

Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins vierte Quartal 2018

Urs Bertschinger*

Inhaltsübersicht

I. Leitthemen

1. Bewilligungspflicht im Wandel
2. Kleinbankenregime und (kontroverse) Justierungen im Prüfwesen
3. Ausstrahlungswirkung der FIDLEG-Verhaltensregeln

II. Gerichts- und Behördenpraxis

1. Bankengesetz – Kein allgemeines Anlegerschutzgesetz
2. Berufsverbot – Nur bei «klarem Recht»
3. Berufsverbot – Faktische Vorwirkung
4. Unerlaubte Emissionshaustätigkeit – Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung
5. Emissionshaustätigkeit – Konzernstrukturen
6. Kollektive Kapitalanlage versus operative Gesellschaft – Orientierung auf der Gratwanderung
7. Bankinterne Untersuchung – Doch eine Entsiegelung
8. Einziehung – Abzugsfähigkeit von Betriebskosten

I. Leitthemen

1. Bewilligungspflicht im Wandel

Seit die Marktteilnehmer aus regulatorischen Gründen oder eigenem Antrieb vermehrt mit regulierten Gegenparteien zusammenarbeiten wollen, gelten finanzmarktaufsichtsrechtliche Bewilligungspflichten nicht nur als Bürde, sondern auch als «Würde». Als schwerer Eingriff in die verfassungsmässig geschützte Wirtschaftsfreiheit bedürfen Bewilligungspflichten einer Grundlage in einem formellen Gesetz.¹ Bewilligungspflichten dienen den Schutzziele des Finanzmarktrechts, will heissen dem Individualschutz und dem Funktionsschutz (Systemschutz).² Da die Finanzmarktgesetze auf allgemeine Geschäftsmodelle ausgerichtet sind, bleibt die Art der Leistungserbringung am Markt unerheblich. Damit absorbiert das geltende finanzmarktaufsichtsrechtliche Bewilligungsrecht grundsätzlich auch digitale Geschäfts-

modelle. Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise («*same business, same risks, same rules*») soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Gleichbehandlung direkter Konkurrenten im Rahmen der grundrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit sichern.³ Negativ fällt dabei die tendenziell innovationshemmende Wirkung allgemeiner regulatorischer Massstäbe ins Gewicht.

a) Innovationsfähigkeit

Alles Neue beginnt mit dem guten Willen. Symbolisch manifestiert sich dieser Wille in der Bestimmung zu den Zielen der Finanzmarktaufsicht, in welcher nun die «Zukunftsfähigkeit» des Finanzplatzes Schweiz betont wird.⁴ Daneben finden sich konkrete regulatorische Impulse. Die regulatorischen Hürden der Voll-Bankbewilligung erweisen sich für viele innovative Geschäftsmodelle als zu hoch, sodass zunächst Anpassungen in der Bankenverordnung erweiterte Freiräume für die Abwicklungsplattformen⁵ sowie für einen Innovationsraum (Sandbox) geschaffen haben. Die Gewerbsmässigkeit nach Bankengesetz – vor kurzem noch aus einem Guss – hat Aufweichung erfahren: Bis zu einem Gesamtbetrag von CHF 1 Million können Publikumseinlagen von beliebig vielen Gläubigern entgegen genommen werden, sofern die Einlagen weder angelegt noch verzinst werden.⁶ Die Etikettierungspflicht mahnt die Gläubiger zur Selbstverantwortung – «Trau, schau wem» ist auch im Finanzmarkt ein belastbares Regulierungskonzept. Bei der Grösse des Innovationsraums besteht weiterer Spielraum, sodass neue Geschäftsmodelle bewilligungsfrei allemal bis CHF 10 Millionen möglich sein

* Prof. Dr. iur. Urs Bertschinger ist Rechtsanwalt in Zürich und Professor an der Universität St. Gallen.

¹ Urs Bertschinger, Bewilligungspflicht und Bewilligungsverfahren für Finanzdienstleister und Finanzprodukte, in: Peter Sester u.a. (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich 2018, S. 383 f.

² Siehe Art. 5 FINMAG.

³ Bundesgericht 2C_345/2015, E. 4.2, betreffend Prepaid-Zahlungslösungen unter dem Bankengesetz.

⁴ Art. 4 neuFINMAG in der am 15. Juni 2018 im Anhang zum Finanzinstitutsgesetz beschlossenen Fassung, welche den geltenden Art. 5 FINMAG ablösen wird.

⁵ Siehe Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV.

⁶ Art. 6 Abs. 2 BankV; vom Anlage- und Verzinsungsverbot sind gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung Einlagen bei Personen ausgenommen, deren Haupttätigkeit eine gewerblich-industrielle Tätigkeit ist, sofern die Publikumseinlagen für die Finanzierung dieser Tätigkeit verwendet werden. In der ab 1. April 2019 geltenden Fassung von Art. 6 BankV wird das Anlage- und Verzinsungsverbot gemäss Abs. 2 lit. b durch die Vorschrift ersetzt, dass kein Zinsdifferenzgeschäft betrieben wird, und Art. 6 Abs. 3 BankV wird gestrichen (siehe dazu Der Bundesrat, Bundesrat verabschiedet Ausführungsbestimmungen zur FinTech-Bewilligung, 30. November 2018, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73186.html>>).

sollten. Der Leidensdruck der Fintech-Branche wird die regulatorische Richtung weisen.

