



Thomas Jutzi* / Jean Philippe Fahrni**

Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG

Eine erste Bilanz nach 16 Jahren
Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG)



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Art. 35 FINMAG als Teil des Aufsichtsinstrumentariums
 1. Ratio legis
 2. Rechtsnatur
 - 2.1. Art. 35 FINMAG als restitutorischer administrativer Rechtsnachteil
 - 2.2. Abgrenzung zu repressiven pekuniären Verwaltungssanktionen
 - 2.3. Zwischenfazit
- III. Die materiellen Einziehungsvoraussetzungen im Einzelnen
 1. Einziehungssubjekt (persönlicher Anwendungsbereich)
 - 1.1. Beaufsichtigte
 - 1.2. Verantwortliche Personen in leitender Stellung
 - a. Aktuelle Regelung
 - b. Ausdehnung auf subalterne Mitarbeiter?
 - 1.3. Nicht beaufsichtigte Marktteilnehmer
 - a. Einziehung bei Verletzung von FinfraG-Verhaltensregeln
 - b. Erweiterung *de lege ferenda*
 - 1.4. Drittpersonen
 2. Einziehungsgrund (schwere Verletzung von Aufsichtsrecht)
 - 2.1. Aufsichtsrecht
 - 2.2. Schwere Verletzung
 - 2.3. Kasuistik
 3. Einziehungsobjekt (erzielter Gewinn oder vermiedener Verlust)
 - 3.1. Berechnung der Einziehungssumme
 - a. Rechtsprechung
 - b. Lehre
 - c. Stellungnahme
 - d. Zwischenfazit
 - 3.2. Vermiedener Verlust
 - 3.3. Schätzung der Einziehungssumme
 4. Kausalität
 5. Negative Voraussetzungen
 - 5.1. Verjährung
 - 5.2. Vorrang der strafrechtlichen Einziehung
 6. Verhältnismässigkeit

- IV. Verwendung der eingezogenen Vermögenswerte
 1. Allgemeines
 2. Reduktion der Einziehungsforderung im Umfang der Entschädigungszahlung
- V. Schlussbetrachtung und Ausblick

I. Einleitung

Vor etwas mehr als 16 Jahren trat das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG¹) in Kraft und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA nahm ihre operative Tätigkeit als neue Wächterin und Aufseherin über den Schweizer Finanzmarkt auf, mit dem Ziel, die Stabilität des Finanzsystems zu gewährleisten, den Schutz der Anleger zu stärken und das Vertrauen in den Finanzplatz Schweiz zu sichern. Mit dem Inkrafttreten des FINMAG erhielt die FINMA gleichzeitig eine Vielzahl aufsichtsrechtlicher Instrumente, um ihre gesetzlich übertragenen Aufgaben wirksam erfüllen zu können.

Angesichts jüngster Ereignisse – zu denken ist insbesondere an den *Credit Suisse-Kollaps*² – hat die Diskussion über eine Überarbeitung bzw. Erweiterung des Aufsichtsinstrumentariums der FINMA deutlich an Bedeutung gewonnen.³ Hinzu kommt, dass seit der Einführung des FINMAG nur punktuelle Revisionen an den gesetzlichen Aufsichtsmassnahmen vorgenommen wurden. Im Zentrum der aktuellen Debatten steht insbesondere die Einführung einer Bussenkompetenz zugunsten der FINMA.⁴

Die Frage, ob die Einführung einer Bussenkompetenz sinnvoll ist, lässt sich nur angemessen beantworten, wenn das bestehende Instrumentarium auf seine Effektivität und Wirksamkeit hin überprüft wird. Im Bereich

* Thomas Jutzi, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern, Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

** Jean Philippe Fahrni, MLaw, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern. Die Autoren danken Dr. iur. Ksenia Wess sowie Jan Heller, MLaw, Rechtsanwalt für die kritische Durchsicht und die wertvollen Anmerkungen.

¹ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG) vom 22. Juni 2007 (SR 956.1.).

² Vgl. etwa YUSUF SUME/MIRO WITZIG, Ende der Credit Suisse: Gesetzesrevisionen am Horizont?, GesKR 3/2023, 303 ff., 303 f.

³ Siehe insbesondere Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität vom 10. April 2024, BBl 2024, 1023 ff., 269 ff.

⁴ Für eine Übersicht: DENIS LOHER/LUCA MÜLLER, Bussenkompetenz für die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht?, iusNet «Bank- und Kapitalmarktrecht» vom 28. September 2023, *passim*.

pekuniärer Aufsichtsmaßnahmen liegt dabei der Fokus zunächst auf der aufsichtsrechtlichen Einziehung gemäss Art. 35 FINMAG. Diese Bestimmung ermöglicht es der FINMA, aufsichtswidrig erlangte Gewinne oder vermiedene Verluste bei Beaufsichtigten oder einer verantwortlichen Person in leitender Stellung abzuschöpfen.

Obwohl die Einziehung nach Art. 35 FINMAG in der Praxis regelmässig Anwendung findet⁵, gibt es in der Fachliteratur bislang nur wenige eingehendere Abhandlungen zu diesem Instrument.⁶ Dieses Defizit sowie das rund sechzehnjährige Bestehen des FINMAG bieten daher Anlass, die aufsichtsrechtliche Einziehung im vorliegenden Beitrag eingehend zu analysieren und die bisherige Lehre und Rechtsprechung dazu kritisch zu würdigen.

Hierzu wird in einem ersten Schritt die aufsichtsrechtliche Einziehung in die schweizerische Finanzmarktgesetzgebung eingeordnet (II.). Anschliessend geht der Beitrag auf die einzelnen materiell-rechtlichen Voraussetzungen von Art. 35 FINMAG ein (III.), wobei ein besonderes Augenmerk auf das Einziehungsobjekt – den einzuziehenden Gewinn – gelegt wird (III.3.). Abgerundet wird der Beitrag schliesslich mit einer Schlussbetrachtung (V.).

II. Art. 35 FINMAG als Teil des Aufsichtsinstrumentariums

Ein funktionierendes Aufsichtssystem erfordert, dass die FINMA die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben überprüfen und, wo angezeigt, die notwendigen (Zwangs-) Massnahmen ergreifen kann, um den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen.⁷ Das FINMAG stellt der FINMA in den Art. 24 ff. hierfür eine Reihe aufsichtsrechtlicher Instrumente zur Verfügung. Dieses Instrumentarium versteht sich dabei bildlich als «Werkzeuge», mit welchen die FINMA die Einhaltung der finanzmarktrechtlichen Gebote und Verbote zwangsweise durchsetzen kann.⁸ Art. 35 FINMAG schafft dabei die notwendige formell-gesetzliche Grundlage, um unrechtmässig erlangte Gewinne einzuziehen zu können.⁹

1. Ratio legis

Wie bereits die Materialien verdeutlichen, bezweckt die aufsichtsrechtliche Einziehung in erster Linie die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands, indem sie beim Betroffenen das abschöpft, was auf aufsichtswidrige Art und Weise erlangt oder gespart wurde.¹⁰ Ziel von Art. 35 FINMAG ist es indessen nicht, dem Betroffenen darüberhinausgehende bzw. zusätzliche finanzielle Nachteile zuzufügen.¹¹ Die aufsichtsrechtliche Einziehung hat eine reine «Ausgleichsfunktion» und soll verhindern, dass sich schwere Verstösse gegen das Aufsichtsrecht finanziell auszahlen.¹² Art. 35 FINMAG soll auch für Fairness unter den Beaufsichtigten sorgen; würden unrechtmässig erzielte Gewinne (bzw. vermiedene Verluste) nicht eingezogen, entstünde zwangsläufig eine Wettbewerbsverzerrung: Rechtskonform handelnde Beaufsichtigte wären benachteiligt, während diejenigen, die gegen das Aufsichtsrecht verstossen, profitieren würden.¹³ Darüber hinaus erfüllt Art. 35 FINMAG – wie bei verwaltungsrechtlichen Sanktionen üblich – auch eine generalpräventive Funktion.¹⁴

2. Rechtsnatur

2.1. Art. 35 FINMAG als restitutorischer administrativer Rechtsnachteil

Art. 35 FINMAG ist seiner Rechtsnatur nach den *pekuniären Verwaltungsanktionen* zuzuordnen. Verwaltungsanktionen sind gesetzliche Instrumente, welche die Erfüllung von verwaltungsrechtlichen (hier: aufsichtsrechtlichen) Pflichten durchsetzen.¹⁵ Darüber hinaus haben sie eine präventive Funktion, indem sie künftige Verstösse gegen die Rechtsordnung verhindern sollen und können zugleich als Mittel zum Ausgleich entstandener Schäden fungieren.¹⁶ Entgegen dem, was der Begriff «Verwaltungsanktion» suggeriert, müssen diese nicht zwangsläufig einen pönalen Charakter aufweisen.¹⁷ Verwaltungsanktionen können zwar eine strafende Wirkung entfalten, müssen dies aber nicht zwingend. Daher wird in der Regel zwischen drei unterschiedlichen Arten

⁵ Vgl. die Kasuistik der FINMA zur Einziehung, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/enforcementbericht-erstattung/kasuistik/>> (zuletzt besucht am 13. Januar 2025).

⁶ So etwa CHRISTOPH KUHN, in: Zulauf/Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, 389 ff. (zit. BEARBEITER/IN, Finanzmarktenforcement); SIDLER RAOUL, Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, Zürich/Basel/Genf 2009, *passim*; siehe auch BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 1 ff.

⁷ Vgl. ANDREAS ABEGG/HARALD BÄRTSCHI/ANDREAS DIETRICH, Prinzipien des Finanzmarktrechts, 4. Aufl., Zürich 2021, Rz. 374.

⁸ THOMAS JUTZI/QUIRIN MEIER, Retrozessionen und Entschädigung durch Dritte, AJP 8/2023, 917 ff., 932.

⁹ Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 1520 ff.

¹⁰ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2829 ff., 2849 und 2883.

¹¹ OLIVER FRIEDMANN/CHRISTOPH KUHN/FLORIAN SCHÖNKNECHT, § 12 Rz. 81, in: Sester/Brändli Beat/Bartholet/Schiltknecht (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Zürich/St. Gallen 2017.

¹² Botschaft FINMAG (FN 10), 2849.

¹³ Botschaft FINMAG (FN 10), 2849 und 2883.

¹⁴ Botschaft FINMAG (FN 10), 2849.

¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 1440 ff.; siehe auch PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, § 32 Rz. 1 ff.

¹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 1440.

¹⁷ Vgl. SIDLER (FN 6), 11. Siehe auch die Unterscheidung bei INES MEIER, Der Dualismus von Verwaltungs- und Strafverfahren, Diss. Zürich 2017, Zürich 2017, 47 ff.

von Verwaltungsanktionen unterschieden: *Exekutorische Sanktionen*, *repressive (pönale) Sanktionen* und *administrative Rechtsnachteile*.¹⁸

Die korrekte Zuordnung von Art. 35 FINMAG zu einer der genannten Kategorien ist insofern entscheidend, als je nach Einordnung weitergehende Verfahrensgarantien – insbesondere gemäss Art. 6 EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) – zu berücksichtigen sind.¹⁹ Sollte Art. 35 FINMAG als repressive (pönale) Verwaltungsanktion eingestuft werden, müsste die FINMA im Enforcementverfahren die Unschuldsvermutung und das Verbot der Selbstbelastung (*nemo-tenetur-Grundsatz*) beachten²⁰; Verfahrensgrundsätze, die freilich diametral von der üblich geltenden Auskunft- und Meldepflicht im verwaltungsrechtlichen Enforcementverfahren abweichen.²¹

Wie bereits einleitend zum Zweck von Art. 35 FINMAG erläutert, besteht das Ziel der aufsichtsrechtlichen Einziehung nicht darin, dem Betroffenen finanzielle Nachteile zuzufügen, die über die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands hinausgehen.²² Die Einziehung erfüllt eine rein ausgleichende Funktion²³ und besitzt daher keinen pönalen Charakter.²⁴ Art. 35 FINMAG stellt somit keine repressive Verwaltungsanktion dar, sondern einen *restitutorischen administrativen Rechtsnachteil*.²⁵

Diese dogmatische Einordnung scheint auch der Auffassung des Bundesgerichts zu entsprechen.²⁶ Im Rahmen der Prüfung der sogenannten *Engel-Kriterien*²⁷ kam das

Bundesgericht zum Schluss, dass Art. 35 FINMAG nicht als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK qualifiziert, sondern als rein *administrative Verwaltungsanktion* zu verstehen sei.²⁸ Damit folgt das Bundesgericht im Ergebnis der herrschenden Lehre.²⁹ Im verwaltungsrechtlichen Einziehungsverfahren finden daher weder die Unschuldsvermutung noch das Verbot der Selbstbelastung (*nemo-tenetur-Grundsatz*) Anwendung.³⁰ Ebenso wenig greifen die aus Art. 6 EMRK abgeleiteten Beweisverwertungsverbote.³¹

2.2. Abgrenzung zu repressiven pekuniären Verwaltungsanktionen

Im Gegensatz zu den administrativen Rechtsnachteilen zielen repressive pekuniäre Verwaltungsanktionen auf das Zufügen zusätzlicher finanzieller Nachteile ab, um das vom Betroffenen begangene Unrecht zu ahnden.³² Ein Beispiel für diese Sanktionsform sind verwaltungsrechtliche Bussen.³³

Wie bereits dargelegt, zeitigt Art. 35 FINMAG, ungeachtet seiner pekuniären Natur, keinen Bussencharakter, da – wie der Gesetzgeber unmissverständlich zum Ausdruck brachte – die Zuführung darüberhinausgehender Nachteile gerade nicht Ziel bzw. Zweck der aufsichtsrechtlichen Einziehung ist.³⁴ Dieser Umstand ist, wie noch aufgezeigt wird, insbesondere für die Berechnung des einzuziehenden Betrags relevant.³⁵ Nur wenn der Betroffene nach der Einziehung nicht schlechter dasteht, als wenn er sich von Beginn an aufsichtskonform verhalten hätte, kommt Art. 35 FINMAG auch tatsächlich kein pönaler Charakter zu.³⁶

¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 1441 ff. Andere Unterscheidung bei ALEXANDER LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Diss. Zürich 2013, Zürich 2013, Rz. 220 ff. (= ZStÖR) und bei TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 15), § 32 Rz. 6 ff.

¹⁹ Für die Qualifikation als strafrechtliche Anklage sind wohl MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA), Jusletter vom 7. März 2016, Rz. 73 und Ziff. 5 der Zusammenfassung auf Seite 30. A.M. ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH (FN 7), Rz. 1007; CAROLE BECK, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Diss. Bern 2018, Zürich 2019, Rz. 447 (= SSFM); BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 7; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 11), § 12 Rz. 81; KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 391; MEIER (FN 17), 142 f.; SIDLER (FN 6), 38.

²⁰ Eingehend NIGGLI/MAEDER (FN 19), Rz. 92 ff.

²¹ Beaufsichtigte müssen der FINMA alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt und zudem Vorkommnisse melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind (Art. 29 FINMAG).

²² Siehe auch FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 11), § 12 N 81.

²³ Botschaft FINMAG (FN 10), 2849.

²⁴ Botschaft FINMAG (FN 10), 2883.

