

Bankeninsolvenzverordnung- FINMA (BIV-FINMA)

Bericht über die Anhörung vom 27. September bis zum 8. November 2016 zur Teilrevision der BIV-FINMA

9. März 2017

Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte.....	4
Abkürzungsverzeichnis	5
1 Einleitung.....	7
2 Eingegangene Stellungnahmen	7
3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA	8
3.1 Erläuternde Vorbemerkungen.....	8
3.2 Art. 56 Abs. 1 BIV-FINMA (anpassungspflichtige Verträge)	9
3.2.1 Art. 56 Abs. 1 Bst. a BIV-FINMA	9
3.2.2 Art. 56 Abs. 1 Bst. c BIV-FINMA	9
3.2.3 Art. 56 Abs. 1 Bst. e BIV-FINMA	10
3.2.4 Art. 56 Abs. 1 Bst. f BIV-FINMA	11
3.2.5 Finanzverträge ausländischer Gruppengesellschaften.....	12
3.3 Art. 56 Abs. 2 und 3 BIV-FINMA (Ausnahmen von der Anpassungspflicht).....	13
3.3.1 Art. 56 Abs. 2 Bst. b BIV-FINMA	13
3.3.2 Ausnahme von Finanzverträgen mit natürlichen Personen	14
3.3.3 Ausnahme für Geschäfte des Primärmarktes	15
3.3.4 Klarstellung zu nicht-Finanzverträgen	16
3.3.5 Klarstellung in Bezug auf den Begriff Vertragsänderung.....	17
3.3.6 Klarstellung in Bezug auf die Formulierung Vertragsänderung ohne Zutun der Vertragsparteien	18
3.4 Art. 61a (Übergangsbestimmungen).....	19
3.5 Einführung einer Härtefallklausel („hardship-clause“).....	20

3.6	Institutsbezogene Umsetzungsfristen	21
3.7	Verschieben des Inkrafttretens der BIV-FINMA.....	21
4	Weiteres Vorgehen	22

Kernpunkte

Vom 27. September bis zum 8. November 2016 führte die FINMA eine Anhörung zum Entwurf für eine Teilrevision der BIV-FINMA durch. Daran anschliessend führte die FINMA Erhebungen durch, um die Auswirkung einzelner Begehren der Anhörungsteilnehmer besser abschätzen zu können.

Am Anhörungsentwurf wurden folgende wesentlichen Änderungen vorgenommen:

Mit Art. 56 Abs. 1 Bst. h BIV-FINMA werden Finanzverträge ausländischer Gruppengesellschaften der Anpassungspflicht unterstellt, sofern eine Bank oder ein Effekthändler mit Sitz in der Schweiz die Erfüllung sicherstellt.

Die Ausnahmebestimmungen wurden erweitert für Verträge mit Gegenparteien, die keine Unternehmen im Sinne von Art. 77 FinfraV sind (Art. 56 Abs. 2 Bst. e BIV-FINMA) sowie für Verträge betreffend die Platzierung von Finanzinstrumenten im Markt (Art. 56 Abs. 2 Bst. f BIV-FINMA).

Die Übergangsfristen wurden verlängert auf zwölf Monate für Verträge mit Banken und Effekthändlern resp. auf 18 Monate für Verträge mit anderen Gegenparteien.

Die revidierte BIV-FINMA tritt am 1. April 2017 in Kraft.

Abkürzungsverzeichnis

BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BankV	Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (SR 952.02)
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (SR 954.1)
BIV-FINMA	Verordnung vom 30. August 2012 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern (SR 952.05)
BRRD	Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates
FinfraG	Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (SR 958.1)
FinfraV	Verordnung vom vom 25. November 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (SR 958.11)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
ISDA	International Swaps and Derivatives Association, Inc.
MiFID II	Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU
PRA	<i>Bank of England Prudent Regulation Authority</i>

SAG	Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen (Deutschland)
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung

1 Einleitung

Der am 1. Januar 2016 in Kraft getretene Art. 30a des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) erlaubt der FINMA, mit der Anordnung oder Genehmigung von Insolvenzmassnahmen die Beendigung von Verträgen und die Ausübung von Aufrechnungs-, Verwertungs- und Übertragungsrechten temporär aufzuschieben (sog. *stay*). Der gleichzeitig in Kraft getretene Art. 12 Abs. 2^{bis} der Bankenverordnung vom 30. April 2014 (BankV; SR 952.02) verpflichtet Banken, neue Verträge oder Änderungen an bestehenden Verträgen, die ausländischem Recht unterstehen oder einen ausländischen Gerichtsstand vorsehen, nur noch dann einzugehen, wenn deren Gegenpartei einen Aufschub nach Art. 30a BankG anerkennt.

Die Bankenverordnung regelt weder den Kreis der anpassungspflichtigen Verträge noch die Modalitäten der Anpassungspflicht. Die vorliegende Teilrevision der BIV-FINMA bezweckt, die Anforderungen von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV zu konkretisieren. Damit soll einerseits die Rechtssicherheit für betroffene Institute erhöht und andererseits die Grundlage für die Schaffung eines sog. *Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol* gelegt werden, welches eine effiziente und kostengünstige Implementierung der Pflichten nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV erlaubt.¹

Vom 27. September bis zum 8. November 2016 führte die FINMA eine Anhörung zum Entwurf für eine Teilrevision der BIV-FINMA durch. Der Anhörung ging eine Ämterkonsultation (Bundesverwaltung und Schweizerische Nationalbank) voran.

Der vorliegende Bericht geht in allgemeiner und zusammengefasster Form auf die eingegangenen Stellungnahmen der Anhörungsteilnehmenden zum Entwurf der BIV-FINMA ein und erläutert, wo angebracht, einzelne Bestimmungen.

