

Beschlagnahme unrechtmässiger Gewinne durch die FINMA

Zwischen Präzedenzfällen und Kasuistik

Par Vaïk Müller le 18 November 2021

In einem Urteil vom 19. August 2021 ([2C 530/2020](#)) erinnerte das Bundesgericht an die Grundsätze für die Berechnung des beschlagnahmbaren Gewinns im Sinne von [Art. 35 FINMAG](#).

Eine von der FINMA als Verwalterin von kollektiven Kapitalanlagen im Sinne des [KAG](#) zugelassene Aktiengesellschaft X (die Zulassung ist seit der Übertragung der entsprechenden Bestimmungen vom KAG in das [Finanzdienstleistungsgesetz](#) als Verwalterin von Kollektivvermögen bekannt) hatte mit einer in Genf ansässigen Aktiengesellschaft Y Geschäftsvermittlungsverträge abgeschlossen.

Der Gründer der Gesellschaft Y wurde am 8. Februar 2018 vom Strafgericht in Genf wegen mehrerer Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Ihm wurde vorgeworfen, ohne Wissen einiger Kunden einer Bank, die er vertrat, massiv in Vermögenswerte investiert zu haben, unter anderem in ein amerikanisches Wertpapier über die von X verwalteten kollektiven Kapitalanlagen. Diese Investitionen hätten insbesondere für einen Anleger in den Jahren 2014 und 2015 zu erheblichen Verlusten geführt.

Mit Verfügung vom 1. September 2017 stellte die FINMA nach der Einleitung eines *Enforcement*-Verfahrens gegen X fest, dass X in schwerwiegender Weise gegen das Aufsichtsrecht verstossen hatte, indem er seine im KAG festgelegten Treue-, Sorgfalts- und Informationspflichten verletzt hatte. Zusätzlich zu dieser Feststellung ordnete die FINMA gemäß Art. 35 FINMAG die Einziehung eines Betrags von CHF 500.321,75 zugunsten der Eidgenossenschaft (vorbehaltlich einer strafrechtlichen Einziehung) an X an, wobei X nicht nur die Verfahrenskosten, sondern auch die Kosten des im Rahmen des *Enforcement*-Verfahrens ernannten Untersuchungsbeauftragten auferlegt wurden.

Nachdem die Beschwerde von X vom Bundesverwaltungsgericht am 28. April 2020 abgewiesen worden war, legte das Unternehmen beim BGer eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein. Im Wesentlichen beantragte X die Nichtigkeit oder sogar Aufhebung der Entscheidung der FINMA.

In rechtlicher und sachlicher Hinsicht erinnert das BGer daran, dass die Einziehung eine rein administrative Maßnahme ist, deren Ziel es ist, die rechtliche Ordnung wiederherzustellen, indem der Steuerpflichtige in die Situation versetzt wird, in der er sich ohne schwerwiegende Verletzung der Finanzmarktaufsichtsbestimmungen befunden hätte. Gestützt auf die [Botschaft](#)

des Bundesrates zum FINMAG betont das BGer auch, dass die Einziehung die Gerechtigkeit zwischen den Finanzinstituten fördert, indem verhindert wird, dass die guten Schüler benachteiligt werden, während diejenigen, die von ihrem rechtswidrigen Verhalten profitieren könnten, bevorzugt werden.

Unser Oberstes Gericht erinnert dann an seine Rechtsprechung zum Begriff „Gewinn“ und betont, dass der einziehbare Gewinn nach den Grundsätzen berechnet wird, die für die Rückerstattung des empfangenen Vorteils gelten und die im Bereich der unrechtmäßigen Bereicherung ([Art. 62 OR](#)) oder der Geschäftsführung ohne Auftrag, der sogenannten „egoistischen“ Geschäftsführung ([Art. 423 OR](#)), entwickelt wurden. Der Gewinn, den der Geschäftsführer erhalten hat und zurückerstatten muss, wird nach der Nettogewinnmethode berechnet. Die tatsächlich für die Realisierung des Gewinns angefallenen Kosten müssen davon abgezogen werden. Dagegen werden weder Fixkosten noch Gemeinkosten berücksichtigt, da diese ohnehin vom Steuerpflichtigen getragen werden (siehe [cdbf.ch/1058/](#)). Das BGer erwähnt nebenbei, dieser Punkt steht nicht wirklich im Mittelpunkt des Urteils, die Möglichkeit für die FINMA, den Betrag des einziehbaren Gewinns zu schätzen, falls es unmöglich ist, den Gewinn genau zu bestimmen oder falls seine Bestimmung unverhältnismäßige Mittel erfordert (jedoch nicht ohne Einschränkung, siehe das Urteil des [BVGer B-3930/2016](#) bezüglich der Einziehung des Gewinns in der BSI-Affäre nach dem 1MDB-Skandal).

Das BGer erinnert auch an den Inhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips ([Art. 5 Abs. 2 BV](#)) und daran, dass die FINMA in diesem Zusammenhang dafür sorgen muss, dass die Einziehung keine unverhältnismäßigen Folgen hat. Dies kann der Fall sein, wenn die Maßnahme den Konkurs des Steuerpflichtigen zur Folge haben könnte. Generell übernimmt das BGer das Argument des BVGer, wonach „das Interesse am reibungslosen Funktionieren der Finanzmärkte erfordert, dass eine Einziehung nicht zu leichtfertig reduziert wird, nur weil sie Liquiditätsprobleme verursachen könnte, da sonst die Kompensationsfunktion der Maßnahme ausgehöhlt werden könnte“.

Letztendlich weist das BGer im vorliegenden Fall alle Argumente der Beschwerdeführerin zurück. Insbesondere betont das BGer, dass die Maßnahme in keiner Weise unverhältnismäßig ist oder zu einem Konkurs führen könnte, da X nicht überschuldet ist (nach der Verkündung der Maßnahmen) und sogar von Ratenzahlungen profitieren kann. Das BGer erinnert außerdem daran, dass die Höhe der Einziehung nicht höher war als die Gewinne, die X durch seine Verstöße erzielt hat. Das BGer weist das Argument zurück, dass der Wechsel der Geschäftsleitung und der Imageschaden von X, den das neue Team zu „korrigieren“ versuche, triftige Gründe für eine zusätzliche Reduzierung des eingezogenen Betrags seien (der bereits aufgrund der Insolvenzgefahr reduziert worden war). Als Höhepunkt präzisiert das BGer. in Beantwortung einer Beschwerde von X, dass die Einziehung kein Abschreckungsmittel gegen die derzeitigen Organe eines Steuerpflichtigen ist, sondern ein Mittel zur Beseitigung von unrechtmäßig unter Verletzung des Finanzmarktrechts erhaltenen Vorteilen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass diese Rechtsprechung zwar nicht innovativ ist, aber dennoch einen guten Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in diesem Bereich bietet. Darüber hinaus kann sie die Kasuistik bereichern und es den Praktikern ermöglichen, die Argumente, die von den Gerichten, insbesondere von unserem Obersten Gerichtshof, berücksichtigt werden können (oder nicht), besser einzugrenzen.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Vaik Müller, Zwischen Präzedenzfällen und Kasuistik, publié le 18 November 2021 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/de/1207/>