

# **BGer 2C\_387/2018 vom 18. Dezember 2018**

Bundesgericht, 2018-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_387\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_387_2018)

FR: TF 2C\_387/2018 du 18 décembre 2018

IT: TF 2C\_387/2018 del 18 dicembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 83 e contrario, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ) und die Beschwerdeführerin dazu legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Im Übrigen wurde die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten frist- und formgerecht ( Art. 100 Abs. 1 BGG , Art. 42 BGG ) eingereicht, so dass darauf einzutreten ist.

### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten, insbesondere des Willkürverbots, gilt eine qualifizierte Rügepflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 136 I 229 E. 4.1 S. 235 ; 139 I 229 E. 2.2 S. 232). In der Beschwerde ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Individualrechte verletzt worden sein sollen ( BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372 ; 141 I 36 E. 1.3 S. 41). Auf bloss allgemeine, appellatorische Kritik am vorinstanzlichen Entscheid geht das Bundesgericht nicht ein ( BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2.3**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

In ihrer Replik vom 16. August 2018 zur Stellungnahme der FINMA vom 29. Juni 2018 behauptet die Beschwerdeführerin, ihr sei das Reglement über die Organisation der Geschäftsleitung und der nachgelagerten Bereiche der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (GReg-FINMA; nachfolgend: Geschäftsreglement FINMA) erst nach dem angefochtenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Kenntnis gebracht worden. Danach liege die Zuständigkeit für den Erlass von Verfügungen gegen

Beaufsichtigte beim Enforcementausschuss und nicht beim Geschäftsbereich Banken. Daraus schliesst die Beschwerdeführerin, dass der Geschäftsbereich Banken, der die FINMA-Verfügung erlassen hat, in jedem Fall nicht dafür zuständig gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin habe diesen Verfahrensmangel im vorinstanzlichen Verfahren nicht geltend machen können, weil das Geschäftsreglement FINMA erst am 8. Dezember 2017 auf der Webseite der FINMA veröffentlicht worden sei. Die Beschwerdeführerin führt allerdings selber aus, das Geschäftsreglement sei am 7. Dezember 2017 teilrevidiert worden, weshalb nicht vollständig ausgeschlossen werden könne, dass beim Erlass der FINMA-Verfügung die Zuständigkeit beim Geschäftsbereich Banken gelegen haben könnte.

In einem an die Beschwerdeführerin adressierten Schreiben vom 9. August 2018 bestätigt die FINMA, dass besagtes Geschäftsreglement am 8. Dezember 2017 auf ihrer Internetseite aufgeschaltet wurde. Sie äussert sich jedoch nicht zu der beim Erlass der FINMA-Verfügung geltenden Fassung. Wie es sich genau damit verhält, kann jedoch angesichts des Ausgangs des Verfahrens offen bleiben.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt die Unzuständigkeit der Geschäftsleitung der FINMA zum Erlass der Verfügung vom 22. Juli 2016. Diese Rüge ist vorab zu prüfen, weil deren Begründetheit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils aus formellen Gründen führen könnte.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, die im vorliegenden Verfahren zu behandelnden Fragen stellten ein "Geschäft von grosser Tragweite" im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) dar, welches in die Zuständigkeit des Verwaltungsrates der FINMA gefallen wäre. Folglich sei die FINMA-Verfügung nichtig oder anfechtbar. In ihrer Replik vom 16. August 2018 führt die Beschwerdeführerin zudem aus, gemäss dem Geschäftsreglement FINMA (in der Fassung vom 7. Dezember 2017) liege die Zuständigkeit zum Erlass von Verfügungen betreffend Massnahmen gegen Beaufsichtigte beim Enforcementausschuss und nicht beim Geschäftsbereich Banken (vgl. auch E. 2.3 hiervor). Die FINMA-Verfügung sei daher durch eine nicht ordnungsgemäss zusammengesetzte Behörde und somit unter Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV erlassen worden.

#### **E. 3.2**

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Daraus ergibt sich ein Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Verwaltungsbehörde gemäss dem anwendbaren Verfahrensrecht ( BGE 127 I 128 E. 3c S. 139; Urteil 2P.26/2003 vom 1. September 2003 E. 3.4; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 979). Dazu gehört auch die Zuständigkeit der Entscheidbehörde (vgl. GEROLD STEINMANN, in: BV Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 34 zu Art. 29 BV ).