²⁵ Administrative Rechtsnachteile sind Verwaltungsanktionen, mit denen dem fehlbaren Betroffenen bestimmte Befugnisse oder auch Vorteile entzogen werden können, wobei der Vorteilsentzug unter anderem auch in Form einer Einziehung von unrechtmässig erlangten Vermögensvorteilen ergehen kann. Administrative Rechtsnachteile zielen indessen gerade nicht auf das Zufügen von zusätzlichen, strafenden Nachteilen ab. Siehe hierzu: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 1521 f.; LOCHER (FN 18), Rz. 236; MEIER (FN 17), 52 f. und 142 f.

²⁶ Vgl. BGer 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4; vgl. auch BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3.

²⁷ Gemäss der Rechtsprechung des EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht

eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur des Vergehens bzw. dessen Art und Schwere und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen. Bezüglich Art. 35 FINMAG sieht das Bundesgericht keines dieser drei Kriterien erfüllt. Dazu BGer 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2. Siehe dazu weitergehend auch FN 167.

²⁸ BGer 2C_530/2020 vom 19. August 2021 E. 3.2: «[...] constitue une mesure de nature purement administrative [Hervorhebung durch die Autoren] qui vise à rétablir l'ordre légal [...]».

²⁹ ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH (FN 7), Rz. 1007; BECK (FN 19), Rz. 447; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 7; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 11), § 12 Rz. 81; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 1521 f.; KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 391; SIDLER (FN 6), 38.

³⁰ BGer 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.5.

³¹ Ebenda.

³² Siehe etwa Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, Pekuniäre Verwaltungsanktionen, vom 23. Februar 2022, 47.

³³ So z.B. Art. 49a des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).

³⁴ Botschaft FINMAG (FN 10), 2849 und 2883.

³⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. III.3.1.

³⁶ NIGGLI/MAEDER (FN 19), Rz. 72. Anders sieht es im Kartellsanktionsverfahren aus, wo der mutmassliche Gewinn, den das sanktionierende Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erwirtschaftet hat, bei der Festlegung des Sanktionsbetrages (mit-) berücksichtigt wird (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG). Die eigentliche Busse fällt dann aber immer höher aus, als der mutmassliche Gewinn.

2.3. Zwischenfazit

Die aufsichtsrechtliche Einziehung nach Art. 35 FINMAG ist dem Gesagten nach somit als pekuniäre Verwaltungs-sanktion im Sinne eines *restituorischen administrativen Rechtsnachteils* zu qualifizieren, die ausschliesslich auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands abzielt.

III. Die materiellen Einziehungsvoraussetzungen im Einzelnen

Die materiellen Voraussetzungen für eine Einziehung nach Art. 35 FINMAG werden weitgehend durch den Artikel selbst definiert: «Die FINMA kann den Gewinn einziehen, den eine Beaufichtigte, ein Beaufichtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat.»³⁷

Art. 35 Abs. 1 FINMAG verlangt folglich (III.1.) ein geeignetes Einziehungssubjekt, (III.2.) einen Einziehungsgrund und (III.3.) ein Einziehungsobjekt. Zwischen Einziehungsgrund und Einziehungsobjekt muss zudem (III.4.) ein Kausalzusammenhang bestehen; einziehbar ist nur der Gewinn, der *durch* die Verletzung von Aufsichtsrecht erzielt wurde. Eine Einziehung nach Art. 35 FINMAG ist indes ausgeschlossen, falls (III.5.1.) die Einziehungsforderung bereits verjährt oder wenn (III.5.2.) im selben Zusammenhang eine strafrechtliche Einziehung nach Art. 70 ff. StGB bereits erfolgt ist. Schliesslich muss die Einziehung verhältnismässig sein (III.6.).

1. Einziehungssubjekt (persönlicher Anwendungsbereich)

Als Subjekt der Gewinneinziehung gilt eine natürliche oder juristische Person, die *erstens* in den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 35 FINMAG fällt (im Folgenden «Einziehungsbetroffener»), und *zweitens*, in dessen Vermögen der aufsichtsrechtliche Gewinn angefallen ist.³⁸ Das Gesetz unterscheidet hinsichtlich des ersten Kriteriums zwischen *Beaufichtigten* und *verantwortlichen Personen in leitender Stellung*. In bestimmten Fällen kann aufgrund spezialgesetzlicher Bestimmungen ein aufsichtsrechtswidrig erzielter Gewinn zudem auch bei *nicht-beaufichtigten Marktteilnehmern* eingezogen werden.

³⁷ Art. 35 Abs. 1 FINMAG.

³⁸ Vgl. BVerfG B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 6.6.5: «Nur ein Gewinn, der im Vermögen des Beaufichtigten oder der verantwortlichen Person in leitender Stellung, der die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht vorgeworfen wird, entstanden ist, kann gestützt auf Art. 35 Abs. 1 FINMAG durch die FINMA eingezogen werden.»; vgl. auch Botschaft FINMAG (FN 10), 2883.

1.1. Beaufichtigte

Die FINMA kann den aufsichtsrechtswidrigen Gewinn zunächst direkt bei den beaufichtigten Instituten und Personen einziehen.³⁹ Wer bzw. was als Beaufichtigter im Sinne von Art. 35 FINMAG zu verstehen ist, wird in Art. 3 FINMAG legaldefiniert.⁴⁰ Als Beaufichtigte gelten demnach sowohl kollektive Kapitalanlagen als auch alle natürlichen und juristischen Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung durch die FINMA *benötigen*.⁴¹ Gestützt auf Art. 35 Abs. 1 FINMAG können von der FINMA somit nicht nur aufsichtsrechtswidrige Gewinne bei Unternehmen oder Personen eingezogen werden, die bereits eine Bewilligung besitzen, sondern explizit auch bei solchen Akteuren, die einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, zum massgeblichen Zeitpunkt aber (noch) nicht über die eigentlich notwendige Bewilligung verfügen.⁴²

1.2. Verantwortliche Personen in leitender Stellung

a. Aktuelle Regelung

Neben den Beaufichtigten erfasst Art. 35 Abs. 1 FINMAG explizit auch natürliche Personen, die bei einem beaufichtigten Institut als *verantwortliche Personen in leitender Stellung* tätig sind.⁴³ Wie hiervoor bereits ausgeführt wurde, sind damit auch natürliche Personen gemeint, die bei unerlaubt tätigen Instituten eine wesentliche, individuelle Mitverantwortung für die unbewilligte Tätigkeit tragen.⁴⁴ Mit anderen Worten können aufsichtsrechtswidrige Gewinne auch bei verantwortlichen Personen in leitender Stellung eines unerlaubt tätigen Unternehmens eingezogen werden.

Im Gegensatz zu den in Art. 3 FINMAG definierten Beaufichtigten fehlt es für diesen Personenkreis jedoch an einer aufsichtsrechtlichen Legaldefinition. Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) verwendet indes eine ähnliche Bezeichnung, bzw. spricht ebenfalls von «verantwortlichen Personen». Zu beachten ist jedoch, dass Art. 35 FINMAG in persönlicher Hinsicht unmissverständlich das Kriterium der «leitenden Stellung» verlangt, was bei Art. 33 FINMAG hingegen nicht der Fall ist.⁴⁵ Die

³⁹ Art. 35 Abs. 1 FINMAG.

⁴⁰ CHRISTIAN HEIERLI, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Diss. Zürich 2012, Zürich 2012, Rz. 383 (= ZStP 253).

⁴¹ Siehe dazu eingehend: SIDLER (FN 6), 13; vgl. auch BSK FINMAG-DU PASQUIER/RAYROUX, Art. 3 N 17 ff.

⁴² URS ZULAUF, Finanzmarktenforcement – Verfahren der FINMA, GesKR 1/2009, 46 ff., 48; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen 2009, Zürich/St. Gallen, 34 (= SGFM 6).

⁴³ KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 397.

⁴⁴ Vgl. hiervoor Ziff. III.1.1. KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 399, denkt diesbezüglich an die Organe der betroffenen Akteure oder an Personen, die massgeblich in die entsprechenden bewilligungspflichtigen Tätigkeiten involviert waren.

⁴⁵ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 13; MELANIE GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, BGer 2C_739/2015 vom 25. April 2016, SZW 6/2016,

Lehre, die sich mit dem persönlichen Anwendungsbereich von Art. 33 FINMAG befasst, legt diesen insofern weiter aus, als es der Wortlaut von Art. 35 FINMAG zulassen würde.⁴⁶ Die Erkenntnisse aus der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 33 FINMAG können daher nur *mutatis mutandis* zur Auslegung von Art. 35 FINMAG herangezogen werden.⁴⁷

Vor diesem Hintergrund fallen unter die verantwortlichen Personen in leitender Stellung zunächst die sog. *Gewährsträger*⁴⁸, d.h. insbesondere die obersten Leitungsorgane der Beaufsichtigten, namentlich die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung.⁴⁹ Darüber hinaus kommen grundsätzlich auch Personen auf einer hierarchisch tieferen Ebene in Frage⁵⁰, vorausgesetzt, sie bekleiden eine hinreichend hohe Leitungsfunktion in dem Bereich, in dem die schwere aufsichtsrechtliche Verletzung erfolgt ist.⁵¹ Die exakte Reichweite des persönlichen Anwendungsbereichs lässt sich allerdings kaum abstrakt erfassen. Die Abwägung und Beurteilung, ob es sich um eine verantwortliche Person in leitender Funktion handelt, muss – insbesondere unter Berücksichtigung der Grösse des beaufsichtigten Instituts und der *tatsächlichen Funktion* des Einzelnen – jeweils im Einzelfall erfolgen.⁵² Mögliche Anhaltspunkte zur Bestimmung des Verantwortungsbereichs und der Führungskompetenz können hierbei etwa die Zeichnungsberechtigung oder die Weisungsbefugnisse innerhalb des entsprechenden Bereichs sowie interne (Organisations-)Reglemente und Weisungen des beaufsichtigten Instituts sein.⁵³ Darüber hinaus sind auch informelle Strukturen und faktische Entscheidungsbefugnisse zu beachten, da auch Personen ohne formellen Leitungsstatus eine massgebliche Steuerungsfunktion innerhalb eines bestimmten Geschäftsbereichs innehaben können. Dies betrifft beispielsweise Führungspersonen, die strategische Entscheidungen vorbereiten oder massgeblich beeinflussen, auch wenn sie nominell nicht der Geschäftsleitung angehören.

b. Ausdehnung auf subalterne Mitarbeiter?

In seinem Bericht zur Bankenstabilität schlägt der Bundesrat vor, den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 35 FINMAG künftig auch auf Mitarbeiter auszudehnen, die bei einem beaufsichtigten Institut keine

leitende Stellung ausüben.⁵⁴ Diese Erweiterung würde potenzielle Abgrenzungs- bzw. Eingrenzungsprobleme, die aus der bisherigen Regelung resultieren könnten, lösen. Allerdings stellt sich die Frage, ob damit tatsächlich ein in der Praxis bestehendes Problem angegangen wird.

Ein Blick auf die bisherige Rechtsprechung zeigt zunächst, dass sich die Gerichte im Zusammenhang mit Art. 35 FINMAG bislang kaum näher mit der Frage auseinandersetzen mussten, wer als verantwortliche Person in leitender Stellung qualifiziert. In den Fällen, in denen die FINMA eine Einziehung bei natürlichen Personen anordnete, die bei einem beaufsichtigten Institut tätig waren, handelte es sich stets um Personen, die unzweifelhaft die Kriterien von Art. 35 Abs. 1 FINMAG erfüllten.⁵⁵ Soweit uns bekannt, ist bislang kein Fall dokumentiert, in dem eine Einziehung daran scheiterte, dass ein Mitarbeiter, der sich durch aufsichtswidriges Verhalten Gewinne verschaffte, in einer «zu niedrigen» hierarchischen Position arbeitete.⁵⁶ Fälle, in denen ein Verhalten eines Mitarbeiters auf einer tiefen Hierarchiestufe für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ursächlich ist, und dieser dadurch zusätzlich einen Gewinn für sich erwirtschaftet, dürften denn auch eher selten vorkommen.⁵⁷ Ein Bedarf zur Revision lässt sich aus der bisherigen Praxis daher noch nicht ableiten. Nichtsdestotrotz wäre es nach vorliegender Auffassung stossend, wenn ein subalterner Mitarbeiter eines beaufsichtigten Instituts einen aufsichtswidrigen Gewinn erwirtschaftet hätte, eine Einziehung nach Art. 35 FINMAG letztlich aber am Kriterium der (fehlenden) leitenden Stellung scheitern würde bzw. der aufsichtswidrigen Gewinn nur deswegen nicht abgeschöpft werden könnte.⁵⁸ Die beabsichtigte Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs ist vor diesem Hintergrund, und nicht zuletzt auch aus generalpräventiven Gründen zu begrüssen.

1.3. Nicht beaufsichtigte Marktteilnehmer

a. Einziehung bei Verletzung von FinfraG-Verhaltensregeln

Adressat einer Einziehung können auch *nicht beaufsichtigte Marktteilnehmer* sein.⁵⁹ Die unbeaufsichtigten Marktteilnehmer sind nicht mit den bereits hiervoor ange-

640 ff., 643 ff.; CHRISTOPH KUHN, Art. 33 FINMAG, Zürich/Basel/Genf 2014, 25 f.

⁴⁶ Vgl. FN 45.

⁴⁷ So auch BECK (FN 19), Rz. 448 m.w.H.

⁴⁸ Unter Gewährsträger (einer Bank) fallen diejenigen Personen, die aufgrund ihrer Zuständigkeit bzw. Funktion innerhalb des Finanzinstituts deren Fortbestand gefährden könnten. Vgl. SIDLER (FN 6), 17.

⁴⁹ BECK (FN 19), Rz. 448; SIDLER (FN 6), 16 ff.

⁵⁰ Vgl. bereits Botschaft FINMAG (FN 10), 2881 f.

⁵¹ Vgl. BECK (FN 19), Rz. 449; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 11; KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 370 und 397 f.; SIDLER (FN 6), 17.

⁵² Vgl. BECK (FN 19), Rz. 449; SIDLER (FN 6), 17.

⁵³ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 12.

⁵⁴ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (FN 3), 290.

⁵⁵ Vgl. etwa BVGer B-1576/2019 vom 29. November 2021 (ex-CEO); BVGer B-19/2012 vom 27. November 2013 (Verwaltungsrat).

⁵⁶ Diese Annahme beruht auf den einsehbaren Urteilen der Rechtsmittelinstanzen. Die von der FINMA bisher geführten Einziehungsverfahren würden gegebenenfalls ein anderes Bild zeichnen.

⁵⁷ In diese Richtung für das Berufsverbot GOTTINI/VON DER CRONE (FN 45), 644 f.

⁵⁸ Allerdings gilt zu beachten, dass, je nach Art des rechtswidrigen Verhaltens, unter Umständen auch ein strafrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegt, wodurch wiederum eine Einziehung in Frage kommt, wenn auch eine nach Art. 70 StGB.

