

Geschäftsstelle

Wallstrasse 8
Postfach
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66
Telefax 061 206 66 67
E-Mail vskb@vskb.ch



Verband Schweizerischer Kantonalbanken
Union des Banques Cantonales Suisses
Unione delle Banche Cantionali Svizzere

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Staatssekretariat für Intern. Finanzfragen SIF
Herr René Weber und Herr Oliver Zibung
Bundesgasse 3
CH-3003 Bern

vernehmlassungen@sif.admin.ch

Datum 22. August 2019
Kontaktperson Thomas Rauch
Direktwahl 061 206 66 22
E-Mail t.rauch@vskb.ch

Stellungnahme des VSKB zur neuen Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz

Sehr geehrter Herr Weber, sehr geehrter Herr Zibung
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 1. Mai 2019 hat das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) die Vernehmlassung zu einer neuen Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz eröffnet. Experten aus unserer Bankengruppe haben den Vorentwurf eingehend geprüft. Gerne nutzen wir die Gelegenheit, unsere Positionen und Anliegen im Rahmen dieser Vernehmlassung einzubringen.

Die Kantonalbanken begrüssen die Stossrichtung des Verordnungsentwurfs mit dem Bestreben einer klareren Trennung von Aufsicht und Regulierung und mit sinnvollen Leitplanken für die FINMA, insbesondere betreffend deren Regulierungstätigkeit und -instrumente. Gleichwohl bedarf die Verordnung in einigen Punkten Anpassungen und Ergänzungen. Vorab fassen wir die aus unserer Sicht besonders wichtigen Anliegen wie folgt zusammen:

Zusammenfassung

- **Klare Trennung zwischen Aufsicht und Regulierung mittels Regulierungsvorgaben des Bundesrates:** Die Trennung von Aufsicht und Regulierung muss noch stärker gewichtet werden, insbesondere ist durch eine effektivere Aufsicht über die Regulierungstätigkeiten der FINMA der Gewaltenteilung Folge zu leisten, ohne die Unabhängigkeit der FINMA im Aufsichtsbereich zu gefährden. Deshalb soll der Bundesrat vorgängig die Eckwerte von Regulierungen unter Berücksichtigung der Regulierungsgrundsätze definieren. In einem

Normenkonzept sind zudem die Regelungsstufen sowie die Zuständigkeiten festzulegen sowie zu prüfen, ob die gesetzlichen Grundlagen und Delegationen ausreichend vorhanden sind oder zu schaffen wären. Internationale Standards sollen als Massstab dienen, ein wettbewerbsfeindlicher «Swiss Finish», namentlich eine Ausdehnung des Geltungsbereichs über das notwendige Mass hinaus, ist zu vermeiden. Wir fordern den Bundesrat auf, eine entsprechende Änderung des FINMAG einzuleiten.

- **Konsequente Differenzierung nach FINMAG-Kriterien im Bereich der Bankenregulierung:** Der Proportionalitätsgrundsatz muss bei jeder Regulierung konsequent Anwendung finden, weshalb die Beaufsichtigten grundsätzlich in allen Bereichen differenziert und insbesondere anhand der Kriterien von Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG zu regulieren sind. Dies muss nun auf Verordnungsstufe konkretisiert werden. Die FINMA setzt die Differenzierungsanforderung für Banken mit der Bankenkategorisierung um, was sich zur Umsetzung der Proportionalität – gerade im Bereich der prudentiellen Regulierung – grundsätzlich bewährt hat. Daran ist im Grundsatz festzuhalten. Die heutige Bankenkategorisierung fokussiert jedoch einseitig auf grössen- und bilanzbasierte Merkmale und reflektiert andere Differenzierungskriterien wie «Geschäftstätigkeit» oder «Komplexität» nur ungenügend oder gar nicht. Das muss in der BankV korrigiert werden.
- **Vorrang einer prinzipienbasierten Regulierung:** Der im FINMAG niedergelegte Grundsatz der prinzipienbasierten Regulierung findet in der Verordnung keine Erwähnung, weshalb eine Konkretisierung notwendig ist. Wir fordern, dass Grundzüge und allgemeine Vorgaben zu definieren sind, deren Umsetzung in der Verantwortung der Beaufsichtigten liegt.
- **Ergänzung der Begründungs- und Dokumentationspflichten:** Die vorgesehenen Dokumentations- und Begründungspflichten sind wichtig und zu begrüssen. Entgegen der Befürchtungen der FINMA führen sie auch nicht zu einer Bürokratisierung der Prozesse, da sie gemäss Leitlinien grundsätzlich bereits heute umgesetzt werden müssen; nur wird dies nicht offengelegt. Es ist wichtig, dass die FINMA nicht nur Abweichungen von einem Regulierungsgrundsatz begründen, sondern auch dessen Erfüllung dokumentieren muss. Das ist punktuell in der FINMAG-Vo zu ergänzen.
- **Keine Einschränkung der Selbstregulierung:** Die Anerkennung einer Selbstregulierung darf nicht analog dem Erlassverfahren einer Verordnung erfolgen. Dies würde die Unabhängigkeit der Selbstregulierung in Frage stellen. Das Anerkennungsverfahren ist deshalb von einem Konsultationsverfahren zu entkoppeln. Den Urhebern einer Selbstregulierung soll es zudem möglich sein, die Selbstregulierung wieder zurückzuziehen.

1. Allgemeines

1.1 Umsetzung der Motion Landolt

Wir begrüßen die Absicht des Bundesrates, eine neue Verordnung zum FINMAG zu schaffen, welche die nötige Konkretisierung der Pflichten und Grundsätze aus dem FINMAG liefert. Der Verordnungsentwurf ist bestens geeignet, die notwendige Klärung der Beziehung zwischen den verschiedenen Tätigkeitsfeldern der FINMA vorzunehmen, ohne die Unabhängigkeit der Finanzmarktaufsicht im Bereich der Aufsichtstätigkeit (Art. 21 FINMAG) zu gefährden. Dies hat bislang gefehlt, was in der Vergangenheit zu einer Verwischung der Verantwortlichkeiten geführt und eine zunehmend extensive Regulierungstätigkeit durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht begünstigt hat.

Wir unterstützen die Stossrichtung der Verordnung, mit der nun Klarheit geschaffen wird und welche zum Ziel hat, die von den Räten angenommene Motion Landolt (17.3317) umzusetzen. Diese verlangt eine klarere Trennung zwischen den Verantwortlichkeiten des Bundesrates für die Finanzmarktpolitik und -strategie sowie die Regulierung einerseits und der Zuständigkeit der FINMA für die operative Aufsichtstätigkeit andererseits. Des Weiteren hat sie eine effektivere Gewährleistung der politischen Steuerung und Kontrolle der Tätigkeiten der FINMA durch Bundesrat und Parlament zum Ziel. Die Kantonalbanken unterstützen dieses Anliegen und verlangen zum einen, dass die Interessenkonflikte zwischen generell-abstrakter Regulierung und individuell-konkreter Aufsicht im Sinne des Gewaltenteilungsprinzips aufgehoben werden und zum anderen, dass die FINMA in Bezug auf ihre Regulierungstätigkeit im Rahmen der durch den Gesetzgeber vorgegebenen Finanzmarktpolitik agiert. Wir sind generell überzeugt, dass der Verordnungsentwurf in dieser Hinsicht wesentliche Verbesserungen bewirken wird und schliesslich die Finanzmarktaufsicht insgesamt stärkt, weil die vorgeschlagenen Massnahmen die demokratische Legitimation der FINMA-Regulierung deutlich erhöhen. Unsere Vorschläge und Forderungen sehen wir als Beitrag zu dieser Entwicklung. Mit Blick auf den vorliegenden Verordnungsentwurf besteht seitens der Kantonalbanken aber Skepsis, ob eine ausschliessliche Regelung auf Verordnungsstufe die nötige Wirkung und Verbindlichkeit entfalten wird, um diese grundlegende Problematik zu lösen.

