



Aktennotiz

26.027 – Änderung des BankG – Art. 11a

Datum:

22. August 2026

An:

WAK-S

Aktenzeichen: 696-4076/23

Ausgangslage

Die WAK-S hat am 11. August die Beratung der Vorlage zur Eigenmittelunterlegung ausländischer Beteiligungen im Stammhaus von systemrelevanten Banken ([26.027](#)) aufgenommen. Gemäss Medienmitteilung ist noch nicht klar, wie die Eigenkapitalunterlegung bei ausländischen Beteiligungen systemrelevanter Banken gestärkt werden soll. Neben dem Vorschlag des Bundesrats, liegen verschiedene Anträge vor, beim vollständigen Abzug ausländischer Beteiligungen von den Eigenmitteln nicht nur hartes Kernkapital (CET1), sondern auch zusätzliches Kernkapital (AT1) zu berücksichtigen und gleichzeitig mittels einer Anpassung der qualitativen Ausgestaltung der AT1-Instrumente sicherzustellen, dass diese frühzeitig einen wesentlichen Beitrag zur Stabilisierung der Bank leisten können. Die Kommission erwartet einen Bericht der zuständigen Verwaltung in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz zu den bisher vorliegenden Formulierungsvorschlägen. Das SIF hat das BJ bzgl. der Anträge [REDACTED] beigezogen. Das BJ unterbreitet dem SIF nachfolgend seine Stellungnahme zu verfassungsrechtlichen und anderen Fragen.

Genehmigung der Beschlüsse der Gläubigerversammlung und mögliche Anfechtung (Art. 11a Abs. 3) – Einhaltung der Rechtsweggarantie

Art. 11a Abs. 3 sieht vor, dass gegen den Entscheid der FINMA innert 30 Tagen Beschwerde ans Bundesgericht erhoben werden kann. Gemäss Art. 86 Abs. 1 BGG ist die FINMA jedoch keine Vorinstanz des Bundesgerichts. Hintergrund ist folgender: Art. 86 steht in einem engen Zusammenhang mit der in Art. 29a BV verankerten Rechtsweggarantie. Effektiver Rechtsschutz soll der Gesetzgeber durch Gerichte bereitstellen. Dabei bedeutet Effektivität, dass der Einzelne nicht einfach ein formales Recht und die theoretische Möglichkeit hat, das zuständige Gericht anzurufen (s.a. Waldmann, BSK BV, [\[Art. 29a, Rz. 13 f.\]](#)). Vielmehr hat jedermann einen substantiellen «Anspruch» auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle der Rechts- und Tatsachenfragen. Ganz selbstverständlich zählen also auch die Sachverhaltsfragen zur Rechtsstreitigkeit, und nur eine solche Instanz genügt dieser Garantie, die alle Rechts- und relevanten Sachverhaltsfragen beurteilen kann (Kley, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rn. 8 f. mit weiteren Nachweisen). Es ist damit ausreichend, aber zur



Einhaltung der Rechtsweggarantie gleichzeitig zwingend notwendig, dass es eine gerichtliche Vorinstanz gibt, die die Sachverhaltsfeststellungen trifft (BGer 2C_233/2021 [8.7.2021], E. 6.1.1).

Nun beurteilt gerade das Bundesgericht, das hier als alleinige gerichtliche Instanz vorgesehen ist, keine Sachverhaltsfragen, sondern stützt sich auf die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz. Das Bundesgerichtsgesetz lässt als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts grundsätzlich nur richterliche Behörden zu (Art. 75, 80, 86 Abs. 1 und 2 sowie Art. 114 i.V.m. Art. 75 Abs. 2 bzw. Art. 86 Abs. 2¹). (...) Einzelne Ausnahmen vom Prinzip, dass das Bundesgericht nicht als erste richterliche Behörde tätig werden soll, bestehen bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, so bei Entscheiden mit vorwiegend politischem Charakter (Art. 86 Abs. 3), bei der abstrakten Kontrolle von kantonalen Erlassen (Art. 87 Abs. 1) und in Stimmrechtssachen (Art. 88) (BSK BGG-Tophinke, Art. 86 N 1). Dies ist klar erkennbar aus Art. 97 BGG, wonach nur dann die Feststellung des Sachverhalts gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist. Bei einem direkten Weiterzug des Entscheids der FINMA an das Bundesgericht würde es mithin an einer gerichtlichen Instanz fehlen, die den Sachverhalt feststellt.

