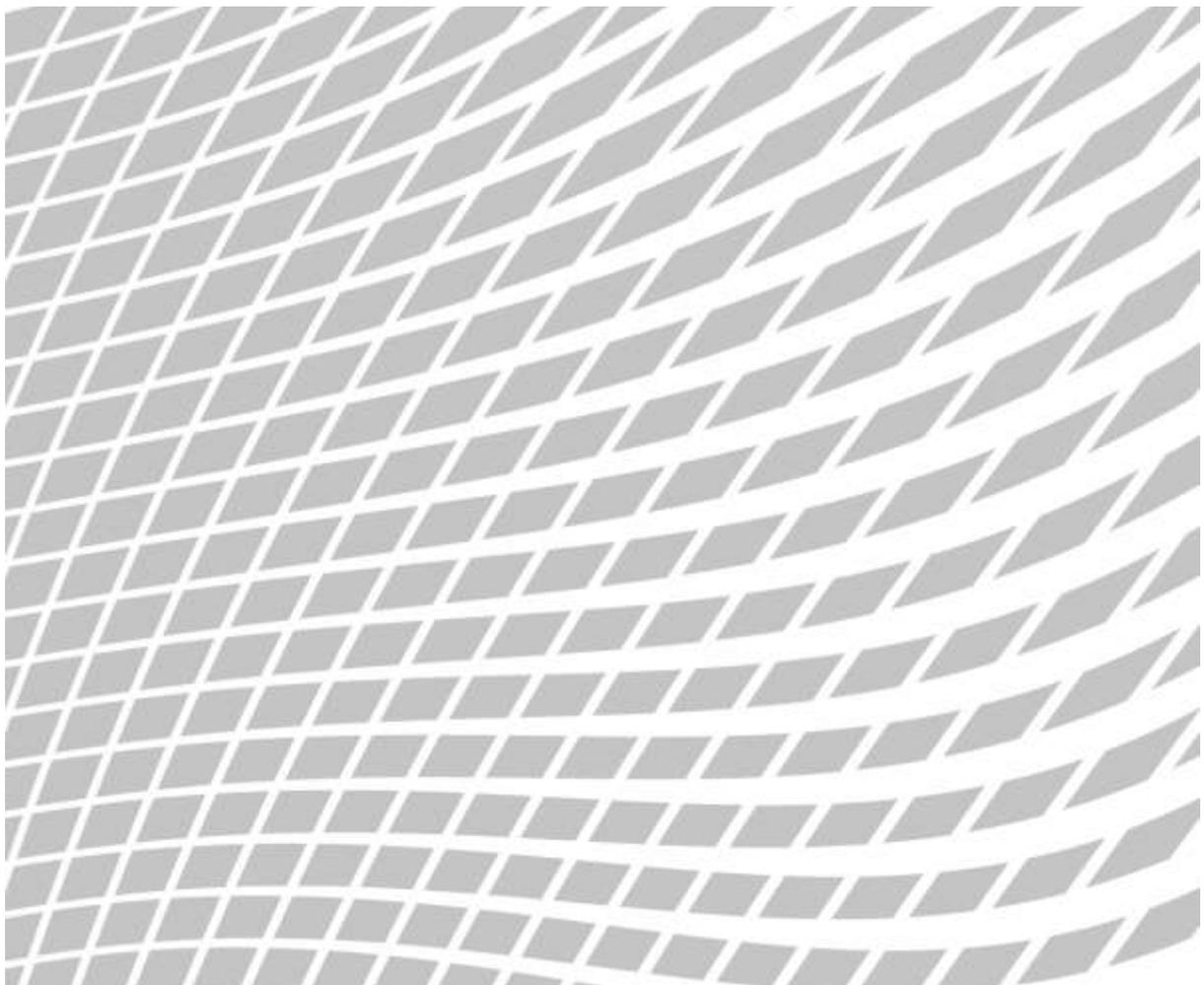


27. September 2016

Bankeninsolvenzverordnung-FINMA

Erläuterungsbericht zur Teilrevision der BIV-FINMA



Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte.....	3
1 Ausgangslage.....	4
2 Anwendungsbeispiele und Funktionsweise des <i>Swiss Module</i>.....	5
2.1 Anwendungsbeispiel ohne Anerkennungsklausel.....	5
2.2 Anwendungsbeispiel mit Anerkennungsklausel.....	6
2.3 <i>Swiss Jurisdictional Module to the ISDA Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol</i>	7
3 Internationales Umfeld	7
4 Regelungsbedarf und Zielvorstellungen	8
5 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen.....	9
5.1 Art. 56 BIV-FINMA.....	9
5.2 Art. 61a BIV-FINMA.....	12
6 Institutsspezifischer Geltungsbereich	13
7 Auswirkungen und Alternativen.....	13

Kernpunkte

Der am 1. Januar 2016 in Kraft getretene Art. 12 Abs. 2^{bis} der Bankenverordnung (BankV) verpflichtet Schweizer Banken und Effekthändler, neue Verträge unter ausländischem Recht oder Gerichtsstand nur noch dann einzugehen, wenn deren Gegenparteien einen allfälligen von der FINMA angeordneten Aufschub gemäss Art. 30a Bankengesetz im Voraus vertraglich anerkennen. Die Bestimmung lässt jedoch verschiedene Fragen offen. Zur Klärung dieser Unklarheiten sollen daher Ausführungsbestimmungen in die Bankeninsolvenzverordnung-FINMA aufgenommen werden. Insbesondere die folgenden Punkte sollen geregelt werden:

1. Klarstellung, welche Art von Verträgen vom Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV erfasst sind;
2. Klarstellung, welche Gruppengesellschaften von Schweizer Banken und Effekthändlern der Anpassungspflicht nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV unterstellt sind;
3. Klarstellung, dass die Anpassungspflicht nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV nur bei Vertragsänderungen und Vertragsneuabschlüssen gilt;
4. Schaffung von angemessenen Ausnahmen von der Anpassungspflicht für bestimmte Verträge (z.B. für Verträge mit Finanzmarktinfrastrukturen); und
5. Regelung der Umsetzungsfristen.