1.2 Generelle Bemerkungen zum gesetzlichen Anpassungsbedarf

Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die FINMA weit über ihre Kompetenzen hinaus reguliert hat, indem sie rechtsetzende Rundschreiben teils ohne ausreichende rechtliche Grundlage veröffentlicht hat und indem sie mit einer Flut von weiteren Instrumenten wie Aufsichtsmitteilungen, Leitlinien, Diskussionspapieren, Faktenblättern, Revisionsanweisungen, FAQs oder schlicht faktischen Handlungen – teilweise auch ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs – Aufsichtsrecht gesetzt hat. Diese Flut von Regulierungserlassen tangiert das rechtsstaatliche Legalitätsprinzip sowie das Prinzip der Gewaltenteilung. Auch wenn nicht alle diese Instrumente formell rechtsverbindlichen Charakter haben, so entfalten sie dennoch normative Wirkung, da sich die Beaufsichtigten daran orientieren (müssen), um nicht aus dem Raster zu

fallen. Es ist für ein beaufsichtigtes Institut schlicht illusorisch, sich auf eine Meinungsverschiedenheit mit der FINMA einzulassen und im konkreten Anwendungsfall eine anfechtbare Verfügung zu verlangen. Weiter hat die FINMA in vielerlei Hinsicht dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) unzureichend Folge geleistet, indem die Beaufsichtigten zu oft über einen Leisten geschlagen bzw. unter fehlender Anwendung des Grundsatzes der Proportionalität zu wenig differenziert nach deren Risiko für den Finanzmarkt bzw. den Kundenschutz reguliert wurden.

Aus unserer Sicht sind neben weiteren Konkretisierungen in der Verordnung deshalb auch gezielte Anpassungen auf Stufe Gesetz (Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007; FINMAG) erforderlich und entsprechend nachzuholen:

- **Festlegung der Eckwerte von Regulierungen durch den Bundesrat:** Als Ergänzung zur Verordnung und im Hinblick auf eine klarere Trennung zwischen Regulierung und Aufsicht erachten wir die vorgängige Definition der Eckwerte von Regulierungen durch den Bundesrat in für die FINMA verbindlicher Weise als notwendig. Einem solchen Grundsatzentscheid soll zunächst eine Prüfung des Regulierungsbedarfs und von Regulierungsalternativen vorausgehen, die eine entsprechende Regulierung rechtfertigt. Bei der Vorgabe der Eckwerte sind die Grundsätze der Proportionalität im Sinne einer differenzierten Regulierung entlang sachgerechter Kriterien (namentlich «Grösse», «Komplexität», «Struktur», «Geschäftsmodell» und «Risiko») sowie der Prinzipienbasierung gemäss Art. 7 Abs. 2 FINMAG zu beachten. Der Bundesrat muss in der Definition der Eckwerte darlegen, wie diese Grundsätze im Rahmen der Regulierung umzusetzen sind. Sofern internationale Standards umgesetzt werden sollen, ist ein überschüssender «Swiss Finish», namentlich eine dem Finanzplatz schadende Ausdehnung des Geltungsbereichs über das notwendige Mass hinaus, zu vermeiden (siehe dazu Ziffer 2.8). Die betroffenen Akteure und die Branchenverbände sind dabei vorgängig in geeigneter Weise einzubeziehen.
- **Erstellung eines Normenkonzepts durch den Bundesrat:** Ferner ist eine adäquate Normendichte und -hierarchie sicherzustellen sowie dass das Legalitätsprinzip bei der Regulierungsumsetzung eingehalten wird. Deshalb ist durch den Bundesrat zusammen mit den Eckwerten ein Normenkonzept zu erstellen und zu veröffentlichen. Darin sind namentlich die Regelungsstufen – Gesetz, Verordnung Bundesrat, Verordnung FINMA – sowie die Zuständigkeiten bzw. Kompetenzen für die Regulierung festzulegen. Es ist zu prüfen, ob die gesetzlichen Grundlagen und Delegationen, auf welche sich die Regulierung abstützen soll, ausreichend vorhanden sind oder zu schaffen bzw. zu präzisieren wären. Zu diesem Zweck müssen die Delegationsnormen den sachlichen Anwendungsbereich der FINMA-Regulierung auf spezifische, klar umrissene Themen eingrenzen.

Um diese beiden Anforderungen rechtsverbindlich und stufengerecht zu verankern, fordern die Kantonalbanken den Bundesrat auf, in absehbarer Zeit auch eine Änderung des FINMAG im oben erläuterten Sinne einzuleiten. Diese Anforderungen sind inhaltlich im Übrigen nicht neu, entsprechen sie doch den Erfordernissen, welche bereits den EFD-Richtlinien für Finanzmarktregulierung von September 2005 zugrunde liegen.

2. Bemerkungen zu einzelnen Teilen des Verordnungsentwurfs

2.1 Aufgaben (Art. 2 VE-FINMAG-Vo)

Artikel 2 des Vorentwurfs zur Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz (VE-FINMAG-Vo) behandelt die internationalen Aufgaben der FINMA. Darin zu Recht nicht erwähnt ist die Umsetzung von internationalen Standards in nationales Recht, da dies Aufgabe des Bundesrates und der Bundesversammlung ist. Wir fassen das Fehlen als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers auf und halten fest, dass wir eine selbständige Regulierung der FINMA ohne gesonderte Delegationsnorm in diesem Bereich als nicht legitimiert auffassen.

2.2 Internationale Vertretung und Positionierung (Art. 3 Abs. 2 VE-FINMAG-Vo)

Die Positionierung in internationalen Gremien ist für den Finanzplatz von wesentlicher Bedeutung, da dort beschlossene Standards einer der grössten Treiber neuer Regulierungen darstellen. Diese Standards beeinflussen die nationale Gesetzgebung unmittelbar, weshalb der Gesetzgeber zumindest im Interesse einer demokratischen und rechtstaatlichen Abstützung bei der grundlegenden Meinungsbildung angehört werden sollte. Dies hat im Übrigen auch der Bundesrat in seinem Bericht vom 26. Juni 2019 bereits erkannt und entsprechende Massnahmen in Aussicht gestellt.

Wir schlagen deshalb vor, dass die parlamentarischen Sachbereichskommissionen (WAK, RK) zur Festlegung der Grundpositionen von Schweizer Vertretern in internationalen Gremien vorab und regelmässig konsultiert werden müssen:

Art. 3 Abs. 2

² Vertritt sie die Schweiz in internationalen Gremien, so spricht sie ihre Positionierung mit dem EFD ab und konsultiert bei der Festlegung der grundlegenden Positionen die zuständigen parlamentarischen Kommissionen. Die Federführung für die internationale Finanzmarktpolitik obliegt dem EFD.

