

Per Mail: regulation@finma.ch

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herr Kaspar Ulmann
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Basel, 8. November 2016
J.2/ABA

Anhörung zur Teilrevision der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA)

Sehr geehrter Herr Ulmann
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 27. September 2016 eröffnete Anhörung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA zur teilrevidierten Bankeninsolvenzverordnung-FINMA. Im Hinblick auf Rechtssicherheit und Effizienz bei der Umsetzung der neuen Anforderungen begrüssen wir die Initiative der FINMA, die gesetzlichen Regelungen zu konkretisieren. Aus unserer Sicht ist dies aber noch nicht in allen Punkten gelungen. Wir bedanken uns deshalb für die Gelegenheit, Ihnen unsere Position und unsere Überlegungen darzulegen.

1. Anwendungsbereich gemäss Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV

Der Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV erfasst nur Verträge gemäss Art. 30a Abs. 1 BankG, wonach die Anordnung oder Genehmigung von Massnahmen nach dem elften Abschnitt des BankG einen Aufschub von Vertragsbeendigungs-, Aufrechnungs-, Verwertungs- und Übertragungsrechten begründen kann (vgl. auch Art. 30a Abs. 2 BankG). Diese bedeutende Einschränkung des Anwendungsbereichs wird in Art. 56 Abs. 2 lit. a BIV-FINMA bestätigt.

Nicht vom Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV erfasst sind damit alle Verträge mit Beendigungsklauseln und ähnlichen Klauseln, die *nicht* an Insolvenzmassnahmen der FINMA anknüpfen. Als Verträge, für die keine entsprechende Anpassungspflicht besteht, können folgende Beispiele genannt werden:

- Verträge mit Beendigungsrechten, die an objektive oder subjektive Elemente anknüpfen, welche keine Insolvenzmassnahmen darstellen, wie z.B. Rating Trigger Klauseln, welche die Vertragsbeendigung (bzw. die Möglichkeit dazu) bei Unterschreiten eines bestimmten Ratings vorsehen.
- Verträge mit einem jederzeitigen Kündigungsrecht (wie z.B. Positionen auf Sicht) und solche, die gemäss einer gesetzlichen Bestimmung jederzeit kündbar sind

(insbesondere Verträge mit einer auftragsrechtlichen Komponente wie z.B. Vermögensverwaltungsverträge). Soweit solche Verträge nicht zusätzlich eine Kündigungsmöglichkeit vorsehen, welche direkt an eine Massnahme der FINMA anknüpft, sind sie nicht vom Anwendungsbereich erfasst. Weil die jederzeitige Kündigung nicht von einer FINMA-Massnahme abhängt, sind diese Beendigungsrechte auch nicht indirekt durch eine Massnahme der FINMA nach dem elften Abschnitt des BankG begründet.

- Ebenfalls nicht vom Anwendungsbereich erfasst sind Verträge, die nur für kurze Dauer (z.B. intraday oder overnight) abgeschlossen werden (wie z.B. Securities Lending, Repos oder Spotgeschäfte). Hier läuft der Vertrag automatisch aus, woran auch das Vorsehen von Beendigungsgründen nichts ändert. Daher sind nach unserer Auffassung derartige Verträge vom Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV ausgeschlossen.
- Ebenso wenig vom Anwendungsbereich erfasst werden Verträge, die erst innerhalb einer gewissen Zeitspanne nach dem Abschluss abgewickelt werden (z.B. Kassageschäfte wie Cash Equities).
- Weiter sind Verträge ausgenommen, 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.

Obwohl sich eine Nichtunterstellung der vorgenannten Transaktionen bereits aus Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV und Art. 56 Abs. 2 lit. a BIV-FINMA ergibt, wäre eine Erläuterung des (negativen) Anwendungsbereichs im Sinn der vorstehenden Ausführungen in einem finalen Erläuterungsbericht oder FAQs aus Gründen der besseren Verständlichkeit wünschenswert.

2. Konkrete Anpassungsvorschläge zur E-BIV FINMA

Art. 56 Abs. 1 lit. c BIV-FINMA

- c. Verträge (Terminkontrakte) in Bezug auf den Kauf, Verkauf oder Transfer von Waren, Dienstleistungen; oder Rechten ~~oder Zinsen~~ zu einem im Voraus bestimmten Preis und künftigen Datum (~~Terminkontrakte~~);

Begründung:

Die Erwähnung von Zinsfutures in lit. c ist überflüssig und würde zu Interpretationsschwierigkeiten führen, da sie nicht im Einklang steht mit der Regelung in Art. 2 Nr. 100 der Richtlinie 1014|59|EU (Bank Recovery and Resolution Directive; BRRD).¹ Ebenfalls

¹

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, ABl. L 173 vom 12.06.2014, S. 190 ff.

nach Vorbild von Art. 2 Nr. 100 BRRD schlagen wir vor, den Begriff der Terminkontrakte an den Anfang der Bestimmung zu verschieben, um allfällige Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden (so werden z.B. Dienstleistungen gemeinhin nicht vom technischen Begriff „Terminkontrakte“ erfasst).

Art. 56 Abs. 1 lit. e BIV-FINMA

e. Kreditvereinbarungen im Interbankenverhältnis [mit einer Laufzeit von drei Monaten oder weniger](#);

Begründung:

Wir begrüssen das im Erläuterungsbericht (S. 9 f.) erläuterte Konzept, wonach Schweizer Banken keine über Art. 2 Nr. 100 BRRD hinausgehenden Pflichten auferlegt werden sollen. Dies ist im Sinn der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes zentral. Dabei gilt es zu beachten, dass bereits die Einführung einer mit der BRRD vergleichbaren Regelung für schweizerische Banken eine ungleich grössere Belastung bedeutet als für die ausländische Konkurrenz. Wie der FINMA bekannt ist, sehen die internationalen Musterverträge (ISDA, GSMLA usw.) regelmässig die Anwendung von englischem oder US-Recht vor. Damit müssen die schweizerischen Grossbanken praktisch alle entsprechenden Verträge anpassen, während ihre englischen oder US-Konkurrentinnen keinen derartigen Anpassungsbedarf kennen. Eine über die BRRD hinausgehende Regelung würde daher die schweizerischen Banken doppelt schwer treffen.