Mit Art. 1b BankG (Innovationsförderung) wurde im Anhang zum Finanzinstitutsgesetz die Grundlage für die *Fintech-Bewilligung* geschaffen. Damit sollen grundsätzlich Publikumsseinlagen bis CHF 100 Millionen entgegengenommen werden dürfen, sofern diese Einlagen weder angelegt noch verzinst werden. Nach Art. 1b Abs. 2 BankG kann der Bundesrat den erwähnten Betrag «unter Berücksichtigung der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz anpassen». Nachdem die Innovationsfähigkeit als Regulierungspostulat zunehmend Profil erlangt, wird sie zum Dehnungsfaktor der Regulierung. Die Bestimmungen zur neuen Fintech-Bewilligung des Bankengesetzes treten am 1. Januar 2019 in Kraft.⁷

b) Keine bankenrechtliche Auffangbewilligung

Der Ständerat hatte zur Innovationsförderung im Anhang zum Finanzinstitutsgesetz ein allgemeines bankenrechtliches Bewilligungsgefäss vorgeschlagen. Danach hätte die FINMA Personen eine Bewilligung erteilen können, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind, keine Publikumsseinlagen entgegennehmen und um eine derartige Bewilligung ersuchen.⁸ Diese Idee hat sich nicht durchgesetzt. Es muss sich noch vermehrt die Erkenntnis Bahn brechen, dass finanzmarktaufsichtsrechtliches Bewilligungsrecht nicht bloss den Anleger- und Funktionsschutz bezweckt,⁹ sondern eine allgemein dienende Funktion für Gesellschaft und Volkswirtschaft erfüllt. Das Bewilligungsrecht muss daher vermehrt nachfrageorientierte Gesichtspunkte berücksichtigen, um optimale Voraussetzungen für die Erbringung von Finanzdienstleistungen zu gewährleisten, für die derzeit kein Bewilligungsgefäss zur Verfügung steht, wie etwa für reine Anlageberater. Hier besteht ein finanzmarktaufsichtsrechtliches «To Do», welches bei nächster Gelegenheit wieder aufgenommen werden sollte.

c) Vorbehalte zur Produkteregulierung

In den strategischen Zielen 2009–2012 hat die Finanzmarktaufsichtsbehörde ihre Stossrichtungen in der Aufsicht kommuniziert: «Die FINMA konzentriert

sich auf die Stärkung der prudentiellen Aufsicht und deren Wirkung auf den Kundenschutz. In Bereichen, in denen zusätzlich zur prudentiellen Aufsicht eine präventive Produktkontrolle vorgesehen ist, setzt sich die FINMA für eine mittelfristige Aufhebung dieses systemfremden Aufsichtsansatzes ein.»¹⁰

Ebenfalls 2009 wurde mangels «allgemeine[r] Regel zu den Aufklärungs- und Informationspflichten» beim Securities Lending «einstweilen auf eine kurzfristig verfügbare produktespezifische Regelung» gegriffen.¹¹ Die damalige Produkteregulierung¹² «faute mieux» hat sich mittlerweile auf die Gesetzesstufe gemausert, indem Art. 19 Abs. 3 FIDLEG ungedecktes Securities Lending mit Privatkunden für unzulässig erklärt. Dabei ist bemerkenswert, dass im Finanzdienstleistungsgesetz die einst von der FINMA reklamierten allgemeinen Aufklärungs- und Informationspflichten geschaffen wurden. Trotzdem zementiert Art. 19 Abs. 3 FIDLEG die Regulierung der Securities Lending-Finanzdienstleistung wohl aufgrund der Perzeption, dass Anleger relevante Informationen ungenügend verarbeiten.

d) Revision des Kollektivanlagengesetzes

Der Innovationsdruck und der Zwang zur Reduktion der «Time to Market» sollte auch im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen Freiräume schaffen. Bei den kollektiven Kapitalanlagen bestand seit eh und je der Dualismus der Träger- und der separaten Produktbewilligung. Da auf fehlerhafte Träger ein finanzmarktaufsichtsrechtlicher Zugriff besteht, vermochte das «Doppeltnähen» mit der zusätzlichen Produktgenehmigung nie wirklich zu überzeugen.

Der Bundesrat hat im September 2018 angekündigt, bis Mitte 2019 einen Vorschlag zur Revision der Kollektivanlagengesetzgebung in die Vernehmlassung zu bringen, um die Lancierung kollektiver Kapitalanlagen («Limited Qualified Investment Funds») zu ermöglichen.

⁷ Siehe dazu die Medienmitteilung des Bundesrates in Fn. 6.

⁸ Dazu schon *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2016 bis ins vierte Quartal 2017, SZW 2017, S. 841.

⁹ Dazu bereits oben bei Fn. 2.

¹⁰ <<https://www.finma.ch/de/news/2009/09/mm-strategie-finma-20090930/>>.

¹¹ FINMA, Eröffnung der Anhörung zum FINMA Rundschreiben Repo/SLB, 9. Oktober 2009, <<https://www.finma.ch/de/news/2009/10/aktuell-finma-rs-repo-slb-20091009/>>, Securities Lending and Borrowing unter dem Blickwinkel von aufsichtsrechtlichen Liquiditätsvorschriften und Anlegerschutz, Erläuterungsbericht zum Entwurf eines Rundschreibens der FINMA, Oktober 2009, S. 5.

¹² FINMA-Rundschreiben 2010/2 Repo/SLB, siehe insbesondere Rz 10 zum ungedeckten Securities Lending mit Privatkunden.

für qualifizierte Anleger ohne Genehmigung der FINMA zu ermöglichen.¹³ Damit wird freilich die Zweiklassengesellschaft der Anleger im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen vertieft. Eine Öffnung zugunsten der Retailanleger sollte nicht von vornherein ausser Betracht fallen. Eine Etikettierung, wie sie im Bankenbereich unter dem Gesichtspunkt der Innovationsförderung angewendet wird,¹⁴ ist auch im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen möglich.¹⁵ Zudem lässt sich ein erweiterter Kreis von Anlegern in innovativen kollektiven Kapitalanlagen mit der erforderlichen Trägerbewilligung¹⁶ und der zunehmenden Conduct-Aufsicht der FINMA¹⁷ rechtfertigen.

e) Bewilligungskaskade gemäss Finanzinstitutsgesetz
Bislang besteht im Kollektivanlagenrecht eine branchenspezifische Bewilligungskaskade; mit Art. 6 FINIG wird die Bewilligungskaskade als allgemeines Konzept etabliert.¹⁸ Damit ist die Trägerbewilligung gestärkt, weil bewilligte Träger weitere Geschäftsmodelle ohne die erforderliche Trägerbewilligung, jedoch unter Einhaltung der entsprechenden Bewilligungsvoraussetzungen betreiben können.

