

## Zusätzliches Eigenkapital

# FINMA-Praxis und die richterliche Kognition

Par Vaïk Müller le 8 Mai 2023

In einem Urteil vom 30. März 2023 (B-4004\_2021) entschied das Bundesverwaltungsgericht (BVGer), dass die zusätzlichen Eigenmittelanforderungen, die die FINMA der PostFinance AG (PostFinance) auf der Grundlage von Art. 131b cum 45 Bst. b der Eigenmittelverordnung (ERV) und ihrer im FINMA-Rundschreiben 2019/2 „Zinsrisiken – Banken“ (das Rundschreiben) festgelegten Praxis zur Bewältigung des Risikos steigender Zinsen auferlegt hatte, rechtmässig waren. Das Urteil folgt auf einen früheren Entscheid des Bundesgerichts (BGer), welches die Angelegenheit zur Neuurteilung gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG an die erstinstanzliche Behörde zurückgewiesen hatte. Die ursprüngliche Verfügung gegen PostFinance war von der FINMA-Direktion erlassen worden, die nach Ansicht des BGer nicht zuständig war, da eine Verfügung über Eigenmittel ein „Geschäft von grosser Tragweite“ sei, das in die Zuständigkeit des FINMA-Verwaltungsrats falle (vgl. [cdbl.ch/1042/](http://cdbl.ch/1042/)).

In diesem relativ umfangreichen und technischen Urteil machte PostFinance verschiedene Argumente geltend, von denen die folgenden hervorgehoben werden sollten :

Die FINMA wies nicht nach, dass PostFinance ein „aussergewöhnliches“ Institut im Sinne von Ziffer I des Anhangs 1 des Rundschreibens ist, d.h. insbesondere ein Institut mit potenziell unangemessen hohen Zinsrisiken im Bankbuch (die es der FINMA erlauben, aufgrund der angeblich besonders hohen Zinsrisikostruktur/-steuerung zusätzliche Eigenmittel zu verlangen), weil sie nicht in eine angemessene Kategorie eingestuft wurde, wobei die Kategorie „Retailbanken“ nach Ansicht von PostFinance angesichts ihrer Bilanzstruktur nicht angemessen ist.

Die FINMA stützte sich nicht auf die konkrete Situation von PostFinance, indem sie eine „fallweise“ Beurteilung gemäss Ziffer II des Anhangs 1 des Rundschreibens vornahm, sondern legte stattdessen die Sätze willkürlich fest, ohne nachzuweisen, inwiefern die empirischen Messungen von PostFinance, die im Übrigen von den Aufsichtsrevisoren nicht bestritten wurden, ungeeignet waren, die Risiken des Instituts zu decken.

Die FINMA verletzte das Legalitätsprinzip. Laut PostFinance erlaubten weder der Wortlaut von Art. 45 ERV noch eine andere Bestimmung des Schweizer Rechts der FINMA, einen festen, aufsichtsrechtlich bestimmten Zinssatz zur Messung der „eingegangenen Risiken“ vorzuschreiben.

Das BVGer wies die Argumente von PostFinance einzeln zurück und stellte Folgendes fest :

Die im Rundschreiben beschriebene Identifizierung von „Ausreissern“ entspricht

internationalen Standards, und die Kriterien, nach denen PostFinance in die Gruppe „Retailbanken“ eingeteilt wurde, ergeben sich aus der angefochtenen Entscheidung, sofern sie nicht in Anhang 1 des Rundschreibens aufgeführt sind. Die von der FINMA verwendeten Kriterien sind objektive Kriterien, die die Gleichbehandlung der Bankinstitute respektieren, und darüber hinaus macht PostFinance nicht geltend, warum eine Zuordnung zu einer anderen Gruppe angemessener wäre (z. B. „Vermögensverwaltungsbanken“).

Das BVGer betont, dass sich die FINMA nicht ausschliesslich auf bankinterne Messungen stützen dürfe, sondern dass die Aufsichtsbehörde vielmehr die Möglichkeit haben müsse, die internen Messungen durch eine objektive Beurteilung zu validieren, die auf Annahmen anderer Institute und Marktfaktoren beruht, um einen objektiven Vergleich anstellen zu können. In diesem Zusammenhang betont das BVGer, dass die Festlegung standardisierter Zinssätze durch die FINMA die Risiken, die sich aus bankinternen Modellen und Messungen ergeben, aufgrund der externen Natur der von der FINMA auferlegten Anforderungen abschwächen kann und dazu beiträgt, die Fähigkeit der Banken zu stärken, Verluste bei unvorhersehbaren Ereignissen zu tragen. Das BVGer lehnte auch die Willkür der FINMA-Entscheidung ab und erinnerte nebenbei daran, dass die Beschwerdeinstanz ihre freie Kognitionsbefugnis einschränken kann, wenn die Natur des Falles dies rechtfertigt oder gebietet. Dies ist in der Regel der Fall, wenn die Rechtsanwendung besondere Fachkenntnisse erfordert, über die die Behörde, die den Entscheid getroffen hat (in diesem Fall die FINMA), verfügt, sofern diese Behörde die wesentlichen Elemente des Falls geprüft und berücksichtigt hat. Das BVGer erinnert daran, dass die FINMA über einen gewissen technischen Ermessensspielraum verfügen muss, wenn es um die Bestimmung der „eingegangenen Risiken“ und die Frage geht, ob die vorhandenen Eigenmittel „ausreichende Sicherheit“ gewährleisten oder nicht, was die Festlegung einer Zinsdauer zu aufsichtsrechtlichen Zwecken nicht ausschließt (vgl. BVGer B-19/2012).

Das BVGer ist entgegen der Ansicht von PostFinance der Ansicht, dass Art. 45 Bst. b ERV eine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellt, die auf einem Gesetz im formellen Sinn (Art. 4 Abs. 3 BankG) beruht. Der von der FINMA verfolgte multikriterielle Ansatz, die Notwendigkeit der Risikomodellierung und damit der Abgrenzung von Zinslaufzeiten in diesem Rahmen sowie das notwendige Bedürfnis nach einem Ermessensspielraum aufgrund des technischen Charakters der Regulierung und der Entwicklung des internationalen regulatorischen Umfelds erfordern einen gewissen Spielraum, zu dem eine generell-abstrakte Norm wie Art. 45 Bst. b ERV beiträgt.

Zusammenfassend erinnert der TAF-Entscheid an den grossen Ermessensspielraum der FINMA und die Grenzen der Willkürprüfung bei technischen Normen. Der TAF-Entscheid unterstreicht auch, dass der Schweizer Regulierungsrahmen mit internationalen Standards übereinstimmt, die unverbindlichen Charakter haben (soft law), es sei denn, sie werden in nationales Recht umgesetzt, das höhere Anforderungen stellen kann.

\*\*\* Übersetzt mit [www.DeepL.com/Translator](http://www.DeepL.com/Translator) (kostenlose Version) \*\*\*

<https://cdbf.ch/de/1285/>