1 Ausgangslage

Am 1. Januar 2016 trat Art. 30a des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) in Kraft. Dieser erlaubt es der FINMA, mit der Anordnung oder Genehmigung von Insolvenzmassnahmen die Beendigung von Verträgen und die Ausübung von Aufrechnungs-, Verwertungs- und Übertragungsrechten temporär aufzuschieben (sog. *stay*).¹ Mit einem Aufschub kann sichergestellt werden, dass die FINMA Schutz- oder Sanierungsmassnahmen ergreifen kann, ohne dass dadurch Beendigungsrechte oder Rechte nach Art. 27 Abs. 1 BankG² ausgelöst würden (vgl. Botschaft vom 3. September 2014³ zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz).

Mit diesem temporären Aufschub, welcher höchstens zwei Arbeitstage dauern darf, kann die unterbrechungsfreie Fortführung von essentiellen Vertragsverhältnissen auch im Sanierungsfall sichergestellt werden. Die FINMA kann gleichzeitig mit der Anordnung von Insolvenzmassnahmen einen Aufschub der Beendigung von Verträgen anordnen. Beendigungsrechte und weitere Rechte nach Art. 30a Abs. 1 BankG, welche infolge der Anordnung von Insolvenzmassnahmen ausgelöst werden, können dann während zwei Arbeitstagen nicht geltend gemacht werden. Erfüllt die Bank nach Ablauf des Aufschubs die Bewilligungsvoraussetzungen, bestehen die Verträge fort bzw. können Beendigungsrechte, die während des Aufschubs entstanden sind, auch zukünftig nicht geltend gemacht werden.

Gleichzeitig mit dem neuen Art. 30a BankG ist auch Art. 12 Abs. 2^{bis} der Bankenverordnung vom 30. April 2014 (BankV; SR 952.02) in Kraft getreten. Dieser verpflichtet Banken dazu, neue Verträge oder Änderungen an bestehenden Verträgen, die ausländischem Recht unterstehen oder einen ausländischen Gerichtsstand vorsehen, nur noch dann einzugehen, wenn deren Gegenpartei einen Aufschub nach Art. 30a BankG anerkennt. Hintergrund dieser Verpflichtung ist die Tatsache, dass Verträge im internationalen Verhältnis oftmals ausländischem Recht unterstellt sind und/oder einen ausländischen Gerichtsstand vorsehen. In diesen Fällen könnte sich eine vom Aufschub betroffene Gegenpartei auf den Standpunkt stellen, dass sie aufgrund der Wahl eines ausländischen Vertragsstatuts von einem Aufschub der FINMA nicht betroffen sei. Ein allfälliger Streit um diese Frage würde in der Folge durch ein ausländisches Gericht entschieden.

Dies ist einerseits problematisch, da alleine schon die Ankündigung gewisser Gegenparteien, einen Aufschub der FINMA nicht zu akzeptieren, ein negatives Signal an den Markt senden würde, was wiederum die erfolgreiche Sanierung gefährden könnte. Müsste die Frage vor ausländischen Gerichten beurteilt werden, würde dies zudem eine erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Bestands der betroffenen Verträge mit sich bringen, und dies in einer für die sanierungsbedürftige Bank kritischen Phase. Schliesslich wäre denkbar, dass Gegenparteien mit einem ausländischem Recht unterstehenden Vertrag bzw. einem Vertrag mit Wahl eines ausländischen Gerichtsstands den Aufschub erfolg-

¹ Der Aufschub darf längstens zwei Arbeitstage betragen und nur vertragliche Rechten (wie z.B. Beendigungsrechten) betreffen, die durch eine Massnahme der FINMA ausgelöst wurden. Andere Rechte, wie zum Beispiel Beendigungsrechte, die aufgrund eines Zahlungsverzugs einer Vertragspartei entstehen, bleiben von einem Aufschub unberührt (vgl. dazu Art. 30a Abs. 2 und 3 BankG).

² Dabei handelt es sich um Rechte zur Aufrechnung von Forderungen, zur freihändigen Verwertung von Sicherheiten und zur Übertragung von Forderungen, Verpflichtungen und Sicherheiten.

³ BBI 2014 7483, hier 7604–7606

reich anfechten können. Damit wären diese gegenüber anderen (meist inländischen) Gegenparteien bessergestellt, was unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots problematisch wäre.⁴ Somit bezweckt Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV sowohl die erforderlichen Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Sanierung als auch Rechtsgleichheit unter den von einem Aufschub betroffenen Gegenparteien zu schaffen.

