

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches
Finanzdepartement
Herr Ueli Maurer
Bundespräsident
3003 Bern

Frauenfeld, 20. August 2019

Neuer Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz

Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundespräsident

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zum Verordnungsentwurf zum Finanzmarktaufsichtsgesetz Stellung nehmen zu können. Aus unserer Sicht sind folgende Bemerkungen anzubringen:

I. Allgemeine Bemerkungen

Die Stossrichtung, der FINMA gewisse Leitplanken zu setzen, insbesondere für deren Regulierungstätigkeit, wird begrüsst. In der Vergangenheit veröffentlichte die FINMA beispielsweise Rundschreiben ohne ausreichende rechtliche Grundlage und setzte mit Aufsichtsmitteilungen, Leitlinien, Diskussionspapieren, Revisionsanweisungen oder Meinungsäusserungen – teils auch ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs – Aufsichtsrecht. Auch wenn nicht alle diese Instrumente formell rechtsverbindlichen Charakter haben, entfalten sie dennoch normative Wirkung, da sich die Beaufsichtigten daran orientieren (müssen). Ausserdem beachtete die FINMA aus Sicht der Beaufsichtigten in Zusammenhang mit deren Regulierung nach dem Risiko für den Finanzmarkt bzw. den Kundenschutz das Verhältnismässigkeitsprinzip zuweilen nur unzureichend.

Es erscheint allerdings fraglich, ob eine Regelung auf Verordnungsstufe die nötige Wirkung und Verbindlichkeit entfalten wird, um dieser grundlegenden Problematik entgegenzuwirken. Aus unserer Sicht sind deshalb neben weiteren Konkretisierungen auch gezielte Anpassungen auf Gesetzesstufe, konkret beim Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG), erforderlich und entsprechend nachzuholen.

II. Bemerkungen zu einzelnen Artikeln

1. Regulierungsformen (Artikel 5 VE-FINMAV)

Wir begrüßen Art. 5 VE-FINMAV, orten allerdings einen Widerspruch zum FINMAG. Artikel 7 Absatz 1 FINMAG definiert Rundschreiben weiterhin als "Regulierungsinstrument". Zwar deklariert die FINMA auf ihrer Homepage schon heute das Rundschreiben nicht als Rechtsetzungsinstrument, das 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 aus und setzen auf diese Weise Recht.

Aufgrund der übergeordneten Definition von Rundschreiben als Regulierungsinstrument im FINMAG sind wir skeptisch, ob sich dieser Widerspruch allein auf dem Verordnungsweg effektiv auflösen lässt. Eher müsste das FINMAG angepasst und die Erwähnung des Rundschreibens aus Artikel 7 Absatz 1 FINMAG gestrichen werden.

2. Regulierungsvarianten (Artikel 6 Absätze 1 und 3 sowie Artikel 7 VE-FINMAV)

Im Rahmen der Begründung des Regulierungsbedarfs (Absatz 1), also bereits in der Phase der Evaluation, müssen zwingend auch die "Regulierungsalternativen" thematisiert werden, nämlich ob eine hoheitliche Regulierung durch die FINMA verhältnismässig ist oder ob eine Selbstregulierung, eine institutsspezifische Intervention im Einzelfall oder ein Regulierungsverzicht vorzuziehen wäre. Wir schlagen deshalb vor, Artikel 6 Absatz 1 VE-FINMAV wie folgt zu ergänzen:

- Bevor reguliert wird, ist ein Handlungsbedarf zu begründen und zu dokumentieren. Dabei ist darzulegen, welche Risiken mit einer Regulierung abgedeckt werden sollen und inwieweit eine hoheitliche Regulierung durch die FINMA verhältnismässig ist.

3. Vorrang einer prinzipienbasierten Regulierung durch die FINMA (Artikel 6 Absatz 3 VE-FINMAV)

Artikel 7 Absatz 2 FINMAG (in der Fassung ab 1.1.2020) lautet neu: "*Sie reguliert nur, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist, sowie wenn immer möglich prinzipienbasiert*". Eine prinzipienbasierte Finanzmarktregulierung stellt namentlich einen Beitrag zur Standortattraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz dar. Dies ist als Ziel der Finanzmarktaufsicht in Artikel 4 FINMAG definiert.

Im Verordnungsentwurf findet sich bedauerlicherweise keine Präzisierung dieser neuen Gesetzesfassung, was wir jedoch als notwendig erachten. Dem Weg der prinzipienbasierten Regulierung im Sinne von allgemeinen Vorgaben ist Vorrang zu geben. Die "Prinzipien" sind dabei als Anforderungen der Aufsicht im Sinne von Regulierungszielen auszugestalten und die Umsetzung ist in die Verantwortung der betroffenen Beauftragten 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. Wir erachten dies im Einzelfall zielführender und wirtschaftsverträglicher als einen pauschalisierenden Regulierungsansatz mit detaillierten Vorgaben. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als es um umfassend beaufsichtigte Finanzmarktteilnehmer geht, die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung bieten und ihrem Tun jederzeit vernünftiges Ermessen zugrunde legen müssen.