2.3 Regulierungsformen (Art. 5 VE-FINMAG-Vo)

Wir begrüßen ausdrücklich, dass die Regulierungsformen der FINMA im Verordnungsentwurf gegenüber dem Finanzmarktaufsichtsgesetz nun klarer definiert werden. Insbesondere stimmen wir zu, dass die Rechtsetzungskompetenz der FINMA auf Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung begrenzt und die Rechtsetzung durch die FINMA auf die Form der Verordnung beschränkt wird. Des Weiteren wird begrüsst, dass Rundschreiben nunmehr ausschliesslich der Schaffung von Transparenz in der Rechtsanwendung dienen sollen, keine rechtsetzenden Bestimmungen (mehr) enthalten dürfen und somit nicht den Charakter eines Rechtserlasses haben, welcher Beaufsichtigten in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Form Pflichten auferlegt, Rechte verleiht oder Zuständigkeiten festlegt.

Leider besteht aber weiterhin ein Widerspruch zum FINMAG, in dem in Art. 7 Abs. 1 die Rundschreiben weiterhin als «Regulierungsinstrument» definiert sind, was Rechtsunsicherheit schafft. Auf ihrer Homepage (<https://www.finma.ch/de/dokumentation/rechtsgrundlagen> und <https://www.finma.ch/de/dokumentation/rundschreiben>; zuletzt abgerufen am 19. August 2019) deklariert die FINMA nämlich schon heute die Rundschreiben nicht als Rechtsetzung, die eine ausdrückliche Grundlage in einem formellen Gesetz erfordern würde, sondern als Konkretisierung der Aufsichtspraxis, um damit eine einheitliche und sachgerechte Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung zu gewährleisten. Ungeachtet dessen enthalten bestehende FINMA-Rundschreiben regelmässig neue Pflichten der Beaufsichtigten oder dehnen Pflichten in extensiver Auslegung der rechtlichen Grundlagen unverhältnismässig aus und setzen auf diese Weise Recht. Auch andere Instrumente der FINMA wie Aufsichtsmitteilungen, Leitlinien, Diskussionspapiere, Faktenblätter, Revisionsanweisungen, FAQs oder schlicht faktische Handlungen und Meinungsäusserungen haben mitunter de facto aufsichtsrechtliches Gewicht und regulierungsähnliche Wirkungen.

Aufgrund der übergeordneten Definition von Rundschreiben als Regulierungsinstrument im FINMAG sind wir skeptisch, ob sich dieser Widerspruch allein auf dem Verordnungsweg effektiv auflösen lässt. Dazu müsste primär das Rundschreiben aus Art. 7 Abs. 1 FINMAG gestrichen werden. Wir halten im Wissen um diese Problematik und die zu kodifizierende Lösung fest, dass wir (zukünftige) rechtsetzende Bestimmungen in einem Rundschreiben und jegliche Äusserungen regulatorischen Gehalts in anderen Formen (z.B. Aufsichtsmitteilung, Leitlinie, Diskussionspapier, Faktenblatt, Revisionsanweisung oder schlicht faktische Handlungen und Meinungsäusserungen) sowie jede Äusserung zu Themen, die nicht in den der FINMA durch Art. 1 FINMAG zugewiesenen Kompetenzbereich fallen, als rechtlich nicht bindend auffassen.

2.4 Regulierungsvarianten (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3; Art. 7 VE-FINMAG-Vo)

In Art. 6 Abs. 3 des Vorentwurfs wird die Wahl der Regulierungsvariante genannt, dies jedoch erst im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit einer Regulierung. Dabei ist bei gegebenem Regulierungsbedarf diejenige Variante zu wählen, die dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit am besten entspricht und die insgesamt am kostengünstigsten ist. Es wird somit vorausgesetzt, dass ein Regulierungsbedarf überhaupt gegeben ist.

Im Rahmen der Begründung des Handlungsbedarfs (Abs. 1), also bereits in der Phase der Evaluation, müssen aber zwingend auch die «Regulierungsalternativen» thematisiert werden, nämlich ob eine hoheitliche Regulierung durch die FINMA überhaupt geeignet, erforderlich und zumutbar ist (Art. 5 Abs. 2 BV, Verhältnismässigkeitsprinzip) oder ob eine Selbstregulierung, eine institutsspezifische Intervention im Einzelfall oder sogar ein Regulierungsverzicht vorzuziehen wäre. Obwohl dies nicht explizit benannt ist, gehen die Kantonalbanken davon aus, dass die FINMA verpflichtet ist, bereits in der Phase der Evaluation im Rahmen der Wirkungsanalyse nach Art. 7 VE-FINMAG-Vo die verschiedenen «Regulierungsalternativen» und deren Vor- und Nachteile zu analysieren, zu dokumentieren und zu begründen (vgl. Art. 11 Abs. 2).

Wir regen deshalb folgende Klarstellung in der Verordnung an:

Art. 6 Abs. 1

¹ Bevor reguliert wird, ist ein Handlungsbedarf zu begründen und zu dokumentieren. Dabei ist darzulegen, welche Risiken mit einer Regulierung abgedeckt werden sollen und inwiefern eine Regulierung durch die FINMA geeignet, erforderlich und zumutbar ist.

2.5 Begründungs- und Dokumentationspflichten (Art. 6 Abs. 3 und Abs. 4 VE-FIN-MAG-Vo)

Die Kantonalbanken nehmen die Begründungs- und Dokumentationspflicht der FINMA betreffend neue oder zu ändernde Regulierungen (Abs. 1) zustimmend zur Kenntnis, ebenso wie die Pflicht zur Darlegung der rechtlichen Grundlagen sowie der Gesetzes- und Verhältnismässigkeit (Abs. 2). Wir begrüßen zudem die explizite Nennung der kostengünstigsten unter den angemessenen Lösungen sowie die Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Zukunftsfähigkeit und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes (Abs. 3). Ebenso begrüsst wird die Begründungspflicht bei Abweichungen von den vorgesehenen Grundsätzen. Wir gehen davon aus, dass damit ein über internationale Standards hinausgehender und wettbewerbsverzerrender «Swiss Finish» bei Regulierungen nur noch in begründeten Ausnahmefällen und äusserst zurückhaltend Einzug erhält, dies unter zwingender Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips nach Art. 5 BV (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit).

Hingegen sind wir der Ansicht, dass die Begründungs- und Dokumentationspflichten in Art. 6 unvollständig sind. Die FINMA muss in einigen Fällen nur «Abweichungen» begründen, nicht aber die Erfüllung des jeweiligen Grundsatzes dokumentieren. Wir fordern deshalb die Komplettierung der Begründungs- und Dokumentationspflichten, mithin die Festlegung einer Begründungs- und Dokumentationspflicht für die Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Zukunftsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes (Abs. 3) sowie für die Einhaltung der Wettbewerbs- und Technologieneutralität (Abs. 4).

