



1. Mai 2019

Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Inhaltsverzeichnis

1	Grundzüge der Vorlage	3
1.1	Ausgangslage	3
1.2	Neuregelung	3
1.2.1	Präzisierung der Kompetenzen der FINMA	4
1.2.2	Regulierungsgrundsätze und Regulierungsprozess	4
1.2.3	Zusammenarbeit von FINMA und Bundesrat bzw. EFD	4
1.2.4	Übergangsbestimmung und Inkrafttreten	5
1.3	Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung	5
1.3.1	Regulierungstätigkeit der FINMA	5
1.3.2	Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit	7
1.3.3	Dialog mit den Betroffenen	7
1.3.4	Verwaltungsinterne Zusammenarbeit	8
1.3.5	Strategische Ziele und Kompetenzen des Verwaltungsrats der FINMA	10
1.4	Erledigung parlamentarischer Vorstösse	11
1.5	Verhältnis zur Legislaturplanung	11
2	Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	11
3	Auswirkungen (Regulierungsfolgenabschätzung, RFA)	25
3.1	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft und die betroffenen Gruppen	25
3.1.1	FINMA	25
3.1.2	Beaufsichtigte Finanzinstitute	25
3.1.3	Kundinnen und Kunden von Finanzinstituten	25
3.2	Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden	25
3.3	Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Schweiz	26
4	Rechtliche Aspekte	26
4.1	Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	26
4.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	26
5	Inkrafttreten	26

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

Die Regulierungstätigkeit der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) war in den letzten Jahren wiederholt Gegenstand von Kritik von Seiten der Politik und der Finanzbranche, welche sich auch in verschiedenen parlamentarischen Vorstössen äusserte. Der umfassendste dieser Vorstösse ist die Motion Landolt (17.3317, Klare Verantwortlichkeiten zwischen Finanzmarktpolitik und Finanzmarktaufsicht), die der Bundesrat dem Parlament am 30. August 2017 zur Annahme beantragte – verbunden mit der Feststellung, dass in Bezug auf die Rolle der FINMA in Regulierung und Standardsetzung sowie die Aufgabenteilung und Zusammenarbeit mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) gewisse Verbesserungspotentiale bestehen. Die Unabhängigkeit der FINMA in der Aufsicht wurde dabei nicht in Frage gestellt. Das Parlament hat die Motion am 13. Dezember 2017 (Nationalrat) und 13. Dezember 2018 (Ständerat) angenommen.¹

Die Kritikpunkte der Politik und der Finanzbranche an der FINMA beziehen sich insbesondere auf deren Rolle in der Regulierung sowie bei der internationalen Standardsetzung und dabei auch auf eine angemessene Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit, den erwünschten Dialog mit den Beaufsichtigten sowie die verwaltungsinterne Zusammenarbeit.

Solche Kritik der Branche an der FINMA, erst recht nach intensiver Re-Regulierung in Folge einer Finanzmarktkrise, ist bis zu einem gewissen Grad zu erwarten und dem Verhältnis von Beaufsichtigten und Aufsicht inhärent. Der Bundesrat ist sich dessen bewusst und kann die von der Branche geäusserte Kritik entsprechend einordnen. Die FINMA ist bestrebt, fundiert vorgetragene Kritik der Branche in einem konstruktiven Dialog aufzunehmen. In den letzten Jahren hat die FINMA wichtige Schritte unternommen, um den Schutz von Gläubigern, Anlegern oder Versicherten und des Finanzsystems zu stärken und Innovation im Schweizer Finanzplatz zu fördern; sie hat dabei auch wichtige, berechtigte Anliegen der Branche aufgenommen (z.B. betreffend Stärkung der Proportionalität und Risikoorientierung in ihrer Regulierung und Aufsicht).

Vor diesem Hintergrund hat die Bundesverwaltung in 2018 die Regulierungstätigkeit der FINMA und die behördenübergreifende Zusammenarbeit vertieft analysiert. Dabei hat sich gezeigt, dass die gesetzlichen Grundlagen für die Tätigkeiten der FINMA (insb. das Finanzmarktaufsichtsgesetz [FINMAG; SR; SR 956.1], aber auch Spezialgesetze wie z.B. das Bankengesetz [BankG; SR 952.0]) grundsätzlich angemessen sind, dass sich jedoch mit Blick auf die Praxis Differenzen in der Interpretation dieser Grundlagen sowie zu den Erwartungen und Anliegen von Politik, Behörden und den Beaufsichtigten ergeben.

1.2 Neuregelung

Um die festgestellten Differenzen rasch und zielgerichtet anzugehen und eine inhaltlich robuste, nachvollziehbare und dauerhafte Regelung für die Zusammenarbeit von EFD und FINMA in Bezug auf namentlich regulatorisches Handeln zu finden, schlägt der Bundesrat als zielführende Lösung eine Konkretisierung des FINMAG in Form einer bundesrätlichen Verordnung vor. Am 31. Oktober 2018 hat der Bundesrat das EFD beauftragt, eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage für eine neue Verordnung zum FINMAG zu erarbeiten.

¹ Weitere, ähnlich gelagerte Vorstösse lehnte der Bundesrat mit Verweis auf die Anliegen der Motion Landolt und seinen Willen, diese umzusetzen, ab (insb. Motion WAK-N (17.3976, vom NR angenommen, Motion an 2. Rat), Pa. Iv. Pantani (17.454, im Rat noch nicht behandelt) und Motion Ettlín Erich (18.3612, im Rat noch nicht behandelt)). Die Postulate Germann (17.3620) und Vogler (17.3566), welche Transparenz über die Regulierungskosten von FINMA-Rundschreiben verlangen, wurden vom Parlament bereits überwiesen und werden vom EFD bearbeitet. Die Ergebnisse dieser Analysen werden voraussichtlich Ende 2019 vorliegen.

Die neue Verordnung regelt und konkretisiert namentlich drei Aspekte: die Kompetenzen der FINMA in den internationalen Aufgaben und in der Regulierung, die Regulierungsgrundsätze gemäss Artikel 7 FINMAG und die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen der FINMA und dem EFD.

Mit der vorgesehenen Klarstellung zur Regulierungsrolle der FINMA, einschliesslich der Zusammenarbeit mit anderen Behörden und den Betroffenen werden weder die Unabhängigkeit noch die Aufsichtstätigkeiten der FINMA tangiert.

1.2.1 Präzisierung der Kompetenzen der FINMA

Die Kompetenzen der FINMA in den internationalen Aufgaben und in der Regulierung werden präzisiert und es wird festgelegt, wie sich diese Kompetenzen im Verhältnis zu den Kompetenzen des Bundesrates bzw. des EFD verhalten. So wird beispielsweise festgehalten, dass die FINMA im Rahmen der internationalen Aufgaben rechtlich nicht bindende Vereinbarungen abschliessen kann oder dass die Vertretung und Positionierung der Schweiz durch die FINMA in internationalen Gremien in Absprache mit dem EFD erfolgt.

1.2.2 Regulierungsgrundsätze und Regulierungsprozess

In Bezug auf die Regulierungsgrundsätze gemäss Artikel 7 FINMAG werden die Voraussetzungen für die Regulierungstätigkeit der FINMA präzisiert und es wird festgehalten, wie die Aspekte Verhältnismässigkeit, Differenzierung und internationale Standards dabei zu berücksichtigen sind. Weiter wird festgehalten, dass die FINMA bestehende Regulierungen periodisch auf ihre Notwendigkeit, Angemessenheit und Wirksamkeit hin überprüft. Diese Konkretisierungen zu den Regulierungsgrundsätzen gemäss Artikel 7 FINMAG folgen den Grundsätzen, die der Bundesrat in seinem Bericht zur Finanzmarktpolitik von 2016 festgehalten hat.²

Für die Regulierungsvorhaben der FINMA sollen in der Regel Wirkungsanalysen erstellt werden. Diese Analysen dienen der Untersuchung und Darstellung der Kosten- und Nutzenaspekte von Regulierungen für die Betroffenen sowie die Volkswirtschaft.

In Bezug auf den Regulierungsprozess konkretisiert die Verordnung, wie die Betroffenen, die Öffentlichkeit und die mitinteressierten Verwaltungseinheiten einzubeziehen sind. Die Verordnung orientiert sich dabei an den Bestimmungen, die generell für die Bundesverwaltung gelten (insb. Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung [RVOV; SR 172.010.1] und Vernehmlassungsgesetz [VIG; SR 172.061]). Weiter präzisiert die Verordnung die Kompetenzen des Verwaltungsrates der FINMA in der Regulierung.

Die Selbstregulierung hat sich im Bereich des Finanzmarktes bewährt und ist aus diesem Grund auch im FINMAG verankert. Die Verordnung bestimmt, dass vor der Anerkennung einer Selbstregulierung als Mindeststandard dieselben Konsultationsprozesse durchgeführt werden müssen wie für Regulierungen der FINMA.

1.2.3 Zusammenarbeit von FINMA und Bundesrat bzw. EFD

Betreffend die Zusammenarbeit von FINMA und Bundesrat bzw. EFD konkretisiert die Verordnung gewisse Anforderungen an die Formulierung der strategischen Ziele der FINMA und den Prozess zur Genehmigung derselben durch den Bundesrat. Weiter hält die Verordnung die Grundzüge der Zusammenarbeit von FINMA und EFD sowie des gegenseitigen Informations-

² Bericht des Bundesrates vom Oktober 2016, «Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz» (abrufbar unter www.sif.admin.ch > Dokumentation > Publikationen).

austausches fest. Zur Regelung der konkreten Zusammenarbeit und des Informationsaustausches bei den internationalen Aufgaben und in der Regulierungstätigkeit werden FINMA und EFD gemäss Verordnung angehalten, eine Vereinbarung abzuschliessen.

1.2.4 Übergangsbestimmung und Inkrafttreten

Eine Übergangsbestimmung in der neuen Verordnung sieht vor, dass die FINMA innerhalb von fünf Jahren ab Inkrafttreten der Verordnung Anfang 2020 sämtliche ihrer Regulierungen auf ihre Stufengerechtigkeit hin überprüft, gegebenenfalls nötige Anpassungen vornimmt bzw. mit dem EFD allenfalls nötige Anpassungen auf übergeordneten Normstufen bespricht und dem Bundesrat anschliessend Bericht erstattet.

1.3 Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung

Im Folgenden wird dargelegt, inwiefern die neue Verordnung sowie weitere vom Bundesrat beschlossene Arbeiten die von der Politik und der Finanzbranche an die FINMA herangetragenen Kritikpunkte, soweit diese berechtigt sind, adressieren. Die Neuregelung baut auf der bestehenden Praxis des FINMA-Regulierungsprozesses sowie der behördenübergreifenden Zusammenarbeit auf und macht diese rechtssicher und transparent.

1.3.1 Regulierungstätigkeit der FINMA

Die Regulierungskompetenz der FINMA ist in Artikel 7 Absatz 1 FINMAG verankert. Gemäss Gesetz stehen der FINMA zwei Regulierungsinstrumente zur Verfügung: Verordnungen und Rundschreiben. Nur den Verordnungen kommt eine normsetzende Wirkung zu. Im Gegensatz dazu dienen Rundschreiben ausschliesslich der Information und Transparenz über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung in der Praxis und haben nicht den Charakter eines Rechtserlasses, welcher Beaufsichtigten in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Form Pflichten auferlegt, Rechte verleiht oder Zuständigkeiten festlegt. Rundschreiben können von Beaufsichtigten im konkreten Anwendungsfall gerichtlich angefochten werden.