Entgegen dem von der FINMA erläuterten Konzept, wonach Schweizer Banken keine über Art. 2 Nr. 100 BRRD hinausgehenden Pflichten auferlegt werden sollen, geht der Entwurf hier aber sogar erheblich weiter als die Regelung in der BRRD, indem keine Einschränkung auf kurzfristige Kreditvereinbarungen erfolgt. Die vorgeschlagene Anpassung entspricht demgegenüber Art. 2 Nr. 100 BRRD.

Die im Entwurf enthaltene Erweiterung wäre aber auch sachlich nicht gerechtfertigt:

- Aus systemischer Perspektive wäre vor allem die vorzeitige Kündigung von kurzfristigen Verbindlichkeiten (wegen der möglicherweise fehlenden Möglichkeit eines raschen Ersatzes) potentiell erschwerend für eine Sanierung. Dies zeigt sich etwa auch im Umstand, dass nur unterjährige Hypotheken als systemrelevante Funktion i.S.v. Art. 8 BankG betrachtet werden. Hingegen bleibt bei längerfristigen Krediten der Finanzierungs- bzw. Investitionszweck im Vordergrund, weshalb hier (ähnlich etwa wie bei Anleiensobligationen) die Anordnung eines „Stays“ (sofern entsprechende Beendigungsrechte darin überhaupt vorgesehen sind) sachlich verfehlt wäre.
- Die Umsetzung einer Regelung, welche über internationale Standards (hier: BRRD) hinausgeht, ist notorisch problematisch. Insbesondere im Verkehr mit ausländischen Vertragsparteien dürfte es sehr schwierig sein zu vermitteln, weshalb hier aufgrund einer schweizerischen „Besonderheit“ weitergehende Vertragsanpassungen erforderlich sind.

Diesbezüglich ist auch darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Ergebnisse eines sog. „Call for evidence“² über die regulatorischen Rahmenbedingungen für Finanzdienstleistungen in der EU Bestrebungen in Richtung einer Reduktion der Anforderungen von Art. 55 BRRD für „gesamtwirtschaftlich wertvolle Transaktionen“ im Gange sind. Zur Kategorie der „gesamtwirtschaftlich wertvollen Transaktionen“ zählen zweifellos auch mittel- und langfristige Kredite im Interbankenverhältnis. Die im Entwurf vorgeschlagene Regelung würde daher auch im Widerspruch zur Stossrichtung der internationalen Entwicklungen stehen.

Art. 56 Abs. 1 lit. f BIV-FINMA

~~f. alle anderen Verträge mit gleicher Wirkung wie diejenigen nach Buchstaben a–e;~~

Begründung:

Diese Auffangregelung („Catch-all“-Bestimmung) ist aus gesetzestechnischer Sicht unnötig und sogar schädlich:

- Die in lit. a–e aufgelisteten Finanzverträge sind bereits funktional definiert. Entsprechend sind sämtliche Verträge, welche die funktionalen Voraussetzungen erfüllen, von der Regelung erfasst. Die Frage nach Umgehungsgeschäften (d.h. von formell unterschiedlichen Geschäften welche materiell denselben Inhalt haben) dürfte sich daher gar nicht stellen.
- Die Auffangbestimmung reduziert aber die Voraussehbarkeit von Art. 56 BIV-FINMA für die Rechtsanwender erheblich. Insbesondere ist aufgrund der vorgeschlagenen Formulierung („mit gleicher Wirkung“) unklar, ob bzw. inwieweit hiermit der Anwendungsbereich der Norm auf weitere Transaktionen erweitert würde. So könnte z.B. fälschlicherweise der Eindruck entstehen, dass auch Kassageschäfte, welche im Endeffekt zum Erwerb von Waren führen, von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV erfasst werden. Im Gegensatz zur Aussage im Erläuterungsbericht wäre damit die Anpassungspflicht nicht auf genau definierte Finanzverträge begrenzt und es ergeben sich für die Schweizer Banken weitere, darüber hinausgehende Pflichten (Erläuterungsbericht S. 10 oben).
- Die Auffangklausel steht auch im Gegensatz zur abschliessenden Regelung der PRA. Diese sieht eine derartige Erweiterung nicht vor; auch nicht Art. 2 Nr. 100 BRRD, auf welche die PRA verweist. Die vorgeschlagene Regelung widerspricht daher dem Konzept, wonach Schweizer Banken keine über Art. 2 Nr. 100 BRRD hinausgehenden Pflichten auferlegt werden sollen (s. Bemerkungen zu lit. e).
- Die Rechtsunsicherheit würde bei den Grossbanken im internationalen Verhältnis weiter verschärft, falls die Regelung auch Verträge erfassen würde, die über Zweigniederlassungen (oder sogar ausländische Gruppengesellschaften) abge-

²

Vgl. dazu <http://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/financial-regulatory-framework-review/index_en.htm>

geschlossen werden (s. dazu aber die Bemerkungen zu Art. 56 Abs. 2 lit. f BIV-FINMA).

- Schliesslich dürfte auch aus einer Resolution-Perspektive eine klare Abgrenzung der von einem „Stay“ betroffenen Geschäftsformen wünschbar sein, da diese ja letztlich in der entsprechenden Verfügung bzw. im Sanierungsplan klar zu benennen sind. Auch diesbezüglich dürfte die vorgeschlagene „Catch-all“-Bestimmungen zu erheblichen Interpretationsschwierigkeiten führen.