Um rasch einen rechtskräftigen Entscheid herbeizuführen, sieht das Bundesrecht einerseits die Möglichkeit vor, dass kein Zugang zum Bundesgericht gewährt wird und das Bundesverwaltungsgericht in letzter Instanz entscheidet oder andererseits, dass nur bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung an das Bundesgericht gelangt werden kann. Ohne das BGG ebenfalls zu ändern, führt bei Einhaltung des mit der Bundesrechtspflege beschlossenen Modellinstanzenzuges somit nach Auffassung des BJ kein Weg am Bundesverwaltungsgericht vorbei. Ohne eine Anpassung des BGG, welche für diesen spezifischen Fall eine Sachverhaltsprüfung durch das Bundesgericht vorsähe und als Systembruch bezeichnet werden müsste, würde der Vorschlag der Kommission die Rechtsweggarantie verletzen. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, die Genehmigung der Beschlüsse, anstatt der FINMA dem Bundesverwaltungsgericht zuzuweisen. In diesem Falle wäre es wohl möglich, dass das Bundesgericht als einzige gerichtliche Instanz urteilt.

Weitere materielle Fragen

Aus Sicht des BJ stellen sich weitere Fragen, zur Mechanik der vorgeschlagenen Norm:

- **Vollstreckung gegen die FINMA bei erfolgreicher Klage?**

Es ist vorgesehen, dass die Gläubiger, die die Offerte nicht annehmen, ein unangemessenes Umwandlungsverhältnis geltend machen und auf einen Ausgleich in Form von Aktien klagen können (Art. 11a Abs. 3 grüne Passage). Es ist unklar, wer Beschwerdegegner oder Beklagter wäre. Da im Satz zuvor von einer Beschwerde gegen den Entscheid der FINMA die Rede ist, liegt es nahe davon auszugehen, dass die FINMA Beschwerdegegnerin sein soll. Nicht klar ist hingegen, was mit dieser Beschwerde verlangt werden kann: Einerseits kann wohl die Aufhebung des Entscheids verlangt werden. Wenn andererseits aber auch ein unangemessenes Umwandlungsverhältnis geltend gemacht und ein Ausgleich in Form von Aktien geltend gemacht werden kann, fragt sich wie die FINMA dies bewerkstelligen soll. Verfügt sie, dass die Bank den Ausgleich leisten muss? Oder ist doch nicht die FINMA, sondern in einem zweiten Verfahren die Bank der Anspruchsgegner? Falls ja, woher nähme sie diese

Aktien, um die nicht zustimmenden und - wegen der *erga omnes*-Wirkung des Urteils - alle Gläubiger zu entschädigen?

- Art. 11a Abs. 3 sieht vor, dass die FINMA folgendes prüft:
 - Dient die Genehmigung (der FINMA: gemeint ist wohl statt der Genehmigung eher die Umwandlung?) der Verhinderung oder Bewältigung (was ist der Unterschied – ist die Bewältigung nicht woanders schon geregelt?) einer Krise der Bank?
 - Sind die Vorschriften über die Einberufung und Zustandekommen der Beschlüsse der Gläubigerversammlung eingehalten?
 - Sind die Beschlüsse auf redliche Weise zustande gekommen?
 - Nicht erwähnt ist die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses. Prüft die FINMA diese Frage?

Wie verhält sich dazu die Kognition des überprüfenden Gerichts? Bedeutet der Umstand, dass nur das ein unangemessenes Umtauschverhältnis geltend gemacht werden kann, dass auch die Kognition darauf beschränkt ist, oder könnte das Gericht prüfen und zum Ergebnis kommen, dass die Massnahme nicht der Verhinderung einer Krise dient? Falls die Kognition beschränkt sein soll, würde das bedeuten, dass nur die Angemessenheit der Umtauschverhältnisses gerichtlich beurteilt würde und die anderen Schritte des FINMA-Entscheids (Krise etc.) überhaupt nicht gerichtlich überprüft werden könnten – auch nicht im Rahmen einer Feststellungsklage? Dies wäre wiederum nicht mit der Rechtsweggarantie vereinbar.