In den vergangenen Jahren haben Beaufsichtigte wiederholt die Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit von konkreten FINMA-Regulierungen angezweifelt. In 2017 hat sich eine Gruppe von Inlandbanken unter der Führung des Schweizerischen Gewerbeverband (sgv) mit dem Anliegen, die Regulierungstätigkeit der FINMA auf deren Rechtmässigkeit hin zu überprüfen, an die Geschäftsprüfungskommissionen (GPK) des Parlaments gewandt. Im Juli 2018 hat die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) ihre Arbeiten betreffend die Einhaltung des Legalitätsprinzips durch die FINMA abgeschlossen. Sie kam dabei zum Schluss, dass die Voraussetzungen für weitere Abklärungen wie z.B. die Eröffnung einer Untersuchung nicht gegeben sind. Insbesondere konnte der Verdacht der behaupteten systematischen Verletzung des Legalitätsprinzips durch die FINMA nicht erhärtet werden.³

Zum Befund der GPK-S passt die Tatsache, dass das Recht auf gerichtliche Überprüfung der konkreten Anwendung von Rundschreiben von den Beaufsichtigten nur vereinzelt in Anspruch genommen wird und dass die Gerichte in diesen Fällen die Regulierung der FINMA in fast allen Fällen gestützt haben.

³ In ihrer Medienmitteilung vom 3. Juli 2018 verweist die GPK-S explizit auf die verschiedenen hängigen Vorstösse und hält fest, dass letztlich durch den Gesetzgeber zu klären sei, wie weit die Regulierungstätigkeit der FINMA in Zukunft gehen soll (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-gpk-s-2018-07-03-02.aspx>). Vgl. zur Regulierungspraxis der FINMA zudem den Bericht des Bundesrates vom 18. Dezember 2014, «Die FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit» (abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-55751.html>).

Die starke Prinzipienbasierung der Schweizer Finanzmarktgesetzgebung ist vom Gesetzgeber bewusst gewählt und führt dazu, dass oftmals auf tieferen Regulierungsstufen wie z.B. bundesrätlichen Verordnungen oder FINMA-Regulierungen zusätzliche Konkretisierungen nötig sind. Dabei stellt sich jeweils die Frage, wie umfassend diese zusätzlichen Konkretisierungen sein sollen. Die Interpretationen dazu gehen auseinander.

Als Aufsichtsbehörde hat die FINMA ein Interesse an einer möglichst einheitlichen Umsetzung der Vorgaben bei den Beaufsichtigten. Dies erleichtert ihr die Aufsichtstätigkeit und den Vergleich zwischen den Beaufsichtigten.

Die Beaufsichtigten wünschen sich gemäss ihren öffentlichen Stellungnahmen grundsätzlich prinzipienbasierte Regulierungen. Im Konkreten, z.B. in Arbeitsgruppen oder in Anhörungen zur Erarbeitung von neuen Regulierungen, fordern sie jedoch oft detaillierte Regeln, da dadurch ihre Planungs- und Rechtssicherheit erhöht und sichergestellt wird, dass für alle Betroffenen dieselben Vorgaben gelten.

In der Konsequenz führt dies oftmals zu eher detaillierten Regelungen auf Stufe der FINMA-Regulierungen.⁴ Ob dies immer der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers entspricht, ist unklar. Die verschiedenen parlamentarischen Vorstösse zur Regulierungstätigkeit der FINMA, welche in jüngster Vergangenheit eingereicht und behandelt wurden, lassen eher darauf schliessen, dass der Gesetzgeber die derzeitige Regulierungstätigkeit der FINMA als zu detailliert beurteilt. Ein weiteres Indiz in diese Richtung ist die Ergänzung, die das Parlament im Rahmen der Debatte zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) in Artikel 7 Absatz 2 FINMAG eingefügt hat, wonach auch die FINMA-Regulierung «wenn immer möglich prinzipienbasiert» ausgestaltet sein muss (Inkrafttreten Anfang 2020).

Die neue Verordnung konkretisiert in diesem Sinne die Handhabung der Regulierungsgrundsätze gemäss Artikel 7 Absatz 2 FINMAG, namentlich die Umsetzung der Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Differenzierung und die Art und Weise der Berücksichtigung von internationalen Standards (vgl. Art. 5 ff.).

Weiter sieht die Verordnung vor, dass bestehende Regulierungen periodisch auf ihre Notwendigkeit, Angemessenheit und Wirksamkeit hin überprüft werden müssen (Art. 6). Dabei sollen sich die interessierten Kreise ebenfalls einbringen können. Diese Massnahme erhöht längerfristig die Akzeptanz und Qualität der Regulierungen, ohne jedoch der FINMA starre zeitliche oder inhaltliche Vorgaben zu den Überprüfungen zu machen.

Innerhalb von fünf Jahren ab Inkrafttreten hat die FINMA sämtliche ihrer Regulierungen auf ihre Stufengerechtigkeit hin zu überprüfen, allfällige Anpassungen vorzunehmen bzw. mit dem EFD allenfalls nötige Anpassungen auf übergeordneten Normstufen zu besprechen und dem Bundesrat anschliessend Bericht zu erstatten (Art. 16). Diese Überprüfung ist beschränkt auf die Frage der Stufengerechtigkeit, dennoch dürfte sie mit einem gewissen Zusatzaufwand verbunden sein.

Die neue Verordnung regelt im Weiteren den Prozess zur Anerkennung von Selbstregulierungen als Mindeststandards (Art. 12). Da die Anerkennung von Selbstregulierungen dazu führt, dass diese zum regulatorischen Mindeststandard für eine gesamte Branche werden und entsprechend den FINMA-Rundschreiben gleichgestellt sind, ist es angezeigt, dass diese Selbstregulierungen nach demselben Prozess verabschiedet werden wie FINMA-Regulierungen.

In Bezug auf die konkrete Rechtssetzung durch die FINMA hat der Bundesrat am 31. Oktober 2018 dem EFD zusätzlich den Auftrag erteilt, sämtliche bestehenden Delegationen in den Finanzmarktgesetzen und -verordnungen für Verordnungen der FINMA auf ihre Angemessenheit hin zu prüfen. Allfällige Anpassungen sollen dabei im Rahmen von laufenden oder künftigen Reformvorhaben zu den einzelnen Rechtstexten vorgenommen werden.

⁴ Dabei ist festzuhalten, dass die Schweiz im internationalen Vergleich insgesamt über eine schlanke Finanzmarktregulierung (über alle Stufen gemessen) verfügt.

1.3.2 Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit

Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Art. 4 FINMAG verankert als nachrangiges Ziel überdies einen Beitrag der Finanzmarktaufsicht zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz.

In Artikel 7 Absatz 2 FINMAG ist die Berücksichtigung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit ein zweites Mal im Gesetz verankert. Dabei wird festgehalten, dass die FINMA bei ihrer Regulierungstätigkeit die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes, neben anderen Aspekten wie der Kosten oder der Auswirkungen auf den Wettbewerb, zu berücksichtigen hat. Die neue Verordnung konkretisiert, dass allfällige Abweichungen von diesem Grundsatz zu begründen sind (Art. 6).

Bereits heute muss die FINMA darlegen, wie sie die Grundsätze gemäss Artikel 7 FINMAG bei ihrer Regulierung berücksichtigt. Wirkungsanalysen sind eines der Mittel dafür und sind in der Regel bei sämtlichen Regulierungsvorhaben durchzuführen (Art. 7). Dabei kann eine Mitwirkung der Betroffenen nötig sein, um aussagekräftige Wirkungsanalysen zu erhalten.

Schätzungen zu den ökonomischen Auswirkungen (sogenannte Regulierungsfolgenabschätzungen, RFA) sind gemäss Bundesverfassung (BV; Art. 5 Abs. 2 und Art. 170) und Parlamentsgesetz (ParlG; Art. 141 Abs. 2) für sämtliche staatlichen Regulierungen vorzunehmen. Dies gilt auch für der FINMA-Regulierung übergeordnete Finanzmarktgesetze und -verordnungen. Die Wirkungsanalysen zu FINMA-Regulierungen können entsprechend auf die RFA zu übergeordneten Rechtserlassen abstützen und sollen sich auf die in der FINMA-Regulierung zusätzlich geregelten Aspekte beschränken. Zudem sollen sich Umfang und Detaillierungsgrad der Wirkungsanalysen an der Bedeutung eines Regulierungsvorhabens orientieren.

Da die FINMA bereits heute darlegen muss, wie sie die Regulierungsgrundsätze gemäss Artikel 7 Absatz 2 FINMAG berücksichtigt und aufgrund der Möglichkeit, sich bei Wirkungsanalysen auf übergeordnete RFA abzustützen und diese verhältnismässig zur Bedeutung eines Regulierungsvorhabens auszugestalten, ist von einem begrenzten zusätzlichen Aufwand für die FINMA auszugehen.

Grundsätzlich veranlassen Regulierungsfolgenabschätzungen oder Wirkungsanalysen die staatlichen Akteure dazu, ihr Handeln kritisch zu hinterfragen, dessen ökonomische Wirkungen (Kosten und Nutzen) zu prüfen sowie allfällige alternative Handlungsmöglichkeiten auszuloten. Dadurch erhöhen sie die Akzeptanz und die Qualität von staatlichen Vorgaben.

1.3.3 Dialog mit den Betroffenen

Der Dialog der FINMA mit den Betroffenen in Regulierungsfragen findet heute bereits intensiv und über verschiedene Kanäle statt. Bei wichtigen Regulierungsvorhaben bezieht die FINMA die Betroffenen frühzeitig mit ein. Diese frühzeitige Zusammenarbeit in technischen Belangen wird von beiden Seiten geschätzt und leistet einen wichtigen Beitrag zum gegenseitigen Verständnis und zur Akzeptanz und Praxistauglichkeit von Regulierungen.

Die neue Verordnung baut auf der bestehenden Praxis der Zusammenarbeit und des Dialogs zwischen FINMA und Betroffenen auf, kodifiziert diese und macht punktuell ergänzende Vorgaben. Die frühzeitige Information und angemessene Beteiligung der Betroffenen in Regulierungsprojekten wird in der Verordnung verankert (Art. 8). Die genaue Ausgestaltung dieser frühzeitigen Beteiligung wird der FINMA überlassen.

Bezüglich der Konsultationen zu FINMA-Regulierungen werden in der Verordnung gewisse Eckwerte zu Form und Fristen definiert (Art. 9 ff.). Diese orientieren sich an den Vorgaben wie sie auch für übergeordnete Gesetze und Verordnungen gelten, sind jedoch mit Blick auf das tiefere Regelungsniveau verhältnismässig ausgestaltet.

Die neuen Bestimmungen kodifizieren im Wesentlichen die heutige Praxis der FINMA und sehen entsprechend keine signifikanten Änderungen gegenüber heute vor, jedoch wird der Prozess der öffentlichen Konsultation mit den vorgesehenen Bestimmungen verbindlich sowie einheitlich in Form und Frist. Dies erhöht die Rechts- und Planungssicherheit für die Betroffenen.

1.3.4 Verwaltungsinterne Zusammenarbeit

Die Zusammenarbeit der FINMA mit anderen Verwaltungseinheiten basiert auf dem FINMAG, den Finanzmarktgesetzen gemäss Artikel 1 Absatz 1 FINMAG sowie den allgemeinen Grundsätzen der Zusammenarbeit von Verwaltungseinheiten gemäss Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG; SR 172.010) und RVOV. Die Zusammenarbeit der FINMA mit dem EFD ist an mehreren Stellen im FINMAG explizit erwähnt (insb. Art. 7 Abs. 5, Art. 39 Abs. 2 und Art. 42b Abs. 2).

