

ius.focus

Februar 2019 Heft 2

Aktuelle Rechtsprechung kompakt

ZGB

Teilung der beruflichen Vorsorge
unter Beachtung des revidierten Rechts

Obligationenrecht (AT/BT)

Lohn für Arbeit auf Abruf

Gesellschaftsrecht

Haftung nach Art. 55 DBG auch bei
nur faktischer Liquidation

Haftpflichtrecht und privates Versicherungsrecht

Keine Deckung bei mangelnder Sorgfalt

Handels- und Wirtschaftsrecht

Zuständigkeit des FINMA-Verwaltungsrates
zur Verfügung einer Eigenmittelaufstockung
gegen die PostFinance

Zivilprozessrecht

Beginn der Rechtsmittelfrist ab Zustellung
an die Parteivertretung

SchKG

Ediktalzustellung eines Zahlungsbefehls

IPR, LugÜ, Schiedsgerichtsbarkeit

Namensrecht im internationalen Verhältnis

Strafrecht, Strafprozessrecht

Videoüberwachung in privaten Räumen

Anwaltsrecht

Recht zur anwaltlichen Vertretung
einer Stockwerkeigentümergeinschaft?

ius.focus

Handels- und Wirtschaftsrecht

Zuständigkeit des FINMA- Verwaltungsrates zur Verfügung einer Eigenmittelaufstockung gegen die PostFinance

Art. 45 lit. b i.V.m. Art. 131b Eigenmittelverordnung

Der Erlass von Verfügungen über die Eigenmittelhöhe fällt in den Kompetenzbereich des FINMA-Verwaltungsrates und nicht der Geschäftsleitung. Das Bundesgericht widerspricht damit dem Bundesverwaltungsgericht, welches Verfügungen über die Eigenmittelhöhe nicht als «Geschäft von grosser Tragweite» qualifizierte. [41]

BGer 2C_387/2018 vom 18. Dezember 2018

Am 22. Juli 2016 erliess die Geschäftsleitung der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) gegen die PostFinance AG (PostFinance) eine Verfügung, in der sie diese dazu verpflichtete, ihre Eigenmittel um CHF 270 Mio. zu erhöhen, sobald die Eigenkapitalsensitivität über 10% liege und um CHF 540 Mio. bei einer Eigenkapitalsensitivität über 15%. Als Begründung hielt die FINMA im Wesentlichen fest, die von der PostFinance gehaltenen Eigenmittel gewährleisteten im Verhältnis zu den eingegangenen Zinsrisiken keine ausreichende Sicherheit mehr, und stützte sich dabei auf Art. 45 der Eigenmittelverordnung (ERV).

Hiergegen erhob die PostFinance am 13. September 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) mit der Rüge, bei Verfügungen über Eigenmittelanforderungen von systemrelevanten Banken handle es sich um «Geschäfte von grosser Tragweite» i.S.v. Art. 9 Abs. 1 lit. b des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG), die insofern in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates der FINMA fielen. Demzufolge sei die ergangene Verfügung nichtig.

Das BVGer stufte die Verfügung über die Eigenmittelhöhe jedoch wegen mangelnder systemischer Bedeutung sowie bereits weitestgehend vorgegebener strategischer Stossrichtung im Bereich der Eigenmittelunterlegung nicht als «Geschäft von grosser Tragweite» ein, weshalb kein Entscheid des Verwaltungsrates nötig sei (vgl. dazu ius.focus

2018 Nr. 147). Dementsprechend wies das BVGer die Beschwerde ab.

Die PostFinance erhob am 4. Mai 2018 mit denselben Rügen, insb. wegen einer Verletzung des Anspruchs auf richtige Zusammensetzung einer Verwaltungsbehörde gemäss Art. 29 Abs. 1 BV, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht (BGer).

Gemäss BGer wollte der Gesetzgeber mit Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG die Kompetenzen des Verwaltungsrates stärken. Die Verfügungskompetenz des Verwaltungsrates sei zudem nicht nur auf den Erlass von Verfügungen zur Schliessung eines grösseren Institutes begrenzt wie nach einem Beispiel in der Botschaft (E. 3.5.3). Ausserdem berücksichtigte es bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des «Geschäfts von grosser Tragweite» das Organisationsreglement FINMA, das in Art. 2 Abs. 3 zu den «Geschäften von grosser Tragweite» u.a. solche Geschäfte zählt, die erhebliche Folgen auf den Finanzmarkt haben (lit. a) oder zu einer wesentlichen Praxisbegründung oder -änderung führen (lit. c). Gemäss BGer können Verfügungen über Eigenmittel systemrelevanter Banken weitreichende wirtschaftliche Folgen für den Finanzmarkt sowie Auswirkungen von systemischer Bedeutung i.S.v. Art. 2 Abs. 3 lit. a Organisationsreglement FINMA haben. Dies gelte insb. für die Beschwerdeführerin, die eine bedeutsame Stellung im schweizerischen Zahlungssystem einnehme und gleichzeitig aufgrund ihres Geschäftsmodells und der gesetzlich vorgegebenen Restriktionen ein Sonderfall sei (E. 3.6.1). Entgegen der Einschätzung des BVGer erwägt das BGer, die FINMA verfüge über genügend Freiraum, um mittels Verfügungen über zusätzliche Eigenmittel präjudizielle Wirkungen i.S.v. Art. 2 Abs. 3 lit. c Organisationsreglement FINMA entfalten zu können (E. 3.6.2).

Die Sache wurde der FINMA zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

Kommentar

Die Einschätzung des BGer steht im Gegensatz zur restriktiveren Auslegung des BVGer, die von der Lehre befürwortet wird. Das BGer folgte somit nicht der Auffassung, wonach der Grossteil der operativen Tätigkeit der Geschäftsleitung obliege und dem Verwaltungsrat der FINMA als eigentliches Aufsichtsorgan i.S.v. «Checks and Balances» bloss Entscheidungskompetenz im eng begrenzten Bereich der «Geschäfte von grosser Tragweite» zukommen solle. Es ist bemerkenswert und ungewöhnlich, dass das BGer im Gegensatz zum BVGer seine Kognition eher extensiv ausübt und den fachtechnischen Beurteilungsspielraum der FINMA damit einschränkt.