Art. 56 Abs. 1 lit. g BIV-FINMA

~~g.f.~~ die in den Buchstaben a–~~f~~e genannten Verträge in Form von Rahmenvereinbarungen (*Master Agreements*).

Begründung:

Anpassung der Aufzählung aufgrund Streichung von lit. f des Entwurfs.

Art. 56 Abs. 2 lit. b BIV-FINMA

b Verträge, welche direkt oder indirekt über eine Finanzmarktinfrastruktur oder ein organisiertes Handelssystem abgeschlossen oder abgerechnet werden. [Dasselbe gilt auch für ausländische Finanzinfrastrukturen oder organisierte Handelssysteme, welche als solche gelten würden, wenn sie ihren Sitz in der Schweiz hätten;](#)

Begründung:

Im Interesse der Schweizer Marktteilnehmer, nicht von den internationalen Finanzmärkten ausgeschlossen zu werden, muss sich die Regelung von Art. 56 Abs. 2 lit. b auch auf ausländische Infrastrukturen beziehen, welche die Funktion einer „Finanzmarktinfrastruktur“ oder eines „organisierten Handelssystems“ nach schweizerischem Aufsichtsrecht wahrnehmen, ohne gemäss FinfraG als solche in der Schweiz anerkannt worden zu sein (funktionale Vergleichbarkeit). Aus dem FINMA-Erläuterungsbericht, S. 12, ergibt sich zwar, dass ausländische Finanzmarktinfrastrukturen gerade so erfasst sein sollen. Demgegenüber wird aus dem vorgeschlagenen Wortlaut der BIV-FINMA nicht klar, ob diese in der Schweiz anerkannt sein müssen oder nicht.

Die Regelung von Art. 56 Abs. 2 lit. b ist deshalb – analog Art. 61a Abs. 1 lit. a – dahingehend zu ergänzen, dass die Regelung auch für funktional vergleichbare ausländische Finanzinfrastrukturen oder organisierte Handelssysteme gilt (z.B. auch SEFs nach US Recht, OTFs nach EU Recht, usw.).

Art. 56 Abs. 2 lit. d BIV-FINMA (neu)

² Die Pflicht nach Artikel 12 Absatz 2^{bis} BankV gilt nicht für:

[...]

d. Verträge mit Gegenparteien, die keine Unternehmen gemäss Art. 77 FinfraV sind;

Begründung:

Im Sinn der Verhältnismässigkeit sollten Verträge mit Privatpersonen ausgenommen werden:

- Die Bedeutung von Finanzverträgen mit Privaten wird im Resolutionsfall gering sein. Insbesondere dürfte auch eine allfällige Beendigung von Derivatgeschäften mit Privatpersonen kein nennenswerter Hinderungsgrund für eine erfolgreiche Sanierung sein. Der hohe Umsetzungsaufwand steht daher in keinem angemessenen Verhältnis zum erwarteten, geringen Nutzen.
- Die Umsetzung von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV wird hauptsächlich mittels ISDA-Protokoll (bzw. des Swiss Jurisdictional Module) erfolgen (vgl. auch die Ausführungen im Erläuterungsbericht, S. 7). Privatparteien, welche nicht als Unternehmen gemäss Art. 77 FinfraV qualifizieren, schliessen in der Regel keine ISDA-Verträge ab und werden dementsprechend auch nicht Parteien dieses Protokolls sein. Sie werden auch nicht das ISDA Swiss Jurisdictional Module unterzeichnen wollen, selbst wenn dieses dereinst dafür verwendet werden könnte (vgl. Erläuterungsbericht, Ziff. 2.3), weil diese Kunden mit diesem Vertragswerk nicht vertraut sind. Entsprechend hoch wäre der Umsetzungsaufwand bei der sehr grossen Anzahl von möglicherweise betroffenen Privatpersonen, handelt es sich doch hauptsächlich um Kundinnen und Kunden aus der Vermögensverwaltung (s. dazu auch den nachfolgenden Punkt).
- Der Einbezug der natürlichen Personen würde insbesondere auch bedeuten, dass unter Umständen Vermögensverwaltungsverträge erfasst wären. Gerade Kundenverträge (Investment Management Agreements) von ausländischen Zweigniederlassungen oder mit professionellen Investoren, z.B. in den USA, enthalten unter Umständen Beendigungsgründe, die von der Vorschrift gemäss Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV erfasst wären. Gleichzeitig steht die Vermögensverwaltung zweifellos nicht im Fokus der Anordnung eines „Stays“. Wir sind daher der Auffassung, dass es nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sein kann, Verträge mit natürlichen Personen zu erfassen. Der Aufwand wäre unseres Erachtens mit dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit nicht vereinbar.
- Derivatgeschäfte mit Privatpersonen werden zudem oftmals über vollautomatisierte Prozesse bzw. Plattformen abgeschlossen. Die Umsetzung der Pflicht aus Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV ist daher operativ schwierig, wenn nicht sogar unmöglich, da hierfür z.B. im Falle einer (wesentlichen) Vertragsanpassung von bestehenden

Verträgen manuell in den Prozess eingegriffen werden müsste, was mit signifikanten Aufwendungen und Kosten verbunden wäre.

- Schliesslich würde dem Privatkunden die partielle Unterwerfung unter die ihm häufig unbekannt Schweizer Rechtsordnung abverlangt – und dies namentlich im Bereich des Insolvenzrechts und technisch vergleichbar komplexer Rechtsgebiete. Für solche Kunden ist es erfahrungsgemäss schwierig, in die Aufgabe von Rechten einzuwilligen, deren Reichweite und systematische Stellung sie nicht einzuschätzen vermögen. Die Bank kann dem Kunden in dieser Situation nicht mit Rechtsrat zur Seite stehen, und der Kunde selbst dürfte häufig nicht einsehen, weshalb er einen Rechtsanwalt mandatieren sollte, um eine Vertragsänderung zu prüfen, die er selbst gar nicht beantragt hat und die auch nicht zu seinen Gunsten ist. An diesen Schwierigkeiten ändert im Gegensatz zur unterliegenden Annahme im Erläuterungsbericht (S. 7 f.) auch nichts, wenn ein allfälliges ISDA Swiss Modul auch für Verträge verwendet werden kann, die keine ISDA Rahmenverträge darstellen.