Art. 6 Abs. 3 und Abs. 4

³ (...) Dabei sind auch die Auswirkungen auf die Zukunftsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes zu berücksichtigen. Dies ist zu dokumentieren, Abweichungen von diesem Grundsatz sind zu begründen.

⁴ Regulierungen sind wettbewerbs- und technologieneutral auszugestalten. Dies ist zu dokumentieren, Abweichungen von diesem Grundsatz sind zu begründen.

Alternativ schlagen wir folgenden Absatz vor, der sämtliche Dokumentations- und Begründungspflichten zusammenfasst, womit die anderen thematisch dichten Absätze von Art. 6 entschlackt werden könnten:

Art. 6 Abs. 7^{bis} (neu)

7^{bis} Die FINMA dokumentiert die Einhaltung der Anforderungen gemäss den Absätzen 1 bis 7 und begründet Abweichungen davon.

2.6 Vorrang einer prinzipienbasierten Regulierung durch die FINMA (Art. 6 Abs. 3 VE-FINMAG-Vo)

Mit der Verabschiedung des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) wurde Abs. 2 von Art. 7 FINMAG betreffend Regulierungstätigkeit der FINMA wie folgt neu gefasst: «Sie reguliert nur, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist, *sowie wenn immer möglich prinzipienbasiert*» (neue Ergänzung kursiv). Eine prinzipienbasierte Finanzmarktregulierung stellt namentlich einen Beitrag zur Standortattraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz dar. Dies ist als Ziel der Finanzmarktaufsicht in Art. 4 FINMAG definiert.

Im Vorentwurf der Verordnung findet sich keine Präzisierung dieser neuen Gesetzesfassung, was wir jedoch als notwendig erachten. Es ist festzuhalten, dass dem Weg der prinzipienbasierten Regulierung im Sinne von allgemeinen Vorgaben der Vorrang gebührt. Die «Prinzipien» sind dabei als konkrete Anforderungen der Aufsicht im Sinne von Regulierungszielen auszugestalten und die Umsetzung ist in die Verantwortung der Regulierungsadressaten bzw. der betroffenen Beaufsichtigten zu legen. Diesen soll somit die Möglichkeit gegeben werden, das Erreichen der Regulierungsziele unter Anwendung vernünftigen Ermessens entsprechend ihrer konkreten Verhältnisse (namentlich mit Blick auf Geschäftsmodell und Risikoprofil sowie entlang bestehender IT-Systeme und Prozesse) wirkungsvoll vorzunehmen. Dies erachten die Kantonalbanken als im Einzelfall zielführender und wirtschaftsverträglicher als ein pauschalisierender Regulierungsansatz mit detaillierten Vorgaben. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als es um umfassend beaufsichtigte Finanzmarktteilnehmer geht, welche jederzeit Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung bieten und ihrem Tun jederzeit vernünftiges Ermessen zugrunde legen müssen.

Wir schlagen folgende Konkretisierung in der Verordnung vor:

Art. 6 Abs. 3

³ Im Hinblick auf die Erreichung eines bestimmten Ziels ist jeweils die Variante einer Regulierung zu verfolgen, die dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit am besten entspricht und die insgesamt am kostengünstigsten ist. Einer prinzipienbasierten Regulierung ist der Vorrang zu geben, indem Grundzüge und allgemeine Vorgaben definiert werden, deren Umsetzung in der Verantwortung der betroffenen Beaufsichtigten liegt. (...)

2.7 Differenzierung nach «Grösse», «Komplexität», «Struktur», «Geschäftstätigkeit» und «Risiko» (Art. 6 Abs. 5, Abs. 5bis (neu) und Abs. 5ter (neu) VE-FINMAG-Vo)

Die ausdrückliche Nennung einer risikoorientierten Differenzierung begrüssen wir. Auf diese Weise können die Unterschiede der Finanzinstitute, ihrer Geschäftsmodelle, Produkte und Dienstleistungen angemessen berücksichtigt werden, ohne dass daraus unterschiedliche Schutzniveaus bei den Beaufsichtigten resultieren.

Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG (in der Fassung ab 1.1.2020) sieht vor, dass die FINMA insbesondere die unterschiedliche «Grösse», «Komplexität», «Struktur», «Geschäftstätigkeit» und «Risiko» der Beaufsichtigten bei ihrer Regulierung berücksichtigt. Der Verordnungsentwurf verzichtet auf eine Nennung der Kriterien aus dem FINMAG. In Anbetracht der unbestrittenen Wichtigkeit einer Differenzierung nach den Kriterien «Grösse», «Komplexität», «Struktur», «Geschäftstätigkeit» und «Risiko» ist aus Sicht der Kantonalbanken eine Konkretisierung notwendig. Gestützt auf diese Differenzierungen müssen den Beaufsichtigten angemessene Vereinfachungen, Erleichterungen oder gar Ausnahmen gewährt werden. Es ist namentlich darauf zu achten, dass die Differenzierung auf allen Stufen spielen muss, mithin auch im Verhältnis zwischen international systemrelevanten Banken einerseits, bloss national systemrelevanten Banken andererseits und schliesslich nicht systemrelevanten Banken der Kategorien 3 bis 5, die wiederum untereinander differenziert zu regulieren sind.

In Anwendung der Differenzierungskriterien sind qualitative oder quantitative Parameter der Differenzierung zu definieren, anhand derer die Differenzierung und Vereinfachungen sowie Ausnahmen konkretisiert und dadurch planbar sowie rechtssicher ausgestaltet werden können. Auf diese Weise wird eine willkürliche Anwendung der Differenzierungskriterien verhindert. Entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip sind die zum Zweck der Differenzierung bestehenden bzw. zu schaffenden künftigen Differenzierungsparameter und Schwellenwerte alle 5 Jahre zu überprüfen und an wesentliche Marktentwicklungen anzupassen. Starre Parameter führen dazu, dass Beaufsichtigte einen relevanten Schwellenwert überschreiten, ohne dass sich an der Einschätzung anhand der für die Differenzierung verwendeten Kriterien relativ zum Markt etwas geändert hätte. So sind beispielsweise in den letzten Jahren immer mehr Banken in eine höhere Bankenkategorie nach Anhang 3 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. April 2014 (BankV) gewechselt, ohne dass sich an ihrem Geschäftsmodell oder ihrer Bedeutung für die Finanzplatzstabilität etwas geändert hat (siehe ergänzend dazu unsere Ausführungen in Ziffer 3.3).

Als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips soll ein Regulierungsadressat des Weiteren von punktuellen Vereinfachungen profitieren können, sofern der entsprechende Geschäfts- bzw. Risikobereich aus Ertrags- bzw. Risikosicht von geringer Bedeutung ist (De-Minimis-Ansatz). Wir fordern somit, dass angemessene Vereinfachungen nicht nur für Kleinbanken, sondern auch für Banken der Kategorien 3 und 2 vorzusehen sind, allenfalls auch nur für einzelne ausgewählte Geschäftsbereiche.

Aus diesen Gründen fordern wir folgende Ergänzungen:

Art. 6 Abs. 5, Abs. 5^{bis} (neu) und Abs. 5^{ter} (neu)

⁵ Die Differenzierung einer Regulierung nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c FINMAG orientiert sich am Ziel einer Regulierung, basiert auf dem Verhältnismässigkeitsprinzip und berücksichtigt Grösse, Komplexität, Struktur, Geschäftsmodell und Risiko der Beaufsichtigten und geschieht risikoorientiert. Die Differenzierung ist zu begründen und im Rahmen der Wirkungsanalyse nach Artikel 7 darzulegen.

