dass nicht klar sei, was mit Art. 4 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 E-Datenverordnung FINMA gemeint sei. Es wird daher folgende Umformulierung verlangt (beantragte Ergänzung fett): „*Sie sorgen dafür, dass die Datenbearbeitung von der Beschaffung bis zur Archivierung oder Vernichtung nachvollziehbar **dokumentiert** ist.*“

Würdigung

Diese Bestimmungen entsprechen dem geltenden Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Datenverordnung-FINMA. Sie beziehen sich auf die Nachvollziehbarkeit der Datenbearbeitung, welche sich aus dem übergeordneten Datenschutzrecht ergibt. So ist die Nachvollziehbarkeit der Datenbearbeitung von der Beschaffung bis zur Archivierung bzw. Vernichtung die Grundlage zur Einhaltung der allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze (Art. 6 nDSG), zur Erfüllung der Verzeichnispflichten von Bundesorganen gegenüber dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB (Art. 12 nDSG) sowie zur Wahrnehmung allfälliger Informations- oder Auskunftspflichten gegenüber den betroffenen Personen (Art. 19 und Art. 25 nDSG). Zudem gehört die Nachvollziehbarkeit neben der Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität von Daten zu den Schutzzielen der Datensicherheit und ist vom Verantwortlichen sowie vom Auftragsbearbeiter durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen sicherzustellen (vgl. Art. 8 nDSG i.V.m. Art. 2 Bst. d und Art. 3 Abs. 3 nDSV). Nach nochmaliger Prüfung werden die Bestimmungen in Art. 4 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 E-Datenverordnung FINMA mangels normativen Charakters gestrichen. Sie geben lediglich einen allgemeinen Grundsatz des Datenschutzrechts sowie der Datensicherheit wieder, der sich bereits aus dem übergeordneten Recht ergibt und daher ohnehin gilt.

Fazit

Die Bestimmungen zur Nachvollziehbarkeit der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 E-Datenverordnung FINMA) geben einen allgemeinen Grundsatz aus dem übergeordneten Datenschutzrecht wieder, welcher die FINMA durch geeignete Massnahmen sicherzustellen hat. Die Bestimmungen werden mangels normativen Charakters gestrichen.

3.4 Zugriffsrechte

Stellungnahmen

In Bezug auf Art. 5 Abs. 3 E-Datenverordnung FINMA (Zugriffsrechte im Allgemeinen) wird vorgebracht, dass die Gewährung von Zugriffsrechten „im Einzelfall“ und „bei Bedarf“ nicht befriedigend sei. Die Gewährung von Zugriffsrechten müsse unter Wahrung des *Need-to-know*-Prinzips und auf der Grundlage objektiv nachvollziehbarer Kriterien auf die einzelnen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gemäss deren Funktion eingeschränkt oder erweitert werden. Die entsprechenden Kriterien seien in einem Bearbeitungsreglement zu regeln.

In Bezug auf Art. 12 Abs. 2 E-Datenverordnung FINMA (Zugriffsrechte auf die Datenbank Gewähr im Besonderen) wird eingewendet, die Formulierung „bei Bedarf“ sei zu offen und solle ersetzt werden durch „soweit dies für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist“.

Würdigung

Art. 5 E-Datenverordnung FINMA führt die Zugriffsrechte der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der FINMA aus, wobei die Absätze 1 und 2 den Regelfall wiedergeben. Demnach richten sich die Zugriffsrechte grundsätzlich nach der Funktionszugehörigkeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. In Absatz 3 wird vorbehalten, dass Zugriffsrechte im Einzelfall und bei Bedarf auf einzelne Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eingeschränkt (z.B. bei besonders sensiblen Daten) oder einzelnen weiteren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern erteilt (z.B. bei Daten, die eine bereichsübergreifende Bearbeitung erfordern) werden können. Wie den Erläuterungen zu Art. 5 E-Datenverordnung FINMA zu entnehmen ist, werden die Zugriffsrechte stets unter Wahrung des *Need-to-know*-Prinzips erteilt. Das *Need-to-know*-Prinzip folgt aus den allgemeinen Grundsätzen zur Datenbearbeitung (insbesondere Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung; Art. 6 Abs. 2 nDSG) sowie zur Datensicherheit (insbesondere Vertraulichkeit der Daten; Art. 8 nDSG i.V.m. Art. 2 Bst. a und Art. 3 Abs. 1 nDSV) und ist von der FINMA, unabhängig von einer Erwähnung in der Datenverordnung FINMA zu beachten. Ferner wird die Beachtung des *Need-to-know*-Prinzips für die FINMA auch in weiteren Rechtsvorschriften (vgl. insbesondere nArt. 57h^{bis} Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [RVOG; SR 172.010] in