Vom Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV sind nur Verträge betroffen, welche ein ausländisches Vertragsstatut und/oder einen ausländischen Gerichtsstand vorsehen, da bei allen anderen Verträgen die Durchsetzbarkeit grundsätzlich nicht gefährdet ist. Eine Anpassung der Verträge erfolgt dahingehend, dass die Gegenpartei der Schweizer Bank einen von der FINMA angeordneten Aufschub im Voraus vertraglich anerkennt.⁵

Die Verpflichtung betrifft gemäss Bankenverordnung nur neue Verträge, d.h. solche, die nach Umsetzung der Anpassungspflicht abgeschlossen oder geändert werden (zur Umsetzungsfrist vgl. Kap. 5.2). Der Grund dafür liegt in der Tatsache, dass die Einführung einer Anerkennungsklausel nur mit dem Einverständnis der Gegenpartei der Schweizer Bank vorgenommen werden kann. Dieses Einverständnis kann bei bestehenden Verträgen nicht erzwungen werden. Werden hingegen neue Verträge abgeschlossen, muss die Schweizer Bank entweder dafür sorgen, dass die entsprechende Gegenpartei einer Anerkennungsklausel zustimmt, oder aber eine andere Partei finden, die das gewünschte Geschäft mit ihr abschliesst. Eine Rückwirkung auf bereits bestehende Verträge wird mit der zitierten Bestimmung nicht bezweckt. Demnach besteht auch keine Pflicht für die Banken, sämtliche geltenden Vertragsverhältnisse auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV zu überprüfen und anzupassen.

2 Anwendungsbeispiele und Funktionsweise des *Swiss Module*

2.1 Anwendungsbeispiel ohne Anerkennungsklausel

Die in der Schweiz domizilierte Bank A schliesst mit der im Vereinigten Königreich domizilierten Bank G einen Rahmenvertrag zum Handel von Derivaten ab. In der Folge schliessen die Banken mehrere Transaktionen über den Kauf und Verkauf von Optionen ab. Wie in diesem Fall üblich, untersteht der Rahmenvertrag englischem Recht und bezeichnet für den Fall von Streitigkeiten ein englisches Gericht als zuständig.⁶ Zudem bestimmt der Rahmenvertrag, dass dieser automatisch beendet wird und alle offenen Forderungen zwischen den Parteien verrechnet werden, sobald Insolvenzmassnahmen gegenüber Bank A getroffen werden. Einen ähnlichen Vertrag hat Bank A mit der ebenfalls in der Schweiz domizilierten Bank S abgeschlossen. Im Unterschied zum Vertrag zwischen Bank A und G sieht dieser aber Schweizer Recht und einen Schweizer Gerichtsstand vor.

⁴ Zu bemerken ist diesbezüglich, dass ein Aufschub von Beendigungsrechten nach Art. 30a BankG hinsichtlich allen Verträgen angeordnet werden kann, ungeachtet deren Vertragsstatut oder Wahl des Gerichtsstands.

⁵ Vgl. zum Ganzen: Erläuterungsbericht zur Verordnung über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturverordnung, FinfraV) vom 25. November 2015, S. 50 f.

⁶ Beim ISDA Master Agreement, dem internationalen Standard-Rahmenvertrag im Derivatehandel, können die Parteien bspw. nur zwischen englischem und New Yorker Recht wählen.

In der Folge gerät Bank A in eine Krise. Die FINMA beschliesst, eine Sanierung durchzuführen. Zu diesem Zweck genehmigt sie einen Sanierungsplan (vgl. Art. 31 BankG). Damit diese Genehmigung nicht zur automatischen Beendigung der erwähnten Rahmenverträge (sowie vieler ähnlicher Verträge) führt, ordnet sie gleichzeitig auch den temporären Aufschub von Beendigungsrechten nach Art. 30a BankG an. Der Aufschub gilt ungeachtet der Rechtswahl oder des Gerichtsstands und betrifft damit sowohl die Vertragsverhältnisse zwischen Bank A und G als auch die zwischen A und S.

Bank G stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass ihr Rahmenvertrag, durch die Wahl von englischem Recht, von der Anordnung der FINMA nicht betroffen sei. Daher beendet sie den Vertrag und verrechnet alle ausstehenden Forderungen. Will der zuständige Sanierungsbeauftragte gegen dieses Vorgehen Rechtsmittel ergreifen, hat er sich an ein englisches Gericht zu wenden, wobei unklar ist, wie dieses entscheiden wird. Bank A wird zudem versuchen müssen, die nun beendeten Transaktionen mit neuen Gegenparteien einzugehen, was insbesondere im Krisenfall schwierig und mit höheren Kosten verbunden sein kann. Dem soll nun präventiv durch die vertragliche Vereinbarung einer Anerkennungsklausel Rechnung getragen werden.

Für Bank S hingegen bestehen keine Gründe, sich der Anordnung des Aufschubs zu widersetzen, da der entsprechende Rahmenvertrag Schweizer Recht untersteht und allfällige Streitigkeiten von einem Schweizer Gericht zu beurteilen wären.

2.2 Anwendungsbeispiel mit Anerkennungsklausel

Mit Umsetzung der Anforderung von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV darf Bank A neue Verträge mit Bank G nur noch dann eingehen, wenn diese entweder Schweizer Recht und Gerichtsstand vorsehen, oder aber Bank G sich im Voraus einverstanden erklärt, einen allfälligen Aufschub der FINMA nach Art. 30a BankG anzuerkennen. Da die Wahl von englischem oder US-amerikanischem Recht im internationalen Handel Standard ist, werden die Parteien regelmässig eine entsprechende Anerkennungsklausel in ihre Verträge aufnehmen. In vorliegendem Fall werden Bank A und G wohl ihren bestehenden Rahmenvertrag anpassen, indem sie diesen um eine Anerkennungsklausel erweitern.

Der Rahmenvertrag zwischen Bank A und S hingegen bedarf keiner Anpassung, da er Schweizer Recht und Gerichtsstand vorsieht und die Durchsetzbarkeit eines Aufschubs in diesem Fall nicht gefährdet ist.