Art. 56 Abs. 2 lit. d BIV-FINMA

[e.](#) Verträge von Gruppengesellschaften, die nicht im Finanzbereich tätig sind [sowie Verträge mit ausländischen Gruppengesellschaften, welche im Finanzbereich tätig sind soweit keine verbindlichen Garantien gewährt wurden.](#)

Begründung:

Die Aufzählung ist aufgrund der neu vorgeschlagenen lit. d und Anpassung im Sinn der nachfolgenden Begründung anzupassen.

Regelungsmaterie sind sachlogisch nur Handelsverhältnisse (vgl. FINMA-Erläuterungsbericht, S. 10 Mitte u. S. 10 f.). Die Regelung von Art. 56 Abs. 2 lit. d ist deshalb zu begrüssen, aber noch nicht ausreichend.

Die Unterstellung von Gruppengesellschaften, welche im Finanzbereich tätig sind, ist durch die territoriale Zuständigkeit der FINMA begrenzt. Ausserdem ist die Ratio der Regelung die Steuerung des Risikos der Beeinträchtigung oder gar Verhinderung erfolgreicher Sanierungsmassnahmen (vgl. FINMA-Erläuterungsbericht, S. 9), welche sich nach territorialer und sachlicher Zuständigkeit allein auf Banken mit Sitz in der Schweiz beziehen.

Art. 56 Abs. 2 lit. f BIV-FINMA

[f.](#) [Verträge einer ausländischen Gruppengesellschaft, unter denen nicht eine Bank oder ein Effektenhändler mit Sitz in der Schweiz die Erfüllung sicherstellt;](#)

Begründung:

Die FINMA verfügt über keine direkten Aufsichtskompetenzen oder Resolution Powers über ausländische Gruppengesellschaften. Entsprechend würde auch die gesetzliche Grundlage fehlen für einen von der FINMA angeordneten „Stay“ in Bezug auf Verträge, die von einer ausländischen Gruppengesellschaft abgeschlossen werden (und zwar unabhängig davon, wie die Beendigungsgründe in der von der ausländischen Grup-

pengesellschaft abgeschlossenen Verträge formuliert sind). Die Ausführungen auf S. 11 des Erläuterungsberichts und das entsprechende Beispiel treffen unseres Erachtens nicht zu: Die FINMA hat gegenüber der ausländischen Tochtergesellschaft keine Zuständigkeit und kann insbesondere gegen diese keine Massnahme nach dem 11. oder 12. Abschnitt des BankG anordnen. Diese sind auf schweizerische Banken beschränkt und können einzig in Bezug auf eine individuelle juristische Person ausgesprochen werden. Art. 25 gilt nur für die jeweilige juristische Einheit, und es gibt keine gruppenweiten Schutzmassnahmen, gruppenweite Sanierung oder gar gruppenweiten Konkurs. Fehlt es aber an einer solchen Zuständigkeit, kann die FINMA entsprechend auch keinen Aufschub in Bezug auf eine ausländische Gruppengesellschaft vornehmen. Dies kann anhand der folgenden Konstellationen von Verträgen ausländischer Konzerngesellschaften veranschaulicht werden:

- Die Schweizer Bank gilt im Vertrag als „Specified Entity“: Hier wird die Schweizer Bank nicht zur Vertragspartei. Entsprechend fehlt es auch an jeglicher Handhabe der FINMA, bei solchen Verträgen von ausländischen Gruppengesellschaften eine Beendigung mittels eines „Stays“ nach Art. 30a BankG zu verhindern. Dies einerseits, weil die FINMA in einer Insolvenz keine Legal-Entity-übergreifenden Anordnungen treffen kann, und andererseits weil auch die örtliche Zuständigkeit der FINMA in Bezug auf ausländische Konzerngesellschaften nicht gegeben wäre. Zudem bestehen in Bezug auf ausländische Gruppengesellschaft bereits Vorgaben unter anderen Rechtsordnungen. Schliesst beispielsweise eine englische Tochtergesellschaft einer Schweizer Bank Verträge unter einem ISDA Master Agreement unter US Recht ab, so kommen die Vorgaben der PRA zur Anwendung. In Zukunft könnten zudem die noch in Ausarbeitung befindlichen US Regeln³ zur Anwendung kommen (etwa wenn die Transaktion in USD abgewickelt wird). Eine extensive Anwendung der schweizerischen Regelung würde dazu führen, dass in dieser Konstellation drei nationale Regelungen zur Anwendung kämen. Dieses Ergebnis wäre nicht praktikabel und könnte insbesondere zu Widersprüchen und Konflikten führen.
- Der Vertrag sieht eine „Cross-Default“-Klausel vor: Eine solche Klausel bedeutet zunächst lediglich, dass Verzugsfolgen oder Beendigungsrechte unter einem Vertrag (z.B. einem ISDA Master Agreement) ausgelöst werden, falls ein Verzugsfall unter einem anderen Vertrag (z.B. einem Kreditvertrag) *derselben* Gegenpartei eintritt. Die Anknüpfung des Verzugsfalls ist einzig und allein an Vorfälle, die bei der ausländischen Gruppengesellschaft eingetreten sind, geknüpft. Somit können diese Fälle per se nicht erfasst sein.
- Selbst falls eine „Cross-Default“-Klausel (z.B. über die Bezeichnung einer „Specified Entity“) auf Verträge einer anderen Konzerngesellschaft (z.B. einer Schweizer Bank) ausgedehnt wird, ändert dies nichts daran, dass die Schweizer Bank nicht Vertragspartei wird und somit auch hier keine rechtliche Handhabe der FINMA besteht, in Bezug auf solche Verträge einen „Stay“ zu verhängen. Dies

³

Vgl. dazu <<https://www.federalregister.gov/documents/2016/05/11/2016-11209/restrictions-on-qualified-financial-contracts-of-systemically-important-us-banking-organizations-and#footnote-130-p29184>>

wiederum, weil einerseits die FINMA in einer Insolvenz keine Legal-Entity-übergreifenden Anordnungen treffen kann, und andererseits, weil die örtliche Zuständigkeit der FINMA in Bezug auf die ausländische Konzerngesellschaft nicht gegeben wäre.