Eine Verfügung, die durch eine unzuständige Behörde erlassen wurde, leidet an einem Mangel. Dessen Rechtsfolge besteht entweder in der Anfechtbarkeit oder in der Nichtigkeit

der Verfügung ( BGE 142 II 182 E. 2.2.3 S. 187; vgl. THOMAS FLÜCKIGER, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 40 zu Art. 7 VwVG ). Nichtigkeit einer Verfügung wird nach der sogenannten Evidenztheorie nur ausnahmsweise angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (vgl. BGE 138 II 501 E. 3.1 S. 503 ; 129 I 361 E. 2.1 S. 363 f.; Urteil 1C\_423/2012 vom 15. März 2013 E. 2.5, nicht publ. in BGE 139 II 134 ). Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht ( BGE 137 I 273 E. 3.1 S. 275 mit zahlreichen Hinweisen).

Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Stellt die Beschwerdeinstanz fest, dass die Zuständigkeit einer unteren Instanz nicht gegeben war, hebt sie deren Entscheidung in der Regel auf (vgl. BGE 125 V 499 E. 1 S. 500 f.; vgl. auch FLÜCKIGER, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 7 VwVG ; MICHEL DAUM, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 22 zu Art. 7 VwVG ). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann indessen aus prozessökonomischen Gründen von der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und der Überweisung an die zuständige Behörde abgesehen werden, unter der Voraussetzung, dass einerseits die Unzuständigkeit nicht gerügt wird und andererseits aufgrund der gegebenen Aktenlage in der Sache entschieden werden kann (vgl. BGE 142 V 67 E. 2.1 S. 69 f.; 139 II 384 E. 2.3 S. 390; Urteil 2C\_487/2012 vom 2. April 2013 E. 1.2.1). Diese Ausnahme ist vorliegend jedoch nicht von Bedeutung, weil die Beschwerdeführerin sowohl im vorinstanzlichen wie auch im bundesgerichtlichen Verfahren die Rüge der Unzuständigkeit erhoben hat.

### **E. 3.3**

Die FINMA ist als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit organisiert ( Art. 4 Abs. 1 FINMAG ). Organe der FINMA sind gemäss Art. 8 FINMAG der Verwaltungsrat (lit. a), die Geschäftsleitung (lit. b) und die Revisionsstelle (lit. c). Der Verwaltungsrat ist das strategische Organ der FINMA ( Art. 9 Abs. 1 FINMAG ). Seine Aufgaben werden in Art. 9 Abs. 1 lit. a-j FINMAG aufgezählt. Danach legt er unter anderem die strategischen Ziele der FINMA fest und unterbreitet sie dem Bundesrat zur Genehmigung (lit. a), entscheidet über Geschäfte von grosser Tragweite (lit. b), erlässt die der FINMA delegierten Verordnungen, beschliesst die Rundschreiben (lit. c) und erlässt das Organisationsreglement (lit. i). Nach Art. 10 Abs. 1 FINMAG ist die Geschäftsleitung das operative Organ der FINMA. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung hat sie insbesondere folgende Aufgaben: Sie erlässt die Verfügungen nach Massgabe des Organisationsreglements (lit. a), erarbeitet die Entscheidungsgrundlagen des Verwaltungsrats und berichtet ihm regelmässig, bei besonderen Ereignissen ohne Verzug (lit. b) und erfüllt alle Aufgaben, die nicht einem anderen Organ zugewiesen sind (lit. c). Die Einzelheiten werden im Organisationsreglement geregelt ( Art. 10 Abs. 3 FINMAG ).

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz gelangte zur Auffassung, Verfügungen über die Eigenmittelanforderungen gehörten zur operativen Tätigkeit der FINMA; die Festlegung zusätzlicher Eigenmittel sei individuell-konkreter Natur und spezifisch auf die Bedürfnisse der Beschwerdeführerin und ihre Eigenheiten zugeschnitten, weshalb mit dieser Anordnung im Umfeld des

Finanzmarktes Schweiz weder eine ausgesprochen beispielhafte noch eine strategische Bedeutung verbunden sei. Ferner werde die strategische Stossrichtung im Bereich der Eigenmittelunterlegung weitgehend durch Gesetz und Verordnung vorgegeben, sowie allenfalls durch Rundschreiben der FINMA, die durch den Verwaltungsrat beschlossen würden. Daher verbleibe kein Freiraum, in dem die FINMA eine Praxis begründen könnte. Die Kompetenzen des Verwaltungsrats seien nach Auffassung der Vorinstanz eng auszulegen, damit dieser schwergewichtig Aufsichtsaufgaben wahrnehmen könne (vgl. insbesondere E. 1.7 des angefochtenen Urteils).