2 Eingegangene Stellungnahmen

Folgende vier Personen und Institutionen haben an der Anhörung teilgenommen und der FINMA eine Stellungnahme eingereicht (in alphabetischer Reihenfolge):

- EXPERTsuisse
- International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA)
- Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg)

¹ Vgl. die Ausführungen zum *Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol* in Ziff. 2.3 des Erläuterungsberichts zur Revision der BIV-FINMA vom 27. September 2016.

- Gemeinsame Stellungnahme UBS AG und Credit Suisse AG (UBS und CS)

3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

3.1 Erläuternde Vorbemerkungen

Sämtliche Anhörungsteilnehmer begrüßen grundsätzlich eine Konkretisierung von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV durch Ausführungsbestimmungen in der BIV-FINMA.

Die eingereichten Änderungsvorschläge betreffen mehrheitlich den Anwendungsbereich (von der Anpassungspflicht erfasste Verträge und Ausnahmen) von Art. 56 BIV-FINMA. Dies gibt Anlass zu grundsätzlichen Vorbemerkungen zum Anwendungsbereich der Vertragsanpassungspflicht und deren Verhältnis zu den Bestimmungen in Art. 30a BankG, welche ungeachtet der konkreten Ausgestaltung von Art. 56 BIV-FINMA Geltung haben:

Der revidierte Art. 56 der BIV-FINMA stellt eine Ausführungsbestimmung zu Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV dar, welcher wiederum an einen *stay* nach Art. 30a BankG anknüpft. Die Reichweite der Pflichten nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV in Verbindung mit Art. 56 BIV-FINMA ist damit von vornherein auf den Geltungsbereich (insb. sachlich und territorial) von Art. 30a BankG beschränkt, was sich implizit aus der Normenhierarchie und explizit aus Art. 56 Abs. 2 Bst. a BIV-FINMA ergibt. Dies bedeutet zunächst, dass nur Verträge anpassungspflichtig sind, welche an die Anordnung oder Genehmigung von Massnahmen nach dem elften Abschnitt des BankG anknüpfende Beendigungsrechte enthalten (vgl. Art. 30a Abs. 4 Bst. a BankG). Ist dies nicht der Fall (z.B. bei Verträgen, die ein jederzeitiges oder ein an subjektive Elemente anknüpfendes Beendigungsrecht vorsehen oder bei befristeten Verträgen), besteht keine Anpassungspflicht.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich von Art. 30a BankG durch die Bestimmungen der BIV-FINMA nicht eingeschränkt wird. Die Frage, auf welche Vertragsverhältnisse ein *stay* im Bedarfsfall anzuwenden ist, ist von der Frage, welche Vertragsverhältnisse gestützt auf Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV i.V.m. Art. 56 BIV-FINMA anzupassen sind, strikt auseinanderzuhalten. Nur letztere ist Gegenstand der vorliegenden Anhörung.

3.2 Art. 56 Abs. 1 BIV-FINMA (anpassungspflichtige Verträge)

3.2.1 Art. 56 Abs. 1 Bst. a BIV-FINMA

UBS und CS sowie die SBVg beantragen eine Klarstellung, dass Spotgeschäfte (Kassageschäfte) sowie Verträge, welche nur auf kurze Frist (*intraday* oder *overnight*) abgeschlossen würden, nicht von der Anpassungspflicht erfasst seien. Hier laufe der Vertrag automatisch aus, resp. er werde innert kurzer Zeit erfüllt, woran auch das Vorsehen von Beendigungsrechten nichts ändere.

Bei Spotgeschäften, welche eine Erfüllung "Zug um Zug" vorsehen, erscheinen vertraglich eingeräumte Beendigungsrechte als geschäftsfremd. Weiter scheint eine Anpassungspflicht bei Spotgeschäften aufgrund der Erfüllung "Zug um Zug" nicht erforderlich. Analoges gilt für *intraday* oder *overnight* Geschäfte, da diese nur sehr kurz, d.h. für wenige Stunden "offen" bleiben.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die "Kurzfristigkeit" eines Finanzvertrags oder die Tatsache, dass dieser automatisch auslaufe für sich genommen kein Kriterium gegen die Unterstellung unter die Anpassungspflicht nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV darstellt.

Schliesslich sind von Art. 56 Abs. 1 Bst. a BIV-FINMA sämtliche (Rahmen-) Verträge über den Kauf oder den Verkauf von Wertpapieren, Wertrechten und Bucheffekten erfasst, insbesondere auch Verträge über den Kauf oder der Verkauf mit künftiger Lieferung sowie Verträge über den Kauf oder Verkauf zu einem im Voraus bestimmten Preis und künftigen Datum (Terminkontrakte), sofern sie Beendigungsrechte im Sinne von Art. 30a Abs. 1 BankG vorsehen.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an Art. 56 Abs. 1 Bst. a BIV-FINMA vorgenommen.

3.2.2 Art. 56 Abs. 1 Bst. c BIV-FINMA

Stellungnahmen

UBS und CS sowie die SBVg schlagen vor, Art. 56 Abs. 1 Bst. c BIV-FINMA in Anlehnung an den inhaltlich äquivalenten Art. 2 Nr. 100 BRRD terminologisch anzupassen. Nach Ansicht der Anhörungsteilnehmer ist die Erwähnung von Terminkontrakten in Bezug auf Zinsen überflüssig und würde zu Interpretationsschwierigkeiten führen, da sie nicht mit der Regelung in Art. 2 Nr. 100 BRRD übereinstimme.