^{5bis} Der Bundesrat überprüft alle fünf Jahre in der Regulierung festgelegte Parameter der Differenzierung.

^{5ter} Wo immer möglich sind bei der Regulierung qualitative oder quantitative Parameter der Differenzierung zu setzen, wonach bestimmte Regulierungsthemen unter bestimmten Parametern der Differenzierung nicht anwendbar sind (De-Minimis-Ausnahmen).

Im Verordnungsentwurf fehlen nähere Erläuterungen bzw. Definitionen der Begriffe «Grösse», «Komplexität», «Struktur», «Geschäftstätigkeit» und «Risiko». Es fehlt somit ein rechtssicherer Massstab, an dem die risikobasierte Differenzierung in der Umsetzung erfolgen kann. Die Kantonalbanken fordern deshalb grundsätzlich weiterhin eine rechtssichere und planungsfreundliche Differenzierung der Banken entlang der Bankenkategorien nach BankV. Um ein stimmiges und rechtlich einwandfreies Gesamtkonzept im Bereich der Bankenregulierung zu gewährleisten, müssen die Bankenkategorien jedoch auf die Kriterien von Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG in der Fassung vom 1.1.2020 abgestimmt werden und diesen Anforderungen genügen. Siehe dazu unsere Erläuterungen und Forderungen in Kapitel 3.

2.8 Internationale Standards (Art. 6 Abs. 6 VE-FINMAG-Vo)

Wir verweisen auf unsere in Ziffer 2.1 geäusserte Auffassung, dass wir die Umsetzung von internationalen Standards in nationales Recht als Aufgabe des Bundesrates und der Bundesversammlung sehen und das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die FINMA als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers auffassen.

Internationale Standards sind bei Vorliegen einer Delegationsnorm für die Legiferierung durch die FINMA nicht nur zu berücksichtigen, sondern sollen generell als Massstab dienen und zwar so, dass die Belastung für die Beaufsichtigten möglichst gering ist. Ein überschüssender «Swiss Finish» ist zu vermeiden, um die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz nicht zu schwächen und Proportionalität im Rahmen der nationalen Umsetzung bestmöglich sicherzustellen. Dies ergibt sich namentlich aus Art. 7 Abs. 2 FINMAG, wonach nur reguliert werden soll, wenn dies tatsächlich auch nötig ist. Inhalt und Geltungsbereich dürfen insofern nicht über die zwingenden minimalen Anforderungen eines (internationalen) Standards ausgedehnt werden, ausser dies sei aus Gründen der Systemstabilität zwingend erforderlich, was zu begründen wäre. Ferner sind zur Verfügung stehende nationale Ermessensspielräume konsequent im Sinne einer wettbewerbsfähigen Regulierung auszunützen. In zeitlicher Hinsicht ist sicherzustellen, dass die Umsetzung in der Schweiz nicht vorausseilend

und zeitlich mit der Umsetzung in relevanten Konkurrenz-Finanzplätzen koordiniert ist («Geleitzugverfahren»).

Zudem wird auch hier analog zu den anderen Regulierungsgrundsätzen eine Dokumentations- und Begründungspflicht verlangt, dies unter zwingender Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips nach Art. 5 BV (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit).

Wir schlagen aus diesen Gründen folgende Ergänzung des Absatzes vor:

Art. 6 Abs. 6

⁶ Bei der Regulierung sind internationale Standards im Finanzmarktbereich und deren Umsetzung in substantieller inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht in anderen wichtigen Finanzstandorten zu berücksichtigen. Die zur Verfügung stehenden nationalen Ermessensspielräume in Bezug auf den zu regelnden Inhalt und Geltungsbereich sind konsequent im Sinne von Absatz 3 auszunützen. Die Anforderungen sollen grundsätzlich nicht über internationale Mindestanforderungen hinausgehen. Dies ist zu dokumentieren, Abweichungen von diesen Grundsätzen sind zu begründen.

2.9 Berücksichtigung der Materialien (Art. 6 Abs. 7 VE-FINMAG-Vo)

Die Verwaltung muss im Sinne einer Trennung zwischen Regulierung und Aufsicht den gesetzgeberischen Willen des Parlaments bei der Regulierung berücksichtigen und entsprechend umsetzen. Dies ist durch eine ausdrückliche Regelung in der Verordnung zu verdeutlichen.

Art. 6 Abs. 7

⁷ Die FINMA legt dar, inwiefern eine Regulierung der Finanzmarktpolitik des Bundesrates Rechnung trägt, und berücksichtigt bei der Regulierung die Materialien der Gesetzgebung.

2.10 Periodische Überprüfung (Art. 6 Abs. 8 VE-FINMAG-Vo)

Die Kantonalbanken stimmen der Pflicht der FINMA zur periodischen Überprüfung der Regulierungen auf Notwendigkeit, Angemessenheit und Wirksamkeit hin zu und begrüßen diese ausdrücklich. Ebenso begrüßen wir die vorgesehene Veröffentlichung der Überprüfungen. Dies ermöglicht eine regelmässige systematische und geordnete Reflexion über den Stand der Regulierung im Finanzmarktbereich.

2.11 Wirkungsanalysen (Art. 7 VE-FINMAG-Vo)

Der Bundesrat hat am 19. Dezember 2018 beschlossen, dass die bisher nicht konsequent angewendeten Regulierungsfolgeabschätzungen optimiert werden sollen. In diesem Zusammenhang ist es ausdrücklich zu begrüßen, dass durch die FINMA Wirkungsanalysen ange stellt werden müssen und dass diese einen Teil des Konsultationsverfahrens bilden. Damit kann sichergestellt werden, dass sich die FINMA mit verschiedenen Varianten, deren Kosten

und den Auswirkungen im nationalen und internationalen Umfeld sowohl für die Banken als auch für die Volkswirtschaft auseinandersetzt. Für die Beaufsichtigten führen die quantitativen Angaben zu mehr Planungssicherheit.

Die Wirkungsanalyse muss hierbei jeweils durch eine unabhängige Stelle überprüft werden. Zur Thematik der Unabhängigkeit verweisen wir auf die aktuell beim Ständerat hängige Parlamentarische Initiative 19.402 «Unabhängige Regulierungsfolgenabschätzung», die verlangt, dass im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz eine unabhängige Stelle verankert wird, welche die Regulierungsfolgenabschätzungen (RFA) der Verwaltung bei wichtigen Regulierungsprojekten auf ihre Richtigkeit und Qualität unabhängig überprüft.

Art. 7 Abs. 3

³ Wirkungsanalysen sollen qualitative und wenn möglich auch quantitative Angaben enthalten und insbesondere auch die Folgen für die Beaufsichtigten klären. Sie sind durch eine unabhängige Stelle zu überprüfen.