Mittels Anpassung des Vertrags zwischen Bank A und G wurde das Risiko, dass letztere einen Aufschub der FINMA nicht akzeptiert, stark gemindert. Damit wurde einerseits erreicht, dass Bank A auch in der Sanierung ihre Geschäfte mit Bank G fortführen kann und gerade in der Krise keine neuen Geschäftspartner suchen muss. Daneben wird sichergestellt, dass inländische Gegenparteien (Bank S) gegenüber ausländischen (Bank G) nicht benachteiligt sind. Beide haben einen allfälligen Aufschub gleichermassen zu befolgen.

2.3 *Swiss Jurisdictional Module to the ISDA Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol*

Das *Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol* ist ein Vertragszusatz, welcher von der International Swaps and Derivatives Association (ISDA) für Länder erarbeitet wird, welche ihre Banken einer Vertragsanpassungspflicht unterstellen. Es dient dem Zweck, den betroffenen Banken und ihren Gegenparteien zu helfen, die regulatorischen Anforderungen zu erfüllen und die Kosten dafür auf einem Minimum zu halten. Zum *ISDA Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol*, welches den Basisvertrag darstellt, werden sogenannte länderspezifische *Jurisdictional Modules* erarbeitet. Bislang wurde ein Modul für das Vereinigte Königreich und für Deutschland veröffentlicht.⁷

Um den Schweizer Banken die Umsetzung der Anforderungen von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV zu erleichtern, soll auch ein entsprechendes Modul für die Schweiz erstellt werden (*Swiss Module*). Dieses wird auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV und Art. 56 BIV-FINMA erarbeitet. Mit der Übernahme des *Swiss Module* werden die Schweizer Anforderungen daher vollständig erfüllt. Bemerkenswert ist, dass mit dem Modul nicht nur ISDA Rahmenverträge, sondern alle Verträge angepasst werden können, welche in den Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV fallen.

Schweizer Banken können das *Swiss Module* als *Regulated Entity Counterparty* übernehmen, indem sie einen sogenannten *Adherence Letter* an ISDA senden. Parteien, welche weiterhin mit der Schweizer Bank handeln wollen, können das *Swiss Module* in der gleichen Weise als sogenannte *Module Adhering Party* übernehmen. Haben sowohl die Schweizer Bank als auch deren Gegenpartei das *Swiss Module* übernommen, gelten sämtliche Verträge zwischen ihnen, die sich im Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV befinden, als mit einer entsprechenden Anerkennungsklausel ausgestattet.

3 Internationales Umfeld

Die vom Financial Stability Board (FSB) erlassenen *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* sehen vor, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben müssen, einen temporären Aufschub von Beendigungsrechten (*temporary stay on early termination rights*) anordnen zu können.⁸ Neben der Schweiz haben auch andere wichtige Finanzplätze, so z.B. die USA, das Vereinigte Königreich, Deutschland, Frankreich und Japan diese Anforderung in ihr nationales Recht umgesetzt.

Um die internationale Durchsetzbarkeit eines Aufschubs sicherzustellen, haben sich auch alle oben genannten Länder bereiterklärt, zumindest ihre G-SIBs⁹ einer Verpflichtung zur Vertragsanpassung zu unterstellen. In Deutschland wurde die Verpflichtung mit § 60a des Sanierungs- und Abwicklungsge-

⁷ Vgl. <https://www2.isda.org/functional-areas/protocol-management/protocol/24>

⁸ *FSB Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, S. 51 ff.

⁹ *Global Systemically Important Banks*

setzes¹⁰ eingeführt, welches im November 2015 in Kraft getreten ist. Auch im Vereinigten Königreich ist eine entsprechende Regelung bereits in Kraft getreten.¹¹ In den USA befindet sich eine analoge Regulierung in Planung. Die Vernehmlassung dazu wurde am 11. Mai 2016 eröffnet.¹² Das Gleiche gilt für Japan, wobei dort die Vernehmlassung am 22. Juni 2016 eröffnet wurde.¹³

Die Pflicht zur Vertragsanpassung ist folglich international anerkannt und wird in den aus Sicht der Schweiz wichtigsten Finanzplätzen umgesetzt, wobei sich international eine Fokussierung auf Finanzverträge etabliert hat. Das bedeutet, dass Schweizer Finanzmarktteilnehmer sich auch gegenüber ausländischen Banken, welche in einem dieser Länder domiziliert sind, einverstanden erklären müssen, einen allfälligen von der jeweiligen Heimaufsicht angeordneten Aufschub ihrer Beendigungsrechte anzuerkennen.

4 Regulierungsbedarf und Zielvorstellungen

Die mit dem neuen Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV eingeführte Pflicht neue Verträge anzupassen ist prinzipienbasiert gestaltet. Um Rechtssicherheit für die Betroffenen zu schaffen, sollen gewisse Konkretisierungen auf Stufe BIV-FINMA vorgenommen werden. Dies betrifft insbesondere eine Präzisierung zur Frage, welche Art von Verträgen einer Anpassungspflicht unterstehen. Die Bankenverordnung regelt diese Frage nicht explizit, sondern spricht lediglich von *Verträgen*. Zudem sollen notwendige Ausnahmen von der Anpassungspflicht geschaffen werden. Dies betrifft insbesondere Verträge mit Finanzmarktinfrastrukturen, da die betroffenen Banken diese Gegenparteien voraussichtlich nicht zu einer Anpassung ihrer Verträge bewegen könnten.