In Artikel 7 Absatz 5 FINMAG ist vorgesehen, dass die FINMA zur Umsetzung der Grundsätze gemäss diesem Artikel Leitlinien erlässt und sich dabei mit dem EFD abspricht. Der Prozess für diese Absprache soll künftig in einer Vereinbarung zwischen FINMA und EFD konkretisiert werden.

Zu Artikel 39 Absatz 2 FINMAG präzisiert die neue Verordnung in Artikel 15, dass die FINMA mit dem EFD nicht öffentliche Informationen zu einzelnen Finanzmarktteilnehmern austauscht, wenn es der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient sowie in Fällen von potentiell grosser wirtschaftlicher oder politischer Tragweite. Dies ist zentral, damit die politisch verantwortlichen Stellen rechtzeitig über allfällige kritische Vorkommnisse unterrichtet sind.

Gemäss Artikel 42b FINMAG kann die FINMA zur Erfüllung ihrer internationalen Aufgaben an multilateralen Initiativen internationaler Organisationen und Gremien teilnehmen, in deren Rahmen Informationen ausgetauscht werden (z.B. Data Gaps Initiative des FSB, Finanzsektor-Länderprüfungen des IWF). Handelt es sich um eine Initiative von grosser Tragweite für den Schweizer Finanzplatz, hat die Teilnahme am Informationsaustausch im Einvernehmen mit dem EFD zu erfolgen.

Die Zusammenarbeit von FINMA und EFD bei der Wahrnehmung der internationalen Aufgaben der FINMA (Art. 6 Abs. 2 FINMAG) ist in der Botschaft ausführlich beschrieben. So soll gemäss Botschaft⁵ «die Vertretung in diesen Organisationen [...] jeweils im Einvernehmen mit dem EFD erfolgen, dem die Federführung für die internationale Finanzplatzpolitik obliegt. Hinsichtlich der Mitwirkung in internationalen Organisationen hat sich die FINMA daher mit dem EFD abzusprechen. Dies betrifft insbesondere auch die Formulierung internationaler Standards, die für den Schweizer Finanzsektor von grundsätzlicher Bedeutung sind. Die FINMA und das EFD können die Einzelheiten der Zusammenarbeit in einer Vereinbarung regeln».⁶ Die neue Verordnung kodifiziert in Artikel 2 ff. die Zusammenarbeit von FINMA und EFD in internationale Aufgaben und schafft damit Klarheit über die jeweiligen Kompetenzen und Pflichten von FINMA und EFD in diesen Tätigkeiten.

Neben der explizit in Gesetz und Botschaft vorgesehenen Zusammenarbeit von FINMA und EFD ergibt sich diese auch aus Artikel 21 Absatz 3 FINMAG, welcher vorgibt, dass die FINMA mit dem Bundesrat über das EFD verkehrt, sowie aus Artikel 7 der Organisationsverordnung für das EFD (OV-EFD; SR 172.215.1) und spezifisch dessen Absatz 2 Buchstabe g, gemäss dem das EFD für die Pflege der Beziehungen des Bundes zur FINMA zuständig ist. Das EFD

⁵ BBI 2006 2829, S. 2860.

⁶ Gewisse Aspekte der Zusammenarbeit bei der Wahrnehmung der internationalen Aufgaben wurden in tripartiten Vereinbarungen zwischen dem EFD, der FINMA und der SNB von 2009 (Vereinbarung über die Wahrnehmung der Mitgliedschaft der Schweiz im Financial Stability Board) und 2011 (Memorandum of Understanding im Bereich Finanzstabilität und Informationsaustausch zur Finanzmarktregulierung) geregelt.

handelt entsprechend gegenüber der FINMA nicht nur in eigener Sache, sondern ist in Vertretung und im Auftrag des Bundesrates auch primäre Ansprechpartnerin und Aufsichtsinstanz über die FINMA.

Exkurs zum Verhältnis von FINMA und Bundesrat

[Zusammenfassende Erläuterungen basierend auf dem Kurzgutachten von Prof. Dr. Felix Uhlmann und Dr. iur. Florian Fleischmann, beide Universität Zürich, vom 3. Januar 2019⁷]

Gemäss Artikel 21 Absatz 1 FINMAG übt die FINMA ihre Aufsichtstätigkeit unabhängig und selbstständig aus. Zu diesem Zweck wurde die FINMA bei ihrer Gründung auch mit einer funktionellen, institutionellen, finanziellen und personellen Unabhängigkeit ausgestattet. Ein umfassendes Verständnis der Unabhängigkeit der FINMA schliesst aber nicht aus, dass innerhalb der Tätigkeiten der FINMA zu differenzieren ist und dass gewisse Tätigkeiten der FINMA unter dem Blickwinkel der Unabhängigkeit stärker und andere schwächer zu schützen sind. Der Unabhängigkeit gegenüber stehen namentlich die Verpflichtungen der FINMA im Rahmen der Aufsichtstätigkeit und des Zusammenwirkens mit anderen Behörden sowie ihre Verpflichtungen angesichts der Mitwirkungs- und Steuerungsbefugnisse des Bundesrates.

Die Vorgaben in Gesetzen und Verordnungen legen den Rahmen fest, in welchem sich die FINMA bewegen darf. Weiter hat der Bundesrat ein Wahl- und Abberufungsrecht in Bezug auf den Verwaltungsrat der FINMA (Art. 9 Abs. 3 und 5 FINMAG). Die Wahl des Direktors muss durch den Bundesrat genehmigt werden (Art. 9 Abs. 1 Bst. g FINMAG). Daneben stehen dem Bundesrat verschiedene Genehmigungsbefugnisse zu, insbesondere betreffend die strategischen Ziele der FINMA (Art. 9 Abs. 1 Bst. a FINMAG). Im Rahmen der jährlich stattfindenden Gespräche gemäss Artikel 21 Absatz 2 FINMAG erörtert der Bundesrat mit der FINMA deren Strategie, zu der die strategischen Ziele wie auch die strategischen Tätigkeiten der FINMA gehören. Zu Letzteren zählen die gesamte Regulierungstätigkeit der FINMA sowie grundsätzlich auch das Standardsetting.

Keine Mitwirkungs- oder Steuerungsbefugnisse hat der Bundesrat im operativen Geschäft der FINMA. Bei Entscheiden über Einzelfälle oder Verwaltungsverfahren (quasijustizielle Aufgaben) ist die FINMA weisungsunabhängig und der Bundesrat hat keinerlei Möglichkeit, Beschlüsse der FINMA aufzuheben beziehungsweise abzuändern oder einzelne Geschäfte an sich zu ziehen und selbst zu entscheiden. Solche Entscheide sind von den Betroffenen ggf. gerichtlich anzufechten (Art. 53 f. FINMAG).

Im Fazit ist die FINMA gemäss Kurzgutachten vor tagespolitischen Interventionen durch die Politik zu schützen, um auch unpopuläre Massnahmen anzuordnen; im Gegenzug aber kann der Bundesrat seine Befugnisse bei der mittel- und langfristigen Strategie geltend machen. In anderem Zusammenhang hat das Bundesamt für Justiz (BJ) in einem Gutachten vom 10. November 1989 festgehalten, dass dem Bundesrat gegenüber selbständigen Verwaltungseinheiten namentlich «minimale Aufsichtsrechte (laufende Beobachtung der Aufgabenerfüllung, Einsichts- und Auskunftsrechte, Erlass nicht verpflichtender Weisungen)» zukommen⁸.

Damit das EFD seine Aufgaben gemäss OV-EFD wahrnehmen kann, ist es darauf angewiesen, von der FINMA Informationen über ihre Regulierungstätigkeit sowie zu ihren internationalen Tätigkeiten zu erhalten. Die diesbezüglichen Anforderungen an den Informationsaustausch und die Koordination der Tätigkeiten von FINMA und EFD werden in Artikel 4 und 13 der neuen Verordnung konkretisiert. Vom Informationsaustausch grundsätzlich ausgenommen

⁷ <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/finanzmarktpolitik/finanzmarktregulierung-und--aufsicht-/gutachten.html>

⁸ VPB 54.36.

sind Informationen zu bestimmten Finanzmarktteilnehmern oder Informationen über die operative Aufsichtstätigkeit der FINMA. Vorbehalten bleibt etwa Artikel 39 Absatz 2 FINMAG.

In Artikel 3 kodifiziert die Verordnung die Anforderung, wonach sich die FINMA bezüglich der Positionierung in internationalen Gremien mit dem EFD abzusprechen hat. Soweit zweckmässig und zulässig kann zudem die Einsitznahme der FINMA oder des EFD in internationalen Organisationen und Gremien durch eine Teilnahme der jeweils anderen Behörde ergänzt werden, sofern dies gemäss den entsprechenden Gremien möglich ist.

In Bezug auf die Regulierungstätigkeit der FINMA konkretisiert der Bundesrat in den Artikeln 5 ff. die gesetzlichen Grundlagen des FINMAG und kommt damit Artikel 55 FINMAG nach, wonach er Ausführungsbestimmungen zum Gesetz erlässt. Weiter sieht die Verordnung vor, dass die FINMA vor Erlass oder Änderung einer FINMA-Regulierung (und noch vor der öffentlichen Konsultation) die mitinteressierten Verwaltungseinheiten konsultiert (Art. 9). Diese Art der verwaltungsinternen Konsultation ist üblich innerhalb der Bundesverwaltung und dient der Sicherstellung der Kohärenz der Politik des Bundes. Die konsultierten Stellen können ihre Anliegen und Ansichten zu einer geplanten FINMA-Regulierung einbringen, beispielsweise betreffend die Erreichung der Schutzziele von Art. 4 FINMAG und die Kompatibilität mit der Finanzmarktpolitik des Bundesrates oder betreffend die Rechtmässigkeit von Erlassen (was gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. a der Organisationsverordnung für das EJPD [OV-EJPD; SR 172.213.1] eine der Aufgaben des BJ ist). Die Stellungnahmen der mitinteressierten Verwaltungseinheiten sind dabei nicht bindend und die Verantwortung für den Erlass von Regulierungen verbleibt alleine beim Verwaltungsrat der FINMA.

Die neue Verordnung konkretisiert somit die Grundsätze der Zusammenarbeit der FINMA mit anderen Verwaltungseinheiten und insbesondere mit dem Bundesrat bzw. mit dem EFD, sofern es in Vertretung und im Auftrag des Bundesrates handelt. Die Verordnung sieht weiter vor, dass die Einzelheiten der Zusammenarbeit und des Informationsaustausches zwischen EFD und FINMA bei internationalen Aufgaben sowie in der Regulierung in einer Vereinbarung (Memorandum of Understanding, MoU) zu regeln sind.

Da die Anforderungen an eine gute Absprache zwischen den zuständigen Behörden zu Regulierungs- und Stabilitätsfragen und im internationalen Standardsetting sich analog auch im Verhältnis zur Schweizerischen Nationalbank (SNB) stellen, hat der Bundesrat am 31. Oktober 2018 entschieden, auch die tripartite Zusammenarbeit von EFD, FINMA und SNB zu überprüfen. Ziel ist eine verstärkte und besser koordinierte Zusammenarbeit in den Bereichen Krisenorganisation und -prävention, stabilitätsrelevante Regulierung und internationale Vertretung. Zu diesem Zweck werden derzeit entsprechende Vorschläge – aufbauend auf den bestehenden tripartiten MoU von 2009 und 2011 – geprüft. Die Ergebnisse dieser Prüfarbeiten werden dem Bundesrat im Verlaufe von 2019 unterbreitet.