### **E. 3.5.1**

Vorliegend ist unbestritten, dass der Ausdruck "Geschäfte von grosser Tragweite" im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt. Eine gefestigte Praxis bezüglich dessen Auslegung besteht - soweit ersichtlich - nicht. Gemäss der Botschaft des Bundesrates zum FINMAG sollte die Rolle des Verwaltungsrats durch die Annahme dieser Bestimmung im Vergleich zur Vernehmlassungsvorlage, die keine Entscheidungskompetenzen dieses Organs vorsah, gestärkt werden (Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG], BBl 2006 2853 Ziff. 1.3.4, 2863 Ziff. 2.2.1; CARLO LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, 2. Aufl. 2008, S. 235, Rz. 29). Dadurch sollte bei Aufsichtsentscheiden von strategischer Bedeutung ein Gegengewicht zur operativen Führung geschaffen werden, indem die Geschäftsleitung auch in den Inhalten ihrer Aufgaben kritisch begleitet werde (vgl. NINA ARQUINT, *Die FINMA als unabhängige Behörde - Einbettung und organisatorische Ausgestaltung*, GesKR 2009 S. 12 ff., S. 17). Dieser Entscheid des Gesetzgebers wurde in der Lehre teilweise kritisiert (vgl. z.B. ULRICH ZIMMERLI, *Integrierte Finanzmarktaufsicht in der Schweiz - Ausgangslage - Konzept- Umsetzung - Ausblick*, GesKR 2009 S. 4 ff., S. 7 f.; vgl. auch die Hinweise auf die Lehre bei PETER NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards*, 3. Aufl. 2010, S. 455 f.).

Gemäss der Botschaft sind unter "Geschäfte von grosser Tragweite" unter anderem Verfügungen mit grosser präjudizieller Tragweite oder mit weitreichenden wirtschaftlichen oder aufsichtspolitischen Folgen zu verstehen. Als Beispiel werden Entscheide über die Schliessung einer grösseren Bank oder Versicherung genannt (BBl 2006 2863 Ziff. 2.2.1). Zwar deutet das angegebene Beispiel auf eine eher enge Auslegung der Kompetenzen des Verwaltungsrates, doch kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, seine Entscheidkompetenz sei lediglich auf derartige Entscheide beschränkt.

### **E. 3.5.2**

In Bezug auf die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung wird in der Lehre mehrheitlich auf das Reglement über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 18. Dezember 2008 (< <https://www.finma.ch/de/finma/organisation/corporate-governance/organisationsreglement> > [Stand: 7. Dezember 2017; besucht am 4. Dezember 2018]; nachfolgend: *Organisationsreglement FINMA*) hingewiesen (vgl. CHRISTIAN BOVET/ ANNE HÉRITIER LACHAT, *Autorités*, in: Bovet [Hrsg.], *Finanzmarktaufsicht / Surveillance des marchés financiers*, SBVR Bd. XV, 2016, S. 38, N. 75; GUIDO E. URBACH/OLIVER WIDMER, *Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktaufsichtsgesetz*, 2. Aufl. 2011, N. 10 zu Art. 9 FINMAG ; ZULAUF ET AL., *Finanzmarktenforcement*, 2.

Aufl. 2014, S. 291 f.). Dieses wurde durch den Verwaltungsrat gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. i und Art. 10 Abs. 3 FINMAG erlassen und legt in Ergänzung zu den Bestimmungen des FINMAG den Rahmen für die Organisation, die Aufgaben und die Zuständigkeiten des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und der Revisionsstelle fest (vgl. URBACH/WIDMER, a.a.O., N. 22 zu Art. 9 FINMAG ).