Würdigung

Die vorgeschlagene terminologische Anpassung bringt nach Ansicht der FINMA keine materiellen Verbesserungen mit sich. Der Zweck von Art. 56 Abs. 1 BIV-FINMA ist es, sämtliche gängigen Finanzkontrakte zu erfassen. Somit scheint auch eine – wenn auch nur deklaratorische – Erwähnung der Zinsfutures unbedenklich. Da Zinsfutures gleichermassen von Art. 2 Nr. 100 BRRD erfasst werden, werden auch keine über die europäische Gesetzgebung hinausgehende Pflichten eingeführt.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an Art. 56 Abs. 1 Bst. c BIV-FINMA vorgenommen.

3.2.3 Art. 56 Abs. 1 Bst. e BIV-FINMA

Stellungnahmen

UBS und CS, die SBVg sowie die ISDA schlagen vor, die Anpassungspflicht auf Kreditvereinbarungen im Interbankenverhältnis *mit einer Laufzeit von drei Monaten oder weniger* zu beschränken. Einhellig wird dies damit begründet, dass die BRRD in Art. 2 Nr. 100 eine derartige Einschränkung vorsehe. Die Umsetzung der Anpassungspflicht sei gegenüber ihren Gegenparteien schwieriger zu vermitteln, wenn sie über die Anforderungen der BRRD hinausginge. UBS, CS und SBVg argumentieren ferner, Schweizer Banken seien aus Wettbewerbsgründen gegenüber ihren europäischen Konkurrenten nicht strenger zu behandeln. Schliesslich sei die Beendigung kurzfristiger Kreditvereinbarungen wegen der erschwerten Möglichkeit, kurzfristigen Ersatz zu finden, für eine Sanierung potentiell erschwerender als die Terminierung längerfristiger Kreditvereinbarungen, bei welchen der Finanzierungs- resp. Investitionszweck im Vordergrund stehe. Die Anordnung eines *stay* auf längerfristige Kreditvereinbarungen im Interbankverhältnis sei daher sachlich verfehlt.

Würdigung

Wie im Erläuterungsbericht ausgeführt, sollen den Banken – wenn nicht erforderlich – keine über Art. 2 Nr. 100 BRRD hinausgehenden Pflichten auferlegt werden. Es ist davon auszugehen, dass eine Pflicht, auch Interbankendarlehen mit einer Laufzeit von über drei Monaten anzupassen, zu einem Mehraufwand gegenüber den europäischen Konkurrenten führen könnte. Erhebungen der FINMA haben allerdings gezeigt, dass das Kreditvolumen im Interbankenverhältnis mit einer Laufzeit von über drei Monaten keineswegs vernachlässigbar ist. Eine Beendigung entsprechender Kreditvereinbarungen ausgelöst durch eine Massnahme des elften Abschnitts des BankG

würde demnach zu einer verfrühten Fälligkeit von wesentlichen Zahlungsverpflichtungen führen, die eine erfolgreiche Sanierung gefährden könnte. Mit einem Aufschub nach Art. 30a BankG soll dies gerade verhindert werden. Dabei ist auch die internationale Durchsetzung des Aufschubs mittels Anerkennungsklauseln i.S.v. Art. 12 Abs. 2^{bis} BankG sicherzustellen. Wie leicht sich langfristige Kreditvereinbarungen im Interbankenverhältnis in einer Krisensituation substituieren lassen, lässt sich nicht zuverlässig vorher-sagen. Die Frage scheint insoweit von untergeordneter Bedeutung, als ein *stay* gemäss Art. 30a Abs. 3 BankG für längstens zwei Arbeitstage angeordnet werden kann. Aufgrund der betragsmässigen Bedeutung entsprechender Interbankendarlehen scheint auch der Mehraufwand gegenüber europäischen Konkurrenten gerechtfertigt. Eine Ausnahme für Interbankendarlehen mit einer Laufzeit von über drei Monaten ist dem Gesagten zufolge nicht sachgerecht.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an Art. 56 Abs. 1 Bst. e BIV-FINMA vorgenommen.

3.2.4 Art. 56 Abs. 1 Bst. f BIV-FINMA

Stellungnahmen

UBS, CS und ISDA sowie die SBVg schlagen vor, Art. 56 Abs. 2 Bst. f BIV-FINMA, wonach „Verträge mit gleicher Wirkung wie diejenigen nach Buchstaben a-e“ anpassungspflichtig sind, ersatzlos zu streichen. Sie argumentieren, eine solche Auffangbestimmung sei einerseits unnötig, da die in Art. 56 Abs. 1 Bst. a–e BIV-FINMA aufgelisteten Finanzverträge funktional umschrieben seien und sich die Frage von Umgehungsgeschäften daher gar nicht stellen dürfte. Die Auffangbestimmung sei sodann der Rechtssicherheit abträglich, da unklar sei, was unter Verträgen „mit gleicher Wirkung“ zu verstehen sei. Schliesslich wird darauf verwiesen, dass weder die abschliessende Regelung der *Prudent Regulation Authority* (PRA) der Bank of England noch die BRRD eine entsprechende Klausel enthalte.

Würdigung

Mit der Generalklausel soll der Anwendungsbereich von Art. 56 Abs. 1 BIV-FINMA nicht ausgeweitet werden. Ziel der Bestimmung ist allerdings nicht einzig die Verhinderung von Umgehungsgeschäften. Der globale Finanzmarkt und die gehandelten Finanzinstrumente sind einem stetigen Wandel unterworfen. In der Praxis werden gängige Finanzgeschäfte in ihrer strukturellen Ausgestaltung laufend angepasst und weiterentwickelt sowie neue Finanzinstrumente geschaffen. Mit der Generalklausel sollen namentlich künftige Entwicklungen auf dem Finanzmarkt erfasst und durch Schaffung neuar-

tiger bzw. Weiterentwicklung bestehender Finanzgeschäfte entstehende Regelungslücken verhindert werden. Ob entsprechende künftige Verträge unter die Generalklausel fallen, wird durch Auslegung zu ermitteln sein. Bei Unklarheiten wird die FINMA auf Ersuchen von Beaufsichtigten Hand zur Klärung bieten.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an Art. 56 Abs. 1 Bst. f BIV-FINMA vorgenommen.