1.3.5 Strategische Ziele und Kompetenzen des Verwaltungsrats der FINMA

Die neue Verordnung legt dar, wie der Bundesrat seine Befugnisse bei strategischen Tätigkeiten der FINMA (insbesondere Regulierung und internationales Standardsetting) sowie seine Genehmigungsbefugnisse betreffend die strategischen Ziele der FINMA wahrzunehmen gedenkt.⁹ Weiter hält die Verordnung fest, dass die FINMA bei ihren internationalen Aufgaben ausser der Amtshilfe immer auch die Finanzmarktpolitik des Bundesrates zu berücksichtigen hat (Art. 3). Bei Regulierungen hat die FINMA darzulegen, inwiefern diese der Finanzmarktpolitik des Bundesrates Rechnung tragen (Art. 6).

Im Konkreten präzisiert der Bundesrat im Rahmen der neuen Verordnung die inhaltlichen Anforderungen an die strategischen Ziele der FINMA und die prozessualen Vorgaben für deren Genehmigung durch den Bundesrat (Art. 14). So soll sich die FINMA bei der Festlegung ihrer

⁹ Vgl. dazu auch Exkurs weiter oben, S. 9.

strategischen Ziele an den Vorgaben für den Erlass der strategischen Ziele von verselbstständigten Einheiten des Bundes orientieren sowie Kernpunkte der Umsetzung und, soweit zweckmässig, Indikatoren und Zielwerte zur Messung der Zielerreichung definieren. Vor der Genehmigung durch den Bundesrat wünscht dieser mindestens drei Monate Vorlauf, um die ihm vorgelegten strategischen Ziele zu prüfen und allenfalls Rückfragen an die FINMA zu richten.

Gemäss Artikel 9 FINMAG ist der Verwaltungsrat das strategische Organ der FINMA und in dieser Funktion u.a. für sämtliche Regulierungsbelange oder für Geschäfte von grosser Tragweite und damit strategischer Bedeutung zuständig¹⁰. Die neue Verordnung benennt die nicht-delegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates in Regulierungsbelangen, namentlich die Eröffnung von Vernehmlassungen und Anhörungen zu Verordnungen und Rundschreiben (Art. 10 Abs. 3), die Verabschiedung von Ergebnisberichten zu öffentlichen Konsultationen (Art. 11 Abs. 4) sowie die Anerkennung von Selbstregulierungen (Art. 12 Abs. 2).

1.4 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Die neue Verordnung ist ein zentrales Element zur Umsetzung der Motion Landolt (17.3317). Das EFD wird dem Parlament zu gegebener Zeit über die Gesamtheit der getroffenen Massnahmen zur Umsetzung der Motion Bericht erstatten.

1.5 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 27. Januar 2016 zur Legislaturplanung 2015–2019 noch im Bundesbeschluss vom 14. Juni 2016 über die Legislaturplanung 2015–2019 angekündigt. Die Schaffung einer neuen Verordnung zum FINMAG erfolgt in Erfüllung der Motion Landolt (17.3317) und aufgrund einer sorgfältigen Bedarfsanalyse des Bundesrates.

2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

1. Abschnitt: Gegenstand

Art. 1

Gegenstand des Finanzmarktaufsichtsgesetzes¹¹ (FINMAG) sind hauptsächlich die Finanzmarktaufsicht, die Kompetenzen, die Organisation sowie die Aufsichts- und Regulierungsinstrumente. Die Bestimmung hält – entsprechend der gesetzlichen Vorgabe – den massgeblichen Regelungsinhalt der Verordnung fest und stützt sich dabei auch auf einschlägige Bestimmungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz¹² (RVOG) zur Führung und zur Zusammenarbeit in der Bundesverwaltung (Art. 8 RVOG). Vorbehalten bleibt Artikel 21 Absatz 1 FINMAG, wonach die FINMA ihre Aufsichtstätigkeit selbstständig und unabhängig ausübt (vgl. dazu auch Exkurs auf S. 9). Soweit die Verordnung Bezug auf das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) nimmt, bemisst sich die innerdepartementale Zuständigkeitsverteilung nach der Organisationsverordnung für das EFD¹³ (OV-EFD), womit in der Regel das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) zuständig ist.

¹⁰ Vgl. auch BBl 2006 2829, S. 2863, Bst. b und c.

¹¹ SR 956.1

¹² SR 172.010

¹³ SR 172.215.1

Die Verordnung wird mit Blick auf weitere Regelungsgegenstände ergänzt durch die FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung¹⁴ (FINMA-GebV) und die Finanzmarktprüfverordnung¹⁵ (FINMA-PV) sowie die neue Aufsichtsorganisationenverordnung¹⁶ (AOV).

2. Abschnitt: Internationale Tätigkeit der FINMA

Art. 2 Aufgaben

Absatz 1

Buchstabe a: Die globale Tätigkeit der Beaufsichtigten und die Vernetzung der Finanzmärkte bedingen eine enge internationale Zusammenarbeit unter den Aufsichtsbehörden. Die internationale Kooperation zwischen Aufsichtsbehörden bildet eine Voraussetzung für eine effektive Aufsicht über international tätige Finanzinstitute. Diese setzt einen Informationsaustausch im Sinne der Amtshilfe zu Zwecken der laufenden Aufsicht, für das *Enforcement* sowie für *Resolution*-Aufgaben voraus. Der Informationsaustausch kann dabei schriftlich oder mündlich erfolgen, sowohl bilateral als auch gegenüber mehreren ausländischen Behörden (insbesondere in sogenannten Supervisory Colleges oder Crisis Management Groups). Dabei kann die Zusammenarbeit durch schriftliche Abmachungen zwischen der FINMA und ausländischen Behörden konkretisiert werden (siehe auch Abs. 2).

Buchstabe b: Auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 2 FINMAG kann die FINMA in internationalen Gremien Einsitz nehmen, die sich spezifisch mit Fragen der Finanzmarktaufsicht befassen.¹⁷ Entsprechende Gremien sind namentlich der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS), der Ausschuss für Zahlungsverkehr und Marktinfrastrukturen (Committee on Payments and Market Infrastructures, CPMI), die Internationale Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden (International Association of Insurance Supervisors, IAIS) und die Internationale Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden (International Organization of Securities Commissions, IOSCO). Im Financial Stability Board (FSB), in welchem die Schweiz durch das EFD und die SNB vertreten ist, nimmt die FINMA in Unter- und Arbeitsgruppen teil. Zudem ist die FINMA Mitglied in der Delegation des EFD bei der Financial Action Task Force (FATF).

Buchstabe c: Die OV-EFD beauftragt das SIF in Artikel 7 Absatz 1 unter anderem mit der Wahrung der Interessen der Schweiz in internationalen Finanz-, Steuer- und Währungsangelegenheiten gegenüber dem Ausland. Das SIF ist dabei explizit angehalten, dies in Zusammenarbeit mit der FINMA (und anderen betroffenen Behörden) zu tun. Zu diesem Zweck schliesst das EFD bilaterale Vereinbarungen und führt regelmässige Dialoge mit ausländischen Staaten. Diese Kontakte dienen der Förderung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit, der Integrität und der Stabilität des Finanzplatzes sowie der Wahrung des Zugangs zu ausländischen Märkten. Teilweise erfordern diese Kontakte eine Teilnahme respektive technische Unterstützung durch die FINMA. Sofern internationale Vereinbarungen oder Dialoge die Aufgaben oder Ziele der FINMA explizit betreffen oder auf Einladung des EFD, wirkt die FINMA auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 2 FINMAG bereits heute aktiv an bilateralen Tätigkeiten des EFD mit.

Daneben ist die FINMA aufgefordert, das EFD mit seiner Fachkenntnis in der Früherkennung von allfälligen internationalen Entwicklungen, z.B. betreffend potentielle Marktzugangsschranken für Schweizer Unternehmen im Ausland, zu unterstützen.

¹⁴ SR 956.122

¹⁵ SR 956.161

¹⁶ SR 956.[...]

¹⁷ BBI 2006 2829, S. 2860.

Absatz 2

Die Zuständigkeit für den Abschluss rechtlich nicht bindender Vereinbarungen wie namentlich von «Memoranda of Understanding» (MoU) ist im schweizerischen Recht nicht ausdrücklich geregelt. Wie aus einer Mitteilung der Direktion für Völkerrecht und des Bundesamts für Justiz (BJ) vom 14. Juni 2006 hervorgeht, gilt diesbezüglich das Prinzip der Zuständigkeit des Bundesrates, wobei davon etwa abgewichen werden kann, wenn eine rechtlich nicht bindende Vereinbarung unter dem Gesichtspunkt der Führung der Aussenpolitik der Schweiz nur von sehr beschränkter Tragweite ist.¹⁸ Absatz 2 hält explizit fest, dass die FINMA im Rahmen ihrer internationalen Aufgaben rechtlich nicht bindende Vereinbarungen abschliessen kann. Dies entspricht der langjährigen Rechtsprechung der eidgenössischen Gerichte zur Amtshilfepraxis der FINMA sowie der Botschaft zum FINMAG vom 1. Februar 2006.¹⁹

Art. 3 Internationale Vertretung und Positionierung

Die FINMA als dezentrale Einheit der Bundesverwaltung ist gehalten, bei der Ausübung ihrer internationalen Aufgaben gemäss Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b und c - im Rahmen des übergeordneten Rechts - stets auch die Gesamt- und die Finanzmarktpolitik des Bundesrates (siehe auch Art. 14 Abs. 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung²⁰ [RVOV]) sowie allfällig relevante Vorgaben des Parlaments (z.B. Berichte von parlamentarischen Kommissionen) zu berücksichtigen, um die Kohärenz der schweizerischen Politik zu wahren.

In Bezug auf die internationale Vertretung und Positionierung der Schweiz sieht die aktuelle Finanzmarktpolitik des Bundesrates von 2016²¹ ein aktives Engagement in internationalen Finanzgremien vor, welches auf die Konsolidierung und eine stärkere Wirkungsorientierung der internationalen Regulierungsagenda abzielt. Da die Vorteile von internationalen Standards nur dann zum Tragen kommen, wenn diese Regeln international und insbesondere in allen relevanten Finanzplätzen beachtet und umgesetzt werden, setzt sich die Schweiz für eine konsequente Umsetzung durch andere Staaten und gleich lange Spiesse (*level playing field*) ein. Weiter statuiert die Finanzmarktpolitik das Ziel der Wahrung und Förderung von offenen Märkten generell und des Marktzutritts für Schweizer Finanzdienstleister im Ausland im Speziellen.

Wie in der Botschaft zum FINMAG bereits festgehalten²², erfolgt die Vertretung inklusive inhaltlicher Positionierung der Schweiz in internationalen Gremien durch die FINMA jeweils nach Absprache und im Einvernehmen mit dem EFD, dem die Federführung für die internationale Finanzplatzpolitik obliegt. Hinsichtlich der Mitwirkung in internationalen Gremien hat sich die FINMA daher mit dem EFD abzusprechen. Dies betrifft insbesondere die Arbeiten zur Formulierung internationaler Standards, die für den Schweizer Finanzsektor von grundsätzlicher Bedeutung sind. Nicht davon betroffen ist die Positionierung in Gremien, die sich mit Fragen der direkten Aufsicht befassen (z.B. Crisis Management Groups).

Das EFD vertritt die diesbezügliche Positionierung der Schweiz in internationalen Organisationen und Gremien gegenüber dem Bundesrat und der Bundesversammlung. Der Einbezug des Parlaments – auch durch den Bundesrat – erfolgt insbesondere gemäss Artikel 152 des Parlamentsgesetzes²³ (ParIG) und Artikel 5b RVOV. Zudem informiert das EFD die zuständigen Kommissionen regelmässig über die laufenden Arbeiten und Diskussionen in internationalen Finanzmarktgremien und in internationalen Standardsetzern.

¹⁸ VPB 70.69, Abschnitt D.