Fraglich ist, ob und inwiefern sich die Fintech-Bewilligung gemäss Art. 1b BankG in die Bewilligungskaskade gemäss Finanzinstitutsgesetz (FINIG) einfügt. Zwar schreibt Art. 1b BankG vor, dass die Bestimmungen des Bankengesetzes auf «Personen», die eine Fintech-Bewilligung erhalten, sinngemäss anzuwenden sind. Der Begriff der Bank wird indessen vermieden; es wird auch in der ergänzten Bankenverordnung konsequent zwischen Banken und Personen

nach Art. 1b BankG unterschieden.¹⁹ Da die Geschäftsmodelle, die der Voll-Bank in der Bewilligungskaskade des FINIG nachgelagert sind, ebenso wie die Fintech-Bewilligung keine banktypische Fristentransformation erfassen, erscheint die Gleichstellung der Träger einer bankenrechtlichen Fintech-Bewilligung mit der Voll-Bank gemäss Art. 6 Abs. 1 FINIG als denkbar. Somit könnten Personen nach Art. 1b BankG ohne zusätzliche Bewilligung auch die Tätigkeit als Wertpapierhaus, als Verwalter von Kollektivvermögen, als Vermögensverwalter und als Trustee ausüben. Dabei sind die Vorschriften derjenigen Geschäftsmodelle, die in der Bewilligungskaskade des Art. 6 FINIG nachgelagert sind, jeweils vollständig einzuhalten. Ein Träger einer Fintech-Bewilligung, der zudem als Wertpapierhaus agieren will, müsste das Mindestkapital von CHF 1,5 Millionen erfüllen²⁰ und als Kundenhändler die Bestimmungen der Eigenmittelverordnung einhalten.²¹

2. Kleinbankenregime und (kontroverse) Justierungen im Prüfwesen

Im Juli 2018 startete die FINMA die Pilotphase für das Kleinbankenregime. Institute mit deutlich überdurchschnittlicher Kapitalisierung und hoher Liquiditätsausstattung profitieren von reduzierter Komplexität des Regulierungsregimes. Die FINMA hat zu den Teilnahmebedingungen und Erleichterungen ein Termsheet veröffentlicht.²² Teilnahmeberechtigt sind nur Banken und Effektenhändler der Aufsichtskategorien 4 und 5.²³ Die Proportionalität im Bankensektor wird damit weiter vertieft.

¹³ Der Bundesrat, Bundesrat will Attraktivität des Fondsplatzes Schweiz erhöhen, 5. September 2018, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-72049.html>>.

¹⁴ Dazu oben unter I.1.a).

¹⁵ Siehe dazu schon bei den strukturierten Produkten Art. 5 Abs. 2 lit. c KAG.

¹⁶ Siehe dazu die Motion 18.3505 von Ruedi Noser; International konkurrenzfähige kollektive Kapitalanlagen ermöglichen. KAG im Interesse der Schweizer Anleger anpassen, mit dem Verweis, dass die Fondsleitung bzw. der Vermögensverwalter der Aufsicht der FINMA unterstehen, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20183505>>.

¹⁷ Siehe FINMA Jahresbericht 2017, S. 81.

¹⁸ Siehe Art. 13 Abs. 3 KAG und Art. 8 KKV sowie Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, S. 8927 und S. 9020 f.

¹⁹ Siehe dazu die Medienmitteilung des Bundesrates in Fn. 6 sowie die Legaldefinition der Banken gemäss Art. 1a BankG in der im Anhang zum Finanzinstitutsgesetz beschlossenen Fassung.

²⁰ Art. 62 E-FINIV. Das Mindestkapital für Personen nach Art. 1b BankG beträgt drei Prozent der entgegengenommenen Publikumsanlagen, jedoch mindestens CHF 300 000 (Art. 17a Abs. 1 BankV, in der ab 1. Januar 2019 geltenden Fassung).

²¹ Art. 63 Abs. 4 E-FINIV. Die Bestimmungen der Eigenmittelverordnung finden auf Personen nach Art. 1b BankG keine Anwendung (Art. 17a Abs. 3 BankV).

²² Siehe FINMA Medienmitteilung, FINMA lanciert Kleinbankenregime und fokussiert das Prüfwesen, 13. Juli 2018, <<https://www.finma.ch/de/news/2018/07/20180713-mm-kleinbanken-pruefwesen/>>.

²³ Siehe dazu BankV Anhang 3: Bei der Aufsichtskategorie 4 handelt es sich um Institute mit einer Bilanzsumme von bis zu CHF 15 Mrd. und verwalteten Vermögen bis CHF 20 Mrd.

a) System- und Anlegerschutz

Aufgrund der Verlautbarungen kann der Eindruck entstehen, dass die verstärkte Differenzierung zugunsten der Klein- und Kleinstbanken – unter der Prämisse der Beibehaltung des Sicherheitsniveaus dieser Institute²⁴ – eine ausgeprägte Konnotation zum Systemschutz aufweist. Anlässlich des Kleinbankensymposiums vom 2. Oktober 2017 hat der FINMA-Direktor festgehalten: «Die Risiken, die von einzelnen Banken der Kategorie 4 und 5 für die Stabilität des Finanzplatzes ausgehen, sind überschaubar. Auch haben wir gesehen, dass eine geordnete Abwicklung einer Kleinbank ohne dramatische Ausfälle für Gläubiger oder für das System möglich ist.»²⁵ Diese Aussage ist in Bezug auf eine Branche, in welcher eine Vertrauenskrise der Kunden einer Bank unvermittelt die Ansteckungsgefahr signifikant erhöhen kann, nicht selbstverständlich. Trotz der verhalten positiven Prognose der FINMA für den Gläubigerschutz – «ohne dramatische Ausfälle»²⁶ – bleiben Vorbehalte, da sich die Auswirkungen von Krisensituationen in einzelnen Bankinstituten auf das Bankensystem kaum zutreffend errahnen lassen. Ausgewählte Kleinbanken, denen als Hort von Ersparnissen der Haushalte auch eine sozialpolitische Funktion zukommt, agieren unter einem speziellen Regime, ohne dass dieses Kleinbankenregime für die Kunden leicht erkennbar wäre.