der Fassung des neuen Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020; AS 2022 491) vorgeschrieben und präzisiert. Ebenfalls ist der Verordnung sowie den Erläuterungen bereits zu entnehmen, dass Details zu Art und Umfang der jeweiligen Zugriffsrechte der einzelnen Kategorien von Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der FINMA in einem Bearbeitungsreglement geregelt werden (vgl. Art. 2 Abs. 2 E-Datenverordnung FINMA). Im Übrigen ergibt sich für die FINMA die Pflicht zum Erstellen eines Bearbeitungsreglements mit Angaben zu den Zugriffsberechtigungen sowie zu Art und Umfang des Zugriffs bereits aus dem übergeordneten Rahmenerlass (Art. 6 Abs. 1 und 2 nDSV).² Die geforderten Ergänzungen im Verordnungswortlaut sind nach dem Gesagten somit nicht erforderlich. Art. 5 und Art. 12 E-Datenverordnung FINMA wurden jedoch redaktionell überarbeitet. Dabei wurde insbesondere die Formulierung „bei Bedarf“ durch eine Formulierung ersetzt, die dem *Need-to-know*-Prinzip besser Ausdruck verleiht.

Fazit

Die Gewährung der Zugriffsrechte werden unter Beachtung der übergeordneten Grundsätze des Datenschutzrechts und der Datensicherheit sowie weiterer einschlägiger Rechtsvorschriften (insbesondere *Need-to-know*-Prinzip) erteilt. Die Details zu Art und Umfang der jeweiligen Zugriffsrechte der einzelnen Kategorien von Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der FINMA werden in einem Bearbeitungsreglement geregelt (vgl. Art. 2 Abs. 2 E-Datenverordnung FINMA). Entsprechende Ausführungen finden sich bereits in den Erläuterungen. Art. 5 und Art. 12 E-Datenverordnung FINMA wurden redaktionell überarbeitet. Dabei wurde insbesondere die Formulierung „bei Bedarf“ ersetzt.

3.5 Richtigkeit und Aktualität

Stellungnahmen

Es wird eine Ergänzung von Art. 6 Bst. o E-Datenverordnung FINMA dahingehend verlangt, dass die FINMA weitere Daten, die im Rahmen der gesetzlichen Aufgabenerfüllung der FINMA anfallen, nur nach Prüfung der Aktualität und Richtigkeit weiterverwenden dürfe.

Würdigung

Der Grundsatz der Richtigkeit der Daten ist ein allgemeiner Datenbearbeitungsgrundsatz und ergibt sich aus dem übergeordneten Recht (Art. 6 Abs. 5 nDSG). Die FINMA ist somit – unabhängig von einer allfälligen Erwähnung in der Datenverordnung FINMA – gehalten, sich über die Richtigkeit der von ihr bearbeiteten Personendaten zu vergewissern. Dabei gilt es

² Vgl. Erläuternder Bericht zur Verordnung über den Datenschutz (Datenschutzverordnung, DSV) vom 31. August 2022, S. 29; abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Aktuell > Medienmitteilungen > Neues Datenschutzrecht ab 1. September 2023 (31.08.2022).

jedoch zu beachten, dass der Grundsatz der Datenrichtigkeit relativer Natur ist: Daten müssen jeweils im Hinblick auf ihren Bearbeitungszweck richtig sein (vgl. Art. 6 Abs. 5 Satz 2 nDSG). Erhält also die FINMA im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabenerfüllung aufsichtsrelevante Informationen, die oftmals auch Angaben zu natürlichen Personen (also Personendaten) enthalten, muss sie diese Informationen nicht berichtigen, löschen oder vernichten, wenn sich die darin enthaltenen Personendaten als falsch oder nicht mehr aktuell erweisen, denn ihre Aufbewahrung dient nicht dazu, die Richtigkeit des Inhalts zu dokumentieren, sondern nur die Tatsache, dass die Informationen zu einem bestimmten Zeitpunkt von einer bestimmten Quelle gemacht wurden.³ Ebenso gilt es zu beachten, dass bestimmte gesetzliche Pflichten der Berichtigung, Löschung oder Vernichtung von Personendaten entgegenstehen können.⁴ So steht etwa im Bereich der Verwaltungsverfahren die Aktenführungspflicht⁵ der FINMA einer Korrektur von Aktenstücken entgegen.