- Allgemeine „Parent Guarantee“: Auch der Umstand, dass eine Schweizer Bank die Erfüllung der Verpflichtungen einer ausländischen Gruppengesellschaft garantiert, führt nicht ohne Weiteres zu einem möglichen Anwendungsfall von Art. 30a BankG: Falls der Garantiefall in einem Verzug oder einer Insolvenz seitens der ausländischen Gruppengesellschaft besteht, kommt eine Massnahme der FINMA nach Art. 30a BankG nicht in Betracht und entsprechend hätte FINMA auch keine Handhabe, einen solchen Garantiefall zu verhindern.

Die vorgenannten Konstellationen müssen daher von der Pflicht zur Vertragsanpassung nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV ausgenommen sein.

Ein Aufschub der Beendigung von Verträgen ausländischer Gruppengesellschaften kann daher höchstens dann (reflexweise) in Betracht kommen, wenn in den Verträgen einer ausländischen Gruppengesellschaft eine schweizerische Bank *direkt die Erfüllung sicherstellt* (insbesondere als „Credit Support Provider“) und zusätzlich entsprechende Beendigungsklauseln ausdrücklich an eine Insolvenzmassnahme gegen die schweizerische Bank anknüpfen. Die überschüssende extraterritoriale Formulierung des Entwurfs sollte daher wie vorgeschlagen reduziert werden.

Auch in praktischer Hinsicht wäre die Anpassung von Verträgen ausländischer Gruppengesellschaften mit Drittpersonen zudem höchst problematisch, einerseits in Bezug auf den Anpassungsbedarf und andererseits die Rechtsfolge, das Verbot des Abschlusses von Geschäften ohne entsprechende Vertragsklausel zugunsten von Massnahmen der FINMA. Die Verträge dieser Gruppengesellschaften werden regelmässig aufgrund der lokalen oder internationalen Standards dem entsprechenden ausländischen Recht unterstellt. Viele Gegenparteien werden deshalb nicht einsehen, weshalb sie auf entsprechende Kündigungsrechte verzichten sollen, wenn diese dem lokalen oder internationalen Standard entsprechen. Umso mehr, wenn die Verträge der lokalen Konkurrenten keine Vertragsklauseln mit Verweis auf die Kompetenzen der FINMA nach schweizerischem Recht benötigen. Zudem ist zu beachten, dass aufgrund der in aller Regel ausländischem Recht unterstehenden internationalen Musterverträge der Nachteil für schweizerische Banken besonders gross ist. Im Gegensatz zu ihren ausländischen Konkurrenten müssen sie praktisch alle ihre Verträge anpassen, wodurch insbesondere ausländische Gruppengesellschaften und deren Geschäftsbeziehungen belastet werden (vgl. Bemerkungen zu Art. 56 Abs. 1 lit. e BIV-FINMA).

Bei ausländischen Tochtergesellschaften kann darüber hinaus die Situation auftreten, dass Kunden mehrfach anzusprechen wären, insofern Verträge weder unter schweizerischem noch unter lokalem Recht stehen und der jeweilige lokale Regulator zusätzliche entsprechende Anforderungen stellt.

Insbesondere unter Asset Managern ist die Bereitschaft, eine Abschwächung der Rechte Ihrer Kunden hinzunehmen, in deren Namen und auf deren Rechnung sie zum Bei-

spiel ISDA-Verträge abschliessen, angesichts des bestehenden Treuhandverhältnisses äusserst gering. Es ist also anzunehmen, dass sie sich nur dann mit einer Änderung einverstanden erklären werden, wenn ihre Liquidität von der Massnahme mit hinreichender Gewissheit nicht betroffen sein wird. Darüber hinaus ist bei dieser Kundengruppe eine Tendenz zu beobachten, dass sie eine Anpassung der Standardverträge in der Regel so weit wie möglich hinauszögern. Daran ändert auch das Vorhandensein von ISDA-Protokollen nichts.

Art. 56 Abs. 2 lit. g BIV-FINMA

[g. Geschäfte des Primärmarktes;](#)

Begründung:

Bei Geschäften des Primärmarktes (insbesondere bei Underwriting Agreements) ist eine Verpflichtung nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV nicht verhältnismässig, da der Nutzen im Resolutionsfall in keinem angemessenen Verhältnis zum Umsetzungsaufwand steht:

Vorab sehen solche Verträge in erster Linie wichtige ausserordentliche Beendigungsgründe zugunsten der schweizerischen Bank als Underwriter oder Co-Underwriter (sog. Material Adverse Change Clauses) vor. Soweit im Konsortialfall eine schweizerische Konsortialbank ausfällt, stellt sich für die anderen Konsortialbanken die Frage, ob sie deren Anteil übernehmen wollen oder den Ausfall ebenfalls als ein Beendigungsgrund betrachten dürfen gegenüber dem Kunden. Durch eine solche Vertragsbeendigung ist aber die ausfallende schweizerische Bank nicht geschädigt. Das umgekehrte muss gelten, wenn eine ausländische Bank ausfällt (welcher Fall durch Art. 30a BankG aber ohnehin nicht abgedeckt ist). Es ist daher schwer zu sehen, inwieweit sich hier überhaupt ein Anwendungsfall ergibt. Entsprechend sollten solche Verträge der Rechtssicherheit wegen auch ausdrücklich ausgenommen werden.