Das Prüfwesen bildet einen Kernbestandteil der Finanzmarktaufsicht. Die schlanken Strukturen der FINMA setzen zwangsläufig ein Outsourcing an die Prüfgesellschaften voraus. Nun soll das Prüfwesen gestrafft und auf Effizienz getrimmt werden. Ansatzpunkt ist das Proportionalitätsprinzip, welches vermehrt ausgereizt wird. Entsprechend erfährt der risikoorientierte Ansatz eine stärkere Betonung, etwa bei der Prüfung anhand von Stichproben.²⁷ Das FINMA-Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen wurde teilrevidiert. Es tritt in ergänzter Fassung auf den 1. Janu-

ar 2019 in Kraft. Die Revisionsaufsichtsbehörde hat in der Anhörung zu den geplanten Änderungen im Prüfwesen auf «Aufsichtslücken» hingewiesen und sich allgemein kritisch zum Anleger- und Systemschutz geäußert.²⁸

b) Reduktion der Prüfkadenz

Bei Beaufsichtigten der Aufsichtskategorien 4 und 5 kann die Prüfkadenz verringert werden.²⁹ Vorausgesetzt wird, dass beim Beaufsichtigten keine erhöhte Risikolage und keine erheblichen Schwachstellen bestehen.³⁰ Bei Instituten der Aufsichtskategorie 4 müssen Prüfungshandlungen weiterhin alle zwei Jahre stattfinden und bei Beaufsichtigten der Aufsichtskategorie 5 mindestens alle drei Jahre.³¹ Im Unterschied zum Entwurf, der grundsätzlich einen Erleichterungsautomatismus vorsah,³² muss nach der definitiven Fassung des FINMA-Rundschreibens «Prüfwesen» das Oberleitungsorgan des Beaufsichtigten die Anwendung der reduzierten Prüfkadenz bei der FINMA beantragen.³³ Damit wird das Oberleitungsorgan zu Recht in die Pflicht genommen, was die «Nachfrage» für die reduzierte Prüfkadenz dämpfen dürfte.³⁴ Ein partielles Opting-out von der aufsichtsrechtlichen Prüfpflicht verleiht den Überwachungspflichten des Oberleitungsorgans und damit dessen Verantwortlichkeit zwangsläufig ein höheres Profil.³⁵

²⁴ Mark Branson, Referat am Kleinbankensymposium vom 2. Oktober 2017 in Bern, Moderne Rahmenbedingungen für einen heterogenen Finanzplatz, S. 4, siehe unter <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/referate-und-artikel/>>; FINMA Jahresbericht 2017, S. 45: «Kleine Institute sollen administrativ spürbar entlastet werden, solange dies nicht zulasten der Kundensicherheit und Finanzstabilität erfolgt.»

²⁵ Branson (Fn. 24), S. 4.

²⁶ Siehe dazu das Zitat vor Fn. 25.

²⁷ FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen (in der ab dem 1. Januar 2019 gültigen Fassung), Rz 42.

²⁸ RAB, Anhörung: Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, 31. Januar 2018, S. 1 f.

²⁹ Zu Nachteilen einer reduzierten Prüfkadenz siehe Expert-Suisse, Stellungnahme zur Anhörung der Revision des FINMA-RS 2013/3 «Prüfwesen», 31. Januar 2018, S. 10 f.

³⁰ FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen (in der ab dem 1. Januar 2019 gültigen Fassung), Rz 86.1.

³¹ Die Revisionsaufsichtsbehörde weist in der Anhörung (Fn. 28), S. 2, aufgrund der «Voraussehbarkeit der Prüfkadenz» auf das wesentlich erhöhte Risiko von dolosen Handlungen hin.

³² Siehe FINMA Medienmitteilung, FINMA revidiert das Rundschreiben Prüfwesen, 30. November 2017, <<https://www.finma.ch/de/news/2017/11/20171130-mm-pruefwesen/>>, Rz 86.1 des Entwurf-Rundschreibens 2013/3 Prüfwesen.

³³ FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen (in der ab dem 1. Januar 2019 gültigen Fassung), Rz 86.1.

³⁴ Zum Aspekt der Nachfrage siehe schon Branson (Fn. 24), S. 5.

³⁵ Ähnlich, wenn auch zum Opting-out bei der Rechnungsprüfung gemäss Art. 727a OR, Peter Bockli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 15, Rz 552 ff.

Selbst bei reduzierter Prüfkadenz muss jährlich eine Risikoanalyse eingereicht werden.³⁶ Die FINMA betont, dass diesen Informationen im Rahmen der datenbasierten Aufsicht der FINMA «eine noch wichtigere Rolle» zukommt.³⁷ Die Erstellung einer Risikoanalyse hält die FINMA allemal für möglich, weil verstärkt auf Erkenntnisse der internen Revision abgestellt werden dürfe und «in den meisten Fällen die aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft für die Rechnungsprüfung nach dem Obligationenrecht jährlich vor Ort» sei.³⁸ Die Trennung von Rechnungs- und Aufsichtsprüfung³⁹ ist damit wieder verwischt.