Fazit

Der Grundsatz der Richtigkeit ist ein allgemeiner datenschutzrechtlicher Grundsatz, der sich aus dem übergeordneten Recht ergibt (Art. 6 Abs. 5 nDSG) und von der FINMA bei allen Datenbearbeitungen im Hinblick auf ihren Bearbeitungszweck zu beachten ist.

3.6 Beschaffung von Personendaten ohne Wissen der betroffenen Person

Stellungnahmen

Zum einen wird die Beschaffung von Personendaten ohne Wissen der betroffenen Person mangels gesetzlicher Grundlage generell als unzulässig erachtet. Es wird daher die Streichung von Art. 7 Abs. 3 E-Datenverordnung FINMA verlangt. Eventualiter wird die Präzisierung von Art. 7 Abs. 3 E-Datenverordnung FINMA verlangt. Es solle präzisiert werden, dass mit dem „*Bearbeitungszweck*“ der in Art. 3 E-Datenverordnung FINMA beschriebene Zweck gemeint ist. Zudem solle die Beschaffung von Personendaten ohne Erkennbarkeit für die betroffene Person auf begründete Einzelfälle beschränkt und die betroffene Person nach der Beschaffung ihrer Daten umgehend darüber informiert werden, wobei die Information zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen unterlassen oder aufgeschoben werden kann.

³ Vgl. BGer 1A.6/2001 vom 2. Mai 2001, E. 2c; vgl. auch David Rosenthal, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020, Rz. 37.

⁴ Botschaft zum nDSG vom 15. September 2017, BBl 2017 6941, S. 7026.

⁵ Die Aktenführungspflicht ist Voraussetzung für das Akteneinsichtsrechts und den Anspruch auf rechtliches Gehör und leitet sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 26 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) ab.

Zum anderen wird beanstandet, dass die in den Erläuterungen beschriebene Verwendung von Pseudonymen (sog. XY-Profile) bei Internetrecherchen der FINMA bereits eine Untersuchungsmassnahme darstelle und weiter gehe als das beschriebene Erfordernis der FINMA, Personendaten auch ohne Kenntnis der betroffenen Personen zu bearbeiten. Es wird bezweifelt, dass nArt. 23 FINMAG eine genügende formell-gesetzliche Grundlage für ein solches Vorgehen darstellt, weshalb angeregt wird, eine entsprechende gesetzliche Grundlage im FINMAG zu schaffen.

Würdigung

Personendaten dürfen nur zu einem bestimmten und für die betroffene Person erkennbaren Zweck beschafft werden (Art. 6 Abs. 3 nDSG). Darüber hinaus unterliegt der Verantwortliche einer Informationspflicht gegenüber der betroffenen Person bei der Beschaffung von Personendaten (Art. 19 Abs. 1 nDSG). Der betroffenen Person müssen grundsätzlich all diejenigen Informationen mitgeteilt werden, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte aus dem Datenschutzrecht geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist. Art. 19 Abs. 2 Bst. a–c, Abs. 3 und 4 nDSG konkretisieren diesen Grundsatz sodann durch verschiedene Mindestangaben. Es genügt, wenn für die betroffene Person die Möglichkeit besteht, die erforderlichen Informationen zur Kenntnis zu nehmen, eine tatsächliche Kenntnisnahme im konkreten Fall ist nicht erforderlich.⁶ Für Bundesorgane stellt grundsätzlich die gesetzliche Grundlage die erforderlichen Informationen bereit und schafft so die nötige Erkennbarkeit und Transparenz der Datenbearbeitung.⁷ Entsprechend entfällt für Bundesorgane auch die Informationspflicht, wenn die Datenbearbeitung gesetzlich vorgesehen ist (Art. 20 Abs. 1 Bst. b nDSG).

Die gesetzliche Grundlage der FINMA namentlich in nArt. 23 FINMAG und der totalrevidierten Datenverordnung FINMA übernimmt die Funktion der Informationspflicht und stellt die Informationen gemäss Art. 19 Abs. 2 f. nDSG bereit. So bearbeitet die FINMA Personendaten insbesondere zum Zweck der Führung eines Verfahrens (nArt. 23 Abs. 2 Bst. c FINMAG) und der Beurteilung des Verhaltens einer Person bei einer Tätigkeit für eine Beauftragte oder einen Beauftragten auf dem Finanzmarkt (nArt. 23 Abs. 2 Bst. e FINMAG). Die hier in Frage stehenden Datenbeschaffungen der FINMA im Rahmen von Vorabklärungen bei Verdacht auf unerlaubte Tätigkeit oder im Bereich der Marktaufsicht sind mithin von der Zweckbestimmung umfasst und damit erkennbar. Die FINMA ist damit von der Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten im Rahmen von Vorabklärungen befreit.