3.2.5 Finanzverträge ausländischer Gruppengesellschaften

Stellungnahmen

UBS, CS und die SBVg beantragen, einen zusätzlichen Ausnahmetatbestand zu schaffen für „*Verträge einer ausländischen Gruppengesellschaft, unter denen nicht eine Bank oder ein Effekthändler mit Sitz in der Schweiz die Erfüllung sicherstellt*“. Die SBVg schlägt darüber hinaus eine Ausnahme für Verträge mit ausländischen Gruppengesellschaften vor, welche „*im Finanzbereich tätig sind und soweit keine verbindlichen Garantien gewährt wurden*“. Als Hauptargument wird vorgebracht, dass die FINMA über keine direkten Aufsichtskompetenzen über ausländische Gruppengesellschaften verfüge und auch nicht die Kompetenz für gruppenweite Schutzmassnahmen oder einen gruppenweisen Konkurs habe. Entsprechend fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für einen von der FINMA angeordneten *stay* für Verträge, die von einer ausländischen Gruppengesellschaft abgeschlossen worden seien. Ein Aufschub der Beendigung von Verträgen ausländischer Gruppengesellschaften könne daher höchstens dann (reflexweise) in Betracht kommen, wenn in den Verträgen einer ausländischen Gruppengesellschaft eine schweizerische Bank direkt die Erfüllung sicherstelle.

Würdigung

Dem Grundsatz nach verfügt die FINMA über keine direkten Aufsichts- und Insolvenzzuständigkeiten gegenüber ausländischen Gruppengesellschaften einer Bank mit Sitz in der Schweiz. Infolgedessen kann die FINMA auch keinen Aufschub im Sinne von Art. 30a BankG in Bezug auf Finanzverträgen ausländischer Gruppengesellschaften anordnen, soweit die Schweizer Bank nicht Vertragspartei ist. Führt allerdings die Anordnung einer Massnahme nach dem elften Abschnitt des BankG unter einem Vertrag einer ausländischen Gruppengesellschaft zu einem unmittelbaren rechtlichen Anspruch gegen die schweizerische Bank, besteht ein genügender Konnex zur Schweiz und die FINMA ist befugt, einen Aufschub im Sinne von Art. 30a BankG anzuordnen.

Im geschilderten Fall ist auch die internationale Durchsetzbarkeit des Aufschubs sicherzustellen. Eine Anpassungspflicht nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV besteht demnach auch für Verträge ausländischer Gruppengesellschaften, wenn der betreffende Vertrag Beendigungsrechte enthält, welche direkt oder indirekt an eine Massnahme nach dem elften Abschnitt des BankG gegenüber der schweizerischen Bank anknüpfen (vgl. Art. 56 Abs. 2 Bst. a BIV-FINMA) und, kumulativ, die Erfüllung des entsprechenden Vertrags von einer Bank oder einem Effekthändler mit Sitz in der Schweiz garantiert oder auf andere Weise sichergestellt wird. Die Regelung entspricht damit inhaltlich den entsprechenden Vorschriften für im Vereinigten Königreich domizilierte Banken.²

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Finanzverträge, die durch eine ausländische Zweigniederlassung einer Bank mit Sitz in der Schweiz abgeschlossen werden, die Schweizer Bank unmittelbar berechnen und verpflichten und entsprechend gleichermassen von der Anpassungspflicht i.S.v. Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV erfasst sind.

Fazit

Art. 56 Abs. 1 BIV-FINMA wird um Bst. h ergänzt. Anpassungspflichtig sind demgemäss auch *Verträge ausländischer Gruppengesellschaften nach Art. 56 Abs. 1 Bst. a-g BIV-FINMA, sofern eine Bank oder ein Effekthändler mit Sitz in der Schweiz die Erfüllung sicherstellt.*

3.3 Art. 56 Abs. 2 und 3 BIV-FINMA (Ausnahmen von der Anpassungspflicht)

3.3.1 Art. 56 Abs. 2 Bst. b BIV-FINMA

Stellungnahmen

UBS und CS sowie die SBVg machen geltend, dass die Ausnahme nicht auf Finanzmarktinfrastrukturen und organisierte Handelssysteme nach schweizerischem Aufsichtsrecht beschränkt sein sollte. Während UBS und CS fordern, dass auch ausländische Finanzmarktinfrastrukturen erfasst sein müssten, welche nicht direkt mit solchen der schweizerischen Regulierung vergleichbar seien (z.B. *Securities Exchange Facilities*, ausländische OTFs etc.), postuliert die SBVg, eine „funktionale Vergleichbarkeit“ zu verlangen. Die SBVg schlägt vor, dass die Ausnahme für ausländische Finanzmarktinfrastrukturen oder organisierte Handelssysteme gelten sollte, „*welche als solche gelten würden, wenn sie ihren Sitz in der Schweiz hätten*“.

² Vgl. Bank of England, Prudential Regulation Authority, Policy Statement / PS25/15: Contractual stays in financial contracts governed by third-country law, November 2015, Ziff. 2.12.