c) Kostendruck im Prüfwesen

Die FINMA hat in Aussicht gestellt, die Kosten der Aufsichtsprüfung, welche von den Prüfgesellschaften durchgeführt wird, um mindestens dreissig Prozent zu senken.⁴⁰ Neu muss die Prüfgesellschaft der FINMA mit der Prüfstrategie «eine Kostenschätzung für ihre geplanten Prüfungshandlungen im Berichtsjahr» einreichen. Die geschätzten Kosten für Zusatzprüfungen sind separat auszuweisen.⁴¹ Eine blossе Kostenschätzung impliziert nach Auffassung der FINMA keine nach Art. 8 Abs. 2 FINMA-PV unzulässige Pauschalentschädigung.⁴² Die Revisionsaufsichtsbehörde hat in der Anhörung darauf hingewiesen, dass es den «Anschein einer möglichen pauschalen Entschädi-

gung der Prüfgesellschaften [...] tunlichst zu vermeiden» gilt.⁴³ Da es erklärtes Ziel ist, das Prüfwesen zu tieferen Kosten zu bewerkstelligen, dürfte den Kostenschätzungen in der Praxis ein erheblicher Härtegrad zukommen. Die Beaufsichtigten sehen sich in ihrem Anliegen zur Kostendämpfung allemal bestätigt⁴⁴ und die FINMA hat sich verpflichtet, nach drei Jahren eine Wirkungsanalyse zu Kosten und Nutzen vorzunehmen.⁴⁵ Es besteht also erheblicher (Kosten-) Druck im Aufsichtssystem.

Mit abnehmender Kostenflexibilität steigt der Druck zur Standardisierung von Prüfdienstleistungen, woraus sich zwangsläufig Einschränkungen bei der individuellen Mandatsbearbeitung ergeben.⁴⁶ Damit weisen Kostenschätzungen auch eine Konnotation zu den Prüfdienstleistungen als «Commodity» auf.⁴⁷ Wie die Prüfgesellschaften in diesem Umfeld den wiederholt geforderten «Biss» gegenüber den Beaufsichtigten entwickeln sollen,⁴⁸ bleibt ebenso unklar wie die potentiellen Auswirkungen von Kostenschätzungen auf die Unabhängigkeit der Prüfgesell-

³⁶ Siehe FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen (in der ab dem 1. Januar 2019 gültigen Fassung), Rz 109 und 109.1.

³⁷ FINMA, Erläuterungsbericht zur Teilrevision des FINMA-Rundschreibens 13/3 «Prüfwesen», 30. November 2017 (siehe dazu Fn. 32), S. 15.

³⁸ FINMA (Fn. 37), S. 15.

³⁹ Siehe FINMA-Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, Rz 45/46, sowie FINMA, Rundschreiben Prüfwesen/Rundschreiben Prüfgesellschaften und leitende Prüfer, Erläuterungsbericht, 7. August 2012, <<https://www.finma.ch/de/news/2012/08/finma-eroeffnet-anhoerung-zu-neuen-rundschreiben-im-pruefwesen-20120807/>>, S. 12 f.

⁴⁰ FINMA Medienmitteilung (Fn. 32), S. 2; die Revisionsaufsichtsbehörde vertritt in der Anhörung (Fn. 28), S. 2, die Auffassung, dass sich die geplante Reduktion der Prüfkosten nicht realisieren lässt und hegt die Befürchtung, dass es zu einer Verlagerung von Prüfungshandlungen in die Rechnungsprüfung kommen wird.

⁴¹ FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen (in der ab dem 1. Januar 2019 gültigen Fassung), Rz 106.

⁴² FINMA, FINMA-Rundschreiben 2013/3 «Prüfwesen», Bericht über die Anhörung vom 30. November 2017 bis 31. Januar 2018 zum Entwurf des teilrevidierten FINMA-RS 13/3 «Prüfwesen», 20. Juni 2018, (siehe Fn. 22), S. 26; siehe dazu die Kritik an der Honorarorientierung von Kostenschätzungen bei ExpertSuisse (Fn. 29), S. 12.

⁴³ RAB (Fn. 28), Beilage, S. 7.

⁴⁴ FINMA Jahresbericht 2017, S. 34: «Die Kostenreduktion soll mit [...] der Steuerung der Prüfungshandlungen durch Kostentransparenz erreicht werden»; die ExpertSuisse (Fn. 29), S. 11, vermutet, dass die FINMA aufgrund der Kostenschätzungen eine stärkere Kostenkontrolle übernehmen will; kritisch zu Kostenschätzungen der Verband Schweizerischer Kantonalbanken, Stellungnahme der Kantonalbanken zur Revision des Rundschreibens Prüfwesen, 31. Januar 2018, S. 10.

⁴⁵ FINMA Medienmitteilung (Fn. 22).

⁴⁶ Siehe Schweizerische Bankiervereinigung, Stellungnahme der SBVg: Anhörung zur Teilrevision des FINMA-Rundschreibens 2013/3 «Prüfwesen», 21. März 2018, S. 4 und 12, welche Kostenschätzungen der Prüfgesellschaften unterstützt und ein zu publizierendes Benchmarking betreffend die Kosten für inhaltlich identische oder ähnliche Prüfungen bei verschiedenen Instituten fordert.

⁴⁷ Siehe dazu, wenn auch bei der Rechnungsprüfung, Urs Bertschinger, Honorardruck und Unabhängigkeit der Revisionsstelle, AJP 2013, S. 18.

⁴⁸ Siehe bereits FINMA Jahresbericht 2009, S. 74: «Teilweise beurteilen die Prüfgesellschaften berechnete Feststellungen bei ihren Kunden noch zu wohlwollend. Dies liegt daran, dass die Prüfgesellschaften in ihrer Funktion zwar aufsichtsrechtlich tätig sind, aber von ihren Kunden beauftragt und entschädigt werden. Einerseits können häufigere und intensivere Inspektionen bei Prüfgesellschaften sowie die Begleitung von Prüfgesellschaften bei der Durchführung von Prüfungen dies entschärfen, andererseits ist das Instrument des Untersuchungsbeauftragten noch vermehrt einzusetzen».

schaften.⁴⁹ Die Revisionsaufsichtsbehörde, welche seit der «Bündelung» des Prüfwesens⁵⁰ auch für die Zulassung, Beaufsichtigung und Sanktionierung der Prüfungsgesellschaften zuständig ist, wird auf die Folgen von Kostenschätzungen ein waches Auge haben müssen.