Ausserdem wären schweizerische Banken bei Underwriting-Tätigkeiten im Ausland mit solchen Vorschriften schwerwiegend benachteiligt. So wird es den Parteien eines chinesischen IPOs (und dieser Markt ist immer noch aktiv) schwer verständlich sein, weshalb sie zugunsten der FINMA auf einen Beendigungsgrund in einem Vertrag verzichten sollten, der chinesischem Recht untersteht und einen chinesischen IPO Kandidaten betrifft. Die schweizerischen Grossbanken würden es hier schwer haben, entweder alleine oder in einem Bankenkonsortium die Vorschriften der FINMA (gegen die anderen Banken und den Kunden) umsetzen zu können. 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.

Sodann erschiene auch der Nutzen einer entsprechenden Klausel in einem Underwriting Agreement als sehr limitiert: Es ist aus praktischer Sicht absolut unvorstellbar, dass ein IPO bei einem Sanierungsverfahren über einen Underwriter während der laufenden Platzierung gleichwohl abgewickelt wird. Der Markt würde eine solche Konstellation zweifellos nicht akzeptieren.

Art. 56 Abs. 2 lit h BIV-FINMA (neu)

h 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.

Begründung:

Die Regelung von Art. 56 erfasst sachlogisch nur Handelsverhältnisse (vgl. FINMA-Erläuterungsbericht, S. 10 Mitte u. S. 10 f.).

Auf Geschäftsbeziehungen bzw. Verträge ausserhalb von Handelsverhältnissen ist die Regelung nicht zugeschnitten. Zu denken ist etwa an Geschäfte bzw. Verträge zum Kauf oder Verkauf von Waren und Dienstleistungen z.B. in Bereichen wie Liegenschaften, IT etc. Die Richtigkeit der Ausnahme solcher Verhältnisse von Art. 56 wird dadurch bestätigt, dass i.d.R. sowohl der Kern der Regelungsmaterie als auch der Vertragspartner im Nichtbankenbereich anzusiedeln sind (vgl. FINMA-Erläuterungsbericht, S. 10 f.). Dass als untergeordnete Nebenregelung solcher Geschäfte bzw. Verträge auch einzelne Handelstransaktionen vereinbart werden, z.B. ein Swap-Geschäft zur Währungsabsicherung, schadet nicht und kann nach dem Gesagten gleichwohl nicht zur Unterstellung solcher Geschäfte bzw. Verträge unter Art. 56 führen.

In Art. 56 Abs. 2 ist deshalb unter lit. e eine zusätzliche Ausnahmeklausel aufzuführen. Demgemäss sind von der Pflicht von Art. 12 Abs. 2bis BankV zusätzlich Verträge auszunehmen, bei denen sich i.d.R. 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.

Art. 56 Abs. 3 BIV-FINMA

3 Die Pflicht nach Artikel 12 Absatz 2^{bis} BankV gilt ~~auch nicht~~ nur für wesentliche Änderungen bestehender Verträge und nicht für Änderungen, die aufgrund der Vertragsbedingungen ohne weiteres Zutun der Parteien erfolgen.

Begründung:

Aufgrund des Bestrebens, eine möglichst EU-kompatible Regulierung zu schaffen und aufgrund des Wortlauts von Art. 56 Abs. 3 BIV-FINMA ist davon auszugehen, dass nach Vorbild der Regelung der PRA ein Anpassungsbedarf nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV nur bei einem Neuabschluss von Geschäften oder „Material Amendments“ in Bezug auf einen bestehenden Vertrag besteht. Hingegen führt insbesondere die Anpassung von technischen oder operationeller Aspekte (wie z.B. Settlement Instruktionen oder Kontoangaben) nicht zu einer Anwendung von Art. 56 BIV-FINMA. Der Klarheit halber wäre es aber begrüssenswert, dies in einem finalen Erläuterungsbericht oder FAQs aufzunehmen.

Aus Gründen von Klarheit und Rechtssicherheit wäre es weiter wünschenswert, die Ausnahmeregelung mit einigen typischen davon erfassten Fallbeispielen zu ergänzen, z.B. Roll-Over Transaktionen oder Corporate Actions.

Art. 61a BIV-FINMA

¹ Die Pflichten nach Artikel 12 Absatz 2^{bis} BankV³ i.V.m. Artikel 56 sind einzuhalten:

- a. nach Ablauf ~~dreier~~ von ~~neun~~ Monaten nach Inkrafttreten dieser Änderung, wenn es um den Abschluss oder die Änderung von ~~Verträgen~~ Rahmenvereinbarungen (Master Agreements) mit Banken und Effektenhändlern geht oder mit Gegenparteien, die als solche gelten würden, wenn sie ihren Sitz in der Schweiz hätten;
- b. nach Ablauf von ~~sechs~~ zwölf Monaten nach Inkrafttreten dieser Änderung, wenn es um den Abschluss oder die Änderung von ~~Verträgen~~ Rahmenvereinbarungen (Master Agreements) mit anderen Gegenparteien geht.

² Die FINMA kann einzelnen Instituten in begründeten Fällen längere Umsetzungsfristen ~~oder Ausnahmen~~ gewähren.