Würdigung

Die Ausnahmebestimmung von Art. 56 Abs. 2 Bst. b BIV-FINMA gilt gleichermassen für in- und ausländische Finanzmarktinfrastrukturen bzw. Handelssysteme. Erfasst sind somit einerseits jegliche Verträge, welche direkt oder indirekt über eine Finanzmarktinfrastruktur (FMI) i.S.v. Art. 2 lit. a FinfraG oder ein organisiertes Handelssystem (OHS) i.S.v. Art. 42 FinfraG abgeschlossen oder abgerechnet werden. Weiter gilt der Ausnahmetatbestand auch für Verträge, die über ausländische Handelsplätze bzw. Finanzmarktinfrastrukturen abgeschlossen oder abgerechnet werden. Es wäre nicht praktikabel, eine vorgängige Äquivalenzprüfung der zahlreichen ausländischen FMI und OHS gemäss den Anforderungen des FinfraG zu verlangen. Von der Ausnahme erfasst sind namentlich SEFs (*Securities Exchange Facilities*), welche unter MiFID II als organisiertes Handelssystem und somit als Handelsplatz i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Ziff. 24 MiFID II qualifizieren. Ausländische Einrichtungen, die dem rein bilateralen Handel von Finanzinstrumenten dienen (und die somit unter MiFID II nicht als organisierte Handelssysteme gelten wie z.B. sog. *Systematic Internaliser*) sind demgegenüber nicht von der Ausnahmebestimmung erfasst.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an Art. 56 Abs. 2 Bst. b BIV-FINMA vorgenommen. Die Ausnahme ist nicht auf Finanzmarktinfrastrukturen und organisierte Handelssysteme gemäss FinfraG beschränkt.

3.3.2 Ausnahme von Finanzverträgen mit natürlichen Personen

Stellungnahmen

UBS und CS, die SBVg und die ISDA schlagen vor, Finanzverträge mit natürlichen Personen generell von der Anpassungspflicht auszunehmen. Sie beantragen übereinstimmend die Schaffung einer zusätzlichen Ausnahme für „*Finanzverträge mit Personen, die keine Unternehmen im Sinne von Art. 77 FinfraV³ sind*“. Unternehmen im Sinne von Art. 77 FinfraV sind Personen, die als Rechtseinheit im Handelsregister eingetragen sind (Art. 77 Abs. 1 FinfraV) sowie wirtschaftlich tätige ausländische Unternehmen, die nach dem auf sie anwendbaren Recht als juristische Personen gelten, wie Trusts oder ähnliche Konstruktionen (Art. 77 Abs. 2 FinfraV). UBS, CS und SBVg machen geltend, Finanzverträge mit natürlichen Personen würden im Rahmen der Vermögensverwaltung abgeschlossen; gemessen am Gesamtvolumen der Derivatstransaktionen von Grossbanken sei ihre Bedeutung aber gering und im Sanierungsfall entsprechend von untergeordneter Bedeutung. Dem stünde ein unverhältnismässig grosser Umsetzungsaufwand gegen-

³ Finanzmarktinfrastrukturverordnung vom 25. November 2015 (SR 958.11).

über, da die Verträge einerseits häufig manuell angepasst werden und andererseits die Privatkunden überzeugt werden müssten, eine ihnen unverständliche Anpassungsklausel zu akzeptieren.

Würdigung

Erhebungen der FINMA haben gezeigt, dass Banken im Bereich der Vermögensverwaltung eine grosse Anzahl von Finanzverträgen mit natürlichen Personen abschliessen. Gemessen am Gesamtengagement im Bereich der Finanzverträge sind die involvierten Beträge bei Verträgen mit natürlichen Personen (Nominal- und Wiederbeschaffungswerte) allerdings verhältnismässig gering. Entsprechend würde eine Beendigung dieser Verträge – soweit entsprechende Beendigungsrechte überhaupt vorgesehen sind – einer erfolgreichen Sanierung nicht entgegenstehen. Aufgrund der betragsmässig geringeren Relevanz und damit einhergehend einer eingeschränkten Bedeutung von Finanzverträgen mit natürlichen Personen in einer Sanierung scheint der Aufwand, welche eine Anpassung entsprechender Verträge mit sich bringen würde, nicht gerechtfertigt. Im Lichte des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ist eine Ausnahme für Verträge mit Personen, die keine Unternehmen im Sinne von Art. 77 FinfraV sind, angebracht. Erfasst bleiben allerdings Finanzverträge mit vermögenden Privatpersonen (*UHNW-Individuals*), die Finanzverträge über Investmentgesellschaften wie Trusts und Family Offices abschliessen.

Fazit

Art. 56 Abs. 2 BIV-FINMA wird um Bst. e ergänzt. Von der Anpassungspflicht ausgenommen sind demnach *Verträge mit Gegenparteien, die keine Unternehmen im Sinne von Art. 77 FinfraV sind*.

3.3.3 Ausnahme für Geschäfte des Primärmarktes

Stellungnahmen

UBS, CS, ISDA und die SBVg beantragen, einen zusätzlichen Ausnahmetatbestand zu schaffen für *Geschäfte des Primärmarktes*. Als Hauptargument wird vorgebracht, dass bei Geschäften des Primärmarktes (namentlich *Underwriting Agreements* oder *Fund Subscription Agreements*) der Nutzen im Sanierungsfall in keinem angemessenen Verhältnis zum Umsetzungsaufwand stehen würde. Weiter weisen die Anhörungsteilnehmer darauf hin, dass es praktisch unvorstellbar sei, dass ein IPO bei einem Sanierungsverfahren über einen Underwriter während der laufenden Platzierung gleichwohl abgewickelt würde, da der Markt eine solche Konstellation nicht akzeptieren würde.