3. Ausstrahlungswirkung der FIDLEG-Verhaltensregeln

Nach zähem Ringen hat das Parlament am 15. Juni 2018 das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) zusammen mit dem Finanzinstitutsgesetz (FINIG) verabschiedet. Mit dem Inkrafttreten wird auf den 1. Januar 2020 gerechnet. Im Oktober 2018 sind die Entwürfe der Verordnungen, Finanzdienstleistungsverordnung (E-FIDLEV), Finanzinstitutsverordnung (E-FINIV) und Aufsichtsorganisationenverordnung (E-AOV), verfügbar geworden. Die Vernehmlassung läuft bis am 6. Februar 2019.⁵¹

a) Zum dogmatischen Konzept

Bei den Verhaltensregeln des FIDLEG hat die «Grundsatz»-Bestimmung in den parlamentarischen Beratungen hohe Wellen geworfen. Nach dem Vorschlag des Bundesrates müssen die Finanzdienstleister beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach dem zweiten Gesetzestitel befolgen.⁵² Dieser Vorschlag ist schliesslich Gesetz geworden (Art. 7 Abs. 1 FIDLEG). Zwischenzeitlich gab es Bestrebungen, dem Primat des öffentlichen Rechts zum Durchbruch zu verhelfen. Danach wären mit der Einhaltung der Vorgaben des FIDLEG «identische zivilrechtliche Pflichten» oder «gleichgerichtete zivilrechtliche Pflichten» ebenfalls erfüllt gewesen.⁵³ Letztlich hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Versuch der strikten Anbindung des Privatrechts an das öffentliche Recht nicht durchwegs zu befriedigenden Ergebnissen führt.⁵⁴

Die Verhaltensregeln des FIDLEG sind nach den Gesetzesmaterialien keine Doppelnormen, sondern öffentliches Recht und greifen daher «nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis» zwischen Kunde und Finanzdienstleister ein. Sie können aber durch den Richter zur «Konkretisierung» von «privatrechtlichen Bestimmungen» herangezogen werden.⁵⁵ In diesem Rahmen wird von der «Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung» zwischen Finanzdienstleister und Kunde gesprochen.⁵⁶ Das Konzept ist flexibel, weil die Ausstrahlung nicht an eine bestimmte Norm des FIDLEG knüpft, sondern sich aus dem spezifischen zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister ergibt. Soweit dem Kunden gewisse Informationen bereits bekannt sind oder Kenntnisse des Kunden aufgrund der Umstände vorausgesetzt werden können, sollte es zum Beispiel nicht zur Ausstrahlung von Art. 8 FIDLEG kommen. Wie im Doppelnormkonzept des Art. 11 BEHG⁵⁷ bleiben privatrechtliche Vereinbarungen zulässig, soweit sie den öffentlich-rechtlichen Verhaltensregeln des FIDLEG mit Ausstrahlungswirkung nicht zuwiderlaufen.

Für die Ausstrahlung wird nun nach den «Einfallstoren» ins zivilrechtliche Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister gesucht.⁵⁸ Ein dogmatisches Konzept der Ausstrahlungswirkung, wie sie in den Gesetzesmaterialien beschrieben wird,⁵⁹ ist kaum erkennbar. Da die Verhaltensregeln des FIDLEG sektorübergreifende Standards schaffen,⁶⁰ dürften sie – ähnlich wie gewisse Branchen- und Selbstregulierungsstandards⁶¹ – bei der «Auslegung und Ergänzung» des Verhältnisses zwischen Kunde und Finanzdienstleister herangezogen werden. In diesem Rahmen entfalten die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des FIDLEG

⁴⁹ Siehe BVGer B-5121/2011 betreffend eine mangelhafte Abrechnung des Honoraraufwandes durch eine Prüfungsgesellschaft; dazu Bertschinger (Fn. 47), S. 23.

⁵⁰ Siehe dazu Urs Bertschinger, Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfungsgesellschaften, Ein aufsichtsrechtliches Restrukturierungsprojekt zur Stärkung des Prüfwesens, ST 2014, S. 409 ff.

⁵¹ <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-72655.html>>.

⁵² Siehe Art. 8 E-FIDLEG (BBl 2015, S. 9097).

⁵³ Dazu schon Bertschinger (Fn. 8), S. 837 f.

⁵⁴ Beat Walti, Amtliches Bulletin 2018 N 610; siehe dazu schon Bertschinger (Fn. 8), S. 836 f.

⁵⁵ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 18), S. 8921.

⁵⁶ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 18), S. 8921.

⁵⁷ Siehe BGE 133 III 97, E. 5.

⁵⁸ Siehe die Übersicht bei Matthias S. Kuert, Verhaltensregeln des FIDLEG und Privatrecht im Licht des Gesetzgebungsverfahrens, AJP 2018, S. 1359 ff.

⁵⁹ Siehe dazu schon bei Fn. 55/56.

⁶⁰ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 18), S. 8918.

⁶¹ Siehe BGE 115 II 62, E. 3.a: «Bestehen für eine Berufsaussübung oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usancen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden»; ebenso BGE 132 III 460, E. 4.3, betreffend die Standesregeln des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter: «Derartige Standesregeln können nach der Rechtsprechung als Ausdruck einer Berufsausübung zur Auslegung und Ergänzung eines Vertrags beigezogen werden».

nach Massgabe der Ausstrahlung privatrechtlichen Gehalt; erst die Ausstrahlung ergibt bei den Verhaltensregeln des FIDLEG den Doppelnormeffekt.