¹⁹ BBI 2006 2829, S. 2860.

²⁰ SR 172.010.1

²¹ Siehe Bericht des Bundesrates vom Oktober 2016, «Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz» (abrufbar unter www.sif.admin.ch > Dokumentation > Publikationen).

²² BBI 2006 2829, S. 2860.

²³ SR 171.10

Art. 4 Zusammenarbeit und Informationsaustausch mit dem EFD

Die FINMA informiert das EFD frühzeitig (und wenn möglich vor der Information der Öffentlichkeit, der Politik, der Beaufsichtigten oder ggf. ausländischer Partner) über anstehende Arbeiten in internationalen Organisationen und Gremien, internationale Dialoge und Treffen oder den Abschluss von MoU mit ausländischen Partnern und koordiniert diese Tätigkeiten mit dem EFD.

Die FINMA und das EFD stellen sich gegenseitig, soweit zulässig und möglichst vorgängig sämtliche (auch nicht öffentlichen) Informationen, Unterlagen und Daten aus internationalen Aufgaben, Organisationen und Gremien zur Verfügung, die die jeweils andere Behörde für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Es können dies insbesondere sein:

- Informationen und Dokumente zu den Arbeiten internationaler Organisationen und Gremien, in denen die FINMA oder das EFD Einsitz haben (inkl. Arbeitspapiere von Arbeits- oder Untergruppen). Dabei sind die Geheimhaltungspflichten, welche sich die Mitglieder bzw. Teilnehmer in internationalen Organisationen Gremien auferlegt haben, bei der Beurteilung der Zulässigkeit zu berücksichtigen.
- Informationen über relevante internationale Aktivitäten und Kontakte der FINMA oder des EFD (z.B. Treffen, Abschluss MoU o.ä.)

Die FINMA stellt dem EFD weiter, soweit zulässig, Informationen zur Situation in der Schweiz (z.B. Daten zu bestehenden oder sich abzeichnenden Risiken) zur Verfügung und macht darauf aufbauend einen Vorschlag für die internationale Positionierung der Schweiz, die dann gemeinsam mit dem EFD und ggf. weiteren Behörden abgestimmt wird (siehe auch Art. 3). Die FINMA teilt mit dem EFD zudem ihre Einschätzungen und Expertisen zu Fragen des Standardsettings und in Bezug auf internationale Aktivitäten.

Zulässig ist der Austausch von Informationen, sofern es sich dabei nicht um geschützte, personen- oder institutsbezogene Informationen handelt oder sofern diese aggregiert oder anonymisiert werden, so dass keine Rückschlüsse auf einen einzelnen Finanzmarktteilnehmer möglich sind. Für den Austausch von personen- oder institutsbezogenen Informationen gilt im Zusammenhang mit der Wahrung der Finanzstabilität Artikel 39 Absatz 2 FINMAG.

Eine Ausnahme vom Informationsfluss bilden auch Aufträge von Kommissionen des Parlaments, bei welchen die ausführende Behörde an das Kommissionsgeheimnis gebunden ist, und ggf. klassifizierte Geschäfte gemäss der Informationsschutzverordnung²⁴ (ISchV).

Soweit zweckmässig und zulässig kann die Einsitznahme der FINMA oder des EFD in internationalen Organisationen und Gremien durch eine Teilnahme der jeweils anderen Behörde ergänzt werden. Eine Teilnahme des EFD soll dabei grundsätzlich in denjenigen Organisationen und Gremien sowie deren Arbeitsgruppen angestrebt werden, die sich um die Entwicklung und Festlegung von regulatorischen Standards kümmern und sofern dies gemäss den Statuten der entsprechenden Gremien möglich ist.

Die FINMA und das EFD präzisieren die Einzelheiten ihrer Zusammenarbeit in internationalen Aufgaben, wie bspw. den Prozess zur Absprache in der Positionierung, Struktur und Frequenz von Treffen, Fragen zur Vertraulichkeit, die gegenseitige Information und Berichterstattung über internationale Treffen oder Möglichkeiten für die Teilnahme in internationalen Gremien, in einer bilateralen Vereinbarung.

Für die tripartite Zusammenarbeit zwischen EFD, FINMA und SNB bestehen bereits zwei Vereinbarungen: eine von 2009 über die Wahrnehmung der Mitgliedschaft der Schweiz im FSB sowie eine von 2011 im Bereich Finanzstabilität und Finanzmarktregulierung. Diese werden derzeit überprüft.

²⁴ SR 510.411

3. Abschnitt: Regulierungstätigkeit der FINMA

Art. 5 *Regulierungsformen*

Absatz 1

Gemäss Artikel 7 Absatz 1 FINMAG stehen der FINMA zwei Regulierungsgefässe zur Verfügung: Verordnungen und Rundschreiben, wobei nur den Verordnungen eine normsetzende Wirkung zukommt.²⁵ Wo die Finanzmarktgesetzgebung, insbesondere das FINMAG, die Finanzmarktgesetze und die darauf gestützten Verordnungen, ausdrückliche Rechtsetzungsdelegationen an die Aufsichtsbehörde vorsehen, muss die FINMA mittels Verordnung rechtsetzend tätig werden. Dass die Rechtsetzungskompetenzen der FINMA, sofern vom Gesetzgeber nicht explizit anders vorgesehen, grundsätzlich auf den Erlass von Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung beschränkt sind, entspricht Art. 55 FINMAG und den Leitsätzen des Bundes zur Corporate Governance verselbständigter Einheiten.²⁶

Absatz 2

Im Gegensatz zu Verordnungen dienen Rundschreiben ausschliesslich der Information und Transparenz über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung in der Praxis und haben nicht den Charakter eines Rechtserlasses, welcher Beaufsichtigten in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Form Pflichten auferlegt, Rechte verleiht oder Zuständigkeiten festlegt. Rundschreiben können von einer oder einem Beaufsichtigten im konkreten Anwendungsfall gerichtlich angefochten werden, sofern sie oder er es für rechtswidrig oder unangemessen erachtet. Die oder der Beaufsichtigte kann geltend machen, es sei nicht anwendbar beziehungsweise sie oder er sei nicht daran gebunden.²⁷

Verordnungen und Rundschreiben der FINMA sind dabei der Rechtsetzung der Bundesversammlung und des Bundesrates untergeordnet und sind prinzipienbasiert auszugestalten. Dies wird auch in der Neufassung von Artikel 7 Absatz 2 FINMAG gemäss FINIG explizit festgehalten: «Sie reguliert nur, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist, sowie wenn immer möglich prinzipienbasiert. Dabei berücksichtigt sie das übergeordnete Bundesrecht [...]»

Art. 6 *Grundsätze der Regulierung*

Absatz 1

Der konkrete Handlungsbedarf (d.h. das öffentliche Interesse) als Grundlage jeder Regulierung ist vorab zu prüfen, zu begründen sowie gegenüber den Betroffenen und der Öffentlichkeit transparent und nachvollziehbar auszuweisen und schriftlich festzuhalten (z.B. in einem Bericht zu einer Anhörung). Dabei ist stets auch zu prüfen, ob es zur Erreichung der Zielsetzung Alternativen zu einer staatlichen Regulierung gibt und auch der allfällige Verzicht auf eine Regulierung muss explizit geprüft werden. Zudem ist darzulegen, welche Risiken mit einer Regulierung abgedeckt werden sollen.

Die Prüfung des Handlungsbedarfs beschränkt sich dabei nicht nur auf die Prüfung der Notwendigkeit einer Regulierung insgesamt (z.B. zur Umsetzung eines internationalen Stan-

²⁵ BBI 2006 2829, S. 2861. Siehe auch Bericht des Bundesrates vom 18. Dezember 2014 zur FINMA und ihrer Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, S. 26 f. (abrufbar unter www.efd.admin.ch > Dokumentation > Berichte).

²⁶ Abrufbar unter www.efv.admin.ch > Themen > Corporate Governance.

²⁷ BBI 2006 2829, S. 2861. Siehe auch Bericht des Bundesrates vom 18. Dezember 2014 zur FINMA und ihrer Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, S. 27 f. (abrufbar unter www.efd.admin.ch > Dokumentation > Berichte).

dards), sondern ist auch für Teilaspekte einer Regulierung zu prüfen und nachvollziehbar darzulegen (z.B. weshalb ein expliziter Handlungsspielraum in einem internationalen Standard genutzt oder nicht genutzt werden soll).

Absätze 2 und 3

Die Gesetzmässigkeit und Verhältnismässigkeit einer Regulierung ist vorab zu prüfen sowie gegenüber den Betroffenen und der Öffentlichkeit transparent und nachvollziehbar auszuweisen und in den Konsultationsunterlagen festzuhalten. Dies entspricht auch einer Empfehlung des Bundesrates von 2014.²⁸

Gemäss dem Gebot der Verhältnismässigkeit muss, (i) eine Regulierung geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen, (ii) das Ziel nicht durch eine weniger invasive Massnahme erreicht werden können und (iii) das Verhältnis zwischen dem Ziel der Regulierung und dem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Betroffenen angemessen sein. Zudem ist jeweils die insgesamt kostengünstigste Variante einer Regulierung zu verfolgen, d.h. die Variante, die nach Berücksichtigung aller direkten und indirekten Kosten für die Betroffenen sowie die Volkswirtschaft am kostengünstigsten ist. Bei der Wahl der Variante sind auch die Auswirkungen auf die Zukunftsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes zu berücksichtigen. Eine allfällige Abweichung von diesem Grundsatz ist zu begründen.

Absatz 4

Regulierungen sollen möglichst transparente, vergleichbare und technologieneutrale Wettbewerbsvoraussetzungen für alle Marktteilnehmer schaffen und unerwünschte Verhaltensanreize vermeiden. Eine technologieneutrale Regulierung unterstützt das Ziel der Stärkung der «Zukunftsfähigkeit» des Finanzplatzes (Art. 4 FINMAG). Die Auswirkungen auf das Wettbewerbsumfeld und die Marktstrukturen sind möglichst klein zu halten. Abweichungen von diesem Grundsatz sind zu begründen.

Absatz 5

Differenzierungen in der Regulierung sind aufgrund der verfassungsmässigen Gebote der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit sowie der Wettbewerbsneutralität angezeigt. Mittels Differenzierungen wird das verfassungsmässige Gebot der Rechtsgleichheit umgesetzt, indem Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich reguliert wird.

Differenzierte Regulierung unterstützt den Erhalt der Vielfalt von Geschäftsmodellen und Angeboten und eines funktionierenden Wettbewerbs: Durch eine Diversifikation auf Makroebene (Modelldiversität) wird zum Ziel der Stabilität des Finanzsystems beigetragen; durch die grössere Angebotsvielfalt für Kunden wird zum Ziel der Qualität und Innovation beigetragen.

Durch die Differenzierung sollen Unterschiede bei den Risiken von Finanzinstituten, Produkten oder Tätigkeiten / Dienstleistungen abgebildet werden und nicht unterschiedliche Schutzniveaus (in Bezug auf die jeweiligen Ziele einer Regulierung) resultieren. Ansonsten besteht insbesondere die Gefahr einer Verletzung der Verhältnismässigkeit und des Gleichbehandlungsgebotes.

Differenzierte Regulierung bedeutet entsprechend, dass unterschiedliche Anforderungen an regulierte Unternehmen oder Tätigkeiten gestellt werden je nach deren Risiko und Auswirkungen auf die Schutzziele von Artikel 4 FINMAG in der Fassung gemäss FINIG (z.B. Gläubiger- oder Anlegerschutz und Funktionsschutz). Die Differenzierung geschieht risiko-orientiert, d.h. sie ist proportional zum Risiko der Nicht-Erreichung des Regulierungsziels.