Schliesslich wird vorgebracht, dass schweizerische Banken ohne eine entsprechende Ausnahmeklausel bei ihren Underwriting-Tätigkeiten im Ausland

benachteiligt wären. Gemäss dem von den Anhörungsteilnehmern angeführten Beispiel wird es den Parteien eines chinesischen IPOs schwer verständlich sein, weshalb sie zugunsten der FINMA auf einen Beendigungsgrund in einem Vertrag verzichten sollten, der chinesischem Recht untersteht und einen chinesischen Emittenten betrifft. Die Anforderung gemäss Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV könnte damit in vielen Fällen in rein praktischer Hinsicht dazu führen, dass die schweizerische Bank sich nicht als Underwriter beteiligen könnte.

Würdigung

Als Verträge betreffend die Platzierung von Finanzinstrumenten im Markt bzw. als Primärmarktverträge qualifizieren insbesondere sog. *Subscription* bzw. *Underwriting Agreements*, im Rahmen welcher sich Banken verpflichten, von einer Drittpartei (der Emittentin) ausgegebene Finanzinstrumente fest oder in Kommission zu übernehmen und bei Investoren öffentlich oder auf privater Basis im Markt zu platzieren. Dem Argument der Anhörungsteilnehmer, eine Pflicht zur Anpassung entsprechender Verträge könnte zu einer Benachteiligung Schweizer Banken in ihrer Underwriting-Tätigkeit im Ausland führen, ist Rechnung zu tragen. Ferner fällt ins Gewicht, dass eine Anpassungspflicht von Primärmarktverträgen unerwünschte Nebenwirkungen zeitigen könnte, wenn eine Bank nicht als Manager resp. als Underwriter, sondern selber als Emittent auftritt, etwa um nach erlittenen Verlusten neues Kapital zu beschaffen und Sanierungsmassnahmen abzuwenden.

Fazit

Art. 56 Abs. 2 BIV-FINMA wird um Bst. f ergänzt. Von der Anpassungspflicht ausgenommen sind demnach *Verträge betreffend die Platzierung von Finanzinstrumenten im Markt*.

3.3.4 Klarstellung zu nicht-Finanzverträgen

Stellungnahmen

Die SBVg beantragt, einen zusätzlichen Ausnahmetatbestand zu schaffen für *Verträge, bei denen sich der Kern der Regelungsmaterie und der Vertragspartner ausserhalb von Handelsverhältnissen bzw. im Nichtbankenbereich bewegen, etwa Verträge zum Kauf oder Verkauf von Waren und Dienstleistungen z.B. in Bereichen wie Liegenschaften, IT, etc.* Im gleichen Sinne schlägt EXPERTsuisse eine Ausnahme vor für *Verträge, welche nicht für Finanzmarkttransaktionen gebräuchlich sind*. Die SBVg argumentiert, dass Art. 56 BIV-FINMA nicht auf Geschäftsbeziehungen bzw. Verträge ausserhalb von Handelsverhältnissen zugeschnitten sei. Zu denken sei dabei etwa an Geschäfte bzw. Verträge zum Kauf oder Verkauf von Waren und Dienstleistungen z.B. in Bereichen wie Liegenschaften, IT, usw. Zudem sollen nach Ansicht der SBVg auch einzelne Handelstransaktionen (z.B. ein

Swap-Geschäft zur Währungsabsicherung), welche als untergeordnete Nebenregelungen solcher Geschäfte vereinbart werden, nicht zur Unterstellung unter Art. 56 BIV-FINMA führen. EXPERTsuisse macht überdies geltend, Art. 56 Abs. 1 Bst. c BIV-FINMA könne auch Vertragsverhältnisse erfassen, welche für die unterbruchsfreie Fortführung einer Bank nicht wesentlich seien.

Würdigung

Verträge über den Kauf oder Verkauf von Waren bzw. Verträge über Dienstleistungen in Bereichen wie Liegenschaften und IT unterliegen keiner Anpassungspflicht nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV, soweit diese nicht aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung als Finanzvertrag im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. a – c BIV-FINMA qualifizieren (Vgl. im Übrigen zum Anwendungsbereich von Art. 30a BankG die Erläuterungen unter Ziff. 3.1). Die Einführung einer Ausnahmebestimmung für von Art. 56 BIV-FINMA erfasste Handelstransaktionen, die als Nebenregelung zu einem Warenkauf oder einem Dienstleistungsvertrag abgeschlossen werden, scheint allerdings nicht sachgerecht. Eine entsprechende Ausnahmebestimmung würde zu erheblichen Abgrenzungs- und Auslegungsschwierigkeiten führen und somit die Rechtssicherheit beeinträchtigen. Dasselbe gilt für den Vorschlag, für Finanzmarkttransaktionen nicht gebräuchliche Verträge vom Anwendungsbereich der Anpassungspflicht auszunehmen.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an der BIV-FINMA vorgenommen.

3.3.5 Klarstellung in Bezug auf den Begriff Vertragsänderung

Stellungnahmen

Die SBVg beantragt die Anpassung des Wortlauts von Art. 56 Abs. 3 BIV-FINMA. Die Bestimmung solle wie folgt lauten: „*Die Pflicht nach Artikel 12 Absatz 2^{bis} BankV gilt nur für wesentliche Änderungen bestehender Verträge und nicht für Änderungen, die aufgrund der Vertragsbedingungen ohne weiteres Zutun der Parteien erfolgen.* Dem Antrag zufolge soll die Anpassungspflicht nur für wesentliche und *e contrario* nicht für unwesentliche Änderungen bestehender Verträge gelten. In diesem Kontext ersucht auch die ISDA die FINMA um Klarstellung, ob auch untergeordnete Vertragsänderungen zu einer Anpassungspflicht nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV führen würden.