Der Grundsatz zur Befolgung der aufsichtsrechtlichen Pflichten bezieht sich gemäss Art. 7 Abs. 1 FIDLEG auf den zweiten Gesetzestitel, also auf die Art. 6 bis 34 FIDLEG. Damit werden potentiell von der Ausstrahlungswirkung neben der Informationspflicht, der Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung bei Finanzdienstleistungen, der Dokumentation und Rechenschaft sowie der Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen auch die organisatorischen Massnahmen des Finanzdienstleisters und die Interessenkonflikte erfasst. Der Befolgungsgrundsatz spannt den Bogen zudem über die Vorschriften zum Beraterregister.⁶² Organisatorische Massnahmen⁶³ dürften in erster Linie dem Schutz des Finanzdienstleisters dienen, sodass eine Ausstrahlungswirkung tendenziell nicht in Frage kommt.⁶⁴

b) Entschädigungen durch Dritte

Bei den Entschädigungen Dritter (Art. 26 FIDLEG) verweist die Botschaft spezifisch auf die Ausstrahlungswirkung.⁶⁵ Die Bestimmung lässt die Annahme von Entschädigungen Dritter zu, wenn der Finanzdienstleister den Kunden vorgängig ausdrücklich darüber informiert und der Kunde darauf verzichtet oder die Entschädigung vollumfänglich an den Kunden weitergeleitet wird.⁶⁶ Die Kunden sind vor Erbringung der Finanzdienstleistung oder vor Vertragsschluss zu informieren.⁶⁷ Gemäss Art. 13 E-FIDLEV sind die Kunden «so zu informieren, dass ihnen vor Vertragsschluss genügend Zeit bleibt, um die Infor-

mationen mit Blick auf den Vertragsschluss zur Eröffnung der Kundenbeziehung oder auf die Erbringung der Finanzdienstleistung zu verstehen».

Fraglich ist, ob die vollumfängliche Weiterleitung der Entschädigung an den Kunden die mangelnde vorgängige Informationsleistung ohne Weiteres heilt. Stellt die nachträgliche Ablieferung der Entschädigungen von Dritten keine gleichwertige Alternative zur vorgängigen Information (mit Verzichtserklärung des Kunden) dar, könnte die Ausstrahlung von Art. 26 FIDLEG auf einen Finanzdienstleistungsvertrag wegen Verstosses gegen die (zwingende) Pflicht zur vorgängigen Information des Kunden den Bestand des Vertrages bzw. der Transaktion gefährden.⁶⁸ Der Kunde hätte in diesem Szenario mangels nachträglicher Genehmigung des Vertrages wirtschaftlich betrachtet eine Put-Option gegen den Finanzdienstleister, die er vor allem ausüben würde, wenn sich der Markt aus seiner Sicht in die falsche Richtung entwickelte. Eine derartige Ausstrahlung von Art. 26 FIDLEG lässt sich als Mittel zur Durchsetzung der Transparenz über potentielle Interessenkonflikte seitens der Finanzdienstleister nicht a priori ausschliessen. Klar ist, dass die Formalismen unter dem Finanzdienstleistungsgesetz zunehmen – Risk Management und Compliance der Finanzdienstleister sind enorm gefordert.⁶⁹

II. Gerichts- und Behördenpraxis

1. Bankengesetz – Kein allgemeines Anleger-schutzgesetz

Das Bankengesetz enthält keinen Zweckartikel; gleichwohl sind der Schutz der Bankgläubiger vor dem Verlust ihrer Einlagen (Individualschutz) sowie der Funktionsschutz (Systemschutz) als Gesetzeszwecke zweifelsfrei anerkannt.⁷⁰ Anknüpfungspunkt der Bankbewilligung ist grundsätzlich das Passivgeschäft, das sich in der Entgegennahme von Publikums-

⁶² Art. 28 bis 34 FIDLEG.

⁶³ Art. 21 bis 24 FIDLEG.

⁶⁴ Siehe Bundesgericht 4C.166/2000, E. 3 und 5 betreffend die Befolgung bankinterner Weisungen.

⁶⁵ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 18), S. 8966: «Bei der Regelung von Artikel 28 handelt es sich um [...] öffentlich-rechtliche (aufsichtsrechtliche) Informations- und Weitergabepflichten über die von Dritten erhaltene Entschädigung. Artikel 28 ist nicht als Doppelnorm ausgestaltet, weshalb er keine unmittelbare Wirkung auf das Privatrechtsverhältnis zeitigt. Namentlich geht die Regelung von Artikel 28 den Ansprüchen aus Auftragsrecht nicht vor. Hingegen können die aufsichtsrechtlichen Informationspflichten zur Konkretisierung der privatrechtlichen Verhältnisse durch den Zivilrichter beigezogen werden, weshalb sie eine Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung entfalten können».

⁶⁶ Art. 26 Abs. 1 FIDLEG.

⁶⁷ Art. 26 Abs. 2 FIDLEG.

⁶⁸ Denkbar wäre ein Willensmangel des Kunden in der Form eines Grundlagenirrtums, der in der fehlenden vorgängigen Information über die Entschädigung des Finanzdienstleisters durch Dritte gesehen werden könnte (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR i.V.m. Art. 31 OR).

⁶⁹ Siehe dazu im Rahmen des geltenden Rechts auch FINMA Jahresbericht 2017, S. 65.

⁷⁰ Statt vieler BVGer A-3150/2016 vom 3. Juli 2018, E. 11.2.1.

einlagen und den damit verbundenen Rückzahlungsverpflichtungen einer Bank gegenüber ihren Kunden manifestiert.⁷¹

a) Schutz der Bank und der Gesellschafter

Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3150/2016 vom 3. Juli 2018 (nicht rechtskräftig) wird die Frage nach dem Schutz der Bank und ihrer Aktionäre durch die Bankgesetzgebung und die Bankenaufsicht gestellt. Aufgrund der Ausrichtung des Schutzes auf die Publikumsgläubiger steht der Bank das Argument, «die Aufsichtsbehörde hätte früher oder schärfer einschreiten müssen», nicht zu. Für die Bank und deren Gesellschafter ergibt sich aus der Bankenaufsicht also bloss «eine schützende Reflexwirkung» (E. 11.3.1). Nach der Rechtsprechung wäre es daher «folgewidrig, wenn eine Bank Ansprüche aus Verantwortlichkeit gegenüber der Aufsichtsbehörde geltend machen könnte für sie selbst schädigende Handlungen ihrer eigenen Organe».