Wir schlagen deshalb folgende Konkretisierung von Artikel 6 Absatz 3 VE-FINMAV vor:

- 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 liegt. Dabei sind auch die Auswirkungen auf die Zukunftsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes zu berücksichtigen. Abweichungen von diesem Grundsatz sind zu begründen.

4. Internationale Standards (Artikel 6 Absatz 6 VE-FINMAV)

Internationale Standards sind bei Vorliegen einer Delegationsnorm für die Legiferierung durch die FINMA nicht nur zu berücksichtigen, sondern sollen generell als Massstab dienen. Ein wettbewerbsverzerrender "Swiss Finish" ist zu vermeiden, weshalb wir die nachfolgende Ergänzung von Artikel 6 Absatz 6 VE-FINMAV als nötig erachten.

- Bei der Regulierung sind internationale Standards im Finanzmarktbereich und deren Umsetzung in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht in anderen wichtigen Finanzstandorten zu berücksichtigen, wobei der zu regelnde Inhalt und der Geltungsbereich grundsätzlich nicht über internationale Mindestanforderungen hinaus auszudehnen sind. Abweichungen von diesen Grundsätzen sind zu begründen.

4/6

Zudem ist auch hier analog zu den anderen Regulierungsgrundsätzen eine Dokumentations- und Begründungspflicht nötig.

5. Veröffentlichung der Dokumentation (Artikel 6 Absatz 7^{bis} VE-FINMAV neu)

Wenn die Transparenzpflichten nicht ins Leere laufen sollen, reicht eine Dokumentations- und Begründungspflicht der FINMA alleine nicht aus. Die Wertungen müssen auch kontrolliert werden können. Aus diesem Grund ist unseres Erachtens eine Pflicht zur Veröffentlichung der von der FINMA zu erstellenden Regulierungsdokumentationen angezeigt, damit Transparenz und Nachvollziehbarkeit auch für die betroffenen Kreise und die Politik sichergestellt ist.

Wir schlagen deshalb die Aufnahme eines neuen Absatzes (Artikel 6 Absatz 7^{bis} VE-FINMAV) vor:

- Die FINMA veröffentlicht die Dokumentation der Anforderungen gemäss den Absätzen 1 bis 7 im Rahmen des Konsultationsverfahrens nach Artikel 11 Absatz 2.

6. Förderung der Selbstregulierung (Artikel 12 VE-FINMAV)

Artikel 7 Absatz 3 FINMAG kodifiziert die Unterstützung der Selbstregulierung der Branche durch die FINMA. Das Institut der Selbstregulierung hat sich auf dem Finanzplatz Schweiz seit Jahren bewährt.

Das vorgeschlagene Anerkennungsverfahren läuft den Vorteilen der Selbstregulierung allerdings zuwider und stellt deren Unabhängigkeit in Frage. Namentlich kann auf Basis einer umfassenden Ämterkonsultation im Ergebnis nicht mehr von einer Selbstregulierung der Branche gesprochen werden, würde es doch der FINMA und anderen Verwaltungseinheiten ermöglicht, auf dem Weg der Ämterkonsultation direkt oder indirekt alle erwünschten Punkte einzubringen, die nicht erwünschten Aspekte zu bekämpfen und dies aufgrund ihrer Position auch durchzusetzen. Das würde der FINMA eine intensive indirekte Regulierung ermöglichen, die der Stossrichtung des Verordnungsentwurfs und der Förderung der Selbstregulierung entgegenläuft. Damit würde im Ergebnis die faktische Einflussnahme der FINMA auf die Regulierung sogar verstärkt.

Absatz 1 des Artikels 23 VE-FINMAV ist unseres Erachtens aus diesem Grund ersatzlos zu streichen.

12. Austausch nicht öffentlicher Informationen (Artikel 15 VE-FINMAV)

Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für einen Informationsaustausch ist sinnvoll und gewährleistet die Stabilität des Finanzsystems. 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 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.

Wir schlagen deshalb folgende Ergänzung bzw. Anpassung von Artikel 15 VE-FINMAV vor:

- Die FINMA informiert das EFD 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.

13. Übergangsbestimmung (Artikel 16 Absatz 2 VE-FINMAV)

Die Prüfung der Stufengerechtigkeit der FINMA-Regulierungen wird ausdrücklich begrüsst. Wichtig ist, dass die FINMA frühzeitig das EFD einbezieht, da die FINMA die gegebenenfalls notwendigen Anpassungen (Regelung auf Stufe Verordnung des Bundesrates) nicht selbst vornehmen kann.

Wir schlagen deshalb einen neuen Absatz 3 in Artikel 16 VE-FINMAV vor:

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

6/6

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüßen

Der Präsident des Regierungsrates

Der Staatsschreiber