⁵⁹ Vgl. KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 399; BECK (FN 19), Rz. 450; BSK FinfraG-MAURENBRECHER/HANSLIN, Art. 145 N 1.

sprochenen *unerlaubt tätigen Finanzmarktakteuren* zu verwechseln. Letztere agieren, ohne über eine aufsichtsrechtlich notwendige Bescheinigung (Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung) zu verfügen, während die nicht beaufsichtigten Marktteilnehmer – welche unabhängig davon, ob sie eine entsprechende FINMA-Bescheinigung besitzen – durch eine Verletzung von Marktverhaltensregeln des FinfraG⁶⁰ Subjekt einer Einziehung nach Art. 35 FINMAG sein können. Grundlage hierfür ist die Verweisung in Art. 145 FinfraG, wonach die FINMA eine Gewinneinziehung gegen natürliche und juristische Personen anordnen kann, welche die Meldepflichten bei der Offenlegung von Beteiligungen nach Art. 120, 121 und 124 FinfraG verletzt, gegen das Verbot des Insiderhandels (Art. 142 FinfraG) verstossen oder Marktmanipulation im Sinne von Art. 143 FinfraG begangen haben.⁶¹

b. Erweiterung de lege ferenda

Im Rahmen der aktuellen FinfraG-Revision soll die Verweisung in Art. 145 FinfraG *de lege ferenda* um weitere, neu ins FinfraG aufzunehmende Marktverhaltensregeln ausgebaut werden.⁶² Im vorliegenden Kontext dürften dabei insbesondere die Verhaltensregeln rund um die *Ad-hoc-Publizität* und der *Offenlegung von Managementtransaktionen* (Art. 37a – 37c revFinfraG) interessieren, die von den börseneigenen Kotierungsreglementen nunmehr ins FinfraG und damit in ein formelles Gesetz überführt werden sollen.⁶³ Als Folge davon würden künftig Gewinne, die bei einem Nichtbeaufsichtigten durch eine Verletzung der neu einzuführenden Publizitätsbestimmungen entstanden sind, der Einziehung nach Art. 35 FINMAG unterliegen. In der Vernehmlassung stiess die geplante FinfraG-Erweiterung bezüglich Art. 37a – 37c und Art. 145 FinfraG allerdings auf starke Ablehnung.⁶⁴

1.4. Drittpersonen

Gemäss den Gesetzesmaterialien ist die Gewinneinziehung bei *Dritten* – d.h. bei natürlichen oder juristischen Personen, die weder von Art. 3 FINMAG noch von den

vorgenannten Bestimmungen des FinfraG erfasst werden – ausgeschlossen.⁶⁵ Ein Dritter kann mit anderen Worten nie Adressat einer Einziehungsverfügung sein⁶⁶; einziehbar ist ausschliesslich der Gewinn, der auch effektiv beim Einziehungsbetroffenen anfällt. Dieser Umstand erscheint nicht unproblematisch, da er Anreize für Verschleierungskonstrukte schaffen könnte, bei denen der Einziehungsbetroffene den von ihm rechtswidrig erwirtschaftete Gewinn formaljuristisch im Vermögen eines Dritten anfallen lässt.⁶⁷ Kann dem Einziehungsbetroffenen nämlich keine entsprechende Zunahme des Vermögens im Umfang des rechtswidrigen Gewinns im Drittvermögen nachgewiesen werden, ist dieser Drittgewinn beim Einziehungsbetroffenen nicht einziehbar.⁶⁸ Im Kern stellt sich für die Einziehung deshalb die Frage, *ob* ein Verhältnis zwischen dem Einziehungsbetroffenen und dem Drittgewinn besteht, und falls ja, *welcher Natur* (rechtlich oder tatsächlich) ein solches Verhältnis sein muss, um den Drittgewinn dem Vermögen des Einziehungsbetroffenen zuordnen zu können.

Mit letzterem musste sich das Bundesgericht nach Wissen der Autoren bislang noch nicht beschäftigen. Auch der Lehre lässt sich keine vertiefte Auseinandersetzung zur Frage entnehmen, unter welchen Umständen ein aufsichtsrechtswidriger Drittgewinn dem Vermögen des Einziehungsberechtigten zugerechnet werden kann.⁶⁹ Das Bundesverwaltungsgericht hat jedoch in einem jüngeren Entscheid festgehalten, dass bei dieser Frage nicht ausschliesslich auf formaljuristische Kriterien abgestellt werden kann: Wenn die Ziele der Finanzmarktaufsicht es erfordern, sei – in Anlehnung an die Praxis zur aufsichtsrechtlichen Gruppenbetrachtung bei Unterstellungsverfahren⁷⁰ – eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise* heranzuziehen.⁷¹ Dies hat zur Folge, dass dem Einziehungsbetroffenen somit zumindest eine *wirtschaftliche Berechtigung* am «Drittgewinn» nachgewiesen werden muss. Eine formaljuristische Beziehung zwischen dem Einziehungsbetroffenen und dem Drittgewinn ist nach Rechtsprechung des BVGer indes nicht erforderlich;

⁶⁰ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivat Handel (Finanzmarktstrukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1).

⁶¹ Vgl. BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 6.3; BVGer B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 3.2; vgl. auch SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 145 N 26.

⁶² Siehe näher zur aktuellen FinfraG-Revision: Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Änderungen des Finanzmarktstrukturgesetzes, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 19. Juni 2024, 2 f. und 49.

⁶³ Vgl. Erläuternder Bericht (FN 62), 31 ff.

⁶⁴ Vgl. die einzelnen Stellungnahmen zur Vernehmlassungsvorlage, abrufbar unter: <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2023/99/cons_1/doc_8/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2023-99-cons_1-doc_8-de-pdf-a.pdf> (zuletzt besucht am 13. Januar 2025).

⁶⁵ Botschaft FINMAG (FN 10), 2883; SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 145 N 28.

⁶⁶ Anders Art. 70 Abs. 2 StGB, der die Vermögenseinziehung unter Umständen auch bei einem Dritten zulässt. Dazu näher BSK StGB-BAUMANN, Art. 70/71 N 56 ff.

⁶⁷ Ähnlich URS BERTSCHINGER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2021 bis ins vierte Quartal 2022, SZW 6/2022, 606 ff., 625.

⁶⁸ Siehe dazu FN 38 hiervor. Kritisch BERTSCHINGER (FN 67), 625 f.: Nach seiner Auffassung sei nicht darauf abzustellen, in wessen Vermögen der aufsichtsrechtswidrige Gewinn angewachsen ist, sondern wer ihn verursacht hat («Verursacherprinzip»). Ein Rückgriff auf die Gesetzesumgehung bzw. ein Abstellen auf die Rechtsprechung zur Unterstellungspflicht von bewilligungspflichtigen Aktivitäten im Rahmen einer Gruppe sei deshalb nicht nötig.

⁶⁹ Siehe immerhin BERTSCHINGER (FN 67), 625 f.

⁷⁰ Hierzu näher THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Erfassung bewilligungspflichtiger Gruppensachverhalte in der Finanzmarktaufsicht, GesKR 3/2012, 411 ff., 411 f.

⁷¹ Vgl. BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 6.6.7 f.

eine faktische Berechtigung über den Drittgewinn reicht aus.⁷²

Der Rechtsprechung des BVGer ist unseres Erachtens im Ergebnis beizupflichten. Sieh beim Gewinnanfall ausschliesslich an formaljuristischen Kriterien zu orientieren, würde – wie vorstehend bereits angesprochen – Tür und Tor für Verschleierungskonstrukte schaffen, wodurch die Einziehung zur hinkenden Bestimmung verkommen würde. Insofern scheint auch für Art. 35 FINMAG richtig, sich bei der «Gewinnzuordnung» an der im Finanzmarktaufsichtsrecht massgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu orientieren. Der Umstand, dass der Gewinn *de jure* im Drittvermögen anfällt, steht der Einziehung somit nicht entgegen, solange dem Einziehungsbetroffenen eine faktische resp. wirtschaftliche Berechtigung nachgewiesen werden kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die FINMA bereits beim blossen Anschein einer wirtschaftlichen Berechtigung Drittgewinne einziehen darf. Vielmehr muss sich eine solche Berechtigung hinreichend klar aus dem von ihr erhobenen Sachverhalt ergeben.^{73,74} Die Beweislast hierfür trägt die FINMA.⁷⁵

2. Einziehungsgrund (schwere Verletzung von Aufsichtsrecht)

Der Gewinn muss das Ergebnis *einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen* sein. Die Einziehung wird mithin durch einen qualifizierten Verstoss gegen eine finanzmarktrechtliche Norm legitimiert (Einziehungsgrund). Der Einziehungsgrund ist dabei durch zwei Merkmale gekennzeichnet: Verlangt wird zum einen eine Verletzung von *Aufsichtsrecht*. Zum anderen muss ein hinreichend *schwerer Verstoss* gegen Aufsichtsrecht vorliegen. Eine schwere Verletzung von Bestimmungen ausserhalb des Aufsichtsrechts ist somit ebenso wenig ausreichend wie eine nur leichte Verletzung von Aufsichtsrecht.

2.1. Aufsichtsrecht

Weder das FINMAG noch die anderen (finanzmarktrechtlichen) Erlasse äussern sich näher dazu, was unter Aufsichtsrecht zu verstehen ist. Gemäss den einschlägigen Gesetzesmaterialien zum FINMAG gehören zum Aufsichtsrecht zunächst die in Art. 1 Abs. 1 lit. b–i FINMAG genannten formellen Gesetze⁷⁶ sowie die darauf gestützt erlassenen Verordnungen.⁷⁷ Es handelt sich dabei um generell-abstrakte Erlasse, für deren Vollzug die FINMA zuständig ist.⁷⁸ Finanzmarktrechtliche Erlasse, deren Vollzug nicht durch die FINMA erfolgt, qualifizieren im Umkehrschluss somit grundsätzlich nicht als Aufsichtsrecht im Sinne von Art. 35 FINMAG.⁷⁹

Zum Aufsichtsrecht gehören gemäss der Botschaft sodann die von der FINMA veröffentlichten *Rundschreiben*⁸⁰, die eine einheitliche und sachgerechte Praxis bei der Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung der Aufsichtsbehörde bezwecken, in dem sie offene oder unbestimmte Rechtsnormen konkretisieren und Vorgaben für die Ermessensausübung enthalten.⁸¹

Ebenso können Bestimmungen im Bereich der *Selbstregulierung* als Aufsichtsrecht qualifizieren.⁸² Diesbezüglich ist jedoch zwischen der *unechten*, d.h. der obligatorischen Selbstregulierung und der Mindeststandard-Selbstregulierung, sowie der *echten* bzw. autonomen Selbstregulierung zu unterscheiden. Während die unechte Selbstregulierung – unter anderem in Form von anerkannten Mindeststandards – grundsätzlich dem Aufsichtsrecht zuzuordnen ist⁸³, handelt es sich bei der echten Selbstregulierung nicht um Aufsichtsrecht, da sich diese durch ihren rein privatrechtlichen Charakter auszeichnet.⁸⁴ Die rein zivilrechtliche Natur der echten Selbstregulierung soll indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Verletzung solcher Bestimmungen nicht

⁷² BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 6.6.8. Eingehend zur faktischen Kontrollmöglichkeit, siehe ALEX ATTINGER, *Wirtschaftliche Berechtigung, Konzepte und Dogmatik*, Diss. Bern 2023, Zürich 2023, Rz. 563 ff. insbesondere Rz. 779 (= sui generis 044).

⁷³ Je komplexer die Sach- und Rechtslage und je einschneidender in die Rechtslage des Betroffenen eingegriffen wird, desto höhere Anforderungen sind an die Begründungsdichte zu stellen. Vgl. BENNINGER/ZULAUF, *Finanzmarktenforcement* (FN 6), 166 m.w.H.

⁷⁴ Es genügt, dass die FINMA oder das Gericht nach der Beweiswürdigung gestützt auf objektive Gesichtspunkte *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* vom Vorliegen des rechtserheblichen Sachverhalts überzeugt ist. Diese Überzeugung kann auch auf Indizien beruhen. Siehe dazu näher LUKAS MÜLLER/JULIA HAAS/NATALIE V. STAUBER, *FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen, Ausgewählte prozessuale Aspekte aus der Praxis*, GesKR 3/2019, 388 ff., 394.

⁷⁵ Vgl. BVGer B-2204/2011 vom 24. Juli 2012 E. 6.2.1. f. m.w.H.

⁷⁶ Zum Aufsichtsrecht zählt grundsätzlich auch das in Art. 1 lit. a FINMAG genannte Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930 (PfG, SR 211.423.4.). Jedoch ist eine Einziehung bei einem Verstoss gegen pfandbriefrechtliche Bestimmungen des PfG wegen Art. 39 PfG ausgeschlossen.

⁷⁷ Botschaft FINMAG (FN 10), 2880; vgl. ferner BECK (FN 19), Rz. 365 m.w.H.

⁷⁸ KUHN (FN 45), 28.

⁷⁹ So z.B. das Nationalbankengesetz, das Spielbankengesetz oder das Revisionsaufsichtsgesetz. Vgl. dazu SIDLER (FN 6), 21.

⁸⁰ Kritisch BECK (FN 19), Rz. 366 sowie BSK FINMAG-Hsu/BAHAR/RENNINGER, Art. 32 N 20.

⁸¹ Nicht zum Aufsichtsrecht gehören demgegenüber die Aufsichtsmitteilungen. Vgl. dazu näher: <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-aufsichtsmitteilungen/>> (zuletzt besucht am 13. Januar 2025).

⁸² Botschaft FINMAG (FN 10), 2880.

⁸³ Vgl. exemplarisch für die FA-SBVg (FN 101): BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 3.6.3. m.w.H.

⁸⁴ THOMAS JUTZI, *Anerkannte Mindeststandards als «Zwitterform» der Finanzmarkt(selbst)regulierung*, in: Peter V. Kunz et al. (Hrsg.), *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Bern 2014, 197 ff., 202; THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, *Selbstregulierung im Asset Management und Kollektivanlagenrecht, Theorie, Praxis und Entwicklung*, AJP 1/2025, 11 ff.

auch aufsichtsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Die von der FINMA beaufsichtigten Institute sowie die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen müssen grundsätzlich Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.⁸⁵ Die Gewähr umfasst dabei etwa das korrekte Verhalten der betroffenen Personen im Geschäftsverkehr, was namentlich die Einhaltung der Rechtsordnung und damit – neben Gesetzen und Verordnungen – auch vertragliche Vereinbarungen sowie interne Regelwerke (z.B. bankinterne Weisungen) oder gegebenenfalls Standesregeln bzw. verbindliche Branchenstandards einschliesst.⁸⁶ In diesem Sinne kann die Missachtung von rein privatrechtlichen Regelwerken, zu welchen, wie gesagt, auch Bestimmungen der echten Selbstregulierung gehören, in einem Verstoss gegen die aufsichtsrechtliche Gewährspflicht münden, wodurch im Ergebnis auch eine für Art. 35 FINMAG relevante Verletzung von Aufsichtsrecht vorliegen kann.⁸⁷ Allerdings führt eine Verletzung der Gewährspflicht durch Verstoss rein privatrechtlicher Bestimmungen nicht automatisch zu einer Aufsichtsrechtsverletzung, die eine Einziehung legitimieren könnte. Nur eine schwerwiegende Verletzung kann diesbezüglich ausreichen, zumal auch Art. 35 FINMAG eine solche voraussetzt.⁸⁸

In Anbetracht des Vorstehenden ist für Art. 35 FINMAG somit grundsätzlich dann von einem Verstoss gegen Aufsichtsrecht auszugehen, wenn das Verhalten des Einziehungssubjekts eine Bestimmung verletzt, die einen öffentlich-rechtlichen Charakter aufweist und für deren Vollzug bzw. Durchsetzung die FINMA zuständig ist. Fehlt es an diesen Merkmalen, ist auch eine schwere Normverletzung für Art. 35 FINMAG grundsätzlich unerheblich. Dies gilt, wie hiervor gesagt, unter dem Vorbehalt, dass die Verletzung einer nicht-aufsichtsrechtlichen Norm nicht mittelbar auch zu einer (schweren) Verletzung der Gewährspflicht führt.