Mit dem nun vorgesehenen Art. 7 Abs. 3 E-Datenverordnung FINMA soll aber aus Transparenzgründen explizit festgehalten werden, dass die FINMA

⁶ Vgl. Botschaft zum nDSG, BBl 2017 6941, S. 7050.

⁷ Vgl. Botschaft zum nDSG, BBl 2017 6941, S. 7053.

Personendaten auch beschaffen kann, ohne dass die FINMA für die betroffene Person unmittelbar erkennbar ist. Insbesondere im Rahmen von Vorabklärungen bei Verdacht auf eine unerlaubte Tätigkeit oder im Bereich der Marktaufsicht kann die FINMA zur Vermeidung einer Kollusionsgefahr Personendaten beschaffen und bearbeiten, ohne dabei ihre Identität offenzulegen. So kann die FINMA im Rahmen von Internetrecherchen für den Zugriff in soziale Netzwerke Pseudonyme verwenden, um die vom Nutzer in einem öffentlichen Profil geposteten bzw. zur Verfügung gestellten Informationen einzusehen. Eine Kontaktaufnahme oder gar weitergehende Interaktion mit der betroffenen Person erfolgt in solchen Fällen demgegenüber nicht.

Einschränkungen des Grundsatzes der Transparenz müssen in einem festen und vorhersehbaren Rahmen festgelegt werden, um sicherzustellen, dass die Datenbearbeitung verhältnismässig bleibt. Die FINMA hat daher die Grundlage in Art. 7 Abs. 3 E-Datenverordnung FINMA explizit beschränkt auf die Fälle, in welchen die Beschaffung von Personendaten, ohne dass die FINMA als solche für die betroffene Person unmittelbar erkennbar ist, erforderlich ist, um den Zweck der Datenbearbeitung nicht zu vereiteln. Die Beschaffung von Personendaten durch die FINMA ohne Erkennbarkeit der FINMA für die betroffene Person ist also nur dann vorgesehen, wenn es zur Erreichung des Bearbeitungszwecks unerlässlich ist.

Fazit

Die Beschaffung von Personendaten, ohne dass die FINMA für die betroffene Person unmittelbar erkennbar ist, ist nur dann vorgesehen, wenn es zur Erreichung des Bearbeitungszwecks unerlässlich ist. Dies kann insbesondere bei Vorabklärungen der FINMA bei Verdacht auf unerlaubte Tätigkeit sowie bei der Marktaufsicht der Fall sein.

3.7 Form der Bekanntgabe von Personendaten

Stellungnahmen

Art. 8 E-Datenverordnung FINMA wird als nicht weiterführend und daher unnötig erachtet, zumal sich die Voraussetzungen zur Bekanntgabe von Personendaten durch die FINMA aus dem Datenschutzgesetz sowie aus weiteren Bestimmungen auf formell-gesetzlicher Stufe ergeben würden.

Würdigung

An wen die FINMA, welche Daten, zu welchem Zweck, bekannt geben darf oder muss (Meldepflicht von Amtes wegen oder auf Anfrage, spontane Bekanntgabe, Datenbekanntgabe auf Anfrage nach eigenem Ermessen der angefragten Behörde oder Online-Zugriff im Selbstbedienungsprinzip), ist

grundsätzlich auf formell-gesetzlicher Stufe (z.B. im FINMAG, in den Finanzmarktgesetzen sowie in weiteren Gesetzen) verankert. Art. 8 E-Datenverordnung FINMA führt darüber hinaus die Form der Bekanntgabe aus und sieht vor, dass die Bekanntgabe auch in elektronischer Form, d.h. unter Einsatz von elektronischen Kommunikations- und Übermittlungssystemen erfolgen kann, soweit dabei eine angemessene Datensicherheit gewährleistet werden kann.

Fazit

Art. 8 E-Datenverordnung FINMA führt die Form der Datenbekanntgabe aus und sieht insbesondere die Bekanntgabe in elektronischer Form vor.