Eine Differenzierung ist grundsätzlich dort vorzusehen wo dies möglich und angezeigt ist, d.h. dort, wo dies mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz oder internationalen Standards

²⁸ Siehe Bericht des Bundesrates vom 18. Dezember 2014 zur FINMA und ihrer Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, S. 47 (abrufbar unter www.efd.admin.ch > Dokumentation > Berichte).

grundsätzlich vereinbar ist und wo die Regulierungsobjekte (z.B. Finanzinstitute oder Produkte) unterschiedlich hohe Risiken in Bezug auf die Erreichung des Regulierungsziels (z.B. Gläubiger- oder Kundenschutz) aufweisen und diese Unterschiede entlang der in Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c FINMAG in der Fassung gemäss FINIG vorgesehenen Kriterien (i.e. Grösse, Komplexität, Struktur, Geschäftstätigkeit und Risiken der Beaufsichtigten) differenziert gehandhabt werden können.

Mögliche Instrumente der Differenzierung sind insbesondere unterschiedlich kalibrierte Anforderungen (Höhe, Frequenz, Komplexität einer Anforderung, zeitliche Staffelung), der Verzicht auf gewisse Anforderungen (z.B. De-minimis-Ausnahmen) und die Art der Vorschriften (z.B. Verbote, Gebote, Anreize) bis zur Art und Weise der Aufsicht (z.B. Selbstregulierung oder FINMA-Aufsicht).

Differenzierung mittels ab- bzw. hochgestufter Anforderungen kann primär in der prudentiellen Regulierung angewendet werden, wobei namentlich danach zu unterscheiden ist, welche Risiken wie reguliert werden sollen (z.B. Blick auf Schadeneintritt oder -ausmass), während etwa im Bereich von Regulierungen mit dem Ziel der Integrität des Finanzplatzes (z.B. Geldwäschereigesetzgebung, Marktverhaltenspflichten oder Verhaltenspflichten gegenüber Kunden) Differenzierung primär im Rahmen von De-minimis- bzw. Eintrittsschwellen sinnvoll sein dürfte.

Daneben unterstützt auch eine prinzipienbasierte Regulierung, wie gemäss Artikel 7 Absatz 2 FINMAG in der Fassung gemäss FINIG vorgesehen, das Ziel der Differenzierung: Die Regulierung gibt ein Ziel vor, überlässt die Art und Weise zur Erfüllung des Ziels bzw. zur Einhaltung der Vorgabe jedoch dem einzelnen Betroffenen, der entsprechend den für ihn geeignetsten und effizientesten Weg wählen kann. Den Betroffenen wird ein entsprechender Spielraum samt Eigenverantwortung eingeräumt. Ein solcher – bspw. durch ein Gesetz oder eine Bundesratsverordnung eingeräumter – Spielraum soll in der Folge nicht auf tieferer Regulierungsstufe – etwa mit ergänzenden Regeln (oder Selbstregulierung) – wieder eingeschränkt werden.

Regulierungen sollen sowohl in Bezug auf ihre Sprache und ihren Aufbau als auch auf ihren Inhalt möglichst einfach und verständlich ausgestaltet werden (vgl. Art. 7 Abs. 1 des Sprachengesetzes²⁹). Selbstverständlich sollen komplexe Sachverhalte nicht willkürlich vereinfacht werden, jedoch ist stets die Frage zu stellen, ob die Komplexität in der Regulierung tatsächlich notwendig und auch geeignet ist, um das Ziel der Regulierung zu erreichen.

Absatz 6

Der Schweizer Finanzplatz ist in gewissen Bereichen stark international ausgerichtet und eng in das internationale Finanzsystem eingebunden. International abgestimmte Standards haben für den Schweizer Finanzplatz wichtige Vorteile wie die Erhöhung der Finanzstabilität, die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für Schweizer Finanzmarktteilnehmer im globalen Wettbewerb (*level playing field*) und die Reduktion von Kosten oder Marktzutrittsbarrieren aufgrund international divergierender Regulierungen.

Internationale Entwicklungen zur Regulierung der Märkte (Standardsetting) oder Rechtsanpassungen an anderen wichtigen Finanzstandorten sind für das Geschäft von Schweizer Finanzinstituten entsprechend von grosser Relevanz.

Bei der Regulierung hat die FINMA entsprechend internationale Standards im Finanzbereich und deren Umsetzung in anderen wichtigen Finanzstandorten zu berücksichtigen. Dabei sind Spielräume für nationale Lösungen zu nutzen um den spezifischen Strukturen des Schweizer Finanzplatzes Rechnung zu tragen.

²⁹ SR 441.1

Absatz 7

Um einen konsistenten Regulierungsrahmen zu unterstützen, soll die FINMA auch aufzeigen, wie sich eine FINMA-Regulierung in die Finanzmarktpolitik des Bundesrates einbettet. Bei ihrer Regulierungstätigkeit hat die FINMA daher jeweils darzulegen, inwiefern diese der Finanzmarktpolitik des Bundesrates (siehe auch Art. 14 Abs. 2 RVOV) Rechnung trägt. Ein solcher Hinweis kann, und sollte idealerweise, sehr konzis ausfallen können.

Absatz 8

Die Finanzmarktpolitik des Bundesrates³⁰ sieht vor, dass ausgewählte, wichtige Regulierungen im Finanzbereich einer ex-post Evaluation unterzogen werden sollen, um ihre Wirksamkeit zu prüfen und einen möglichen De- oder Re-regulierungsbedarf festzustellen. Die FINMA hat bereits solche ex-post Evaluationen im Bereich der Liquiditäts- und Kundenidentifikationsregulierung durchgeführt und gibt bei der Publikation neuer Regulierung an, ob und wann ex-post Evaluationen durchgeführt werden sollen.

Eine periodische Überprüfung der FINMA-Regulierung als wichtiger Bestandteil der Finanzmarktregulierung ist daher ebenfalls angezeigt. Dies kann beispielsweise parallel bzw. zusammen mit einer Überprüfung von übergeordnetem Recht passieren, im Rahmen einer inhaltlichen Anpassung einer FINMA-Verordnung oder eines Rundschreibens oder als eigenständiges Projekt. Dabei können sowohl einzelne Regulierungen (oder Teile davon) überprüft werden, als auch ein einzelner Aspekt (z.B. Schriftlichkeit) in verschiedenen Regulierungen. Wichtig ist dabei, dass zusammenhängende Regulierungen nicht nur je isoliert betrachtet werden, so dass eine Gesamtsicht möglich ist.

Die Überprüfung bezieht sich auf die Aspekte Notwendigkeit (ist eine Regulierung weiterhin notwendig und sinnvoll), Angemessenheit (hat sich eine Regulierung bewährt, ist sie klar und verständlich, sind die Kosten verhältnismässig und im Rahmen des ursprünglich Geschätzten etc.) und Wirksamkeit (hat die Regulierung die erwartete Zielsetzung erreicht, gäbe es andere, einfachere Wege zur Zielerreichung etc.). Sie erfolgt wo nötig in Absprache und koordiniert mit dem EFD (zum übrigen Einbezug des EFD in den Regulierungsprozess siehe insb. Art. 8, 9 und 13). Die interessierten Kreise sind anzuhören und die Ergebnisse der Überprüfung sind zu veröffentlichen.

Starre, d.h. automatische Reviewklauseln (z.B. Review alle zwei Jahre) für alle FINMA-Regulierungen – wie von gewissen Branchenkreisen ins Spiel gebracht – werden nicht als sinnvoll erachtet, da sie den personellen Aufwand für die Regulierungstätigkeit der FINMA bedeutend erhöhen und die Regulierungsdynamik künstlich und unerwünschterweise hochhalten würden. Zudem wäre dies nicht effizient, da alle FINMA-Regulierungen überprüft werden müssen, ungeachtet der durch eine Regulierung adressierten Risiken noch der verursachten Kosten.

Eine zeitliche Befristung von FINMA-Regulierungen (Sunsetklauseln) kann im Einzelfall sinnvoll sein (z.B. bei einer Regelung temporär auftretender Probleme, bei Problemen, die durch andere Massnahmen nach einer bestimmten Zeit dauerhaft gelöst werden können, oder bei Erlassen, bei denen unsicher ist, welche Wirkungen sie haben werden), jedoch nicht als generelles Mittel, welches zu einer regelmässigen Überprüfung der Regulierung führen soll. Dafür ist die vorgesehene periodische Überprüfung ausreichend.

³⁰ Siehe Bericht des Bundesrates vom Oktober 2016, «Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz» (abrufbar unter www.sif.admin.ch > Dokumentation > Publikationen).

Art. 7 *Wirkungsanalysen*

Absätze 1 und 2

Artikel 7 Absatz 2 Buchstaben a und b FINMAG sehen explizit vor, dass die Kosten wie auch weitere Auswirkungen von FINMA-Regulierungen berücksichtigt werden müssen.

Dies entspricht auch den Anforderungen an übergeordnete Finanzmarktgesetze und -verordnungen. Für diese müssen insbesondere auf Basis der Bundesverfassung³¹ (BV; Art. 5 Abs. 2 und Art. 170) und des ParlG (Art. 141 Abs. 2) Regulierungsfolgenabschätzungen (RFA) erstellt werden. Der Bundesrat hat 1999 zudem Richtlinien zur Erstellung von RFA erlassen³².

Entsprechend sind in der Regel für sämtliche Regulierungsvorhaben der FINMA (Schaffung oder Anpassung einer FINMA-Verordnung oder eines Rundschreibens) Wirkungsanalysen zu erstellen. Diese Analysen sollen nicht erst am Schluss, sondern parallel zum Regulierungsprozess erstellt werden und die ökonomischen Grundlagen für diesen bereitstellen (z.B. betreffend Kosten verschiedener Varianten).

Die Wirkungsanalysen zu FINMA-Regulierungen können auf die RFA zu übergeordneten Rechtserlassen abstützen, d.h. sie müssen die darin bereits erfolgten Abschätzungen nicht wiederholen, sondern können sich auf die in der FINMA-Regulierung zusätzlich geregelten Aspekte beschränken.

Absätze 3 und 4

Wirkungsanalysen haben auf jeden Fall qualitative Angaben und wenn möglich auch quantitative Angaben zu enthalten. Dabei sind grundsätzlich folgende Aspekte einer Regulierung zu prüfen: Zweck und Verhältnismässigkeit, Kosten und Nutzen, die Wirksamkeit, die unterschiedliche Betroffenheit der Beaufsichtigten (z.B. aufgrund von deren Grösse oder Bewilligungsstatus), die Auswirkungen auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes und auf die Funktionsfähigkeit, Stabilität und Effizienz des Finanzsektors sowie die Auswirkungen auf die Volkswirtschaft (z.B. direkte und indirekte Umverteilungswirkungen einer Regulierung auf andere Sektoren und die Konsumenten) und die Zweckmässigkeit im Vollzug.

Quantitative Angaben und umfangreiche Datenerhebungen bei den Beaufsichtigten sind dabei umso eher angezeigt, je grösser die Bedeutung eines Regulierungsvorhabens für Wirtschaft und Gesellschaft und je ungewisser seine Auswirkungen sind. Gleiches gilt für den Umfang und den Detaillierungsgrad von Wirkungsanalysen, welche proportional zur Bedeutung eines Vorhabens sein sollen. Entsprechend können Wirkungsanalysen bei rein formellen Anpassungen oder bei vergleichbar untergeordneten Anpassungen kurz ausfallen.

Sofern quantitative Angaben zu den Wirkungen eines Regulierungsvorhabens in die Wirkungsanalyse einfließen sollen, kann eine Mitwirkung der Betroffenen (z.B. Datenlieferungen oder Schätzungen aus der Praxis) nötig sein, um aussagekräftige Wirkungsanalysen zu erhalten.