2.2. Schwere Verletzung

Der Begriff der «schweren Verletzung» ist ein unbestimmter Rechtsbegriff.⁸⁹ Bei der Beurteilung, ob eine

Verletzung im konkreten Fall schwer wiegt, kommt der FINMA ein fachtechnischer Beurteilungsspielraum zu.⁹⁰ Die Beschwerdeinstanzen üben bei der Überprüfung der Einziehungsverfügung daher Zurückhaltung aus, da die FINMA den örtlichen, technischen und persönlichen Verhältnissen nähersteht bzw. über spezifische Fachkenntnisse verfügt.⁹¹ Die Gerichte greifen nur ein, wenn die Auslegung der Aufsichtsbehörde als unvertretbar erscheint (sog. «Ohne-Not-Praxis»⁹²).

Das Erfordernis einer *schweren aufsichtsrechtlichen Verletzung* gilt gemäss FINMAG nicht nur für die Einziehung, sondern auch für weitere Enforcementmassnahmen – insbesondere Art. 32 (Feststellungsverfügung), Art. 33 (Berufsverbot) und Art. 34 FINMAG (Veröffentlichung einer Verfügung). Dabei sind jedoch unterschiedliche Massstäbe an die Schwere der Verletzung anzulegen, da diese Massnahmen unterschiedlich schwerwiegende Konsequenzen für die Betroffenen haben.⁹³ Für die Einziehung und das Berufsverbot, die beide einen erheblichen Eingriff in die Rechtsposition der Betroffenen darstellen, sind entsprechend höhere Anforderungen an die Verletzungsschwere zu stellen.⁹⁴

Für die Einziehung orientiert sich die Schwere der Verletzung primär am Ausmass der Abweichung vom gebotenen Normverhalten sowie an der Bedeutung und dem Schutzzweck der verletzten Norm.⁹⁵ Relevant ist etwa, ob das Einziehungssubjekt mehrmals oder über einen längeren Zeitraum gegen die Norm versties und welchen systematischen Aufwand der Betroffene zur Erzielung des Gewinns auf sich nahm.⁹⁶ Zudem kann der Schweregrad der Verletzung daran gemessen werden, ob das rechtswidrige Verhalten nicht nur aufsichtsrechtlich, sondern auch strafrechtlich relevant ist.⁹⁷ Auch die Höhe des erzielten aufsichtsrechtlichen Gewinns kann als Indiz für eine schwere Verletzung gelten⁹⁸; jedoch ist es nicht angemessen, sich allein darauf zu stützen, da die Höhe des Gewinns nicht zwangsläufig die Schwere der Verletzung widerspiegelt.⁹⁹

⁸⁵ So z.B. Art. 14 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG), SR 961.01 oder Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 3f Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952). Vgl. hierzu näher sogleich FN 87.

⁸⁶ BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 9.

⁸⁷ Vgl. exemplarisch für die aufsichtsrechtliche Einziehung das Urteil BVGer B-19/2012 vom 27. November 2013 E. 9.4.5, in welchem der Beschwerdeführer durch die Verletzung von Art. 717 OR letztlich keine Gewähr mehr für eine einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a VAG bot, wodurch die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 7 ff. VAG) in Frage gestellt wurde. Dies qualifizierte das BVGer als eine «Verletzung von zentralen, bedeutenden finanzmarktrechtlichen Pflichten».

⁸⁸ Dazu sogleich Ziff. III.2.2.

⁸⁹ BGer 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 5.1.

⁹⁰ Siehe dazu BVGer B-19/2012 vom 27. November 2013 E. 9.3.6. m.w.H.

⁹¹ Vgl. BVGer B-5668/2017 vom 28. April 2020 E. 6.1.

⁹² BVGer B-19/2012 vom 27. November 2013 E. 9.3.6.

⁹³ BECK (FN 19), Rz. 368.

⁹⁴ BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 3.6.4.; KUHN (FN 45), 31 f.

⁹⁵ Vgl. KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 391 f.; JUTZI/MEIER (FN 8), 933.

⁹⁶ Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten dürfte jedenfalls nicht genügen. Vgl. BVGer B-697/2016 vom 27. Februar 2020 E. 4.2.5; BVGer B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.3.

⁹⁷ Vgl. BVGer B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.4.

⁹⁸ BVGer B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.3.

⁹⁹ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 18; KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 391 f.

2.3. Kasuistik

In der *Rechtsprechung*¹⁰⁰ wurde eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht im Zusammenhang mit einer Einziehung etwa in folgenden Fällen bejaht:

- Verletzung des Eigenhandelsverbots gem. Rz. 32 i.V.m. Rz. 1 der FA-SBVg¹⁰¹, indem der Beschwerdeführer während mehreren Jahren über Konten seiner Ehefrau Effekengeschäfte mit von diesem selbst analysierten Titeln durchführte.¹⁰²
- Verstoss gegen GwG-Pflichten nach Art. 3 ff. GwG, indem es die vom Beschwerdeführer geleitete Bank unterlassen hatte, ihre Geschäftspartner korrekt zu identifizieren, die Rechtmässigkeit von ungewöhnlichen Transaktionen im Rahmen einer Geschäftsbeziehung mit erhöhtem Risiko hinreichend abzuklären und trotz der dringenden Verdachtsmomente keine Meldung an die MROS erstattete.¹⁰³
- Verstoss gegen die Treue-, Informations- und Sorgfaltspflichten des KAG, indem die Beschwerdeführerin für keine genügende Risikodiversifizierung in den von ihr verwalteten Fonds sorgte sowie generell die eigentliche Fondsverwaltung vernachlässigte und darüber hinaus überhöhte Gebühren bezog.¹⁰⁴
- Verletzung von Art. 33f BEHG (heute Art. 143 FinfraG), indem die Beschwerdeführerin durch bewusstes «Spoofing», «Layering» und «Ramping» Börsenkurse manipuliert hatte.¹⁰⁵
- Verstoss gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen, indem sich die Beschwerdeführerin wegen grundlegender Mängel im Organisationsbereich unnötigen und unverhältnismässig hohen Rechts- und Reputationsrisiken ausgesetzt hatte, wodurch sie das Gewährserfordernis schwer verletzt hatte. Zudem hatte die Beschwerdeführerin ihre Informationspflicht gegenüber der FINMA missachtet.¹⁰⁶
- Verstoss gegen Art. 33e BEHG (heute Art. 142 FinfraG) durch mehrfaches Ausnützen von Insiderinformationen während einer längeren Dauer, wodurch ein beträchtlicher Gewinn (über CHF 1'200'000) erzielt wurde. Erschwerend kam die Stellung des Be-

schwerdeführers hinzu, der Informationen ausnützte, die ihm in seiner Eigenschaft als «Senior Advisor» anvertraut worden waren.¹⁰⁷

- Verletzung durch treuwidrige (Art. 717 OR) Entgegennahme von Honorarforderungen der Tochtergesellschaften für Leistungen, die bereits mit dem VR-Mandatsvertrag des Beschwerdeführers fix abgegolten wurden. Dadurch bot der Beschwerdeführer letztlich keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a VAG, was im Ergebnis die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 7 ff. VAG) in Frage stellte.¹⁰⁸

Die aufgeführten Fälle zeigen eine breite Palette von Verstössen, darunter Eigenhandelsverbote, Pflichten im Zusammenhang mit Geldwäschereibekämpfung, Sorgfalts- und Treuepflichten, Marktmanipulation sowie den Missbrauch von Insiderinformationen. Aus der illustrierten Kasuistik der Rechtsmittelinstanzen lässt sich jedoch noch keine für die Einziehung typische, resp. immer wieder vorkommende schwere Aufsichtsrechtsverletzung erkennen. Die Analyse der unveröffentlichten FINMA-Einziehungsverfügungen würde unter Umständen ein anderes Bild zeichnen. Ungeachtet dessen verdeutlicht die Rechtsprechung, dass sich die Schwere zunächst am Ausmass der Abweichung vom gebotenen Normverhalten orientiert. Entscheidend kann daher sein, ob der Normverstoss wiederholt oder während längerer Zeit begangen wurde und welchen systematischen Aufwand das Einziehungsobjekt zur Erzielung des Gewinns auf sich nahm. Ebenso spielen die Bedeutung und der Schutzzweck der verletzten Norm selbst eine Rolle.

3. Einziehungsobjekt (erzielter Gewinn oder vermiedener Verlust)

Das *Einziehungsobjekt* ist der Betrag, der dem Gewinn bzw. dem Verlust entspricht, der aufgrund einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht erzielt bzw. vermieden wurde. Art. 35 FINMAG sieht ausdrücklich nur die Gewinn- bzw. Verlusteinziehung, nicht jedoch die Einziehung von *Vermögenswerten* vor. Eine Sach- oder Natureinziehung, wie sie etwa Art. 70 StGB erlaubt, ist gestützt auf Art. 35 FINMAG nicht möglich. Das Einziehungsobjekt ist demnach stets eine Geldsumme und stellt einen betragsmässigen Wert dar.¹⁰⁹

3.1. Berechnung der Einziehungssumme

Art. 35 FINMAG enthält keine Vorgaben zur Berechnung von Gewinn oder Verlust, und auch die Gesetzmateriale zum FINMAG geben hierzu keine weiteren

¹⁰⁰ Gemeint ist die Rechtsprechung des BVGer und des BGer im Zusammenhang mit einer Einziehungsverfügung. Siehe zur Kasuistik, insbesondere zu den rechtskräftigen Einziehungsverfügungen der FINMA, näher <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/enforcementberichterstattung/kasuistik/>> (zuletzt besucht am 13. Januar 2025).

¹⁰¹ Richtlinien zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Finanzanalyse der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Januar 2008. Die FA-SBVg wurden von der FINMA als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard anerkannt. Siehe dazu näher: <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/selbstregulierung/anerkannte-selbstregulierung/>> (zuletzt besucht am 13. Januar 2025).

¹⁰² Vgl. BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 3.

¹⁰³ Vgl. BVGer B-1576/2019 vom 29. November 2021 E. 8.5. und 10.6.

¹⁰⁴ Vgl. BGer 2C_530/2020 vom 19. August 2021 E. 3.5. Siehe hierzu bereits näher BVGer B-5668/2017 vom 28. April 2020 E. 5.1. ff.

¹⁰⁵ Vgl. BGer 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 7.3.

¹⁰⁶ Vgl. BVGer B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019 E. 5.5.1.

¹⁰⁷ Vgl. BVGer B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.4.

¹⁰⁸ Siehe BVGer B-19/2012 vom 27. November 2013 E. 9.4.5.

¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen BSK FINMAG-Bösch, Art. 35 N 20.

Hinweise. Ein Gewinn wird allgemein als die messbare Differenz zwischen Ertrag und Aufwand innerhalb eines bestimmten Zeitraums verstanden.¹¹⁰ Im Kontext von Art. 35 FINMAG ist dieser Grundsatz jedoch dahingehend zu präzisieren, dass der einzuziehende Gewinn der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen des Rechtsverletzers und dem Vermögensstand entspricht, den er ohne die aufsichtswidrige Handlung erreicht hätte.¹¹¹ Erster Anknüpfungspunkt bei der Berechnung muss deshalb die Bezifferung des Ertrags sein, der aus der Verletzung von Aufsichtsrecht entstanden ist. Anschliessend ist zu klären, ob und in welchem Umfang die für die Ertragsgenerierung notwendigen Aufwendungen in Abzug gebracht werden können.

Es mag zunächst fragwürdig erscheinen, Abzüge bei der Bestimmung des Einziehungsobjekts zuzulassen. Allerdings kann, wie die Norm unmissverständlich zum Ausdruck bringt, nur ein *Gewinn* und nicht ein (Brutto)Ertrag eingezogen werden.¹¹² Dieses Verständnis wird auch vom Normzweck gestützt, wonach Art. 35 FINMAG ausschliesslich eine ausgleichende, nicht aber eine strafende Funktion zukommen soll.¹¹³ Der nicht-pönale Charakter von Art. 35 FINMAG wird nur gewährleistet, wenn das Einziehungsobjekt nach der Einziehung *nicht* schlechter dasteht, als wenn es die aufsichtsrechtliche Bestimmung nicht verletzt hätte.¹¹⁴ Eine darüber hinausgehende Nachteilszufügung würde eine strafende Wirkung – ähnlich einer Busse – zeitigen. Bei der Berechnung der Einziehungssumme ist daher nicht das Bruttoprinzip anzuwenden. Es stellt sich mit anderen Worten nicht die Frage, *ob*, sondern vielmehr nur *welche* Aufwendungen vom aufsichtswidrig erwirtschafteten Ertrag in Abzug gebracht werden können. Im Folgenden wird darauf unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung näher eingegangen. An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass nicht jeder denkbare Abzug einzeln behandelt werden kann, da dies den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen würde. Vielmehr werden grundlegende Aspekte beleuchtet, die in der bisherigen Praxis zu Diskussionen geführt haben, insbesondere der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens und der anteilmässige Abzug von Fixkosten.

a. Rechtsprechung

Das BVGer musste sich – soweit ersichtlich – erstmals im Jahre 2013 vertieft mit der Gewinnberechnung auseinandersetzen. Konkret hielt es fest, «*dass unter 'Gewinn' im Sinne von Art. 35 Abs. 1 FINMAG die positive Differenz zwischen den Erträgen und den Aufwendungen zu verstehen ist. Vom Ertrag dürfen daher die konkreten Auf-*

wendungen in Abzug gebracht werden, die zum Zwecke der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen angefallen sind. Mit Blick auf diesen Grundsatz kann bei der Bestimmung des durch eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielten Gewinns nicht die allgemeine Gewinn- resp. Einkommenssteuer anteilmässig abgezogen werden, denn diese Steuern werden nicht direkt auf dem zu Unrecht erzielten Betrag bemessen, sondern auf dem Reingewinn resp. Reineinkommen [...]. Abzuziehen sind daher nur diejenigen Kosten, welche zur Erzielung des Gewinnes tatsächlich angefallen sind, wofür die Beweislast trägt, wer solche Kosten geltend macht [...].»¹¹⁵ Diese Auffassung wurde vom BVGer in einem späteren Entscheid bestätigt.¹¹⁶ Beide Urteile wurden nicht ans Bundesgericht weitergezogen.

Im Jahre 2018 musste sich das BVGer erneut mit einer Gewinnbemessung nach Art. 35 FINMAG befassen, wobei insbesondere die Abzugsfähigkeit von anteiligen Betriebskosten im Mittelpunkt stand.¹¹⁷ Präzisierend zu seiner bisherigen Rechtsprechung hielt das BVGer gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gewinnherausgabe bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 423 OR fest, dass auch solche Aufwendungen abzugsfähig seien, die beim Einziehungsobjekt ohnehin angefallen wären.¹¹⁸ Unter Art. 35 FINMAG seien mithin auch allgemeine Betriebskosten, z.B. Lohnkosten einer Abteilung abzugsfähig, vorausgesetzt, dass die betrieblichen Kapazitäten auch ohne die mit der Rechtsverletzung zusammenhängenden Vorgänge ausgelastet gewesen wären.¹¹⁹ Der Einziehungsbetroffene muss diesen Nachweis jedoch nur erbringen, falls die FINMA die Abzugsfähigkeit bestreitet.¹²⁰ Folglich liess das BVGer den Abzug anteilmässiger Betriebskosten, die von der FINMA nicht anerkannt worden waren, zu.¹²¹ Das Bundesgericht hob diesen Entscheid jedoch auf.