Die SBVg begründet ihren Antrag damit, dass eine möglichst EU-kompatible Regulierung geschaffen werden solle und beruft sich auf den Wortlaut der Regelung der PRA, wonach ein entsprechender Anpassungsbedarf nur bei einem Neuabschluss von Geschäften oder „*Material Amendments*“ in Bezug auf einen bestehenden Vertrag besteht. Entsprechend solle insbesondere

die Anpassung von technischen oder operationeller Aspekten (wie z.B. Settlement Instruktionen oder Kontoangaben) nicht zu einer Anwendung von Art. 56 BIV-FINMA führen.

Würdigung

Die Anpassungspflicht gelangt gemäss Bankenverordnung nur bei einem Vertragsneuabschluss und einer Änderung eines bestehenden Vertrags zur Anwendung. Der Grund dafür liegt einerseits in der Tatsache, dass die Einführung einer Anerkennungsklausel das Einverständnis der Gegenpartei voraussetzt. Mit der Anknüpfung der Anpassungspflicht an Vertragsneuabschlüsse bzw. Änderungen bestehender Verträge wird andererseits eine Rückwirkung der Bestimmung vermieden.

Die vorgeschlagene Differenzierung zwischen wesentlichen – von der Anpassungspflicht nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV erfassten – und unwesentlichen – von der Anpassungspflicht nicht erfassten – Änderungen bestehender Verträge würde zu Unklarheiten und unerwünschten Auslegungsschwierigkeiten führen. Zur Schaffung grösstmöglicher Rechtssicherheit wird auf eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Anpassungen bestehender Verträge verzichtet. Entsprechend führt namentlich auch der Abschluss einer Einzeltransaktion unter einem Rahmenvertrag (bspw. dem ISDA Master Agreement) zu einer Anpassungspflicht in Bezug auf den Rahmenvertrag.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an der BIV-FINMA vorgenommen.

3.3.6 Klarstellung in Bezug auf die Formulierung Vertragsänderung ohne Zutun der Vertragsparteien

Stellungnahmen

Die SBVg und die ISDA beantragen, die FINMA solle anhand von Beispielen ausführen, welche Vertragsänderungen als Änderungen, die aufgrund der Vertragsbedingungen ohne weiteres Zutun der Parteien erfolgen, qualifizieren.

Würdigung

Dem Ausnahmetatbestand von Art. 56 Abs. 2 Bst. f BIV-FINMA unterliegen einzig Sachverhalte, in denen eine Vertragsanpassung ohne Tätigwerden der Vertragsparteien eintritt. Erfasst wären demnach insbesondere automatische Vertragsverlängerungen oder Vertragsanpassungen, die aufgrund des Eintritts einer Bedingung Wirksamkeit erlangen.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an der BIV-FINMA vorgenommen.

3.4 Art. 61a (Übergangsbestimmungen)

Stellungnahmen

UBS, CS (beide sechs Monate nach Inkrafttreten für Verträge mit Banken und Effekthändler und zwölf Monate für Verträge mit anderen Gegenparteien), ISDA (zwölf Monate nach Inkrafttreten für Verträge mit Banken und Effekthändler und 18 Monate für Verträge mit anderen Gegenparteien) und SBVg (neun Monate nach Inkrafttreten für Verträge mit Banken und Effekthändler und zwölf Monate für Verträge mit anderen Gegenparteien) beantragen eine Verlängerung der Umsetzungsfristen.

Die Anhörungsteilnehmer bringen vor, die vorgeschlagenen Übergangsfristen seien angesichts des Aufwands und der Anzahl der betroffenen Verträge deutlich zu kurz und berufen sich insbesondere auf die Erfahrungen im Zusammenhang mit der Einführung der Regelung der PRA im Vereinigten Königreich. Die PRA hatte ihre Regelung am 13. November 2015 veröffentlicht⁴ und für Banken und Effekthändler eine Übergangsfrist bis 1. Juli 2016 und für die übrigen Marktteilnehmer bis 31. Dezember 2017, somit Fristen von sechs und zwölf Monaten (effektiv sieben und 13 Monate) vorgesehen. Dennoch bekundeten die meisten Banken Schwierigkeiten, die entsprechenden Fristen einzuhalten. Weiter wird darauf hingewiesen, dass auch die Regulierungen anderer Staaten längere Übergangsfristen vorsehen, so z.B. acht Monate in Japan oder mindestens zwölf Monate gemäss der derzeit in Ausarbeitung befindlichen US-Regelung.

Weiter argumentieren die Anhörungsteilnehmer, dass die Umsetzung der Anpassungspflicht aufwendige Prozesse mit sich bringe. So müssten umfangreiche und entsprechend zeitintensive Mitarbeiterschulungen durchgeführt und die Kunden hinsichtlich der Vertragsänderung informiert werden. Schliesslich wird vorgebracht, Schweizer Banken müssten eine ungleich grössere Anzahl von Verträgen anpassen als ihre ausländischen Konkurrenten. Gerade mit Gegenparteien im Nichtbankensektor sei dabei der Aufwand an Erklärung und Verhandlungen ganz erheblich.

Würdigung

Die FINMA anerkennt, dass die Identifikation und Anpassung relevanter Finanzverträge operativen Aufwand mit sich bringt. Um eine geordnete Umsetzung zu gewährleisten, ist den Banken ausreichend Zeit zu gewähren, um

⁴ <http://www.bankofengland.co.uk/pr/Pages/publications/ps/2015/ps2515.aspx>

die notwendigen Anpassungen zu implementieren. Den Erfahrungen im Ausland ist durch Einführung längerer Umsetzungsfristen Rechnung zu tragen.