Art. 69 Abs. 5 BankV ermächtigt die FINMA, den Banken unter Berücksichtigung internationaler Standards eine angemessene Frist für die Umsetzung der Massnahmen nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV einzuräumen. Mit Schaffung der Ausführungsbestimmungen in der BIV-FINMA wird eine solche Übergangsfrist eingeführt.

Mit der vorgeschlagenen Teilrevision der BIV-FINMA soll zudem die Möglichkeit geschaffen werden, dass die Banken die durch Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV geforderten Vertragsanpassungen in einem international standardisierten Verfahren vornehmen können. Auf Grundlage der nun geplanten Ausführungsbestimmungen in der BIV-FINMA soll nämlich von ISDA das bereits erwähnte *Swiss Module* erarbeitet werden. Die Erstellung des *Swiss Module* erfordert gewisse der oben dargestellten Konkretisierungen, namentlich die explizite Festlegung der anzupassenden Vertragsarten. Das *Swiss Module* wird die in der Schweiz geltende Regelung widerspiegeln. Mittels dessen Übernahme können alle betroffenen Verträge einheitlich und kostengünstig an die Erfordernisse von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV angepasst werden. Damit können Schweizer Banken und deren Gegenparteien den Anforderungen auf einfache

¹⁰ Sanierungs- und Abwicklungsgesetz vom 10. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2091), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 2. November 2015 (BGBl. I S. 1864) geändert worden ist.

¹¹ Vgl. dazu: <http://www.bankofengland.co.uk/prd/Documents/publications/ps/2015/ps2515app1.pdf>

¹² <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2016-05-11/pdf/2016-11209.pdf>

¹³ <http://www.fsa.go.jp/news/27/20160622-1.html>

Weise nachzukommen, ohne weitergehende Zugeständnisse machen zu müssen, als von der Regulierung ausdrücklich verlangt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Konkretisierung von Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV notwendig ist, um Rechtssicherheit bei der Umsetzung der neuen Pflicht zu schaffen und eine mit den analogen internationalen Regelungen im Einklang stehendes Vorgehen zu gewährleisten. Nicht zuletzt befürworten auch die im Vorfeld bereits konsultierten Banken eine Konkretisierung durch die FINMA. Schliesslich wird eine Konkretisierung benötigt, um das *Swiss Module* zu erarbeiten, mit Hilfe dessen, die Vertragsanpassungen mit deutlich weniger Kosten und Aufwand verbunden sein werden.

5 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

5.1 Art. 56 BIV-FINMA

5.1.1 Abs. 1

Nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV müssen *neue Verträge oder Änderungen an bestehenden Verträgen, die ausländischem Recht unterstehen oder einen ausländischen Gerichtsstand vorsehen* einen entsprechende Anerkennungsklausel beinhalten. Die Gegenparteien einer Schweizer Bank müssen im Voraus vertraglich zustimmen, dass sie einen allfälligen Aufschub der FINMA gemäss Art. 30a BankG anerkennen würden. Mit einem *Aufschub der Beendigung von Verträgen nach Art. 30a BankG* sind sowohl Beendigungsrechte als auch Rechte zur Ausübung von Aufrechnungs-, Verwertungs- und Übertragungsrechte gemeint. Die Gegenparteien haben damit sowohl einen Aufschub betreffend die Beendigung von Verträgen und die Ausübung von Rechten zu deren Beendigung als auch betreffend die Ausübung von Aufrechnungs-, Verwertungs- und Übertragungsrechten anzuerkennen. Der Wortlaut der Anerkennungsklausel wird auf der Grundlage von Art. 56 BIV-FINMA als Mustertext zur Verfügung gestellt.

Die in Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV festgelegte Pflicht wird mit Blick auf den Gesetzeszweck auf Verträge begrenzt, deren Fortbestand für die zu sanierende Bank wesentlich sind. Unter dieser Prämisse wurde eine Liste der Verträge erarbeitet, die einer Anpassungspflicht unterstehen sollen. Als Grundlage dafür diente in erster Linie der ehemalige Art. 56 BIV-FINMA, der von 1. November 2012 bis 31. Dezember 2015 in Kraft war und damals die Verträge bezeichnete, welche einem Aufschub unterliegen können.¹⁴ Abgestimmt wurde diese Aufzählung mit der Definition von Finanzverträgen gemäss Art. 2 Nr. 100 Richtlinie 2014/59/EU (Bank Recovery and Resolution Directive; BRRD)¹⁵. Sowohl Deutschland als

¹⁴ Im Rahmen der Einführung des Art. 30a BankG (in Kraft seit 1. Januar 2016) wurde der ehemalige Art. 56 BIV-FINMA aufgehoben, da gemäss Art. 30a BankG alle Vertragsverhältnisse einem Aufschub unterstellt werden können.

¹⁵ 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 12.6.2014, S. 190–348

auch das Vereinigte Königreich begrenzen die Anpassungspflicht auf die in dieser Bestimmung definierten Finanzverträge. Den Schweizer Banken sollen keine darüber hinaus gehenden Pflichten auferlegt werden.