In seinem Urteil 2C_422/2018 kam das Bundesgericht zu dem Schluss, dass sich der Gewinn gemäss Art. 35 FINMAG nicht per se als Differenz zwischen Aufwand und Ertrag verstehe. Die konkrete Einziehungssumme orientiere sich an der Vorteilsherausgabe, wie sie Art. 423 OR vorsieht.¹²² Der nach Art. 35 FINMAG einzuziehende Gewinn bestehe somit in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen des Verletzers und dem Wert, den es ohne die Verletzung aufweisen würde.¹²³ Massgebend sei damit der Nettogewinn; vom Erlös, der mit dem aufsichtswidrigen Verhalten erzielt worden ist, seien die Aufwände abzuziehen, die für

¹¹⁰ SIDLER (FN 6), 23 m.w.H.

¹¹¹ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

¹¹² SIDLER (FN 6), 24. Vgl. auch BECK (FN 19), Rz. 459.

¹¹³ Dazu bereits vorne Ziff. II.1.

¹¹⁴ NIGGLI/MAEDER (FN 19), Rz. 72; vgl. zudem bereits vorne Ziff. II.2.

¹¹⁵ BVGer B-798/2012 vom 27. November 2013 E. 9.3.3.

¹¹⁶ BVGer B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.5.1.

¹¹⁷ BVGer B-6952/2016 vom 3. April 2018 E. 5.

¹¹⁸ BVGer B-6952/2016 vom 3. April 2018 E. 5.4. f.

¹¹⁹ BVGer B-6952/2016 vom 3. April 2018 E. 5.5.

¹²⁰ BVGer B-6952/2016 vom 3. April 2018 E. 6.

¹²¹ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3.

¹²² BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.5.

¹²³ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

die Erzielung des Ertrags notwendig waren.¹²⁴ Fixkosten, mithin nicht konkret zurechenbare Gemeinkosten, seien nicht abzugsfähig, wenn vorhandene Ressourcen ohne die rechtsverletzende Tätigkeit nicht ausgelastet gewesen wären oder nicht hätten verwendet werden können.¹²⁵ Da diese Kosten dem Verletzer ohnehin angefallen wären, sollen sie zur Ermittlung des massgebenden Nettogewinns vom Bruttoerlös nicht in Abzug gebracht werden können.¹²⁶ Das Bundesgericht verweigerte demnach im Gegensatz zur Vorinstanz¹²⁷ den anteilmässigen Abzug von allgemeinen Geschäftskosten.¹²⁸

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gewinnberechnung nach Art. 35 FINMAG wurde seither mehrfach bestätigt und in einzelnen Aspekten weiter konkretisiert.¹²⁹

b. Lehre

Die Lehre, die sich seit der Einführung des FINMAG mit Art. 35 FINMAG beschäftigte, sprach sich von Beginn an für die Abzugsfähigkeit von Aufwänden aus, die dem Betroffenen zum Zwecke der Verletzung von Aufsichtsrecht angefallen sind.¹³⁰ Die Idee, den einzuziehenden Gewinn analog zur Vorteilsherausgabe nach Art. 423 OR zu berechnen, wurde jedoch vor dem oben genannten Bundesgerichtsurteil weder vorgeschlagen noch eingehender diskutiert. Umso erstaunlicher ist, dass dem besagten Urteil, in welchem die Frage der Gewinnbestimmung im Grundsatz geklärt wurde, auch nach seiner Fällung kaum grössere Beachtung geschenkt wurde. Dies könnte darauf hindeuten, dass das Urteil und somit die bundesgerichtliche Ermittlungsmethode in der Lehre mehrheitlich akzeptiert wurde.¹³¹ Eine kritische Auseinandersetzung zu der vom Bundesgericht gemachten Heranziehung von Art. 423 OR für die Bestimmung der Einziehungssumme nach Art. 35 FINMAG erfolgte bislang lediglich durch FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER.¹³²

FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER stimmen dem Bundesgericht zwar insofern zu, als auch nach ihrer Auffassung Art. 423 OR dem Grundsatz nach für die Bemessung der Einziehungssumme nach Art. 35 FINMAG herangezogen werden könne. Sie weisen indessen auf die augenfälligen Unterschiede zwischen beiden Normen hin.¹³³ Diese Abweichungen würden einer uneingeschränkten Anwendung der Gewinnbemessungsmethode gemäss Art. 423 OR für Art. 35 FINMAG entgegenstehen, bzw. eine differenzierte Handhabung verlangen.¹³⁴ Daraus folgern die Autoren, dass gewisse Prinzipien, die für Art. 423 OR gelten, nicht oder nur in modifizierter Form bei Art. 35 FINMAG zur Anwendung gelangen könnten.¹³⁵ Die Autoren betonen diesbezüglich insbesondere den Einwand des *rechtmässigen Alternativverhaltens*, der dem Einziehungsbetroffenen – anders, als dem unechten Geschäftsführer – nach deren Auffassung zustehen soll.¹³⁶ Sie begründen dies zum einen mit einer entsprechenden Erwägung des Bundesgerichts.¹³⁷ Zum anderen würde eine teleologische Auslegung von Art. 35 FINMAG den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens gebieten, da Art. 35 FINMAG nur ausgleichenden, nicht aber strafenden Charakter habe.¹³⁸ In diesem Zusammenhang sollen unter Umständen auch allgemeine Fixkosten zum Abzug gebracht werden können, auch wenn sie nicht spezifisch zwecks Begehung der festgestellten Aufsichtsrechtsverletzung getätigt wurden.¹³⁹

URS BERTSCHINGER lehnt den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens mit Bezug auf das Urteil 2C_422/2018 für Art. 35 FINMAG demgegenüber ab, ohne aber näher auf die Argumente von FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER einzugehen.¹⁴⁰

CHRISTOPH KUHN will gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung nur Abzüge zulassen, die einen «engen Konnex zum in schwerer Verletzung von Aufsichtsrecht erzielten Ertrag aufweisen».¹⁴¹ Allgemeine Fixkosten, welche auch bei einem aufsichtsrechtlich korrekten Verhalten anfallen würden, seien nicht abzugsfähig. Wie URS BERTSCHINGER, liest demnach auch CHRISTOPH KUHN den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens nicht aus dem betreffenden Bundesgerichtsurteil. Darüber hinaus lehnt CHRISTOPH KUHN die

¹²⁴ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4.

¹²⁵ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4.

¹²⁶ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

¹²⁷ Das BVGer lies den Abzug zu, weil die betrieblichen Kapazitäten der Beschwerdeführerin auch ohne die mit der Rechtsverletzung zusammenhängenden Vorgänge ausgelastet gewesen wären bzw. das Gegenteil von der Vorinstanz nicht rechtsgenügend dargetan worden sei. Vgl. hierzu BVGer B-6952/2016 vom 3. April 2018 E. 5.5.

¹²⁸ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

¹²⁹ Vgl. etwa BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 6.6.5; BGer 2C_530/2020 vom 19. August 2021 E. 3.3; BVGer B-4762/2017 vom 27. Februar 2020 E. 16.6; BVGer B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019 E. 2; BVGer B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.1.

¹³⁰ SIDLER (FN 6), 22; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 11), § 12 Rz. 84 f. Vgl. auch BECK (FN 19), Rz. 459; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 21.

¹³¹ So z.B. NINA REISER, Verfügt die FINMA über genügend wirksame und scharfe Instrumente gegen (höchste) Bankmanager?, SZW 1/2024, 80 ff., 88; MIRCO CEREGATO/NATHALIE TEUSCHER, Begriff und Berechnung des einzuziehenden Gewinns (Art. 35 Abs. 1 FINMAG), ius.focus 6/2019 Nr. 149; KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 394 f.; URS BERTSCHINGER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2018 bis ins vierte Quartal 2019, SZW 6/2019, 676 ff., 693.

¹³² FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER, Die Abzugsfähigkeit von Fixkosten bei einer Gewinneinziehung nach Artikel 35 FINMAG, Bespre-

chung des Urteils 2C_422/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 20. März 2019, GesKR 3/2019, 491 ff.

¹³³ Siehe näher zu den Unterschieden ZUUR/FORRER (FN 132), 493 ff. sowie 497 ff.

¹³⁴ ZUUR/FORRER (FN 132), 496.

¹³⁵ Ebenda.

¹³⁶ ZUUR/FORRER (FN 132), 496 f.

¹³⁷ Vgl. ZUUR/FORRER (FN 132), 495 f. m.H. auf BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4.

¹³⁸ Vgl. näher ZUUR/FORRER (FN 132), 496 f.

¹³⁹ ZUUR/FORRER (FN 132), 499.

¹⁴⁰ Siehe BERTSCHINGER (FN 131), 693.

¹⁴¹ KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 394 f.

Abzugsfähigkeit von weiteren Kosten ab, die lediglich eine Folge der konkreten Rechtsverletzung darstellen.¹⁴²

Erwähnt sei hier schliesslich noch die Auffassung von RENÉ BÖSCH, wonach – unter Berufung auf die vom Bundesgericht gekippte BVGer-Rechtsprechung – bei der Ermittlung des einziehungsfähigen Gewinns sämtliche konkret in Zusammenhang stehende Auslagen und Kosten vom erzielten Ertrag abzuziehen seien. Darüber hinaus sollen auch allgemeine Betriebskosten zum Abzug gebracht werden können, wobei nicht entscheidend sei, ob die Kosten spezifisch zwecks Begehung der festgestellten Aufsichtsrechtsverletzung getätigt wurden. Deshalb seien auch die für den aufsichtsrechtswidrigen Gewinn bezahlten Steuern abzugsfähig.¹⁴³

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich die Lehre einheitlich dafür ausspricht, Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Verletzung von Aufsichtsrecht stehen, abzugsfähig zu machen. Folglich lehnt die Lehre, ebenso wie die Rechtsprechung, das Bruttoprinzip für Art. 35 FINMAG ab. Uneinigkeit besteht jedoch darüber, ob auch anteilige Fixkosten (wie allgemeine Infrastruktur- und Personalkosten sowie Steuern) im Sinne des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens vom Gewinn abgezogen werden können. Dieser Frage soll im Folgenden näher nachgegangen werden.

c. Stellungnahme

aa. (Keine) Berücksichtigung des rechtmässigen Alternativverhaltens nach BGer 2C_422/2018

Nach FLORIS ZUUR/LUCA FÖRRER habe das Bundesgericht den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens bei der Gewinnberechnung nur deshalb ausgeschlossen bzw. verneint, weil er von der Beschwerdeführerin *in casu* nicht rechtsgenügend vorgebracht worden sei.¹⁴⁴ Das Bundesgericht würde diesen Einwand demnach nicht grundsätzlich ausschliessen.¹⁴⁵

In der Tat scheint das Bundesgericht den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens im Zusammenhang mit Art. 35 FINMAG zunächst nicht komplett abzulehnen.¹⁴⁶ In Bezugnahme auf ein älteres Urteil zur Patentverletzung führt es für Art. 35 FINMAG aus, dass «Fixkosten bzw. nicht konkret zurechenbare Gemeinkosten bei der Verwendung von Infrastruktur für die Herstellung verschiedener Güter insbesondere [...] jedoch immer

*dann ausser Betracht [fallen], wenn vorhandene Produktionsmittel ohne die rechtsverletzende Produktion nicht ausgelastet wären oder nicht verwendet werden könnten und somit durch die betreffende Rechtsverletzung Verluste vermieden oder vermindert werden».*¹⁴⁷

Für Art. 35 FINMAG lässt sich diese Erwägung so umformulieren, dass allgemeine Geschäftskosten immer dann nicht als abzugsfähige Aufwände berücksichtigt werden können, wenn die vorhandenen Betriebsressourcen ohne die aufsichtsrechtswidrige Tätigkeit nicht für eine rechtmässige Tätigkeit hätten verwendet werden können. Umgekehrt ausgedrückt: Fixkosten können abgezogen werden, wenn diese auch nachweislich für eine rechtmässige Tätigkeit hätten eingesetzt werden können.

Widersprüchlich erscheinen jedoch die im gleichen Urteil getroffenen Aussagen des Bundesgerichts, wonach «[i]n dem Umfang, wie allgemeine Geschäftskosten auch bei einer aufsichtsrechtlich korrekten Geschäftstätigkeit angefallen wären, sie definitionsgemäss vom Gewinn, welcher gestützt auf Art. 35 Abs. 1 FINMAG einzuziehen ist, nicht in Abzug gebracht werden [können].»¹⁴⁸

Weiter heisst es: «Die Beschwerdeführerin hat nicht geltend gemacht, dass die geltend gemachten Infrastruktur- und Personalkosten in Form von allgemeinen Betriebskosten, mithin die geltend gemachten Fixkosten, bei einer rechtmässigen Ausübung ihrer Tätigkeit nicht angefallen wären, weshalb sie [...] nicht in Abzug gebracht werden können.»¹⁴⁹

Wenn auch etwas umständlich formuliert, führt das Bundesgericht in diesen zwei Passagen im Kern aus, dass die Beschwerdeführerin hätte darlegen müssen, die umstrittenen Fixkosten stünden in einem Zusammenhang mit der Aufsichtsrechtsverletzung; nur dann wären sie abzugsfähig gewesen. Bei genauer Betrachtung bezieht sich die Beweispflicht deshalb nicht auf die Tatsache, dass die geltend gemachten Fixkosten auch bei einer rechtmässigen Tätigkeit angefallen wären bzw. für eine mögliche rechtskonforme Tätigkeit hätten verwendet werden können. Das Bundesgericht schloss den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens mit anderen Worten nicht aus, weil er nicht rechtsgenügend erbracht wurde.¹⁵⁰ Es liess die geltend gemachten Fixkosten vielmehr deshalb nicht zum Abzug zu, weil die Beschwerdeführerin nicht darlegen konnte, dass die Kosten bei korrekter Tätigkeit eben gerade *nicht* angefallen wären.

Im Ergebnis lässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung für den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens damit nur wenig Raum. Abzugsfähig sollen daher nur

¹⁴² Konkret lehnt KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 395 auch den Abzug von Kosten für die Vertretung im Enforcementverfahren oder den Abzug für Bussen, die durch andere Verfahren aufgrund der Aufsichtsrechtsverletzung verfügt wurden, ab.

¹⁴³ Zum Ganzen BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 21 m.H. auf die revidierte Rechtsprechung des BVGer.

¹⁴⁴ ZUUR/FÖRRER (FN 132), 495 f. m.H. auf BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2. *in fine*.

¹⁴⁵ ZUUR/FÖRRER (FN 132), 495 f. m.H. auf BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4.

¹⁴⁶ Ähnlich ZUUR/FÖRRER (FN 132), 495 f.

¹⁴⁷ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4.

¹⁴⁸ Urteil BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

¹⁴⁹ Urteil BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2. (Hervorhebung durch die Autoren).

¹⁵⁰ A.M. ZUUR/FÖRRER (FN 132), 495 ff.