Wir halten schliesslich fest, dass wir es als zwingend notwendig erachten, dass «Regulierungsalternativen» bereits in der Phase der Evaluation, ob eine Regulierung überhaupt notwendig ist (oder ob eine Selbstregulierung, eine institutsspezifische Intervention im Einzelfall oder ein Regulierungsverzicht vorzuziehen wäre), geprüft werden (siehe dazu unsere Stellungnahme und die Ergänzung von Art. 6 Abs. 1 VE-FINMAG-Vo in Ziffer 2.4).

2.12 Beteiligung der Betroffenen, Konsultation der mitinteressierten Verwaltungseinheiten, Öffentliche Konsultation sowie Form und Frist öffentlicher Konsultationen (Art. 8 bis Abs. 11 VE-FINMAG-Vo)

Zustimmend nehmen wir die Bestimmungen über den Einbezug bzw. die Konsultation zur Kenntnis. In Art. 10 Abs. 1 VE-FINMAG-Vo handelt es sich mit der Formulierung «*Verordnungen mit grosser Tragweite*» allerdings um einen auslegungsbedürftigen, unbestimmten Rechtsbegriff. Um mehr Rechtssicherheit im wichtigen Thema der Mitsprache zu erreichen, ist dieser Begriff zu verdeutlichen, weshalb wir folgende Formulierung vorschlagen:

Art. 10 Abs. 1

¹ Bei Verordnungen von grosser Tragweite im Sinne des Vernehmlassungsgesetzes vom 18. März 2005 (VIG) führt die FINMA ein Vernehmlassungsverfahren nach dem VIG durch. Eine grosse Tragweite liegt insbesondere dann vor, wenn den betroffenen Beaufsichtigten erhebliche Kosten entstehen, ihnen eine Vielzahl neuer Pflichten auferlegt werden oder sie in anderer Weise wirtschaftlich oder politisch erheblich betroffen sind.

Das Konsultationsverfahren ist aus unserer Sicht sinnvoll geregelt, was Planungssicherheit gibt. Die Anhörungsfrist ist in Anbetracht der allgemeinen Komplexität der Materie mit 2 Monaten hingegen sehr knapp bemessen. Damit die Beaufsichtigten sich auch tatsächlich fundiert einbringen können, verlangen wir eine Gleichschaltung der Frist mit derjenigen in Art. 7

Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005 (VIG), mithin eine Frist von «mindestens drei Monaten».

Die Beaufichtigten sollen die Begründungen und Dokumentationen gemäss Art. 6 rechtzeitig einsehen und dazu Stellung nehmen können, weshalb diese zeitgleich mit den Konsultationsunterlagen und der Wirkungsanalyse zu veröffentlichen sind. Artikel 11 Abs. 2 ist entsprechend zu ergänzen. In diesem Zusammenhang ist zudem sicherzustellen, dass nicht nur Verordnungen und Rundschreiben von geringerer Tragweite nach Art. 10 Abs. 2, sondern auch Verordnungen von grosser Tragweite gemäss Abs. 1 von diesen Pflichten, ergänzend zu denjenigen im VIG, erfasst sind. Dies muss in Art. 11 Abs. 1 entsprechend ergänzt werden.

Wenn die Transparenzpflichten nicht ins Leere gehen sollen, reichen Dokumentations- und Begründungspflichten der FINMA alleine nicht aus; die Wertungen müssen auch nachvollzogen werden können. Aus diesem Grund erachten wir eine Pflicht zur Veröffentlichung der von der FINMA zu erstellenden Regulierungsdokumentationen (Art. 6) als notwendig, damit Transparenz auch für die Regulierungsadressaten und die Politik sichergestellt ist. Im Sinne der Transparenz soll die FINMA nach Durchführung der Konsultationen auch einen detaillierten Ergebnisbericht verfassen, der die Überlegungen und Entscheide der FINMA zu den im Rahmen der Konsultation vorgebrachten Stellungnahmen vollständig dokumentiert und begründet. Wir halten fest, dass die detailliertere Regelung von Art. 11 den allgemeineren Bestimmungen des VIG vorgeht.

Aus diesen Gründen fordern wir die nachfolgenden Ergänzungen und Anpassungen in Artikel 11 VE-FINMAG-Vo:

Art. 11 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4

¹ Für Verordnungen und Rundschreiben nach Artikel 10 Absatz Absätze 1 und 2 gilt:

a. Die Anhörungsfrist beträgt ~~grundsätzlich zwei~~ mindestens drei Monate.

(...)

² Die Konsultationsunterlagen erläutern den Inhalt und die Ziele des Regulierungsvorhabens und legen dar, inwiefern die Regulierungsgrundsätze gemäss diesem Abschnitt berücksichtigt werden. Die Begründungen und Dokumentationen nach Artikel 6 und die Wirkungsanalyse nach Artikel 7 ~~ist sind~~ Bestandteil der Konsultationsunterlagen.

⁴ Die Stellungnahmen zur Konsultation werden gewichtet und ausgewertet. Die Ergebnisse der Konsultation werden in einem Ergebnisbericht zusammengefasst, der vom Verwaltungsrat der FINMA verabschiedet wird. Die Berücksichtigung oder Nicht-Berücksichtigung der in der Konsultation vorgebrachten Anliegen sind im Ergebnisbericht zu begründen und zu dokumentieren.

2.13 Förderung der Selbstregulierung (Art. 12 VE-FINMAG-Vo)

Art. 7 Abs. 3 FINMAG kodifiziert die Unterstützung der Selbstregulierung der Branche durch die FINMA. Das Institut der Selbstregulierung hat sich auf dem Finanzplatz Schweiz in vielen Jahren bewährt und bringt verschiedene gewichtige Vorteile mit sich:

- Die Kodifizierung und allgemeine Anerkennung bewährter Branchenusanzen fördert eine einfache Operationalisierung in der Branche und ist praxisnah.
- Selbstregulierung ist typischerweise konkret formuliert und weist einen hohen Differenzierungsgrad auf. Dadurch kommt der freiwilligen Selbstbindung im Streitfall wesentliche Bedeutung zu Gunsten der Gegenpartei zu und schützt diese im Ergebnis besser als ein Gesetz, welches vom Richter erst ausgelegt werden muss.
- Selbstregulierung vermeidet unnötige Kosten, verringert die Staatslast und produziert so ein optimiertes Kosten-Nutzen-Verhältnis, wovon wegen attraktiverer Gebührenstruktur schliesslich auch der Endkunde profitiert.
- Selbstregulierung kann rasch an veränderte Verhältnisse angepasst und – falls aus Sicht der Branche als sinnvoll erachtet – auch zurückgezogen werden.