Zu bemerken ist, dass gemäss Art. 30a BankG jegliche Verträge von einem Aufschub betroffen sein können. Die Definition der Verträge, welche der Anpassungspflicht unterstehen, ändert nichts an dieser umfassenden Kompetenz. Nach wie vor können also auch Verträge von einem Aufschub betroffen sein, welche nicht gemäss Art. 56 BIV-FINMA mit einer Anerkennungsklausel versehen werden müssen. Nicht zu verwechseln ist Art. 56 Abs. 1 BIV-FINMA zudem mit Art. 75 Abs. 1 der Finanzmarktinfrastrukturverordnung vom 25. November 2015 (FinfraV; SR 958.11). Während ersterer eine Antwort auf die Frage gibt, welche Verträge einer Anpassungspflicht unterliegen, enthält letzterer lediglich eine exemplarische Aufzählung der Verträge, welche einem Aufschub unterliegen können.¹⁶

Von der Anpassungspflicht sollen nur für Finanzmarkttransaktionen gebräuchliche Verträge betroffen sein. Gemäss Bst. a sind sodann Verträge über den Kauf, den Verkauf, die Leihe oder Pensionsgeschäfte von der Regelung erfasst, insofern sich solche Verträge auf Wertpapiere, Wertrechte oder Bucheffekten beziehen. Ebenfalls von Bst. a erfasst sind Verträge, soweit sich diese auf Indizes beziehen, welche Wertpapiere, Wertrechte oder Bucheffekten beinhalten. Ferner sind Optionen erfasst, insofern sich diese auf die genannten Basiswerte oder aber auch auf Indizes, die solche Basiswerte beinhalten, beziehen.

Gemäss Bst. b unterliegen Verträge über den Kauf und Verkauf mit künftiger Lieferung, die Leihe oder Pensionsgeschäfte der Anpassungspflicht, falls sich solche Verträge auf Waren oder auf Indizes, welche Waren beinhalten, beziehen. Auch sind Optionen erfasst in Bezug auf Waren oder in Bezug auf Indizes, welche Waren beinhalten.

Nach Bst. c unterliegen Verträge zum Kauf, Verkauf oder Transfer zu einem im Voraus bestimmten Preis und künftigen Datum der Anpassungspflicht, sofern sich diese auf Waren, Dienstleistungen, Rechte oder Zinsen beziehen, wenn die Vertragserfüllung für ein zukünftiges Datum vereinbart und ein im Voraus bestimmter Preis festgelegt wurde.

Bst. d bestimmt schliesslich, dass Swap-Geschäfte von der Anpassungspflicht erfasst sind, insofern sich diese auf Wertpapiere, Wertrechte, Bucheffekten, Wetter, Emissionen oder Inflation beziehen. Zudem fallen Kreditderivate und Zinsoptionen generell in den Anwendungsbereich der Anpassungspflicht.

Gedeckt sind nach Bst. e zudem Kreditvereinbarungen im Interbankenverhältnis. Durch die Verwendung des Begriffs „Interbankenverhältnis“ wird klargestellt, dass Kredite an ein Unternehmen im Nichtbankenbereich nicht von der Anpassungspflicht erfasst werden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen bilateralen oder einen syndizierten Kredit handelt. Auch wenn eine kreditgebende Bank einer anderen Bank eine Unterbeteiligung (*funded subparticipation*) oder eine ähnliche Beteiligungen

¹⁶ Vgl. Erläuterungsbericht zur Verordnung über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel, S. 29; Art. 75 FinfraV übernahm die Aufzählung des ehemaligen Art. 56 BIV-FINMA. Im Gegensatz zu letzterem, welche die Verträge, die einem Aufschub unterliegen abschliessend aufzählte, ist die Liste von Art. 75 FinfraV rein exemplarisch.

einräumt, liegt keine Kreditvereinbarung im Interbankengeschäft vor. Diese Ausnahme erscheint sachgerecht, da die beteiligten Banken in den genannten Fällen als Kreditgeberinnen (und nicht als Kreditnehmerinnen) auftreten, weshalb ein Aufschub von Beendigungsrechten zum Zwecke einer erfolgreichen Sanierung regelmässig nicht erforderlich ist.

Bst. f stellt klar, dass auch andere Verträge, welche die gleiche Wirkung haben, wie die in Abs. 1 dargestellten, der Anpassungspflicht unterliegen. Damit soll im Sinn einer Auffangnorm sichergestellt werden, dass Verträge, welche zum gleichen wirtschaftlichen Ergebnis kommen, wie die spezifisch bezeichneten Arten, aber aus rechtlicher Sicht nicht darunter fallen würden, ebenfalls von der Anpassungspflicht erfasst werden. Um allfällige Zweifel zu beseitigen stellt Bst. g klar, dass die vorher spezifizierten Verträge auch dann unter die Anpassungspflicht fallen, wenn sie in Form von Rahmenverträgen abgeschlossen wurden. Dies wird insbesondere im Fall von Derivaten, der Effektenleihe und Pensionsgeschäften regelmässig der Fall sein. Hinsichtlich der Leihe und Pensionsgeschäften ist schliesslich zu bemerken, dass diese keine Effekientransaktionen darstellen.

5.1.2 Abs. 2

Abs. 2 bestimmt, welche Verträge von der Anpassungspflicht ausgenommen sind. Bst. a nennt dabei vorerst die Verträge, welche die Beendigung oder die Ausübung von Rechten nach Art. 30a Abs. 1 BankG¹⁷ weder direkt noch indirekt durch eine Insolvenzmassnahme der FINMA begründen. Der Grund für diese Ausnahme findet sich in der Tatsache, dass solche Verträge gar nicht von einem Aufschub der FINMA erfasst sein können. Art. 30a Abs. 2 BankG besagt nämlich, dass ein Aufschub nur dann angeordnet werden kann, wenn die Beendigung oder die Ausübung der Rechte nach Art. 30a Abs. 1 BankG durch die Massnahmen begründet ist. Verträge, welche die Beendigung nicht an eine Massnahme der FINMA knüpfen, können somit gar nicht von einem Aufschub betroffen sein. Daher erübrigt sich eine Anpassungspflicht.