3.8 Aufbewahrung der Personendaten

Stellungnahmen

Es wird geltend gemacht, dass Art. 9 E-Datenverordnung FINMA, wonach Personendaten bei der FINMA aufbewahrt werden, solange sie für die Aufsicht von Nutzen sein könnten, im Konflikt mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz sowie den Prinzipien der Datenvermeidung und Datensparsamkeit stehe. Die Formulierung „von Nutzen sein könnten“ sei durch „geeignet und erforderlich sind“ zu ersetzen und die Aufbewahrungsdauer auf maximal zehn Jahre seit dem letzten Aktenzuwachs zu beschränken. Eine Aufbewahrung über zehn Jahre hinaus solle nur bei Vorliegen eines triftigen Grundes möglich sein.

Sowohl zu Art. 9 als auch zu Art. 15 Abs. 2 E-Datenverordnung FINMA wird vorgebracht, dass die Personendaten nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist bei der FINMA zu löschen seien. Es sei der Wortlaut des geltenden Art. 9 Abs. 2 Datenverordnung-FINMA beizubehalten bzw. zu übernehmen.

Die Aufbewahrungsdauer von 20 Jahren für Einträge in der Datenbank Gewähr, die sich auf ein Strafurteil oder eine rechtskräftige Feststellung einer unbewilligten Tätigkeit der FINMA stützen (Art. 15 Abs. 1 Bst. b E-Datenverordnung FINMA), wird als unverhältnismässig erachtet. Es wird dabei auf das Strafrecht verwiesen, wo vorgesehen ist, dass Akten mindestens bis zum Ablauf der Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung aufzubewahren sind (Art. 103 Abs. 1 Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]), wobei die Vollstreckungsverjährungsfrist zwanzig Jahre beträgt für Freiheitsstrafen von mindestens fünf und weniger als zehn Jahren (Art. 99 Abs. 1 Bst. c Strafgesetzbuch [StGB; SR 311.0]).

Schliesslich wird angemerkt, dass die Archivierungsdauer nicht klar definiert und dem freien Ermessen des Bundesarchivs (BAR) überlassen sei. Sofern die FINMA dem BAR Dossiers übermittle, sollten diese der verlängerten Schutzfrist von 50 Jahren (Art. 11 Abs. 1 Archivierungsgesetz [BGA;

SR 152.1]) und nicht bloss der Schutzfrist von 30 Jahren (Art. 9 Abs. 1 BGA) unterliegen. Es würden jedoch auch nach Ablauf der Schutzfrist überwiegende schutzwürdige private Interessen bestehen, die gegen eine Einsichtnahme sprechen (Art. 12 Abs. 1 und 2 BGA).

Würdigung

Um dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz besser Ausdruck zu verleihen, werden Art. 9 E-Datenverordnung FINMA sowie die Erläuterungen insbesondere dahingehend redaktionell angepasst, dass Personendaten bei der FINMA aufbewahrt werden, solange sie für die Aufsicht geeignet und erforderlich sind. Anders als eine starr festgelegte Aufbewahrungsfrist ist eine an den Bearbeitungszweck gebundene Regelung auch konsistent mit dem Eintritt der Anbietepflicht ans BAR (vgl. Art. 6 BGA), welche der Aufbewahrungsfrist folgt.

Um Missverständnisse zu vermeiden, wurde zudem Art. 9 E-Datenverordnung FINMA redaktionell dahingehend präzisiert, dass die Daten nach der Aufbewahrung bei der FINMA dem BAR zur Archivierung angeboten und bei der FINMA vernichtet werden. Die Vernichtung erfolgt unabhängig davon, ob die Daten vom BAR als archivwürdig beurteilt werden oder nicht. Es ist diesbezüglich auch keine Anpassung der bisherigen Rechtslage (vgl. Art. 9 Abs. 2 der geltenden Datenverordnung-FINMA) angedacht.

In Bezug auf die Frist, während der in der Datenbank Gewähr ein Eintrag über eine Person bestehen bleibt und Daten über sie aufbewahrt werden (Art. 15 E-Datenverordnung FINMA), wird nochmals festgehalten, dass diese materiell unverändert aus dem geltenden Recht übernommen wurde (vgl. Art. 9 der geltenden Datenverordnung-FINMA). Ein Eintrag und die entsprechenden Daten über eine bestimmte Person werden nach Ablauf von 10 bzw. 20 Jahren oder bereits vorher gelöscht, wenn die FINMA deren Gewähr positiv beurteilt hat. Die längere Aufbewahrungsfrist von 20 Jahren für Einträge in der Datenbank Gewähr, die sich auf ein Strafurteil oder eine rechtskräftige Feststellung einer unbewilligten Tätigkeit der FINMA stützen (Art. 15 Abs. 1 Bst. b E-Datenverordnung FINMA), ist gerechtfertigt, da zum einen gerade Informationen über solche Handlungen Zweifel aufkommen lassen können, ob die Person Gewähr bietet. Zum anderen entstammen diese Informationen aus mit Parteirechten verbundenen rechtsstaatlichen Verfahren. Die FINMA hat daher ein erhebliches Interesse über solche Informationen weiterhin zentral zu verfügen, sollte eine Gewährsbeurteilung der betroffenen Person wegen einer konkreten Stelle als Gewährsträger anstehen. Im Hinblick darauf, zukunftsgerichtet, dient die Datenbank als Instrument des behördeninternen Wissensmanagements während der festgelegten Aufbewahrungsfrist. Darin unterscheidet sich die Situation grundlegend von der im Strafrecht vorgesehenen Aufbewahrungsfrist. Der Vergleich mit