Kosten sein, die dem Einziehungssubjekt für die Erzielung des aufsichtswidrigen Ertrags erwachsen sind.¹⁵¹ Unklar bleibt indes, wie die (sich im gleichen Urteil befindliche) Erwägung im Gesamtkontext zu deuten ist, wonach nicht konkret zurechenbare Gemeinkosten immer dann ausser Betracht fallen würden, wenn vorhandene Ressourcen ohne die rechtsverletzende Produktion nicht ausgelastet gewesen wären oder nicht hätten verwendet werden können.¹⁵²

bb. Gründe für eine künftige Berücksichtigung

Angesichts des Vorstehenden stellt sich dennoch die Frage, ob der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung künftig bei der Berechnung der Einziehungssumme zuzulassen ist. Das Bundesgericht verweigert den Einwand in analoger Anwendung der für Art. 423 OR geltenden Grundsätze:¹⁵³ Allgemeine Geschäftskosten, die auch bei einer *aufsichtsrechtlich korrekten Geschäftstätigkeit* – also bei rechtmässigem Alternativverhalten – angefallen wären, sollen deshalb nicht vom Gewinn in Abzug gebracht werden können.¹⁵⁴

Der Rückgriff auf eine privatrechtliche Bestimmung – vorliegend Art. 423 OR – zur Auslegung einer öffentlich-rechtlichen Norm (Art. 35 FINMAG) ist in rechtsdogmatischer Hinsicht zwar nicht zu beanstanden.¹⁵⁵ Dennoch sollte bei der Übertragung der Lehre und Rechtsprechung zur Vorteils herausgabe nach Art. 423 OR auf Art. 35 FINMAG Vorsicht geboten sein. Ein Teil der Lehre weist nicht zu Unrecht auf einzelne relevante Unterschiede zwischen beiden Normen hin, die einer uneingeschränkten analogen Anwendung entgegenstehen.¹⁵⁶ Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens, bzw. die Abzugsfähigkeit von Fixkosten kann deshalb für Art. 35 FINMAG nicht pauschal mit der Begründung abgelehnt werden, dass dieser Einwand bei der Bemessung der Vorteils herausgabesumme für Art. 423 OR selbst nicht berücksichtigt werden kann.¹⁵⁷

Wie das Bundesgericht für Art. 35 FINMAG festhielt, besteht der einzuziehende Gewinn analog Art. 423 OR in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen des Verletzers und dem Wert, den es ohne die Verletzung aufweisen würde; beim zweiten Wert handelt es sich

mithin um einen hypothetischen Soll-Zustand.¹⁵⁸ Folgerichtig muss eine auf das Vermögen bezogene Differenzhypothese vorgenommen werden.¹⁵⁹ Welcher (hypothetische) *Soll-Zustand* für die Gewinnbemessung nach Art. 35 FINMAG massgebend ist, ist nach vorliegender Auffassung, wie hiervor dargelegt, nicht zwingend nur nach den Grundsätzen von Art. 423 OR zu bestimmen. Vielmehr ist hierfür zunächst den spezifischen Eigenheiten von Art. 35 FINMAG Rechnung zu tragen. Bereits zu Beginn dieses Beitrags wurde darauf hingewiesen, dass Art. 35 FINMAG zum Ziel hat, den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen, ohne dem Einziehungssubjekt darüberhinausgehende finanzielle Nachteile zuzufügen. Art. 35 FINMAG hat demnach eine reine Ausgleichsfunktion¹⁶⁰ und soll verhindern, dass sich aufsichtswidriges Verhalten finanziell auszahlt.¹⁶¹

Ein finanzieller Vorteil für das Einziehungssubjekt ergibt sich bei genauerer Betrachtung wohl aber nur insoweit, als der aufsichtswidrig erzielte Gewinn den Gewinn übersteigt, der auch rechtmässig hätte erwirtschaftet werden können.¹⁶² Dies würde dafür sprechen, als Soll-Zustand auch jenen Wert zu berücksichtigen, welchen das Vermögen des Einziehungssubjekts zum Zeitpunkt der Einziehung aufweisen würde, wenn dieses seine Geschäfte während der Dauer der Aufsichtsrechtsverletzung rechtmässig geführt hätte. Der Nachweis dieses Soll-Zustands obliegt freilich dem Einziehungssubjekt und muss durch geeignete Belege untermauert werden.¹⁶³ Insbesondere die notwendigen Aufwendungen für den hypothetisch rechtmässig erwirtschafteten Gewinn, darunter anteilige allgemeine Fixkosten, könnten unter Umständen nachgewiesen werden.¹⁶⁴ Liesse man diese gehörig belegten Aufwände unberücksichtigt, läuft man Gefahr, dass das Einziehungssubjekt nach der Einziehung tatsächlich schlechter dasteht, als wenn es die aufsichtsrechtliche Bestimmung nicht verletzt hätte. Dadurch würde die Einziehung zusätzlich eine pönale Wirkung entfalten¹⁶⁵, was dem gesetzgeberischen Willen wi-

¹⁵¹ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4. sowie 3.2. je m.H. auf BGE 136 III 306 E. 4.1.1.; zustimmend BERTSCHINGER (FN 131), 693; KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 394 f.

¹⁵² BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4.

¹⁵³ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.5.

¹⁵⁴ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

¹⁵⁵ Art. 423 OR wurde in der Vergangenheit sowohl vom Bundesgericht wie auch von kantonalen Gerichten immer wieder zur Auslegung von Verwaltungsrecht herangezogen. Dazu näher ZK-SCHMID, Vorb. zu Art. 419–424 OR N 31 ff. m.H. zur Rechtsprechung.

¹⁵⁶ So etwa ZUUR/FORRER (FN 132), 496, wonach die Unterschiede zwischen den beiden Tatbeständen in eine wertende Betrachtung Eingang finden müssen.

¹⁵⁷ Gl.M. ZUUR/FORRER (FN 132), 496 f.

¹⁵⁸ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2; vgl. auch BGer 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2: «[D]ie Einziehung [bezweckt] eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands, d.h. der Situation, wie sie bestünde ohne die schwere Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen».

¹⁵⁹ Vgl. PHILIPPE SPITZ, Überlegungen zum entgangenen Gewinn und zur Gewinnherausgabe im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, sic! 11/2007, 795 ff., 808.

¹⁶⁰ Dazu vorne II.2.

¹⁶¹ Botschaft FINMAG (FN 10), 2849.

¹⁶² ZUUR/FORRER (FN 132), 496.

¹⁶³ Bleibt dieser hypothetische Vermögensstand unbewiesen, trägt nach den üblichen Beweislastregeln das Einziehungssubjekt die Folgen der Beweislosigkeit. Vgl. dazu BGer 1C_182/2019 vom 17. August 2020 E. 4.1. m.H.

¹⁶⁴ Kaum möglich wird unseres Erachtens jedoch die Erbringung des rechtsgenügenden Beweises bezüglich des (hypothetischen) Ertrags und Gewinns bei rechtmässiger Tätigkeit.

¹⁶⁵ So bereits NIGGLI/MAEDER (FN 19), Rz. 72.

dersprache.¹⁶⁶ Um zu verhindern, dass Art. 35 FINMAG als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK¹⁶⁷ qualifiziert wird, kann der anteilige Abzug von allgemeinen Geschäftskosten, die auch bei einer rechtmässigen Tätigkeit angefallen wären, deswegen nicht absolut ausgeschlossen werden.¹⁶⁸

Im Übrigen scheint der Abzug allgemeiner Geschäftskosten, die an die aufsichtsrechtliche Verletzung gebunden waren, auch unter folgendem Gesichtspunkt gerechtfertigt: Nach der heute geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts dürften nunmehr Einziehungssubjekte, die innerhalb einer bereits vorbestehenden und aufsichtsrechtlich im Übrigen unproblematischen Struktur schwere aufsichtsrechtliche Verstösse begingen, im Rahmen von Art. 35 FINMAG keine fixen Kosten abziehen. Demgegenüber könnten Einziehungssubjekte, die spezifisch eine Infrastruktur zur Begehung einer Aufsichtsrechtsverletzung aufgebaut haben – wie z.B. spezielle IT-Hardware, Software oder spezifisches Personal – solche Ausgaben im Rahmen der Gewinneinziehung zum Abzug bringen. Eine solche Unterscheidung widerspricht jedoch dem durch Art. 35 FINMAG verfolgten Prinzip der Gleichbehandlung und Fairness zwischen den Finanzinstituten.¹⁶⁹

d. Zwischenfazit

Das Einziehungsobjekt nach Art. 35 FINMAG ist die betragsmässige Differenz zwischen dem Vermögen des Verletzers zum Zeitpunkt der Einziehung und dem Wert, den das Vermögen (zum Zeitpunkt der Einziehung) ohne die aufsichtsrechtswidrige Tätigkeit aufweisen würde.

Das Einziehungssubjekt kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dabei jene Aufwände abziehen, die in direktem Zusammenhang mit der Verletzungshandlung stehen und somit ohne Verletzungshandlung nicht angefallen wären.¹⁷⁰ Abzugsfähig wäre somit beispielsweise der Aufwand für die Erstellung von Prospekten nicht genehmigter Fonds, da diese Kosten unmittelbar mit der

aufsichtsrechtswidrigen Tätigkeit in Verbindung stünden.¹⁷¹ Allgemeine Fixkosten, wie z.B. Mietkosten für Büroräumlichkeiten oder Personalkosten, die auch ohne Verletzung angefallen wären, will das Bundesgericht demgegenüber nicht zum Abzug zulassen.¹⁷²

Über die Zulässigkeit des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens resp. über die Zulässigkeit des anteilmässigen Abzugs der allgemeinen Betriebskosten sind die Meinungen in der Lehre indes geteilt. Einige Autoren wollen diesen Einwand im Einzelfall zulassen, andere lehnen ihn gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ab.¹⁷³

Die hier vertretene Auffassung plädiert weder für eine generelle Zulassung noch für eine grundsätzliche Ablehnung. Ob bestimmte Aufwendungen abgezogen werden können, ist für den Einzelfall unter Berücksichtigung des Zwecks und Charakters von Art. 35 FINMAG zu entscheiden. Die Grundsätze von Art. 423 OR kommen nur *mutatis mutandis* zur Anwendung. Die Abzugsfähigkeit sollte primär danach beurteilt werden, ob der konkrete Abzug im Einklang mit der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands bzw. mit dem Vorteilsausgleich steht. Zudem ist zu prüfen, ob das Vermögen des Einziehungssubjekts ohne den Abzug schlechter dastehen würde als bei Befolgung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen. Sollte dies der Fall sein, hätte die Massnahme einen pönalen Charakter, der dem Zweck von Art. 35 FINMAG widerspricht. In solchen Fällen könnten daher auch anteilige (Fix)Kosten – beispielsweise für Personal, das während der Verletzungsperiode nachweislich für eine rechtmässige Tätigkeit eingesetzt worden und ausgelastet gewesen wäre – zum Abzug zugelassen werden. Für die Zukunft wäre indes zu wünschen, die hier beschriebene Unklarheit durch eine entsprechende Überarbeitung der Norm zu bereinigen. Beide Auffassungen, d.h. sowohl die Zulassung wie auch die Verweigerung des Abzugs anteilmässiger Fixkosten, können im Einzelfall zu stossenden Ergebnissen führen. Eine präzisierte gesetzlichen Regelung könnte hier Abhilfe schaffen.

3.2. Vermiedener Verlust

Nach Art. 35 Abs. 2 FINMAG ist ein vermiedener Verlust dem erzielten Gewinn gleichgestellt. Unter vermiedenem Verlust ist gemäss Botschaft die abstrakt zu ermittelnde Aufwand- oder Passivverminderung zu verstehen.¹⁷⁴ Ein aufsichtsrechtswidrig vermiedener Verlust kann beispielsweise entstehen, wenn gestützt auf Insiderwissen Handelspositionen kurz vor dem Konkurs des Emittenten veräussert werden, um einen Totalverlust

¹⁶⁶ Botschaft FINMAG (FN 10), 2849; vgl. auch BGer 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2., in welchem der ausgleichende – und nicht pönale – Charakter von Art. 35 FINMAG betont wird. Vgl. ebenso Bericht des Bundesrates (FN 3), 289.

¹⁶⁷ Gemäss konstanter EGMR-Rechtsprechung liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vor, wenn *alternativ* entweder (1) das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder (2) die Natur des Vergehens bzw. dessen Art und Schwere (3) und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (sog. «Engel»-Kriterien, vgl. dazu BGer 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2. m.w.H). Stünde das Einziehungssubjekt nach der Einziehung schlechter da als es bei rechtmässiger Tätigkeit würde, liesse sich unseres Erachtens durchaus für das Vorliegen des zweiten und/oder des dritten «Engel»-Kriteriums argumentieren.

¹⁶⁸ Im Ergebnis gleich ZUUR/FORRER (FN 132), 496 f. Vgl. auch JASMINA SMOKVINA, Untersuchungen der FINMA und das Prinzip «nemo tenetur», Diss. Zürich 2021, Zürich 2021, 144 (= ZStV 193).

¹⁶⁹ Vgl. zum Ganzen BVer B-6952 vom 3. April 2018 E. 5.5.

¹⁷⁰ BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

¹⁷¹ Vgl. zudem das vorgenannte Beispiel in III.3.1c.bb. *in fine* bezüglich der Anschaffung von spezifischer IT-Hardware oder Software.

¹⁷² Dazu vorne III.3.1a.

¹⁷³ Vgl. vorne III.3.1b.

¹⁷⁴ Botschaft FINMAG (FN 10), 2883.

zu vermeiden.¹⁷⁵ In der Lehre wird als Beispiel ferner die Vermeidung von Personalkosten durch Verzicht auf eine aufsichtsrechtlich notwendige Compliance-Abteilung genannt. Sofern im konkreten Einzelfall von einer schweren Verletzung auszugehen ist, sollte die FINMA die so vermiedenen Personal- und Infrastrukturkosten einziehen dürfen.¹⁷⁶ Allerdings lässt sich fragen, wie sich die Höhe solcher Kosten, und damit im Ergebnis die Einziehungssumme, im konkreten Einzelfall rechtsgenügend berechnen liesse. Diesfalls müsste die FINMA die Einziehungssumme wohl gestützt auf die entsprechenden Kosten bei vergleichbaren Beaufsichtigten schätzen.