Fazit

Art. 61a Abs. 1 BIV-FINMA wird angepasst. *Die Übergangsfristen betragen zwölf Monate für Verträgen mit Banken und Effekthändlern und 18 Monate für Verträge mit anderen Gegenparteien.*

3.5 Einführung einer Härtefallklausel („hardship-clause“)

Stellungnahmen

CS, UBS, SBVg und ISDA beantragen die Einführung einer Härtefallklausel (*hardship clause*) für Fälle, in denen die Umsetzung der Pflichten aus Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV nicht durchführbar sind. Die Anhörungsteilnehmer weisen darauf hin, dass beispielsweise die PRA anerkenne, dass in gewissen Situationen eine sog. "*impracticability*" vorliege. Bei Fehlen einer Ausnahmebestimmung würde die fehlende Umsetzbarkeit dazu führen, dass der Vertrag nicht geschlossen werden dürfe. Eine entsprechend starre Regel würde den Stellungnahmen zufolge der Verhältnismässigkeit widersprechen.

Würdigung

Nach Art. 61a Abs. 2 BIV-FINMA verfügt die FINMA über die Kompetenz, einzelnen Instituten in begründeten Fällen längere Umsetzungsfristen zu gewähren. Dem Umstand, dass es in gewissen Fällen bei der Umsetzung von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV zu Erschwernissen und somit zu Verzögerungen kommen könnte, ist damit Rechnung getragen.

Die Anhörungsteilnehmer beantragen darüber hinaus eine Ausnahmeregelung, nach welcher die FINMA ein Institut in Fällen, in denen eine Vereinbarung einer Anerkennungsklausel nicht durchführbar ist, zur Gänze von der Pflicht nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV entbinden kann. Aus internationaler Sicht besteht klar eine Tendenz, Finanzinstitute zu verpflichten, Finanzverträge mit einer entsprechenden Anerkennung der jeweiligen behördlichen Aufschubmassnahmen zu versehen. Das Vereinigte Königreich, Deutschland und Japan haben bereits entsprechende Bestimmungen betreffend die Pflicht zur Anerkennung von behördlichen Aufschubkompetenzen eingeführt. In den Vereinigten Staaten sind entsprechende Bestimmungen in Ausarbeitung. Marktteilnehmer, die sich weigern, die Anordnung eines *stay* vertraglich anzuerkennen, verschliessen sich demnach den internationalen finanzmarktrechtlichen Entwicklungen. Dem kann nicht mit einer Ausnahmebestimmung Rechnung getragen werden. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass eine explizite Ausnahmeklausel die geschilderte, schwierige Verhandlungsposition schweizerischer Banken eher erschweren als erleichtern würde. So wäre zu erwarten, dass unwillige Gegenparteien von den Banken

verlangen, eine Ausnahme zu beantragen, womit die Anpassungspflicht gegenüber verhandlungsstärkeren Gegenparteien im Ergebnis als freiwillig wahrgenommen werden könnte. Die Ausnahme der Anpassungspflicht gegenüber einzelnen Gegenparteien würde zudem im Falle eines *stay* zu Ungleichbehandlungen zugunsten verhandlungsstarken Gegenparteien führen, die sachlich nicht zu begründen wären.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an der BIV-FINMA vorgenommen.

3.6 Institutsbezogene Umsetzungsfristen

Stellungnahmen

CS und UBS beantragen über Art. 61a Abs. 2 BIV-FINMA hinaus die Gewährung weiterer, institutsspezifischer Umsetzungsfristen für Grossbanken. Aufgrund ihres weiten Netzes an Zweigniederlassungen sei den Grossbanken zu ermöglichen, die Anpassungen nach schweizerischem Recht mit jenen nach ausländischem (insb. US-) Recht zu koordinieren, so dass Kunden nur einmal für Vertragsänderungen angesprochen werden müssen.

Würdigung

Art. 61a Abs. 2 BIV-FINMA sieht bereits vor, dass in begründeten Fällen längere Umsetzungsfristen gewährt werden können. Die Koordination mit Anforderungen ausländischer Rechtsordnungen rechtfertigt nicht, die Umsetzung des schweizerischen Rechts für Grossbanken pauschal zurückzustellen.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an der BIV-FINMA vorgenommen.

3.7 Verschieben des Inkrafttretens der BIV-FINMA

Stellungnahmen

Gemäss CS, UBS und SBVg solle vor dem Hintergrund der laufenden Ausarbeitung der US-Regelung zum *stay* zudem in Betracht gezogen werden, den geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens zu verschieben. Ansonsten bestehe die Gefahr von Widersprüchen oder Konflikten, insbesondere bei Banken mit ausländischen Zweigniederlassungen. Es müsse in diesem Zusammenhang verhindert werden, dass eine schweizerische Gegenpartei allenfalls mehrfach und zu unterschiedlichen Zeitpunkten auf ausländische Vertragsparteien mit Änderungsanträgen wegen Stay-Regulierungen der Schweiz und anderer Staaten zugehen muss.

Würdigung

Das Inkrafttreten der BIV-FINMA kann nicht von den Entwicklungen in den USA abhängig gemacht werden, zumal gegenwärtig noch unklar ist, wann die US-Regelungen zum *stay* in Kraft treten werden.

Fazit

Es werden keine Anpassungen an der BIV-FINMA vorgenommen.

4 Weiteres Vorgehen

Die teilrevidierte BIV-FINMA wird auf den 1. April 2017 in Kraft gesetzt. Es gelten die Übergangsbestimmungen gemäss Art. 61a BIV-FINMA.