Verträge, welche indirekt an eine Insolvenzmassnahme der FINMA anknüpfen, sind aber von der Anpassungspflicht erfasst. Würde also ein Vertrag zwischen einer ausländischen Tochtergesellschaft einer Schweizer Bank und einer Drittpartei bspw. vorsehen, dass der Drittpartei ein Beendigungsrecht zusteht, falls die FINMA gegenüber der Schweizer Bank Insolvenzmassnahmen anordnet (sog. *Cross-Default-Klausel*¹⁸), müsste der Vertrag entsprechend angepasst werden. Dagegen sind Verträge zwischen ausländischen Gruppengesellschaften von Schweizer Banken und Drittparteien ausgenommen, die keine auf eine schweizerische Gruppengesellschaft referenzierende *Cross-Default-Klausel* beinhalten. Dies, da solche Verträge gerade nicht ein Recht zur Beendigung an eine von der FINMA angeordnete oder genehmigte Insolvenzmassnahme anknüpfen.

Bst. b und c schliessen Verträge mit bestimmten Gegenparteien aus. Vorab betrifft der Ausschluss Finanzmarktinfrastrukturen und organisierte Handelssysteme. Gegenüber diesen Parteien soll keine

¹⁷ Es handelt sich dabei um Rechte zur Beendigung, Aufrechnung, Verwertung oder Übertragung.

¹⁸ Mittels einer *Cross-Default-Klausel* wird einer Vertragspartei das Recht eingeräumt, den Vertrag zu beenden, falls ein bestimmtes Ereignis gegenüber einer (vertraglich bestimmten) Drittpartei eintritt. Bsp: Bank A schliesst einen Vertrag mit Bank B ab. Die Vertragsparteien vereinbaren, dass Bank B den Vertrag beenden darf, falls die Muttergesellschaft von Bank A in Konkurs gerät.

Pflicht zur Vertragsanpassung bestehen. Dies stimmt mit den entsprechenden Bestimmungen im Vereinigten Königreich und in Deutschland sowie dem Vernehmlassungsentwurf in den USA¹⁹ überein. Der Grund für die Ausnahme liegt einerseits darin, dass ein Aufschub gegenüber Finanzmarktinfrastrukturen, namentlich zentralen Gegenparteien, unabsehbare Folgen für das Finanzsystem haben könnte. Zur Zeit wird (auch auf internationaler Ebene) noch geprüft, wie man diesem Risiko begegnen will und auf welche Art man den fortwährenden Anschluss von Schweizer Banken an die entsprechenden Finanzmarktinfrastrukturen sicherstellen will. Dazu kommt, dass es für Schweizer Banken schwierig bis gar unmöglich wäre, ausländische Finanzmarktinfrastrukturen zu einer Anpassung zu bewegen, insbesondere, wenn ausländische Regulierungen eine solche Anpassungspflicht gerade nicht vorsehen.

Gemäss Bst. c sind zudem Verträge mit ausländischen Zentralbanken von der Anpassungspflicht ausgenommen, da diesen gegenüber eine Anpassung nur schwer durchsetzbar wäre.

Nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV sind Schweizer Banken sowohl auf Ebene des Einzelinstituts, als auch auf Gruppenebene der Anpassungspflicht unterstellt. Dieser Grundsatz wird durch Bst. d eingeschränkt. Demgemäss besteht eine Ausnahme für Gruppengesellschaften, die nicht im Finanzbereich tätig sind. Wer als im Finanzbereich tätig gilt, wird von Art. 4 BankV festgelegt. Der Grund für diese Ausnahme liegt in der Tatsache, dass nicht im Finanzbereich tätige Gruppengesellschaften keine für das Fortbestehen der Bankengruppe wichtigen Finanzverträge bewirtschaften. Eine Pflicht zur Anpassung der entsprechenden Verträge erübrigt sich daher.

5.1.3 Abs. 3

Abs. 3 regelt die vorvereinbarte Änderung eines Vertrags. Eine solche liegt vor, wenn der Vertrag ohne weiteres Zutun der Parteien eine Änderung erfährt. In diesen Fällen muss keine Vertragsanpassung erfolgen. Eine solche wäre auch nicht ohne Weiteres durchsetzbar, sind es doch die der Regelung unterstellten Banken, welche ihre Gegenparteien zur Übernahme einer Anerkennungsklausel bewegen müssen. Dies können sie bei einer automatischen Vertragsanpassung nicht erzwingen. Nur wenn ein neuer Vertrag eingegangen wird, besteht Verhandlungsspielraum für die Vereinbarung einer Anerkennungsklausel.

5.2 Art. 61a BIV-FINMA

Gemäss Art. 69 Abs. 5 BankV kann die FINMA den Banken für die Umsetzung der Pflicht gemäss Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV angemessene Fristen einräumen. Dies erfolgt mit der Einführung von Art. 61a BIV-FINMA, welcher zwei Übergangsfristen vorsieht. Verträge mit Banken und Effektenhändlern als Gegenparteien, die später als drei Monate nach Inkrafttreten der Bestimmung abgeschlossen werden, müssen den Voraussetzungen von Art. 56 BIV-FINMA entsprechen. Verträge mit allen anderen Gegenparteien müssen den Voraussetzungen erst dann entsprechen, wenn sie später als sechs Monate nach Einführung der Bestimmung abgeschlossen oder geändert werden.

¹⁹ Wobei die USA nicht generell Verträge mit Finanzmarktinfrastrukturen, sondern spezifisch solche mit zentralen Gegenparteien von der Regulierung ausnimmt.