3.3. Schätzung der Einziehungssumme

Die Botschaft stellt klar, dass die Einziehung von Gewinnen nicht an der fehlenden genauen Berechenbarkeit des Einziehungsobjekts scheitern soll.¹⁷⁷ Die FINMA ist daher befugt, das Einziehungsobjekt zu schätzen, wenn dessen exakte Ermittlung nicht möglich ist oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand erfolgen könnte.¹⁷⁸ Wie die Schätzung genau zu erfolgen hat, wird weder von der Norm selbst noch durch die Materialien näher umschrieben. Von wegweisender Bedeutung dürfte in diesem Zusammenhang deshalb das (rechtskräftige) Urteil des BVGer zur Gewinneinziehung bei der *Banca della Svizzera Italiana* (BSI) sein, in welchem sich das BVGer detailliert zu den Voraussetzungen und zur Methodik der Schätzung äussert.¹⁷⁹ Die zentralen Überlegungen des italienischsprachigen Urteils lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die FINMA muss die exakte Berechnung bzw. das Zustandekommen der Einziehungssumme nachweisen. Die Aufsichtsbehörde hat somit in transparenter Weise darzulegen, von welchem aufsichtswidrigen Gewinn sie ausgeht und auf welche Tatsachen sie sich bei dessen Bestimmung stützt.¹⁸⁰ Eine Schätzung ist nicht bereits bei geringfügigen Schwierigkeiten bei der Gewinnberechnung gerechtfertigt. Vielmehr muss die FINMA einen angemessenen Aufwand zur Festlegung der Einziehungssumme betreiben und darf sich hierfür, falls notwendig, auch externer Spezialisten bedienen.¹⁸¹ Ein hoher zeitlicher Aufwand oder damit verbundene Kosten allein genügen jedoch nicht, um eine Schätzung nach

Art. 35 Abs. 3 FINMAG vorzunehmen.¹⁸² Schliesslich darf die Schätzung grundsätzlich nur hinsichtlich einzelner Elemente erfolgen, die für die Gewinnberechnung notwendig sind.¹⁸³ Sofern der FINMA für die Berechnung relevante Informationen fehlen, ist sie verpflichtet, diese beim Einziehungssubjekt unter Ansetzung einer Frist einzuholen. Erst wenn das Einziehungssubjekt die verlangten Angaben auch nach Ablauf der Nachfrist nicht liefert, kann die FINMA gegebenenfalls eine Schätzung vornehmen.¹⁸⁴

Das BVGer folgt damit der herrschenden Lehre, die eine restriktive Handhabung der Schätzungsmöglichkeit nach Art. 35 Abs. 3 FINMAG fordert.¹⁸⁵ Dem ist auch nach vorliegender Auffassung zuzustimmen, zumal bei einer Schätzung oft schwer überprüfbar ist, ob das Einziehungssubjekt dadurch keinen über die Gewinnabschöpfung hinausgehenden Nachteil erleidet.¹⁸⁶

4. Kausalität

Eingezogen werden kann nur ein Gewinn, der aus der schweren Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen hervorgegangen ist.¹⁸⁷ Zwischen der aufsichtsrechtlichen Verletzung und dem entstandenen Gewinn muss zwingend ein Kausalzusammenhang bestehen. Verlangt wird sowohl eine natürliche wie auch eine adäquate Kausalität.¹⁸⁸

5. Negative Voraussetzungen

5.1. Verjährung

Das Recht zur Einziehung verjährt nach sieben Jahren.¹⁸⁹ Ob der Einziehungsanspruch verjährt ist, muss von Amtes wegen geprüft werden; die Einrede des Einziehungsobjekts ist unseres Erachtens nicht erforderlich.¹⁹⁰ Für den Beginn der Verjährungsfrist ist gemäss Botschaft jeweils der Zeitpunkt der Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen relevant.¹⁹¹ Ausschlaggebend ist die letzte entscheidende Handlung, die zur schweren

¹⁷⁵ Vgl. die noch unter altem Recht angeordnete Verlosteneinziehung gegenüber der Schweizerischen Kreditanstalt, die damals durch Insiderwissen einen Verlust von CHF 4'265'000 vermieden hatte, indem sie ihren Aktienbestand an der Biber Holding AG vorzeitig (vor deren Konkurs) verkaufte. Siehe dazu näher das Beispiel bei KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 389 f. m.H. auf das BGer 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 6.

¹⁷⁶ Vgl. das Beispiel bei SIDLER (FN 6), 25.

¹⁷⁷ Botschaft FINMAG (FN 10), 2883.

¹⁷⁸ Art. 35 Abs. 3 FINMAG.

¹⁷⁹ BVGer B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13 ff.

¹⁸⁰ BVGer B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.1.

¹⁸¹ BVGer B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.2.

¹⁸² BVGer B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.2.

¹⁸³ BVGer B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.1.

¹⁸⁴ Vgl. BVGer B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.3.1.

¹⁸⁵ Vgl. insbesondere BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 26 f.; SIDLER (FN 6), 27 f.

¹⁸⁶ NIGGLI/MAEDER (FN 19), Rz. 72; SMOKVINA (FN 168), 143 f.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 35 Abs. 1 FINMAG. Zur Schwere der Verletzung siehe bereits vorne Ziff. III.2.2.

¹⁸⁸ Dazu näher BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 24; vgl. auch SIDLER (FN 6), 29; BECK (FN 19), Rz. 464; KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 392.

¹⁸⁹ Art. 35 Abs. 4 FINMAG.

¹⁹⁰ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 774; THOMAS MEIER, Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen, Diss. Freiburg 2013, Zürich/Basel/Genf 2013, 300.

¹⁹¹ Vgl. Botschaft FINMAG (FN 10), 2883: «Das Recht zur Einziehung verjährt sieben Jahre nach Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen.»; BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 6.7.3.

Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmung geführt hat.¹⁹² Der Zeitpunkt, in dem sich der Gewinn beim Einziehungssubjekt realisiert hat, spielt dagegen keine Rolle.¹⁹³ Weder die Norm noch die Materialien äussern sich allerdings zur Frage, unter welchen Umständen die siebenjährige Frist gewahrt wird, bzw. ob die FINMA innerhalb der Frist die Einziehung verfügt haben muss oder es bereits ausreicht, wenn sie während des Fristenlaufs ein Enforcementverfahren gegen den Betroffenen eröffnet hat.

Das Bundesgericht führte im Zusammenhang mit einem vom Beschwerdeführer erhobenen Verjährungseinwand aus, dass «*die massgeblichen Verletzungen ab Januar 2013 bis Dezember 2015 [stattfanden] und die angefochtene Verfügung vom 20. Dezember 2019 [datiert], weshalb das Recht zur Einziehung [...] vorliegend nicht verjährt ist.*»¹⁹⁴ Die höchstrichterliche Rechtsprechung scheint folglich auf den Zeitpunkt der Einziehungsverfügung abzustellen.

Auch wir sind der Ansicht, dass Art. 35 Abs. 4 FINMAG dahingehend auszulegen ist, dass die FINMA die Einziehung innerhalb der Verjährungsfrist verfügt haben muss.¹⁹⁵ Bei der in Art. 35 Abs. 4 FINMAG vorgesehenen Frist handelt es sich mithin um eine absolute Verjährungsfrist.¹⁹⁶ Andere Verfahrenshandlungen der FINMA, namentlich die Anzeige der Eröffnung eines Enforcementverfahrens an den Verfahrensbetroffenen¹⁹⁷, vermögen die Verjährung nicht zu unterbrechen. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil es sich bei der Eröffnung des Enforcementverfahrens um eine rein verwaltungsinterne Handlung der FINMA handelt, die sich weder näher zum Bestand noch zum Umfang der unter Umständen geschuldeten Einziehungsforderung äussert.¹⁹⁸ Mit Blick auf die charakteristischen Elemente gleicht die Verjährungsfrist in Art. 35 Abs. 4 FINMAG damit im Ergebnis der Verfolgungsverjährung, wie sie Art. 97 Abs. 3 StGB auch für die strafrechtliche Einziehung vorsieht.¹⁹⁹

5.2. Vorrang der strafrechtlichen Einziehung

Bereits vor Einführung der aufsichtsrechtlichen Gewinneinziehung bestand mit Art. 70 Abs. 1 StGB eine gesetzliche Grundlage, gestützt auf welche das (Straf-)Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt wurden, verfügen konnte bzw. kann. Der Gesetzgeber ging deshalb davon aus, dass es dort zu

Überschneidungen mit der strafrechtlichen Einziehung kommen könnte, wo das Verhalten nicht nur aufsichtswidrig, sondern auch strafrechtlich relevant ist.²⁰⁰ Für solche Fälle enthält Art. 35 Abs. 5 FINMAG eine Kollisionsregel, die vorsieht, dass die strafrechtliche Einziehung gemäss Art. 70 ff. StGB der aufsichtsrechtlichen Einziehung jeweils vorgeht.

Aus der bisherigen Rechtsprechung sind den Autoren jedoch keine Fälle bekannt, in denen die Konkurrenz beider Einziehungen thematisiert wurde. Nach CHRISTOPH KUHN dürften sich die beiden Einziehungen in der Realität wohl auch nur selten direkt konkurrenzieren.²⁰¹ Das Aufsichtsverfahren wird regelmässig bereits abgeschlossen oder kurz vor dem Abschluss sein, bevor ein konkurrierendes Strafverfahren überhaupt begonnen hat.²⁰² Nichtsdestotrotz muss sich die FINMA im Rahmen der Einziehung fragen, ob im bereits begonnenen oder noch zu eröffnenden Strafverfahren eine Einziehung nach Art. 70 StGB in Betracht kommt oder nicht. Falls bereits im Enforcementverfahren eine strafrechtliche Einziehung ausgeschlossen werden kann, selbst wenn eine strafrechtlich relevante Tat im Raum steht, verletzt die FINMA Art. 35 Abs. 5 FINMAG nicht, wenn sie die aufsichtsrechtliche Einziehung verfügt.²⁰³ Problematisch wird es jedoch, wenn aufgrund der konkreten Umstände eine spätere strafrechtliche Einziehung denkbar ist, das Strafverfahren jedoch noch im Anfangsstadium steckt oder noch gar nicht eingeleitet wurde.²⁰⁴ Es stellt sich mithin die Frage, ob, und falls ja, in welcher Form die FINMA die Einziehung nach Art. 35 FINMAG anordnen darf, wenn sie aufgrund der konkreten Umstände mit einer späteren Einziehung nach Art. 70 StGB durch die Strafverfolgungsbehörde rechnen muss.

Denkbar wäre zunächst, dass die FINMA den Abschluss des aufsichtsrechtlichen Verfahrens zugunsten eines späteren strafrechtlichen Verfahrens sistiert. Folgt man dagegen der (wohl) herrschenden Lehre, soll der FINMA die Möglichkeit zukommen, die Einziehung suspensiv auf den formellen Abschluss des Strafverfahrens hin zu verfügen, sofern das Enforcementverfahren ohne weiteres vor dem strafrechtlichen Verfahren abgeschlossen werden kann.²⁰⁵ Ein anderer Ansatz wäre, dass die FINMA die Einziehung ohne Suspensivbedingung – mithin «gewöhnlich» – verfügt. Sofern dann im späteren Strafverfahren eine Einziehung erfolgen würde, wäre die

¹⁹² SIDLER (FN 6), 30.

¹⁹³ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 30.

¹⁹⁴ BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 6.7.3.

¹⁹⁵ Vgl. bereits JUTZI/MEIER (FN 8), 936.

¹⁹⁶ So auch BECK (FN 19), Rz. 456; vgl. allgemein zur Verjährung öffentlich-rechtlicher Forderungen: MEIER (FN 192), *passim*.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 30 FINMAG. Gl.M. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 30; JUTZI/MEIER (FN 8), 936.

¹⁹⁸ Vgl. EYMANN/SCHÖNKNECHT, Finanzmarktenforcement (FN 6), 107 f.

¹⁹⁹ So BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 30; JUTZI/MEIER (FN 8), 936; vgl. zudem den Bericht des Bundesrates (FN 32), 47 ff.

²⁰⁰ Zu denken ist etwa an den Insiderhandel (Art. 142 und 154 FinfraG), die Kursmanipulation (Art. 143 und 155 FinfraG) oder die Verletzung der GwG-Meldepflicht (Art. 9 und 37 GwG).

²⁰¹ KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 403.

²⁰² SIDLER (FN 6), 31; KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 403.

²⁰³ In diese Richtung auch HEIERLI (FN 40), Rz. 392.

²⁰⁴ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 32.

²⁰⁵ Die allenfalls daraus entstehenden verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten müssten indes in Kauf genommen werden, siehe dazu SIDLER (FN 6), 31; BECK (FN 19), Rz. 471; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 32.

Einziehungsverfügung, oder gegebenenfalls der Rechtsmittelentscheid, im Sinne eines Widerrufs²⁰⁶ oder mittels Revision²⁰⁷ von Amtes wegen anzupassen.²⁰⁸ In die gleiche Richtung ginge schliesslich die Variante, wonach die FINMA die Einziehung resolutiv-bedingt anordnet. Der Betrag würde mithin mit Eintritt der Rechtskraft eingezogen, die Verfügung wäre dann jedoch aufzuheben, sobald in einem Strafverfahren eine Einziehung gestützt auf Art. 70 f. StGB erfolgen würde.²⁰⁹

Nach hier vertretener Auffassung wäre es nicht zielführend, den Abschluss des aufsichtsrechtlichen Verfahrens zugunsten einer potenziellen späteren strafrechtlichen Einziehung hinauszuzögern, nur um Art. 35 Abs. 5 FINMAG zu genügen.²¹⁰ Ein langes Hinauszögern könnte zudem dazu führen, dass der Einziehungsanspruch zwischenzeitlich verjährt.²¹¹ Die weiteren Möglichkeiten sind sodann vor allem im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips gegeneinander abzuwägen.²¹² Die resolutiv-bedingte und die «gewöhnliche» Einziehung – also die ohne zusätzliche Nebenbestimmungen – stellen dabei zwar einen stärkeren Eingriff in die Rechte des Einziehungssubjekts dar, was für die suspensiv-bedingt verfügte Einziehung sprechen würde.²¹³ Der Umstand, dass das Einziehungssubjekt durch die nichtaufgeschobene Einziehung stärker sowie unmittelbarer in seiner finanziellen Situation berührt wird, als wenn mit der Einziehung zugewartet würde, kann hier unseres Erachtens jedoch keine Rolle spielen. Solche Aspekte sind, wenn dann, nur im Zusammenhang mit der Festsetzung der Höhe und der Leistungsmodalitäten der Einziehungssumme von Bedeutung.²¹⁴ Zudem lässt sich fragen, ob der suspensiv-bedingte Einziehung gegenüber den anderen beiden Möglichkeiten qualitativ die gleiche Eignung zukommt. Würde man nämlich auf die sofortige Einziehung verzichten, würde der Staat das Risiko tragen, dass die Einziehung zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund einer finanziellen Schieflage des Einziehungssubjekts nicht oder nicht mehr vollständig durchgesetzt werden könnte. Vor diesem Hintergrund ist nach vorliegender Auffassung im Falle der hiervoor beschriebenen Konkur-

renzsituation die Einziehung unmittelbar anzuordnen. Freilich ist im Rahmen des späteren Strafverfahrens darauf zu achten, dass die bereits geleistete Einziehungssumme entsprechend berücksichtigt wird, sodass keine doppelte Einziehung erfolgt. Um die dadurch gegebenenfalls notwendige Weiterleitung der Einziehungssumme an die Strafbehörden haben sich die betreffenden Behörden zu kümmern.