Art. 8 *Beteiligung der Betroffenen*

Absatz 1

Die frühzeitige Information und der Einbezug der Betroffenen – namentlich von Beaufsichtigten und deren Kunden³³ – und der mitinteressierten Verwaltungseinheiten in die Planung und Ausarbeitung von Regulierungsvorhaben kann beispielsweise mittels Regulierungsskizzen oder

³¹ SR 101

³² Siehe Richtlinien des Bundesrates für die Darstellung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Vorlagen des Bundes, Entscheid des Bundesrates vom 15. September 1999 (abrufbar unter www.seco.admin.ch > Wirtschaftslage & Wirtschaftspolitik > Wirtschaftspolitik > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung (RFA)).

³³ BBl 2006 2829, S. 2862.

mündlich im Rahmen von Dialoggremien der FINMA oder des EFD mit der Branche (z.B. Forum Finanzmarktpolitik) sowie z.B. über Nationale Arbeitsgruppen erfolgen. Dies entspricht einer Empfehlung des Bundesrates von 2014.³⁴

Absatz 2

Die FINMA regelt die Einzelheiten der frühzeitigen Beteiligung der Betroffenen in ihren Leitlinien zu den Regulierungsgrundsätzen (vgl. Art. 7 Abs. 5 FINMAG), um sicherzustellen, dass diese einheitlich und transparent erfolgt.

Art. 9 Konsultation der mitinteressierten Verwaltungseinheiten

Absatz 1

Wie in der Bundesverwaltung generell üblich und gemäss Artikel 15 RVOV vorgesehen, hat die FINMA vor Erlass oder Änderung einer FINMA-Regulierung die mitinteressierten Verwaltungseinheiten zu konsultieren. Diese verwaltungsinterne Konsultation hat in jedem Fall vor einer öffentlichen Konsultation gemäss Artikel 10 f. zu erfolgen. Sie findet grundsätzlich schriftlich statt, kann jedoch auch in einer anderen Form (z.B. Treffen auf oberster Führungsebene) stattfinden, sofern die konsultierten Verwaltungseinheiten damit einverstanden sind.

Die Stellungnahmen der mitinteressierten Verwaltungseinheiten sind für die FINMA nicht bindend und die Verantwortung für den Erlass von Regulierungen verbleibt alleine beim Verwaltungsrat der FINMA.

Absatz 2

In Analogie zu den Vorgaben für Ämterkonsultationen gemäss Artikel 4 RVOV sollen diejenigen Verwaltungseinheiten, die einen fachlichen Bezug zum Geschäft haben oder die für die Beurteilung finanzieller, rechtlicher oder formeller Aspekte zuständig sind, konsultiert werden.

In Konsultationen zu möglichen FINMA-Regulierungen zu begrüssen sind insbesondere das SIF als zuständiges Amt für die Finanzmarktpolitik und die Finanzmarktregulierung (Art. 7 Abs. 2 Bst. b OV-EFD), die SNB für den Bereich Finanzstabilität sowie das BJ, welches zuständig ist für die Gewährleistung der «Rechtmässigkeit von Erlassen, Beschlüssen und Entscheiden der Bundesversammlung, des Bundesrates und der Bundesverwaltung, namentlich [betreffend] die Wahrung der Grundrechte sowie die Einhaltung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und anderer verfassungsrechtlicher Vorgaben» (Art. 6 Abs. 2 Bst. a der Organisationsverordnung für das EJPD³⁵ [OV-EJPD]).

Das SIF soll sich dabei insbesondere zur Notwendigkeit, zur Verhältnismässigkeit (inkl. Nutzung von Handlungsspielräumen bei der Umsetzung internationaler Standards) und zur Wirksamkeit einer Regulierung sowie zu deren Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes äussern können. Das BJ soll primär die Rechtmässigkeit einer vorgeschlagenen FINMA-Verordnung oder eines FINMA-Rundschreibens sowie die Einhaltung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und anderer verfassungsrechtlicher Vorgaben beurteilen.

Art. 10 Öffentliche Konsultation

Öffentliche Konsultationen bezwecken den transparenten Einbezug der interessierten Kreise in die Meinungsbildung und Entscheidungsfindung der FINMA. Sie sollen Aufschluss geben über

³⁴ Siehe Bericht des Bundesrates vom 18. Dezember 2014 zur FINMA und ihrer Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, S. 46 f. (abrufbar unter www.efd.admin.ch > Dokumentation > Berichte).

³⁵ SR 172.213.1

die sachliche Richtigkeit, die Vollzugstauglichkeit und die Akzeptanz eines Vorhabens. An öffentlichen Konsultationen können sich alle interessierten Personen und Organisationen beteiligen und eine Stellungnahme einreichen.

Ein Vernehmlassungsverfahren muss gemäss Artikel 3 des Vernehmlassungsgesetzes³⁶ (VIG) für verschiedene Arten von Geschäften durchgeführt werden, u.a. bei «Verordnungen und anderen Vorhaben, die von grosser politischer, finanzieller, wirtschaftlicher, ökologischer, sozialer oder kultureller Tragweite sind». Diese Vorgabe gilt entsprechend auch für FINMA-Verordnungen von grosser Tragweite. Es liegt in der Zuständigkeit des FINMA-Verwaltungsrates zu beurteilen, ob ein Vorhaben von grosser Tragweite ist.

Bei Verordnungen, die nicht von grosser Tragweite gemäss VIG sind, und bei Rundschreiben führt die FINMA Anhörungen durch. Dies entspricht – nebst der frühzeitigen Beteiligung (siehe Art. 8 der vorliegenden Verordnung) – der gemäss Artikel 7 Absatz 4 FINMAG vorgesehenen angemessenen «Beteiligung» der Betroffenen.

Die FINMA führt bereits heute Anhörungen zu Verordnungen und Rundschreiben durch, ausser es handelt sich um rein formelle oder untergeordnete Anpassungen (z.B. geänderter Verweis oder zwingender Nachvollzug von übergeordnetem Recht). Die neuen Bestimmungen der vorliegenden Verordnung bedeuten daher keine signifikanten Änderungen gegenüber heute, jedoch wird der Prozess der öffentlichen Konsultation mit den vorgesehenen Bestimmungen rechtlich verbindlich sowie einheitlich in Form und Frist (siehe Art. 11).

Art. 11 Form und Frist öffentlicher Konsultationen

Absatz 1

Für Anhörungen zu FINMA-Verordnungen und Rundschreiben gemäss Art. 10 Abs. 2 der neuen Verordnung wird grundsätzlich eine Frist von 2 Monaten vorgesehen. Diese wird in Anbetracht von Inhalt und Umfang der Vorlage und unter Berücksichtigung von Ferien- und Feiertagen verlängert. In dringenden Fällen kann die Frist verkürzt werden. Eine Verkürzung der Frist ist sachlich zu begründen (z.B. in den Konsultationsunterlagen).

Absatz 2

Die Konsultationsunterlagen erläutern den Inhalt und die Ziele des Regulierungsvorhabens und legen dar, inwiefern die Regulierungsgrundsätze gemäss Abschnitt 3 der neuen Verordnung berücksichtigt werden. Die Wirkungsanalyse gemäss Artikel 7 der Verordnung ist Bestandteil der Konsultationsunterlagen.

Absatz 3

Findet gleichzeitig zu einer Konsultation der FINMA eine Konsultation des EFD oder des Bundesrates zu einem übergeordneten Rechtserlass statt, gelten für die Konsultation der FINMA dieselben Vorgaben betreffend Zeitpunkt und Dauer wie für die Konsultation zum übergeordneten Erlass. In der Regel erfolgen Konsultationen der FINMA jedoch nachgelagert zu den Konsultationen auf Bundesebene.

Absatz 4

Die Stellungnahmen zur Konsultation werden von der FINMA zur Kenntnis genommen, gewichtet und ausgewertet. Die Ergebnisse der Konsultation werden in einem Ergebnisbericht, welcher vom Verwaltungsrat der FINMA verabschiedet und anschliessend veröffentlicht wird (Abs. 5), summarisch zusammengefasst. Der Ergebnisbericht gibt zudem Auskunft darüber, weshalb die Eingaben in der Konsultation berücksichtigt oder nicht berücksichtigt wurden und wie der Entscheid über eine Regulierung schlussendlich zustande gekommen ist.

³⁶ SR 172.061

Absatz 5

Neben den Konsultationsunterlagen veröffentlicht die FINMA auch sämtliche Stellungnahmen zur Konsultation sowie den Ergebnisbericht.

Art. 12 *Anerkennung von Selbstregulierungen*

Die Selbstregulierung hat sich im Bereich des Finanzmarktes bewährt und ist aus diesem Grund auch fest im FINMAG verankert. Die FINMA hat gemäss Artikel 7 Absatz 3 FINMAG Bestrebungen der Branche zur Selbstregulierung zu unterstützen. Wo sinnvoll, kann sie Selbstregulierung zudem als Mindeststandard anerkennen und aufsichtsrechtlich durchsetzen.³⁷

Die Kompetenz der FINMA zur Anerkennung von Selbstregulierungen beschränkt sich auf Gebiete, die sich in der Kompetenz bzw. auf der Regulierungsstufe der FINMA befinden. Die FINMA kann keine Selbstregulierungen anerkennen, deren Inhalte in die Kompetenzen der Bundesversammlung oder des Bundesrates fallen.

Selbstregulierungen, die von der FINMA anerkannt werden, werden zum Mindeststandard für die gesamte Branche. Da dieser Mindeststandard von der FINMA aufsichtsrechtlich durchgesetzt wird, müssen Selbstregulierungen, die von der FINMA anerkannt werden, dieselben Regulierungsgrundsätze wie FINMA-Regulierungen berücksichtigen.

Weiter sind für die Anerkennung von Selbstregulierungen dieselben Konsultationsprozesse vorzusehen wie für FINMA-Regulierungen. Für die Anerkennung von Selbstregulierungen ist der Verwaltungsrat der FINMA zuständig.

Art. 13 *Zusammenarbeit und Informationsaustausch mit dem EFD*

Die Koordination der Regulierungstätigkeiten zwischen FINMA und EFD bezweckt eine zeitlich und inhaltlich kohärente Regulierung auf den verschiedenen Normstufen. Erfordert ein Regulierungsvorhaben Änderungen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe, ist das EFD dafür zuständig. Die FINMA kann entsprechende Regulierungsvorhaben nicht ohne vorgängige explizite Zustimmung des EFD aufgleisen oder ankünden.

Die FINMA und das EFD stellen einander frühzeitig und wenn möglich vor der Information der Öffentlichkeit, der Politik, der Beaufsichtigten oder ausländischer Partner sämtliche (auch vertrauliche) Informationen, Daten und Unterlagen zu ihrer Regulierungstätigkeit zur Verfügung, welche die jeweils andere Behörde für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Es können dies insbesondere sein:

- Informationen über (bestehende oder sich abzeichnende) Geschäfts- und Risikoentwicklungen im Markt (mit Ausnahme von Art. 39 Abs. 2 FINMAG aggregiert und anonymisiert);
- Informationen und Daten über die Auswirkungen von Regulierungen auf Beaufsichtigte für RFAs oder Ex-post-Analysen (ggf. aggregiert und anonymisiert);
- Informationen, die für Aufträge des Parlaments oder des Bundesrates, für Marktanalysen und für Verbesserungen der Standortfaktoren der Schweiz benötigt werden.