Die schrittweise Einführung der Anpassungspflicht hat zum Ziel, den Banken die Möglichkeit zu geben, die anfallenden Arbeiten gestaffelt durchzuführen. Es ist zu erwarten, dass Banken als Gegenparteien, welche u.U. selber einer analogen Pflicht unterstehen, eher bereit sind, eine Vertragsanpassung zu unterzeichnen als die übrigen Parteien. Hinsichtlich den übrigen Parteien wird wohl mehr Aufklärungsbedarf bestehen, was zu einem erhöhten Zeitbedarf führen kann und eine längere Umsetzungsfrist rechtfertigt.

Abs. 2 des Artikels besagt schliesslich, dass den einzelnen Instituten in begründeten Fällen weitergehende Umsetzungsfristen gewährt werden können. Damit soll die notwendige Flexibilität im Fall von Härtefällen geschaffen werden. Ein solcher könnte z.B. dann eintreten, wenn eine für die betreffende Bank wesentliche Gegenpartei sich weigern würde, eine Anerkennungsklausel zu unterzeichnen. Mittels der Ausnahme von Abs. 2 könnte dann der betroffenen Bank eine längerdauernde Übergangsfrist gewährt werden, um eine andere Gegenpartei zu finden, welche bereit ist, die Anforderungen zu erfüllen.

6 Institutsspezifischer Geltungsbereich

Die Pflicht nach Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV muss von Banken und Effektenhändlern auf Stufe Einzelinstitut und Gruppe eingehalten werden. Die Verpflichtung gilt nicht nur für systemrelevante oder andere grössere Banken, sondern auch für kleinere Institute, insoweit auch diese Finanzverträge unter ausländischem Recht oder mit ausländischem Gerichtsstand gemäss Art. 56 Abs. 1 BIV-FINMA abschliessen. Gewisse Institute von der Anpassungspflicht auszunehmen könnte Gegenparteien zur Umgehung der Anpassungspflicht verleiten, indem diese nur noch mit Schweizer Banken Verträge eingehen würden, welche der Anpassungspflicht nicht unterstehen. Dies würde zu ungewollten Wettbewerbsverzerrungen führen. Zudem werden die Kosten für die Vertragsanpassungen als sehr gering geschätzt, da alle von der Pflicht erfassten Verträge mittels Übernahme des *Swiss Module* unkompliziert angepasst werden können. Die Kosten sollten somit auch von kleineren Instituten problemlos tragbar sein. Die betroffenen Anhörungsmitglieder sind gebeten, zu den erwarteten Auswirkungen, namentlich den möglichen Kosten, Stellung zu nehmen.

7 Auswirkungen und Alternativen

Die Umsetzung der Vertragsanpassungspflicht des bereits in Kraft getretenen Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV wird bei den betroffenen Instituten und deren Gegenparteien zu Kosten führen (insbesondere infolge administrativen Aufwands). Die vorliegend vorgeschlagene Konkretisierung im Rahmen von Ausführungsbestimmungen in der BIV-FINMA dürfte dazu beitragen diese Kosten für die Betroffenen zu reduzieren. Dies einerseits, indem nun klar eingegrenzt wird, welche Verträge angepasst werden müssen. Damit kann der Kreis der neu zu verhandelnden Verträge eindeutig bestimmt werden und es wird nicht notwendig sein, Anpassungen „auf Vorrat“ vorzunehmen. Zudem aber auch, indem aufgrund der neuen Bestimmungen der Weg zur Erstellung eines *Swiss Module* für die Schweiz geebnet wird. Die FINMA ist zuversichtlich, dass eine finale Version des *Swiss Module* im Zeitpunkt des Inkrafttretens

von Art. 56 BIV-FINMA vorliegen wird. Die dadurch ermöglichte Globalanpassung aller unter die Regulierung fallender Verträge dürfte die Kosten und Aufwände für die Banken stark vermindern. Die Bestimmung präziser Übergangsfristen zur Umsetzung ermöglicht ferner eine bessere Planung und Allokation der Ressourcen.

Als mögliche Alternative könnte eine noch weitere Begrenzung des Anwendungsbereichs hinsichtlich der Art der anzupassenden Verträge in Betracht gezogen werden. So könnte man die Pflicht bspw. auf Derivatverträge, Verträge zur Effektenleihe und Pensionsgeschäfte begrenzen. Damit müssten Banken eine geringere Anzahl von Verträgen anpassen. Nachteil einer solchen Vorgehensweise wäre insbesondere, dass im Sanierungsfall u.U. nicht alle wesentlichen Finanzverträge mit einer Anerkennungsklausel ausgestattet wären. Das würde eine Sanierung erschweren.

Ein gänzlicher Verzicht auf Ausführungsbestimmungen zu Art. 12 Abs. 2^{bis} BankV hätte zur Folge, dass in bestimmten Umsetzungsfragen Unklarheiten herrschen würden. In diesem Rahmen könnte auch eine einheitliche Einhaltung der Pflichten durch die Banken nicht garantiert werden. Schliesslich wären Schwierigkeiten bei der Definition des oben genannten *Swiss Module* wahrscheinlich, da dieses exakt regeln muss, welche Art von Verträgen mit welchen Gegenparteien angepasst werden müssen. Nicht zuletzt wäre anzunehmen, dass die Banken bei Fehlen von klaren in der Verordnung geregelten Bestimmungen grössere Schwierigkeiten hätten, ihren Gegenparteien die Schweizer Regelung und damit den Grund für die Vertragsanpassung zu erklären resp. eine Vertragsanpassung durchzusetzen.