Gemäss Art. 2 Abs. 3 des Organisationsreglements FINMA sind Geschäfte von grosser Tragweite insbesondere solche: (a) mit erheblichen Folgen für den Finanzmarkt oder mit systemischer Bedeutung, welche sich bei einem oder mehreren Beaufsichtigten manifestiert; (b) von besonderem öffentlichen Interesse; (c) die zu einer wesentlichen Praxisbegründung oder -änderung führen; (d) mit hohem Haftungsrisiko für die FINMA oder mit nachhaltigen Auswirkungen auf die Reputation der FINMA; (e) die von mindestens drei Mitgliedern des Verwaltungsrates als solche bezeichnet werden. Über Zweifelsfälle betreffend die Geschäfte, deren Entscheid aufgrund ihrer grossen Tragweite dem Verwaltungsrat vorbehalten sind, entscheidet der Präsident des Verwaltungsrates nach Absprache mit dem Direktor (Art. 2 Abs. 4 Organisationsreglement FINMA). Schliesslich sieht Art. 2 Abs. 5 Organisationsreglement FINMA vor, dass die betroffenen Parteien keinen Anspruch auf Behandlung eines Geschäfts durch den Verwaltungsrat haben.

Die Frage, ob das Organisationsreglement FINMA - wie von der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin ausgeführt - eine Verwaltungsverordnung oder eine autonome Satzung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit darstellt, kann vorliegend offen bleiben. Zwar sind Verwaltungsverordnungen für das Gericht nicht verbindlich, doch können sie bei seiner Entscheidung berücksichtigt werden, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht folglich nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen ( BGE 133 V 346 E. 5.4.2 S. 352; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, S. 21). Folglich kann das Organisationsreglement FINMA bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG berücksichtigt werden, sofern es den gesetzlichen Rahmen nicht sprengt.

Bezüglich Eigenmittelverfügungen wird von einem Autor die Auffassung vertreten, derartige Verfügungen für grössere Banken fielen gemäss Art. 2 Abs. 3 Organisationsreglement FINMA in die Kompetenz des Verwaltungsrats der FINMA (vgl. HANS GEIGER, in: Zobl et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, 2015, N. 28 zu Art. 4 BankG ; vgl. auch Beschwerdeschrift, Rz. 37). Die Vorinstanz folgte dieser Lehrmeinung nicht, mit der Begründung, es handle sich um eine Auslegung von Art. 2 Abs. 2 des Organisationsreglements FINMA und nicht von Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG (vgl. E. 1.7.1 des angefochtenen Urteils). Dies ist allerdings unbeachtlich, zumal Art. 2 Abs. 2 des Organisationsreglements FINMA, wie bereits ausgeführt, Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG konkretisiert.

### **E. 3.5.3**

Es ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG die Absicht hatte, die Kompetenzen des Verwaltungsrats der FINMA zu stärken. Die Bestimmung stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, wonach Verfügungen in der Regel von der Geschäftsleitung zu erlassen sind. Für die Konkretisierung des Ausdrucks "Geschäfte von grosser Tragweite"

kann insbesondere das Organisationsreglement der FINMA herangezogen werden. Selbst bei einer engen Auslegung des Begriffs kann nicht angenommen werden, die Verfügungskompetenz des Verwaltungsrats beschränke sich auf den Erlass von Verfügungen betreffend Schliessung eines grösseren Instituts. Eine solche einschneidende Anordnung wurde lediglich als Beispiel in der Botschaft zum FINMAG aufgeführt.

### **E. 3.6.1**

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine systemrelevante Bank. Systemrelevant sind unter anderem Banken, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde (vgl. Art. 7 Abs. 1 BankG). Dies ist dann der Fall, wenn sich der Ausfall einer Bank direkt auf die allgemeine Volkswirtschaft auswirkt, weil ihr Marktanteil in einzelnen Bereichen derart gross ist, dass es als Folge des Ausfalls zu einer direkten negativen Beeinträchtigung der Finanzierung von Unternehmen der Realwirtschaft oder zu einem Unterbruch der Infrastruktur für den Zahlungsverkehr kommt (vgl. RASHID BAHAR/ MARTIN PEYER, Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 14 zu Art. 7 BankG). Potentiell systemrelevant sind unter anderem das inländische Einlagengeschäft und der Zahlungsverkehr, weil deren Ausfall innerhalb der schweizerischen Volkswirtschaft eine kritische Masse von Konsumenten betrifft, die durch den Verlust ihrer Einlagen nicht mehr in der Lage wären, ihren Zahlungspflichten nachzukommen (vgl. BAHAR/PEYER, a.a.O., N. 10 ff. zu Art. 8 BankG). Entsprechend müssen systemrelevante Banken auch besondere Anforderungen an die Eigenmittel erfüllen (vgl. Art. 9 Abs. 2 BankG). Verfügungen über Eigenmittel, die solche Institute betreffen, könnten somit weitreichende wirtschaftliche Folgen bzw. erhebliche Folgen für den Finanzmarkt und Auswirkungen von systemischer Bedeutung im Sinne von Art. 2 Abs. 3 lit. a Organisationsreglement FINMA haben (vgl. E. 3.5.1 und 3.5.2 hiavor).