Das im Verordnungsentwurf vorgeschlagene Anerkennungsverfahren läuft all diesen Vorteilen allerdings zuwider und stellt die Unabhängigkeit der Selbstregulierung in Frage. Die Schlussfolgerung, wegen gesetzesähnlicher Wirkung müsse der Weg des Zustandekommens von Selbstregulierungen gleich wie bei der Rechtsetzung sein, ist fehlgeleitet und nicht nachvollziehbar. Dieses komplett neue Instrument im Bereich der Selbstregulierung würde dieser kaum gerecht und wäre auch kaum praktikabel. Namentlich kann auf Basis einer umfassenden Ämterkonsultation im Ergebnis nicht mehr von einer Selbstregulierung der Branche gesprochen werden, wäre deren Eingabe einer Selbstregulierung nur auf ein blosses Antragsrecht reduziert, mit völlig offenem Inhalt. Es würde den Verwaltungseinheiten und sogar der FINMA ermöglicht, auf dem Weg der Ämterkonsultation direkt oder indirekt alle ihnen genehmen Punkte einzubringen, die nicht erwünschten Aspekte zu bekämpfen und aufgrund der faktischen Macht auch durchzusetzen. Solche Selbstregulierung würde der FINMA eine intensive indirekte Regulierung ermöglichen, die der Stossrichtung des Verordnungsentwurfs und der Förderung der Selbstregulierung entgegenläuft. Damit würde die faktische Einflussnahme der FINMA auf die Selbstregulierung sogar verstärkt, was mit rechtsstaatlichem Handeln unvereinbar wäre, und die ratio dieses Regulierungsvorstosses geradezu torpediert. Die Selbstregulierung würde auf diese Weise eher behindert. Dies wäre umso bedauerlicher, als sich das Institut der Selbstregulierung mit Blick auf die eingangs genannten Vorteile sehr bewährt hat. Dem Erlass von Selbstregulierung geht zudem ein umfassender Prozess der Konsultation innerhalb der Branche voraus. Eine Wiederholung dieses Prozesses würde unnötig Zeit kosten, was ein schnelles Reagieren z.B. auf Änderungen der gesetzlichen Grundlagen, unvermeidlich wäre.

Die Kantonalbanken verlangen deshalb, dass das Verfahren für die Anerkennung von Selbstregulierungen als Mindeststandard von einem Konsultationsverfahren entkoppelt wird. In Art. 12 Abs. 1 VE-FINMAG-Vo ist sodann die Rückzugsmöglichkeit einer (bereits anerkannten)

Selbstregulierung durch den Urheber festzuhalten. Im Übrigen beantragen wir eine Ergänzung des Begleitberichts im Sinne der vorstehenden Bemerkungen. Die aktuell dort zu findenden Ausführungen zur Thematik der Selbstregulierung sind zu streichen.

Art. 12 Abs. 1 (neu)

~~⁴Vor der Anerkennung einer Selbstregulierung als Mindeststandard nach Artikel 7 Absatz 3 FINMAG führt die FINMA eine Konsultation der mitinteressierten Verwaltungseinheiten nach Artikel 9 und eine öffentliche Konsultation nach den Artikeln 10 und 11 durch.~~

¹Die Anerkennung beschränkt das Recht der Beaufsichtigten auf Rückzug der Selbstregulierung nicht.

2.14 Austausch nicht öffentlicher Informationen (Art. 15 VE-FINMAG-Vo)

Die Kantonalbanken sind damit einverstanden, dass eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für einen Informationsaustausch geschaffen wird, um die Stabilität des Finanzsystems zu gewährleisten. Problematisch ist jedoch der auslegungsbedürftige unbestimmte Teilsatz «wenn es der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient». Das Handeln der FINMA muss sich zwingend an den Grundsätzen der Notwendigkeit und der Verhältnismässigkeit orientieren und dem Beaufsichtigten ist das rechtliche Gehör zu gewähren. Nur wenn es für die Stabilität des Finanzsystems tatsächlich unerlässlich ist, darf in die Rechte der Beaufsichtigten eingegriffen werden, indem die Verwaltung zu bestimmten Finanzmarktteilnehmern informiert wird. Datenschutz und Bankgeheimnis sowie das Amtsgeheimnis müssen in jedem Fall gewahrt sein.

Wir schlagen deshalb folgende Ergänzung von Art. 15 VE-FINMAG-Vo vor:

Art. 15

Die FINMA informiert das EFD im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit über nicht öffentliche Informationen zu bestimmten Finanzmarktteilnehmern, wenn es der für die Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient notwendig ist sowie in Fällen von potentiell grosser wirtschaftlicher oder politischer Tragweite.

2.15 Übergangsbestimmung (Art. 16 VE-FINMAG-Vo)

Die Prüfung der Stufengerechtigkeit der FINMA-Regulierungen wird ausdrücklich begrüsst. Die Erstellung eines Berichts an den Bundesrat ist aber in der Umsetzung wirkungslos, wenn keine Konsequenzen an den Bericht geknüpft werden und dieser lediglich zur Kenntnis genommen wird. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass die FINMA weit über ihre Rechtsetzungskompetenz hinaus legiferiert hat, dies auch mittels dafür nicht vorgesehenen Instrumenten und Gefässen wie Rundschreiben, Aufsichtsmitteilungen, Leitlinien, Diskussionspapieren, Faktenblättern, Revisionsanweisungen, FAQs oder schlicht faktischen Handlungen. Es ist Aufgabe des Bundesrats, die Einhaltung der Vorgaben der vorliegenden Verordnung zu überwachen. Aus diesem Grund schlagen wir vor, dass der Bericht nach Art. 16 Abs. 2 durch

den Bundesrat zu genehmigen ist. Sollte eine Rückweisung des Berichts notwendig sein, so hat dies mit verbindlichen Vorgaben hinsichtlich der Eckwerte einer Regulierung zu erfolgen (siehe dazu Näheres unter Kapitel 1).

Wichtig ist schliesslich, dass die FINMA frühzeitig das EFD einbeziehen muss, da die FINMA die gegebenenfalls notwendigen Anpassungen im übergeordneten Recht (Regelung auf Stufe Verordnung des Bundesrates) nicht selbst vornehmen kann.

Wir sprechen uns aus diesen Gründen für folgende Ergänzungen aus:

Art. 16 Abs. 2 und Abs. 3 (neu)

² Nach Ablauf der Frist erstellt die FINMA zuhanden des Bundesrates einen Bericht, in welchem sie darlegt, inwiefern die Stufengerechtigkeit ihrer Regulierungen gesichert oder hergestellt wurde. Der Bundesrat genehmigt den Bericht oder weist ihn mit verbindlichen Vorgaben der Eckwerte für eine adäquate Regulierung betreffend Geltungsbereich, Inhalte und Zeitpunkt zurück. Er kann diese Aufgabe ganz oder teilweise an das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) delegieren.

³ Die FINMA bezieht das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) nach Artikel 13 Absatz 1 so früh wie möglich ein, wenn sich abzeichnet, dass eine Regulierung zu treffen ist, für die sie keine Rechtsetzungskompetenz nach Artikel 5 Absatz 1 besitzt.

3. Bemerkungen zu notwendigen Änderungen anderer Erlasse (BankV)

Aus dem verfassungsmässig verankerten Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV), der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ergibt sich die Forderung nach einer differenzierten Regulierung. Der Staat und die Verwaltung haben die Verpflichtung, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Für den Finanzbereich führt Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG in der Fassung ab dem 1. Januar 2020 (folgend Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG 2020) aus, dass im Rahmen der Proportionalität neben den «Geschäftstätigkeiten» auch die «Grössen» sowie die «Komplexitäten», die «Strukturen» und die «Risiken» der Beaufsichtigten berücksichtigt werden müssen.¹ Unser Vorschlag zu Art. 6 Abs. 5 VE-FINMAG-Vo nimmt darauf Bezug und konkretisiert dies im Sinne eines Regulierungsgrundsatzes (siehe dazu unsere Ausführungen in Ziffer 2.7).