Begründung:

1. Zur Qualifizierung der „Verträge“

Die Pflicht zur Umsetzung der Vorgaben von Art. 12 Absatz 2^{bis} BankV i.V.m. Art. 56 BIV-FINMA knüpft an den „Abschluss oder die Änderung von Verträgen“ an. Unklar ist derweil, was mit dem Begriff der Verträge gemeint ist. Insbesondere bleibt nach dem konkreten Wortlaut von Art. 61a unklar, ob mit „Verträgen“ nur Rahmenvereinbarungen (Master Agreements), nur Einzelverträge oder beides gemeint ist. Dies umso mehr, als unter Art. 56 Abs. 2 Rahmenvereinbarungen (Master Agreements) nur unter lit. g ausdrücklich genannt sind und der in den lit. a–f verwendete Begriff „Verträge“ demzufolge *e contrario* als Einzelverträge auszulegen ist. Des Weiteren werden ISDA-Transaktionen nach dem sog. Single-Agreement-Ansatz abgeschlossen, wonach der Rahmenvertrag mit allen Einzeltransaktionen ein einziges Vertragsverhältnis bildet. Unklar ist, ob der Abschluss einer einzelnen Transaktion zur Notwendigkeit der Anpassung des Rahmenvertrages verpflichtet.

Für die Anwendung des Single-Agreement-Prinzips spricht u.a. der immense und operativ kaum lösbare Aufwand, welcher andernfalls mit der Anpassung jedes einzelnen Einzelvertrages verbunden wäre. Im Erläuterungsbericht unterstützt die FINMA dieses bewährte Prinzip (vgl. FINMA-Erläuterungsbericht, S. 13 f.).

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die unklare Formulierung im Verordnungstext im Sinne der klaren Worte der FINMA gemäss Erläuterungsbericht anzupassen. Demzufolge ist der Begriff „Verträge“ durch „Rahmenvereinbarung (Master Agreement)“ zu ersetzen.

2. Zur Übergangsfrist

a) Allgemeines

Die vorgeschlagenen Übergangsfristen sind angesichts des Aufwands und der Anzahl der betroffenen Verträge deutlich zu kurz. Die PRA hatte ihre Regelung am 13. November 2015 veröffentlicht und für Banken und Effektenhändler eine Übergangsfrist bis 1. Juli 2016 und die übrigen Marktteilnehmer bis 31.12.2017, somit Fristen von 6 und 12 Monaten (effektiv 7 und 13 Monate) vorgesehen. Dennoch schafften es die meisten Banken nicht, die entsprechenden Fristen einzuhalten. Überdies wurde der Komplexität

der Aufgabe und den daraus resultierenden industrieweiten Schwierigkeiten dadurch Rechnung getragen, dass in der Regulierungspraxis Banken auch nach dem 1. Juni 2016 nicht gezwungen waren, Geschäfte auf Grundlage entsprechender Verträge einzustellen, sofern sie geeignete Schritte zur Herbeiführung einer Änderung unternommen hatten. Auch die Regulierungen anderer Staaten sehen längere Übergangsfristen vor, so z.B. 8 Monate in Japan oder mindestens 12 Monate⁴ gemäss der derzeit in Ausarbeitung befindlichen US Regelung.

Die Erfahrungen bei der Umsetzung entsprechender Regelungen in anderen Jurisdiktionen zeigen, dass auch diese längeren Umsetzungsfristen zu ambitioniert waren. Dies umso mehr, als den eigentlichen Vertragsverhandlungen mit den Kunden in der Regel umfangreiche und entsprechend zeitintensive Mitarbeiterschulungen vorangehen und die Kunden hinsichtlich der Vertragsänderung informiert und vorbereitet werden müssen. Die Erfahrung im Ausland hat auch gezeigt, dass die meisten Kunden nicht verstanden, warum sie auf ein Kündigungsrecht zugunsten einer ausländischen Behörde unter einem für sie unverständlichen fremden Recht verzichten sollten (insbesondere, da es hier um rechtliche Anforderungen einer Behörde aus einem fremden Staat geht, zu dem sie keine Beziehung haben). Dies umso mehr, wenn es wie hier um komplexe Fragen eines ausländischen Insolvenzrechts geht. Dementsprechend kommt es auch zu schwierigen und zeitlich aufwändigen Vertragsverhandlungen oder die Verträge können schlicht nicht angepasst werden, schlimmstenfalls kann das Geschäft nicht abgeschlossen werden.

Besondere Schwierigkeiten bei der Umsetzung der BRRD bereitete Asien. In dieser Region gibt es nur wenige Adhering Parties zu den entsprechenden Protokollen, und die entsprechenden Kontaktaufnahmen mit Gegenparteien sind generell nicht sehr erfolgreich. Als Beispiel ist Korea zu nennen, wo die lokalen Gegenparteien offenbar flächendeckend keine BRRD 55 Language akzeptieren. In solchen Fällen erwies sich die zeitnahe Implementierung der BRRD schlichtweg als impraktikabel.

Schweizerische Banken müssen ausserdem, wie dargelegt (s. Bemerkungen zu Art. 56 Abs. 1 lit. e BIV-FINMA), eine ungleich grössere Anzahl von Verträgen anpassen. Gerade mit Nichtbanken als Gegenparteien ist dabei der Aufwand an Erklärung und Verhandlungen ganz erheblich, woran auch nichts ändern würde, wenn die ISDA ein Swiss Jurisdictional Module bis zum Inkrafttreten der Regeln bereitstellen würde.

Aus den genannten Gründen müssen die Umsetzungsfristen zwingend verlängert werden. Für Banken und Effekthändler schlagen wir eine Verlängerung auf neun Monate und für andere Vertragsparteien auf zwölf Monate ab Datum des Inkrafttretens vor.

b) Koordination der Übergangsfristen mit andern Regulierungen des In- und Auslands

Unter der Prämisse, dass wie von uns vorstehend gefordert in Art. 61a Abs. 1 BIV-FINMA der Begriff „Verträge“ durch „Rahmenvereinbarungen (Master Agreements)“ ersetzt wird, sind im Interesse der Koordination von FinfraG und BIV-FINMA, z.B. zur zeitlichen Koordination mit den erforderlichen Anpassungen entsprechender Verträge auf Grund der Vorgaben im Bereich Variation Margins, und überdies im Interesse der

⁴

Der Entwurf sieht vor, dass die Regelung am ersten Tag des Quartals in Kraft tritt, das mindestens ein Jahr nach Veröffentlichung der finalen Regelung beginnt.