- Art. 11a Abs. 1 (blaue Passage): Zur Diskussion steht der personelle Anwendungsbereich des Artikels. Aus unserer Sicht kann die Verhältnismässigkeit zeitlich früherer Massnahmen als bisher vorgesehen vor allem wegen der Folgen einer Insolvenz einer international tätigen systemrelevanten Bank bejaht werden. Bei weniger bedeutenden Banken liesse sich die Verhältnismässigkeit der Eingriffe in die Eigentumsrechte der nicht zustimmenden Gläubiger hingegen nicht ohne weiteres bejahen.
- Art. 1165 Abs. 1 ist nicht anwendbar. Wer beruft dann die Gläubigerversammlung ein? Müsste dies noch geregelt werden?
- Die Beschlüsse der Gläubigerversammlung werden im Plural genannt. Um welche handelt es sich, ggf. müssten sie klarer benannt werden.
- Art. 11a Abs. 2: Die Bestimmung sieht eine sechsmonatige Bewährungsfrist für die Massnahmen nach Abs. 2 vor. Es steht zu befürchten, dass eine gesetzliche Frist die Verordnungsbestimmungen der Eigenmittelverordnung derogiert und eine frühere Intervention der FINMA entgegenstehen könnte. Eine detaillierte Prüfung eines möglichen Konflikts war aus Zeitgründen nicht möglich.
- Hinsichtlich *erga omnes*-Wirkung des Urteils, die Art. 105 Abs. 2 FusG nachgebildet ist, haben wir keine Bedenken. Auch hier kann der personelle Anwendungsbereich im

Rahmen der Verhältnismässigkeit jedoch eine Rolle spielen. Gläubigern nicht systemrelevanter Banken wäre eine solche Frühintervention weniger zuzumuten als Gläubigern von systemrelevanten Banken.

Formale Bemerkungen

Platzierung des Artikels

Ist die Platzierung in Art. 11a alternativlos? Wäre nicht eine Platzierung im Abschnitt über die systemrelevanten Banken denkbar? Eine weitere Alternative wäre eine Platzierung in einem separaten Abschnitt 10a, dessen Anwendungsbereich auf die systemrelevanten Banken beschränkt wäre.

Entlastung des Texts

Die Absätze des Art. 11a sind sehr lang und daher schwer verständlich. Das gilt insbesondere für Absatz 3. Dieser regelt ein abweichendes Vorgehen zu mehreren Bestimmungen des OR. Es sind zwei Ansätze denkbar, um hier Abhilfe zu schaffen.

- Es wäre einerseits denkbar, den Regelungsstoff auf Stufe des formellen Gesetzes auf die wesentlichen Grundsätze zu reduzieren und unter Angabe von Eckpunkten Einzelheiten an den Bundesrat zu delegieren und diese in einer gesetzvertretenden Verordnung zu regeln. Wir gehen aber davon aus, dass ein solches Vorgehen, den gesuchten Kompromiss nicht fördern würde. Wir sind aber gerne bereit, die Kommission dabei zu unterstützen.
- Andererseits könnte eine Aufteilung des Regelungsstoffs in verschiedene Bestimmungen den Text entlasten. Wir könnten uns beispielsweise untenstehende Aufteilung und Betitelung vorstellen:
 - Pflichten bei Unterschreitung der Anforderungen an die Eigenmittel = Art. 11a Abs. 1 Satz 1.
 - Pflichten bei fortgesetzter Unterschreitung der Anforderungen an die Eigenmittel = Art. 11a Abs. 2 S. 1 und 3
 - Umtausch oder Umwandlung von AT1 = Art. 11a Abs. 3 S. 1.
 - Beschlüsse der Gläubigerversammlung
 - Genehmigung der Beschlüsse durch die FINMA
 - Beschwerde
 - Variable Vergütungen (als komplett separate Regelung [gelb]).
- Der Titel der «Stabilisierungsmassnahmen» nimmt angesichts der Regelungsinhalte eine zu hohe Flughöhe ein und ist ausserdem bislang kein Begriff des BankenG; denkbar wäre z.B.«Unterschreitung der Anforderungen an die Eigenmittel».

- Begriffe «nicht zustimmende Gläubiger» und «nicht andienende Gläubiger»: Wir gehen davon aus, dass damit dieselben Gläubiger gemeint sind und allenfalls in zeitlicher Hinsicht eine Unterscheidung intendiert ist. Wenn nicht, sollte derselbe Begriff verwendet werden.

Mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Sprachdienste (BK), mit denen das BJ die Verwaltungsinterne Redaktionskommission bildet, stehen wir gerne für eine weitere Bearbeitung des Normtextes zur Verfügung.

22.08.2026