6. Verhältnismässigkeit

Gemäss der Botschaft hat die FINMA darauf zu achten, «dass die Einziehung nicht zu einer unverhältnismässigen Härte führt».²¹⁵ Die Materialien bringen damit für Art. 35 FINMAG zum Ausdruck, was gestützt auf Art. 5 Abs. 2 BV ohnehin für jegliches staatliche Handeln gilt: Die Einziehung muss verhältnismässig, mithin *geeignet*, *erforderlich* und *zumutbar* sein um das öffentliche Interesse – das reibungslose Funktionieren der Finanzmärkte und das Vertrauen in diese – zu erreichen.²¹⁶

Als konkretes Beispiel einer unverhältnismässigen Einziehung nennt die Botschaft den Fall, dass die Einziehung zum Konkurs des Einziehungssubjekts führen würde.²¹⁷ Die Einziehungsforderung soll in solchen Fällen von der FINMA reduziert werden können. Wie CAROLE BECK indes zu Recht betont, kann eine Reduktion der Einziehungssumme nur in Frage kommen, wenn es sich um ein Einziehungssubjekt handelt, dessen Geschäftsmodell nicht ausschliesslich auf dem Verstoß gegen Aufsichtsrecht beruht.²¹⁸ Generell darf vom Vorliegen einer unverhältnismässigen Einziehung nicht leichtfertig ausgegangen werden.²¹⁹ Dass die Einziehung beim Betroffenen zu grösseren Liquiditätsproblemen führen könnte, ist von diesem hinzunehmen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es dem Einziehungssubjekt insbesondere zuzumuten, auf Bankkredite zurückzugreifen oder bestimmte Vermögenswerte zu veräussern, um die Einziehungsforderung beglichen zu können.²²⁰ Zudem kann die FINMA eine gestaffelte Abzahlung der Einziehungssumme anordnen, wenn sich beim Einziehungssubjekt dadurch eine ernsthafte finanzielle Schieflage verhindern lässt.²²¹

²⁰⁶ Zum Widerruf siehe allgemein HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 1224 ff.

²⁰⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 1265 ff.

²⁰⁸ In diese Richtung ALAIN MACALUSO/ANDREW M. GABARSKI, *Confiscation pénale: jurisprudence récente et questions d'actualité*, in: Meier Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), *Jurisconsultus es, iuris nihil a te alienum putamus*, Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Piotet, Bern 2023, 303 ff., 319: «*Le cas échéant, la révision de la décision administrative prononçant la confiscation entrée en force devra être prononcée.*»

²⁰⁹ Kritisch BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 32.

²¹⁰ Gl.M. SIDLER (FN 6), 31; BECK (FN 19), Rz. 471; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 32; A.M. KUHN, *Finanzmarktenforcement* (FN 6), 403.

²¹¹ Dazu näher vorne III.5.1.

²¹² Siehe zur Verhältnismässigkeit von Verfügungen allgemein: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 514 ff.

²¹³ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 32.

²¹⁴ Siehe hierzu sogleich Ziff. III.6.

²¹⁵ Botschaft FINMAG (FN 10), 2883.

²¹⁶ BGer 2C_530/2020 vom 19. August 2021 E. 3.4. und E. 3.7.4.

²¹⁷ Botschaft FINMAG (FN 10), 2883.

²¹⁸ BECK (FN 19), Rz. 462.

²¹⁹ Vgl. BGer 2C_530/2020 vom 19. August 2021 E. 3.7.4: «*Au demeurant [...] l'intérêt au bon fonctionnement des marchés financiers exige qu'une confiscation ne soit pas réduite trop aisément du seul fait qu'elle pourrait engendrer des problèmes de liquidités, au risque sinon de vider de sa substance la fonction compensatoire de la mesure [...].*»

²²⁰ BGer 2C_530/2020 vom 19. August 2021 E. 3.7.2.

²²¹ BGer 2C_530/2020 vom 19. August 2021 E. 3.7.2.

IV. Verwendung der eingezogenen Vermögenswerte

1. Allgemeines

Nach Art. 35 Abs. 6 FINMAG fallen die eingezogenen Vermögenswerte an den Bund, soweit sie nicht dem Geschädigten ausbezahlt werden.²²² Eine allfällige Rückerstattung an den Geschädigten geht einer Einziehung zugunsten der Bundeskasse somit vor; der Verfall der Einziehungssumme an den Staat erfolgt damit nur *subsidiär*.²²³ Sofern die Voraussetzungen für eine Ausrichtung an den Geschädigten erfüllt sind, muss die FINMA diese auf Verlangen des Berechtigten hin vornehmen.²²⁴ Entgegen der Formulierung in der Botschaft, kommt ihr in diesem Zusammenhang kein Ermessen zu.²²⁵

Art. 35 Abs. 6 FINMAG dient ausschliesslich der Durchsetzung liquider zivilrechtlicher Forderungen.²²⁶ Eine zum Zivilanspruch zusätzlich hinzutretende öffentlich-rechtliche Forderung kann daraus nicht abgeleitet werden.²²⁷ Ebenso wenig räumt Abs. 6 dem Geschädigten das Recht ein, im Rahmen des Einziehungsverfahrens eine strittige zivilrechtliche Forderung beurteilen lassen zu können.²²⁸ Will der Geschädigte gestützt auf Art. 35 Abs. 6 FINMAG die Durchsetzung seines Ersatzanspruchs erwirken, hat er der FINMA einen unbestrittenen oder gerichtlich festgestellten Schadenersatzanspruch gegenüber dem Einziehungssubjekt vorzulegen.²²⁹ Weder Art. 35 Abs. 6 FINMAG noch die vorhandenen Materialien äussern sich jedoch näher zur Form und zum Zeitpunkt der Anspruchsgeltendmachung.²³⁰

Klar ist, dass der Geschädigte seinen Antrag nicht bereits während des Enforcementverfahrens stellen muss, zumal diesem im Einziehungsverfahren ohnehin keine Parteistellung zukommt. Abgesehen von einem vergleichsweise anerkannten Ersatzanspruch, wird der Geschädigte wohl nur selten bereits während des Enforcementverfahrens über eine rechtsgenügend bestätigte Zivilforderung verfügen. Der Geschädigte muss die Auszahlung somit auch dann noch verlangen können, wenn die Einziehung zugunsten des Bundes bereits vollzogen wurde. In der Regel dürfte sich jedoch schon im Laufe des Enforcementverfahrens das Vorhandensein potenzieller Geschä-

digten abzeichnen.²³¹ Die FINMA wird den Abschluss des Verfahrens jedoch praxisgemäss nicht verzögern, damit Geschädigte ihren Anspruch während des Einziehungsverfahrens noch rechtsgültig geltend machen können. Stattdessen wird die FINMA die Einziehung des Gewinns zugunsten des Bundes verfügen und dabei ausdrücklich die Möglichkeit einer nachträglichen Anpassung des Einziehungsbetrags zugunsten der Geschädigten in der Einziehungsverfügung vermerken.²³² Da das Gesetz keine spezifischen Anforderungen an die Form des Antrags stellt, können hier keine allzu strengen Vorgaben gemacht werden. Der Antrag sollte in der Regel schriftlich oder, falls möglich, in elektronischer Form eingereicht werden.²³³

2. Reduktion der Einziehungsforderung im Umfang der Entschädigungszahlung

Wurde bzw. wird ein Teil des aufsichtswidrigen Gewinns zur Begleichung von Ersatzansprüchen gegenüber Geschädigten verwendet, ist die Einziehungssumme um den entsprechenden Betrag zu reduzieren, sofern die geleistete Entschädigung tatsächlich auf die Aufsichtsrechtsverletzung zurückzuführen ist.²³⁴ Erfolgt die direkte Entschädigung durch das Einziehungssubjekt erst nach Eintritt der Rechtskraft, ist der bereits eingezogene Gewinn im Sinne einer *Wiedererwägung*²³⁵ auf Gesuch des Einziehungssubjekts hin um die Höhe der geleisteten Schadenersatzzahlung zu reduzieren. Falls die Einziehungssumme bereits vollständig an den Bund geleistet wurde, hat das Einziehungssubjekt einen entsprechenden Rückerstattungsanspruch.

Falls die Einziehungssumme noch nicht geleistet wurde, etwa weil gegen die Einziehungsverfügung Beschwerde erhoben wurde, kann die geleistete Schadenersatzzahlung als echtes Novum auch im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden.²³⁶ Die Rechtsmittelinstanz hat in diesem Fall die betreffende Dispositivziffer der Einziehungsverfügung aufzuheben und die Einziehungssumme entsprechend reformatorisch zu korrigieren.²³⁷

²²² Vgl. KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 401.

²²³ BVGer B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019 E. 5.4; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 35.

²²⁴ BVGer B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019 E. 5.4.

²²⁵ Nach der Botschaft FINMAG (FN 10), 2883, «*kann*» die FINMA den Geschädigten einen Betrag entrichten. Es handelt sich dabei aber nicht um ein eigentliches «*Können*», sondern um ein «*Müssen*».

²²⁶ BGE 139 II 279 E. 4.3.3.

²²⁷ BGE 139 II 279 E. 4.3.3.

²²⁸ BGE 139 II 279 E. 4.3.3.

²²⁹ Der Geschädigte muss die Auszahlung zu seinen Gunsten von sich aus beantragen, vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 35.

²³⁰ Vgl. bereits JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/FRANCA CONTRAITO, FINMA, The Swiss Financial Market Supervisory Authority, Basel 2009, 155.

²³¹ Vgl. KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 403.

²³² Siehe näher zur FINMA-Praxis: KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 403.

²³³ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 35.

²³⁴ Nach KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 402 f., hat die FINMA genau zu prüfen, ob eine rechtsgenügende Kausalität zwischen der schweren Aufsichtsrechtsverletzung, dem einzuziehenden Gewinn und dem geltend gemachten Schaden gegeben ist.

²³⁵ Siehe näher zur Wiedererwägung: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 1272 ff.

²³⁶ BVGer B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019 E. 5.1 f.

²³⁷ Vgl. Urteil BVGer B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019 E. 5.9; siehe auch KUHN, Finanzmarktenforcement (FN 6), 403 m.H. zur revidierten FINMA-Praxis in FN 1670.

V. Schlussbetrachtung und Ausblick

Zu Beginn dieses Beitrags wurde aufgezeigt, dass die Einziehung nach Art. 35 FINMAG eine pekuniäre Verwaltungssanktion im Sinne eines restitutorischen administrativen Rechtsnachteils ist. Ihr Zweck liegt ausschliesslich in der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Dieser Grundsatz verpflichtet die FINMA, sicherzustellen, dass die von ihr verfügte Einziehung im Einzelfall nicht zu einer pönalen, repressiven Verwaltungssanktion wird.

Die eingehende Analyse der materiellen Einziehungsvoraussetzungen im Hauptteil hat aufgezeigt, dass einzelne Elemente von Art. 35 FINMAG aufgrund ihrer offenen Formulierung auslegungsbedürftig sind. Die Norm lässt beispielsweise unbeantwortet, wie der einzuziehende Gewinn zu berechnen ist.²³⁸ Ebenso schweigt sich Art. 35 FINMAG über die Verjährungsmodalitäten aus.²³⁹ Zwar hat sich das Bundesgericht zu beiden Aspekten geäussert, doch erscheint die Rechtsprechung insbesondere in Bezug auf die Berechnung der Einziehungssumme nicht vollständig überzeugend.²⁴⁰ Eine entsprechende Gesetzesrevision könnte Klarheit schaffen. Gleichzeitig könnte die vom Bundesrat vorgeschlagene Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs umgesetzt werden, sodass künftig auch subalterne Mitarbeiter von Art. 35 FINMAG erfasst wären.²⁴¹

Diese Revisionsvorschläge sollen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gesetzgeber mit Art. 35 FINMAG vor rund 16 Jahren ein funktionierendes Instrument geschaffen hat, das heute als unverzichtbarer Bestandteil des Aufsichtsinstrumentariums gilt. Dies belegen nicht zuletzt die einsehbare Kasuistik der FINMA und die den Autoren vorliegenden Gerichtsurteile, die auf eine regelmässige Anwendung und damit auf eine erhebliche praktische Relevanz schliessen lassen – eine Relevanz, die auch in Zukunft fortbestehen dürfte.²⁴²

Inwieweit Art. 35 FINMAG hingegen dem Anreiz entgegenwirkt, einen aufsichtsrechtswidrigen Gewinn zu erzielen, lässt sich unseres Erachtens bezweifeln. Ein Dieb, der – wenn er erwischt wird – lediglich das erbeutete Diebesgut zurückgeben muss, dürfte kaum genügend abgeschreckt werden.²⁴³ Dieses, wenn auch überspitzte Beispiel zeigt, dass von Art. 35 FINMAG nur eine geringe generalpräventive Wirkung ausgehen kann. Um Beaufsichtigte und deren Leitungsorgane von aufsichtsrechtlichen Verletzungen abzuhalten, braucht es unseres Erachtens andere, vor allem stärker abschreckende

Instrumente. Solche finden sich *de lege lata* mit dem Berufsverbot (Art. 33 FINMAG), dem Tätigkeitsverbot (Art. 33a FINMAG) und dem Bewilligungszug (Art. 37 FINMAG) zwar bereits im FINMAG. Bekanntlich können das Berufs- und Tätigkeitsverbot jedoch nur gegenüber natürlichen Personen verfügt werden und ein Bewilligungszug dürfte aufgrund seiner äusserst einschneidenden Wirkung nur als *ultima ratio* und damit nur sehr selten in Betracht kommen; bei systemrelevanten Instituten ist ein Bewilligungszug *de facto* sogar undenkbar.²⁴⁴ Vor diesem Hintergrund geht insbesondere gegenüber juristischen Personen vom bestehenden Instrumentarium des FINMAG eine lediglich begrenzte und unseres Erachtens unzureichende generalpräventive Wirkung aus. Die Einführung einer repressiven Verwaltungssanktion, die der FINMA die Anordnung von Bussen gegenüber juristischen Personen erlauben würde, erscheint vor diesem Hintergrund gerechtfertigt. Eine Bussenkompetenz, die sich auch auf natürliche Personen erstrecken würde, ist unseres Erachtens demgegenüber nicht erforderlich. Hier stehen der FINMA insbesondere mit dem Berufs- oder Tätigkeitsverbot bereits griffige Massnahmen zur Verfügung, mit denen sich aufsichtsrechtliche Verletzungen von natürlichen Personen ahnden lassen. Zudem können diese Massnahmen in Kombination mit einer Einziehung verhängt werden, was für den Betroffenen schwerwiegende Konsequenzen nach sich ziehen würde, sollte er aufsichtsrechtswidrige Geschäftspraktiken verfolgen.²⁴⁵

Angesichts der dargelegten Überlegungen plädiert dieser Beitrag für die Einführung einer Bussenkompetenz der FINMA gegenüber juristischen Personen, nicht jedoch gegenüber natürlichen Personen. Auch die jüngsten Empfehlungen des Bundesrates²⁴⁶ sowie die Motion (Nr. 3) der parlamentarischen Untersuchungskommission²⁴⁷ bewegen sich in diese Richtung. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie der Gesetzgeber diese Frage letztlich regeln wird.

²³⁸ Siehe vorne Ziff. III.3.1.

²³⁹ Vgl. vorne Ziff. III.5.1.

²⁴⁰ Dazu vorne Ziff. III.3.1c.

²⁴¹ Dazu näher vorne Ziff. III.1.2b.

²⁴² Siehe zur Kasuistik der FINMA den Nachweis in FN 5.

²⁴³ LOHER/MÜLLER (FN 4), 13.

²⁴⁴ So auch LOHER/MÜLLER (FN 4), 13.

²⁴⁵ Exemplarisch BVGer B-664/2020 vom 4. Juli 2022; BVGer B-1576/2019 vom 29. November 2021.

²⁴⁶ Vgl. Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (FN 3), 284.

²⁴⁷ Vgl. Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission, Die Geschäftsführung der Bundesbehörden im Kontext der CS-Krise vom 17. Dezember 2024, 426. Die Motion Nr. 3 sieht neben der Anordnung einer Busse gegenüber systemrelevanten Instituten zusätzlich auch die Anordnung gegenüber «Privatpersonen» vor. Was bzw. wer mit «Privatperson» jedoch genau gemeint ist, erscheint uns nicht ganz klar und bedarf somit einer Konkretisierung.