Funktionsfähigkeit der internationalen Finanzmärkte die Übergangsfristen mit denjenigen unter FinfraG gemäss FINMA-Aufsichtsmitteilung 1/16 vom 7.7.2016 zu koordinieren. Diese Aufsichtsmitteilung hat bekanntlich die Entscheidung der EU-Organe, die Anwendbarkeit von MiFID II um ein Jahr auf 3.1.2018 zu verschieben, richtigerweise zum Anlass genommen wurde, koordiniert damit u.a. auch das Inkrafttreten der entsprechenden Regelungen von „organisierten Handelssystemen“ unter FinfraG auf 1.1.2018 zu verschieben (vgl. FINMA-Aufsichtsmitteilung 1/16 vom 7.7.2016).

Dies ist umso wichtiger, als die im Erläuterungsbericht geäusserte Zuversicht der FINMA, gestützt auf ein sog. Swiss Module sei eine sehr rasche Globalanpassung qua Anpassung der Rahmenvereinbarungen (Master Agreements) möglich (vgl. FINMA-Erläuterungsbericht, S. 13 f.), wohl unbegründet ist: Wenn die FINMA im Erläuterungsbericht festhält, sie sei zuversichtlich, dass eine finale Version des Swiss Module im Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 56 BIV-FINMA vorliegen wird, verkennt sie, dass der Beitritt eines von den Pflichten nach Art. 12 Abs. 2bis BankV betroffenen Marktteilnehmers noch nicht ausreichend ist. Der Aufschub der Beendigung ist nämlich nur gegenüber denjenigen Parteien vereinbart, welche ebenfalls dem Swiss Module beigetreten sind. Insbesondere bei ausländischen Gegenparteien wird dies viele Monate in Anspruch nehmen. Damit kann das Swiss Module-Konzept für sich allein jedenfalls die effiziente Umsetzung der neuen Regeln nicht gewährleisten.

Wie dargelegt ist nur schon wegen dem engen Zusammenhang dieser Anpassung der BIV-FINMA zu FinfraG eine Übergangsfrist bis sicher 1.1.2018 angezeigt (9 Monate nach Inkrafttreten der Änderung). Allerdings stehen die in der BIV-FINMA geregelten Vertragskategorien auch in engem Zusammenhang mit verschiedenen weiteren ausländischen Regulierungen. Die Umsetzungsfrist muss deshalb über den Zeitplan von FinfraG hinaus so ausgestaltet sein, dass auch eine koordinierte Umsetzung mit solchen ausländischen Regulierungen möglich ist.

Demzufolge ist zumindest mit Bezug auf Abschluss oder Änderung von Rahmenvereinbarungen (Master Agreements) mit anderen Gegenparteien (als Banken und Effekthändlern) eine Übergangsfrist bis sicher 1.3.2018 notwendig (12 Monate nach Inkrafttreten der Änderung). Vor dem Hintergrund der laufenden Ausarbeitung der US Regelung sollte zudem in Betracht gezogen werden, den geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens vom 1.3.2017 zu verschieben. Ansonsten besteht die Gefahr von Widersprüchen oder Konflikten, insbesondere bei Banken mit ausländischen Gruppengesellschaften.

Sollte die FINMA entgegen ihren Ausführungen im Erläuterungsbericht wider Erwarten der Meinung sein, mit den in Art. 61a gewählten Formulierungen seien (auch) Einzelverträge gemeint, wäre diese Haltung u.E. falsch. Zudem müsste die FINMA diesfalls mit Blick auf den enormen Umsetzungsaufwand die Übergangsfristen wesentlich grosszügiger gestalten und generell auf Ende 2018 festlegen.

Abschliessend sei noch darauf hingewiesen, dass im Erläuterungsbericht der Begriff der Cross-Default-Klausel vermutlich falsch verwendet wird. Gemeint sein dürfte die Möglichkeit, eine „Specified Entity“ einzufügen.

c) Zu Art. 61a Abs. 2

In Art. 61a Abs. 2 BIV-FINMA sollte zudem die Möglichkeit von Ausnahmen geschaffen werden. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen eine Umsetzung der vertraglichen Anerkennung gemäss Art. 56 BIV-FINMA nicht durchführbar ist. So anerkennt beispielsweise die PRA, dass in gewissen Situationen eine sog. „Impracticability“ vorliegt. Bei Fehlen einer Ausnahmebestimmung würde die fehlende Umsetzbarkeit dazu führen, dass der Vertrag nicht geschlossen werden darf. Eine solch starre Regel würde der Verhältnismässigkeit widersprechen.

Die Grossbanken mit ihrem weiten Netz an Zweigniederlassungen und ausländischen Gruppengesellschaften, deren Verträge allenfalls von der Regelung erfasst werden können, bedürfen darüber hinaus weiterer institutsspezifischer Umsetzungsfristen, insoweit dargelegt werden kann, dass stichhaltige Gründe für eine Verlängerung der Umsetzungsfrist vorliegen. Als solcher wäre z.B. anzuerkennen, dass eine mehrfache Kundenansprache wegen einer Änderung des Vertragstextes unterbleiben sollte. Demzufolge sollte die Gelegenheit gegeben werden, die Umsetzungsfrist so zu terminieren, dass allfällige andere Änderungswünsche (z.B. auf Grundlage von Art. 55 BRRD oder der künftigen US Regelung), Anpassungen aufgrund der bilateral Margin Rules, usw. innerhalb eines Termins gleichzeitig mit den Ergänzungen gemäss Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV besprochen und umgesetzt werden können.

Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen.

Für allfällige Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung unserer Stellungnahme stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Christoph Winzeler

Andreas Barfuss