Der Informationsaustausch beschränkt sich auf Informationen, welche heute bereits erhoben werden bzw. vorhanden sind. Zusätzliche Datenerhebungen, nur zum Zwecke der Übermittlung an die andere Behörde, sind nicht vorgesehen. Die Kosten für sämtliche Datenerhebungen und -bearbeitungen der FINMA tragen die Beaufsichtigten.

Die FINMA teilt mit dem EFD bzw. SIF zudem ihre Einschätzungen und Expertisen zu Fragen der Regulierung.

³⁷ BBI 2006 2829, S. 2861 f.

Eine Ausnahme vom Informationsfluss bilden Aufträge von Kommissionen des Parlaments, bei welchen die ausführende Behörde an das Kommissionsgeheimnis gebunden ist, und ggf. klassifizierte Geschäfte gemäss der ISchV.

FINMA und EFD regeln die Einzelheiten ihrer Zusammenarbeit in der Regulierung in einer bilateralen Vereinbarung.

Das Prozedere für die tripartite Zusammenarbeit zwischen EFD, FINMA und SNB im Bereich Finanzstabilität und Finanzmarktregulierung ist in einem MoU zwischen EFD, FINMA und SNB von 2011 geregelt und wird derzeit überprüft.

4. Abschnitt: Strategische Ziele der FINMA

Art. 14

Absätze 1 und 2

Die FINMA gehört zu den verselbstständigten Einheiten des Bundes mit Aufgaben in der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht. Diese Aufgaben sind hoheitlicher Natur. Die Auslagerung der entsprechenden Aufgaben auf die FINMA wurde vorgenommen, um die entsprechende Unabhängigkeit der FINMA sicherzustellen.³⁸

Für den Umgang mit verselbstständigten Einheiten des Bundes hat der Bundesrat Leitsätze definiert.³⁹ Die strategischen Ziele der verselbstständigten Einheiten dienen dabei als wichtiges dynamisches und mittelfristiges Steuerungselement. Die strategischen Ziele der FINMA werden gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a FINMAG vom Verwaltungsrat der FINMA festgelegt und dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet. Die gesetzlichen Grundlagen (insb. Zweck- und Aufgabenbestimmungen) geben dabei den Rahmen für die strategischen Ziele vor.

Über die Erreichung der strategischen Ziele rapportieren die verselbstständigten Einheiten an den Bundesrat. Dieser informiert das Parlament gemäss dem mit Bundesratsbeschluss vom 9. November 2011 genehmigten Referenzprofil der Berichterstattung. Die Berichterstattung knüpft an die strategischen Ziele an und ermöglicht so einen Soll-Ist-Vergleich. Der Bundesrat erachtet daher Kernpunkte der Umsetzung sowie klare Messkriterien – wie bei den anderen verselbstständigten Einheiten – als wichtig für die Überprüfbarkeit und Beurteilung der Tätigkeiten der FINMA und für die jährliche Berichterstattung an das Parlament.

Absätze 3 und 4

Damit dem EFD in Vertretung des Bundesrates ausreichend Zeit für die Beurteilung der strategischen Ziele sowie für allfällige Rückfragen oder Kommentare zur Verfügung steht, legt die FINMA dem EFD die strategischen Ziele drei Monate vor der geplanten Genehmigung durch den Bundesrat vor.

Nach der Genehmigung der strategischen Ziele durch den Bundesrat werden diese von der FINMA veröffentlicht und zusätzlich auf der Internetseite des EFD bzw. des SIF aufgeschaltet.

Im Übrigen bilden die strategischen Ziele der FINMA und der entsprechende Strategieumsetzungsbericht der FINMA Bestandteil der zurzeit jährlich stattfindenden Aussprache von FINMA und Bundesrat nach Artikel 21 Absatz 2 FINMAG. Daneben führt das EFD unter dem Jahr weitere Gespräche mit den Organen der FINMA, bspw. zu aktuellen Fragen und Herausforderungen in der Regulierung und im internationalen Umfeld.

³⁸ BBI 2006 2829, S. 2836 f.

³⁹ Abrufbar unter www.efv.admin.ch > Themen > Corporate Governance.

5. Abschnitt: Austausch nicht öffentlicher Informationen

Art. 15

Informationen zu einzelnen Beaufsichtigten oder Informationen über die Aufsichtstätigkeit der FINMA sind dem EFD zur Verfügung zu stellen, sofern es sich dabei um folgendes handelt:

- Informationen, die der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dienen;
- Informationen, die von grosser wirtschaftlicher oder politischer Tragweite für die Schweiz sind und daher den politisch verantwortlichen Stellen zur Kenntnis gebracht werden müssen.

Der Bundesrat bzw. das EFD kann die ihm zugewiesenen Aufgaben nur dann sinnvoll erfüllen, wenn das Recht besteht, ggf. in Dokumente der FINMA Einsicht zu nehmen und zweckdienliche Auskünfte zu erhalten.⁴⁰ Um einen effizienten Austausch zu gewährleisten, informiert die FINMA das EFD in den entsprechenden Fällen von sich aus.

6. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 16 Übergangsbestimmungen

Die Stufengerechtigkeit der Regulierung ergibt sich aus dem bereits in der Verfassung angelegten Stufenbau der Rechtsordnung sowie aus Artikel 7 FINMAG und den Ausführungsbestimmungen gemäss Artikel 5 ff. der vorliegenden Verordnung. Aus diesen ergibt sich, dass normsetzende Bestimmungen, für welche in der Finanzmarktgesetzgebung eine ausdrückliche Rechtsetzungsdelegation an die FINMA besteht, auf Stufe einer FINMA-Verordnung umgesetzt werden müssen. Die entsprechenden Bestimmungen sind grundsätzlich auf den Erlass von Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung beschränkt.

Weiter ergibt sich aus Artikel 7 FINMAG, dass Rundschreiben keine normsetzenden Bestimmungen enthalten dürfen, welche den Beaufsichtigten in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Form Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen.

Sofern die FINMA bei der Überprüfung ihrer Regulierung feststellt, dass gewisse Bestimmungen derzeit nicht stufengerecht geregelt sind, nimmt sie entsprechende Anpassungen vor (z.B. Verschiebung von Bestimmungen auf eine andere Normstufe in FINMA-Kompetenz) bzw. bespricht mit dem EFD allenfalls nötige Anpassungen auf übergeordneten Normstufen.

Nach Ablauf der Frist erstattet die FINMA dem Bundesrat Bericht über die durchgeführte Überprüfung.

Art. 17 Inkrafttreten

Das Inkrafttreten der Verordnung ist auf Anfang 2020 vorgesehen.

⁴⁰ Vgl. auch VPB 54.36.

3 Auswirkungen (Regulierungsfolgenabschätzung, RFA)

3.1 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft und die betroffenen Gruppen

3.1.1 FINMA

Die Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA ist die Hauptbetroffene der Vorlage, da die neue Verordnung zu einer klareren Trennung der Verantwortlichkeiten für Regulierung und Standardsetting im Finanzmarktbereich beiträgt. Dies hat für die FINMA zur Folge, dass sie in Zukunft eine fokussiertere Rolle bei der grundsätzlichen Ausrichtung und Ausgestaltung der Finanzmarktregulierung in der Schweiz haben und bei der Wahrnehmung ihrer internationalen Aufgaben (ausser der Amtshilfe) intensiver mit dem EFD zusammenarbeiten wird. Dies stärkt die politische Legitimation der Regulierung und verleiht letztlich der FINMA in ihrer Rolle als Aufsichtsbehörde mit klar umrissener Regulierungskompetenz eine grössere Akzeptanz.

Soweit sie selber regulatorisch tätig wird, wird die FINMA angehalten, sich verstärkt mit den ökonomischen Auswirkungen der Regulierung für die Betroffenen bzw. Gruppen von Betroffenen auseinanderzusetzen. Der damit einhergehende Zusatzaufwand erscheint überschaubar. Informationen über die zu erwartenden Kosten bei den Betroffenen können etwa in den bestehenden Arbeitsgruppen zwischen der Verwaltung und der Finanzbranche gewonnen werden. Die übrigen Daten, die zur Erstellung einer Wirkungsanalyse notwendig sind, können mittels (sowieso stattfindenden oder wo nötig zusätzlichen) Erhebungen bei den Instituten gewonnen werden. Die einmalige Überprüfung der FINMA-Regulierung auf ihre Stufengerechtigkeit hin dürfte mit einem gewissen Aufwand verbunden sein.

3.1.2 Beaufsichtigte Finanzinstitute

Die Aufsicht über die Einzelinstitute liegt weiterhin einzig in der Verantwortung der FINMA. Eine Einmischung des Bundes in einzelinstitutsspezifische Fragen ist nicht vorgesehen. Dennoch sind die FINMA-Regulierungen für die beaufsichtigten Finanzinstitute wegweisend. Die neue Verordnung schafft mehr Klarheit und Transparenz über die Regulierungsprozesse und die Anwendung der Regulierungsgrundsätze, womit sich die Rechts- und Planungssicherheit für die Beaufsichtigten in Bezug auf die Erarbeitung von Regulierungen erhöht. Dies wiederum erhöht das Vertrauen der Beaufsichtigten in die FINMA.

Ein gewisser Zusatzaufwand für die Finanzinstitute kann nicht ausgeschlossen werden, wenn es bei der Erstellung von Entscheidungsgrundlagen zu einer Erhöhung der Anzahl Erhebungen kommen sollte. Pro Zusatzerhebung kann pro Institut eine gewisse Beanspruchung der bestehenden Personalressourcen von mehreren Arbeitsstunden anfallen. Für die betroffenen Institute führt dies jedoch kaum zu nennenswert höheren Kosten.

3.1.3 Kundinnen und Kunden von Finanzinstituten

Da die Vorlage keinen Abbau oder Ausbau des Kundenschutzes vorsieht, sind die Kundinnen und Kunden von der Vorlage nur indirekt betroffen. Ein sorgfältiger Konsultationsprozess, der auch Konsumentenorganisationen einbezieht, wirkt vertrauensbildend.

3.2 Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden

Der Bund (insbesondere das EFD) ist von der klareren Regelung der Verantwortung für die Finanzmarktregulierung und der stärkeren Involvierung in das internationale Standardsetting

unmittelbar betroffen. Zur Bewältigung des Zusatzaufwands geht das SIF von einem begrenzten zusätzlichen Ressourcenbedarf aus. Das SIF wird den genauen Bedarf bis zur Inkraftsetzung der Verordnung evaluieren und konkretisieren. Kantone und Gemeinden sind nicht direkt betroffen.

3.3 Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Schweiz

Die Vorlage sieht eine Klärung der Regulierungsrolle der FINMA und ihrer Zusammenarbeit mit anderen Behörden und den Betroffenen vor. Damit trägt sie dazu bei, den Regulierungsrahmen des Schweizer Finanzplatzes optimal auszugestalten und die regulatorische Belastung der Finanzinstitute in Grenzen zu halten. Ein solches Umfeld begünstigt den Wettbewerb zwischen den Finanzinstituten und die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes insgesamt. Gleichzeitig sind weder die Reputation der FINMA noch diejenige des Finanzplatzes in Frage gestellt. Der internationale Ruf der Schweiz im Finanzmarktbereich hängt wesentlich davon ab, ob die Regulierung mit den global akzeptierten Standards kompatibel ist. Dies wiederum wird massgeblich vom Gesetzgeber bestimmt. Die vorliegende Verordnung ändert daran nichts.

4 Rechtliche Aspekte

4.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Die neue Ausführungsverordnung zum FINMAG stützt sich auf Artikel 55 FINMAG sowie auf Artikel 8 des RVOG.

4.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Vorliegend bestehen keine auf Vereinbarkeit zu prüfenden Verpflichtungen.

5 Inkrafttreten

Die neue Verordnung soll Anfang 2020 in Kraft treten.