dem Strafrecht geht auch deshalb fehl, weil es sich bei Art. 103 StPO lediglich um Minimalfristen handelt, die vom Bund und den Kantonen in ihren jeweiligen Erlassen verlängert werden können.

Art. 9 und Art. 15 E-Datenverordnung FINMA regeln ausschliesslich die Aufbewahrungsdauer *bei* der FINMA. Unberührt davon bleibt die Archivierung beim BAR nach Massgabe des BGA. Diese allfällige Langzeitarchivierung (insbesondere die Fragen der Archivwürdigkeit und der Schutzfrist) betrifft nicht den Zuständigkeitsbereich der FINMA und bewegt sich ausserhalb des Gegenstands der E-Datenverordnung FINMA.

Fazit

Art. 9 und Art. 15 E-Datenverordnung FINMA wurden redaktionell angepasst, insbesondere um dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz besser Ausdruck zu verleihen und Missverständnisse zu vermeiden. Art. 9 E-Datenverordnung FINMA sieht keine starre Aufbewahrungsfrist vor, sondern eine an den Bearbeitungszweck gebundene Regelung, was konsistent ist mit dem Eintritt der Anbietepflicht ans BAR (vgl. Art. 6 BGA), welche der Aufbewahrungsfrist folgt. Die längere Aufbewahrungsfrist von 20 Jahren für Einträge in der Datenbank Gewähr, die sich auf ein Strafurteil oder eine rechtskräftige Feststellung einer unbewilligten Tätigkeit der FINMA stützen (Art. 15 Abs. 1 Bst. b E-Datenverordnung FINMA), wurde unverändert aus dem geltenden Recht übernommen und ist aufgrund des Zwecks der Datenbank Gewähr sowie der betroffenen Datenkategorie gerechtfertigt. Anders als die Aufbewahrungsfrist im Strafrecht dient die Aufbewahrung in der Datenbank Gewähr nur dem behördeninternen Wissensmanagement im Hinblick auf eine mögliche spätere Gewährsbeurteilung.

3.9 Zuständigkeit Datenbank Gewähr

Stellungnahmen

Es wird darauf hingewiesen, dass die Zuständigkeit für die Datenbank Gewähr nicht zwingend bei der Abteilung Recht und Compliance liegen müsse, sondern auch bei der für die Daten zuständigen Funktion.

Würdigung

Aktuell ist die Abteilung Recht und Compliance für die Datenbank Gewähr zuständig (vgl. Art. 2 Abs. 2 der aktuellen Datenverordnung-FINMA). Art. 11 Abs. 1 E-Datenverordnung FINMA, der die Zuständigkeit für die Datenbank Gewähr fest bei der Abteilung Recht und Compliance verankert, wurde gestrichen, damit interne Organisations- oder Prozessanpassungen nicht unnötig erschwert werden. Um den Risiken, welche mit der Datenbearbeitung in der Datenbank Gewähr verbunden sind, Rechnung zu tragen, ist weiterhin

eine zentrale Abteilung vorzusehen, die für Einträge und Löschungen in der Datenbank sowie die Gewährung von Zugriffsrechten zuständig ist.

Fazit

Um den Risiken der Datenbearbeitung Rechnung zu tragen, ist eine zentrale Abteilung für die Datenbank Gewähr zuständig. Die feste Verankerung der Zuständigkeit bei der Abteilung Recht und Compliance wurde jedoch gestrichen.

4 Weiteres Vorgehen

Die Inkraftsetzung der totalrevidierten Datenverordnung FINMA erfolgt zeitgleich mit dem totalrevidierten Datenschutzrecht des Bundes am 1. September 2023.