Die Beschwerdeführerin nimmt eine bedeutsame Stellung im schweizerischen Zahlungssystem ein; gleichzeitig stellt sie aufgrund ihres Geschäftsmodells und der gesetzlich vorgegebenen Restriktionen einen Sonderfall unter den systemrelevanten Banken dar (vgl. Sachverhalt, A.b). Folglich ist auch ein Vergleich der Beschwerdeführerin mit anderen Finanzinstituten nur bedingt möglich. Vor diesem Hintergrund können Verfügungen über Eigenmittel speziell im Fall der Beschwerdeführerin schwerwiegende finanzielle Auswirkungen haben und sie in ihrer Existenz gefährden.

### **E. 3.6.2**

Die Vorinstanz führt aus, die FINMA verfüge praktisch über keinen Freiraum, mittels Verfügungen über zusätzliche Eigenmittelanforderungen eine strategische Stossrichtung vorzugeben. Die strategische Ausrichtung der Eigenmittelvorgaben erfolge - innerhalb des gesetzlichen Rahmens - in der Form von Rundschreiben, die durch den Verwaltungsrat der FINMA gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. c FINMAG erlassen werden (vgl. E. 1.7.1 des angefochtenen Urteils). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Wie die Beschwerdeführerin zu Recht darlegt, äussert sich das von der Vorinstanz erwähnte Rundschreiben 2011/2 "Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung Banken", welches die Aufsichtspraxis der FINMA im Bereich der zusätzlichen Eigenmittel ( Art. 45 ERV ) ausführt, nicht konkret zur Frage, inwiefern zur Quantifizierung der Zinsrisiken aufsichtsrechtliche Vorgaben gemacht werden dürfen. Das Rundschreiben sieht unter dem Titel "IV: Individuelle Verschärfungen" lediglich vor, dass die FINMA Massnahmen

ergreift, wenn sie zur Auffassung gelangt, dass die Eigenmittelzielgrösse das Risikoprofil eines Instituts nicht angemessen abdeckt oder das Risikomanagement, gemessen am Risikoprofil der Bank, ungenügend ist (Ziff. 30). Ebensovienig ergibt sich aus dem FINMA-Rundschreiben 2008/6 "Zinsrisiken - Banken" die eindeutige Befugnis der Aufsichtsbehörde, zum Zweck der Quantifizierung von Zinsrisiken, namentlich auf standardisierte Zinsbindungen, abzustellen. Folglich besteht hinreichend Spielraum für eine Konkretisierung der Rundschreiben mittels Verfügung. Gemäss den durch die FINMA nicht bestrittenen Ausführungen der Beschwerdeführerin besteht zudem keine gefestigte Praxis zur Anwendung von Art. 45 ERV, insbesondere auf systemrelevante Finanzinstitute, so dass Verfügungen über zusätzliche Eigenmittel durchaus präjudizielle Wirkungen im Sinne von Art. 2 Abs. 3 lit. c Organisationsreglement FINMA haben können.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Bundesrat verschiedene Anpassungen der Eigenmittelverordnung (ERV) beschlossen hat, womit zwei Ergänzungen der internationalen Standards des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (Basel III) umgesetzt werden sollen (vgl. Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Kommentar zur Totalrevision der Eigenmittelverordnung [ERV] vom 20. Juni 2012). Die neuen Bestimmungen sollen am 1. Januar 2019 vollständig in Kraft treten. Infolge dieser Anpassungen werden auch verschiedene FINMA-Rundschreiben revidiert, darunter die vorliegend interessierenden Rundschreiben "Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung Banken" und "Zinsrisiken - Banken". Die geänderten Rundschreiben sollen ebenfalls am 1. Januar 2019 in Kraft treten (vgl. FINMA, Basel III: Revision von Rundschreiben zu Zins- und Kreditrisiken, Eigenmitteln und zugehörigen Puffern sowie Offenlegung, Bericht vom 20. Juni 2018 über die Anhörungen vom 31. Oktober 2017 bis 31. Januar 2018 sowie 22. Dezember 2017 bis 15. Februar 2018, S. 6 f.). Insbesondere enthält das neue FINMA-Rundschreiben 2019/2 "Zinsrisiken - Banken" nunmehr verschiedene Kriterien für die Identifikation und Beurteilung von Ausreisserinstituten (vgl. Anhang 1). Folglich bilden die sich in vorliegendem Verfahren stellenden Fragen, namentlich die Identifikation und Beurteilung von Instituten mit möglicherweise unangemessen hohen Zinsrisiken im Bankenbuch, Gegenstand laufender Revisions- und Regulierungsarbeiten.