Selbstredend muss der Proportionalitätsgrundsatz bei jeder Regulierung konsequente Anwendung finden. Die FINMA und teilweise auch der Bundesrat setzen die Differenzierungsanforderung für Banken heute mit der in Art. 2 Abs. 2 und Anhang 3 BankV vorgesehenen Auf-

¹ Diese Kriterien stammen aus den «Guidelines on the corporate governance principles for banks» (Fassung vom Juli 2015; S. 6, 8, 11, 13, 16, 17, 27, 36 und 39; <https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf>, zuletzt abgerufen am 19. August 2019) des Basler Ausschusses.

sichts- oder Bankenkategorisierung mit fünf Kategorien ansatzweise um; so sind beispielsweise im Rahmen des «Kleinbankenregimes» regulatorische Vereinfachungen für kleinere und sichere Banken der Kategorien 4 und 5 vorgesehen. Die bestehende Kategorisierung hat sich zur Umsetzung der Proportionalität gerade im Bereich der prudentiellen Regulierung grundsätzlich bewährt, da sie einfach, voraussehbar und etabliert ist. Deshalb sollte im Grundsatz daran festgehalten werden. Im Hinblick auf ein konsistentes Gesamtkonzept der Proportionalität im Kontext der übergeordneten gesetzlichen Regelung im FINMAG gibt es diesbezüglich jedoch punktuellen Anpassungsbedarf in der BankV.

3.1 Anpassung der Kriterien der Bankenkategorisierung an das FINMAG

Die heutigen Kriterien der Bankenkategorisierung gemäss Art. 2 Abs. 2 BankV bilden die massgeblichen Kriterien der Proportionalität gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG 2020 nur unzureichend ab. Die Bankenkategorisierung nach BankV fokussiert einseitig auf grössen- und bilanzbasierte Kriterien und reflektiert die anderen Differenzierungskriterien – «Komplexität», «Struktur», «Geschäftstätigkeit» und «Risiko» – nur in ungenügender Weise oder gar nicht. Diese Einseitigkeit muss korrigiert werden, um Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG 2020 gerecht zu werden. Im Zuge der Überarbeitung der Kriterien wären sodann die entsprechenden Schwellenwerte im Anhang 3 der BankV zu definieren.

Wir fordern den Bundesrat folglich auf, die notwendigen Anpassungen in der BankV vorzunehmen, um den Anforderungen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG 2020 zu genügen. Wir lassen offen, ob dies zu einer Änderung der Kriterien nach Art. 2 Abs. 2 BankV für die Einteilung der Banken zu den Bankkategorien nach Anhang 3 führt oder ob innerhalb der bestehenden Kategorien eine weitere Verfeinerung und Differenzierung anhand der Kriterien von Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG 2020 vorgenommen wird.

3.2 Umsetzung der Proportionalität durch konsequente Differenzierung entlang der Bankenkategorien nach BankV

In Anwendung des Grundsatzes der Proportionalität gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG 2020 ist sodann sicherzustellen, dass die Behörden die regulatorischen Anforderungen möglichst konsequent entlang der Bankenkategorisierung differenzieren und dabei namentlich die massgeblichen Kriterien «Grösse», «Komplexität», «Struktur», «Geschäftstätigkeit» und «Risiko» angemessen berücksichtigen. Entsprechend müssen sich Differenzierungen und Vereinfachungen bei jeder jeweils höheren Kategorie im Vergleich zur nächst tieferen bemerkbar machen. Aus diesem Grund muss es Differenzierungen zwischen Banken der Kategorie 2 gegenüber solchen der Kategorie 1 geben, weisen doch Banken der Kategorie 1 wegen ihren weltweiten Geschäftsmodellen eine wesentlich höhere Komplexität und ein wesentlich grösseres Risikoexposure auf als Banken der Kategorie 2. Es braucht sodann angemessene Differenzierungen und Vereinfachungen für Kategorie 3-Banken gegenüber Banken der Kategorien 1 und 2 sowie für Kleinbanken der Kategorien 4 und 5 gegenüber Banken der Kategorie 3. Die momentane sehr grobe Grenzziehung führt im Ergebnis dazu, dass in der Praxis für

die Differenzierung letztlich nur zwei Kategorien statt der eigentlich vorgesehenen fünf verwendet werden, und dass die übrigen Differenzierungskriterien von Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG 2020 überhaupt nicht berücksichtigt werden.

Gestützt auf die obigen Ausführungen muss Art. 2 BankV wie folgt ergänzt werden:

Art. 2 Abs. 4 (neu)

⁴ Der Bundesrat und die FINMA haben die Banken grundsätzlich entsprechend der Bankkategorisierung gemäss Anhang 3 differenziert zu regulieren, wobei sie bei der Regulierung den Kriterien nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 Rechnung tragen und angemessen differenzierte Anforderungen und Vereinfachungen festlegen.

Selbstverständlich bleiben Ausnahmen von dieser generellen Differenzierungslogik möglich, namentlich bei sog. Querschnittsgesetzen, in denen entweder der Kunden- oder Anleger-schutz im Vordergrund steht, wie zum Beispiel beim Datenschutzgesetz, Konsumkreditgesetz oder Finanzdienstleistungsgesetz, oder beim Schutz des ganzen Finanzplatzes, was z.B. beim Geldwäschereigesetz der Fall ist. In diesen Gesetzen kann und soll auch nicht nach institutsorientierten Kriterien differenziert werden.

3.3 Dynamisierung der Schwellenwerte

Gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und entsprechend unserem Vorschlag zu Art. 6 Abs. 5^{bis} FINMAG-Vo (siehe dazu Ziffer 2.7) sind die Schwellenwerte für die Zuteilung der Banken zu den Kategorien in Anhang 3 der BankV zu dynamisieren. Diese wurden seit 2011 nicht mehr angepasst. Dies führte und führt dazu, dass schleichend immer mehr Banken (darunter 3 Kantonalbanken) in höhere Kategorien wechseln, ohne dass sich an ihrem Geschäftsmodell oder ihrer Bedeutung für die Finanzplatzstabilität etwas geändert hätte bzw. ändert. Die Kantonalbanken fordern deshalb eine Dynamisierung der bislang starren Parameter für die Zuordnung eines Instituts zu den Bankenkategorien. Die Schwellenwerte bzw. Parameter für die Kriterien gemäss Art. 2 Abs. 2 BankV sollen periodisch an die Marktentwicklung angepasst werden, um eine unverhältnismässige kalte Kategorienprogression zu vermeiden:

Art. 2 Abs. 5 (neu)

⁵ Der Bundesrat überprüft alle fünf Jahre die Schwellenwerte nach Anhang 3 und passt sie wesentlichen Marktentwicklungen im Bankensektor an.

Stellungnahme des VSKB zur neuen Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz

Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen. Für allfällige Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Verband Schweizerischer Kantonalbanken

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'H' followed by a long, sweeping horizontal stroke that tapers to the right.

Hanspeter Hess
Direktor

A handwritten signature in blue ink, featuring a large, stylized 'A' followed by the name 'Steiner' in a cursive script.

Dr. Adrian Steiner
Vizedirektor
Leiter Public & Regulatory Affairs