### **E. 3.7**

Im Ergebnis ist aufgrund der Offenheit des Begriffs "Geschäfte von grosser Tragweite", der besonderen Stellung der Beschwerdeführerin unter den systemrelevanten Finanzinstituten sowie der möglichen Auswirkungen von Eigenmittelverfügungen auf die Existenz der Beschwerdeführerin, und mithin auch auf den Schweizer Finanzmarkt, davon auszugehen, dass die strittige Verfügung in die Kompetenz des Verwaltungsrats der FINMA gefallen wäre. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass der Verwaltungsrat gemäss den Angaben der FINMA im bundesgerichtlichen Verfahren sowohl über die Zinsrisikoexposition der Beschwerdeführerin als auch über diesbezüglich getroffene oder noch zu treffende Massnahmen informiert worden sein soll. Eine Information an das zuständige Organ vermag einen Entscheid dieses Organs nicht zu ersetzen. Insbesondere wird von keiner Seite behauptet, dass der Präsident des Verwaltungsrats gestützt auf Art. 2 Abs. 4 Organisationsreglement FINMA vorgängig einen Entscheid über die allfällige grosse Tragweite dieses Geschäfts getroffen hätte.

### **E. 3.8**

Schliesslich ist auch Art. 2 Abs. 5 Organisationsreglement FINMA, wonach betroffene Parteien keinen Anspruch auf die Behandlung eines Geschäfts durch den Verwaltungsrat haben, im Einklang mit Art. 9 und 10 FINMAG auszulegen, zumal auch Verwaltungsverordnungen den Rahmen des zu konkretisierenden übergeordneten Rechts nicht sprengen dürfen (vgl. BGE 141 V 175 E. 4.1 S. 180). Folglich erscheint gestützt auf Art. 2 Abs. 5 Organisationsreglement FINMA nicht jede gerichtliche Überprüfung der Kompetenzaufteilung gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG ausgeschlossen; andernfalls würde diese Bestimmung ihres Gehalts entleert.

#### **E. 4**

Nach dem Gesagten erweist sich die Rüge der Unzuständigkeit der Geschäftsleitung der FINMA zum Erlass der strittigen Verfügung als begründet. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist deshalb gutzuheissen, das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2018 aufzuheben und die Sache an die FINMA zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen. Die FINMA, und insbesondere ihr Verwaltungsrat, wird zu entscheiden haben, ob eine neue Verfügung - unter Berücksichtigung der eingetretenen Rechtsänderungen - zu ergehen hat. Soweit die FINMA neu verfügt, hat sie die gesetzliche Zuständigkeitsordnung einzuhalten.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich eine Prüfung der materiellen Rügen der Beschwerdeführerin. Aus denselben Gründen ist nicht weiter auf die in der Replik der Beschwerdeführerin vom 16. August 2018 erhobene Rüge einzugehen, wonach innerhalb der Geschäftsleitung der FINMA nicht der Geschäftsbereich Banken, sondern der Enforcementausschuss für den Erlass der strittigen Verfügung zuständig gewesen wäre (vgl. E. 2.3 hiervor).

#### **E. 5**

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Die FINMA hat der Beschwerdeführerin, die mit ihrer Beschwerde durchgedrungen ist, für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

Zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 68 Abs. 5 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.