Da im vorliegenden Fall ein *positives Tun* der Aufsichtsbehörde zu beurteilen war – nämlich eine Verfügung aus dem Jahre 2003, mit welcher die damalige Eidgenössische Bankenkommission (EBK) eine Beobachterin eingesetzt hatte – besteht nach Auffassung des Gerichts eine Konstellation, die bislang nicht beurteilt wurde. Im Unterschied zu einem blossen Unterlassen der Aufsichtsbehörde kann bei einem positiven Tun eine Anspruchsberechtigung der beaufsichtigten Bank in Betracht fallen, etwa aufgrund fehlerhaften Verhaltens eines Beauftragten der Aufsichtsbehörde (E. 12.3.4, in casu also der Beobachterin gemäss Art. 23^{quater} altBankG, der in der Figur des Untersuchungsbeauftragten gemäss Art. 36 FINMAG aufgegangen ist). Allerdings hält das Gericht auch fest, dass das Vermögen eines Aktionärs, der bloss mittelbar von den Handlungen eines Beauftragten der Aufsichtsbehörde betroffen ist,⁷² durch den Schutzzweck von Art. 23^{quater} altBankG (Beobachter) nicht erfasst wird.

Unter den gegebenen Umständen war die Frage, ob die Bestimmungen der Bankenaufsicht auch den Aktionärsschutz bezwecken, nach Auffassung des Gerichts nicht allgemein zu beantworten. Dabei stützte sich das Gericht auf den Umstand, dass die

Beschwerdeführer «keine gewöhnlichen Aktionäre» der Bank sind. Der eine Beschwerdeführer war im Zeitpunkt des Einschreitens der Aufsichtsbehörde Mehrheitsaktionär und Geschäftsführer der Bank. Der zweite Beschwerdeführer – ebenfalls Aktionär – war zunächst Mitglied des Verwaltungsrates der Bank und löste aufgrund der Intervention der Aufsichtsbehörde den anderen Beschwerdeführer als Geschäftsführer der Bank ab. Auf dieser Grundlage trifft das Bundesverwaltungsgericht folgende Feststellung: «Beide Beschwerdeführer hatten insofern eine besondere gesellschaftsrechtliche Position inne, welche es ihnen ermöglichte, Einfluss auf den Geschäftsgang und die Entscheidungen der Organe der X. AG zu nehmen und auf diese Weise ihre (finanziellen) Interessen zu wahren» (E. 11.3.3).⁷³ Zur Stellung als Verwaltungsratsmitglied hält das Gericht fest, dass damit die Möglichkeit bestand, auf das Ergreifen eines Rechtsmittels hinzuwirken, um den durch die Intervention der EBK allfällig verursachten Schaden möglichst abzuwenden.

Die durch das Bundesverwaltungsgericht getroffene Unterscheidung zwischen den «gewöhnlichen Aktionäre[n]» und den Aktionären mit Organfunktion (die ihre (finanziellen) Interessen selber schützen können)⁷⁴ ist unter allgemeinen Gesichtspunkten nicht tragfähig: Das *aktienrechtliche* Pflichtenheft auferlegt den Organpersonen, strikte die Interessen der Gesellschaft zu verfolgen und ihre eigenen Interessen zurückzustellen.⁷⁵ Insofern können Aktionäre im Gewande von Organpersonen – entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts – schon von Aktienrechts wegen nicht ohne Weiteres «ihre (finanziellen) Interessen» wahrnehmen. Eine derartige persönliche Interessenwahrung fällt nur in Betracht, soweit damit die Interessen der Gesellschaft nicht negativ tangiert werden. Unter *aufsichtsrechtlichem* Titel ergibt sich für eine Bank-Gesellschaft aufgrund

⁷³ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁷⁴ Siehe dazu vor Fn. 73.

⁷⁵ Siehe BGE 113 II 52, E. E. 3. a: «Strenge Massstäbe sind anzulegen, wenn Verwaltungsräte nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern in eigenem Interesse, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handeln»; Bundesgericht 4A_462/2009, E. 6.3 (nicht veröffentlicht in BGE 136 III 322): «Diese Treuepflicht charakterisiert sich als Interessenwahrungspflicht und gebietet, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Geschäftsinteresse ausrichten und eigene Interessen gegebenenfalls zurückstellen, wobei ein strenger Massstab anzulegen ist».

⁷¹ Siehe allgemein Art. 1 Abs. 2 BankG sowie die unter II.1.b. besprochenen Urteile.

⁷² Durch Verminderung des Nettovermögens der geschädigten Bank.

des Schutzzweckes der Bankengesetzgebung⁷⁶ zwangsläufig die Ausrichtung auf die Gläubigerinteressen. Es ist den Bankorganen aufgrund der aufsichtsrechtlichen Vorgaben somit nicht möglich, ein vom Interesse der Publikumsgläubiger abweichendes Eigen- oder Drittinteresse zu verfolgen.

Dies ändert freilich nichts daran, dass sich die Gesellschafter nicht im Fokus des Schutzzweckes der Bankengesetzgebung befinden: Sie werden im Falle der Sanierung der Bank schlicht übergangen; die Zustimmung der Generalversammlung zum Sanierungsplan ist im Rahmen ihrer gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen nicht erforderlich.⁷⁷ Auch im allfälligen Spannungsverhältnis zwischen Anlegerinteressen, welche die FINMA als oberste Marktaufsichtsbehörde wahren muss, und Gläubigerinteressen dürfte die Aufsichtsbehörde den Letzteren tendenziell den Vorzug geben.⁷⁸ Das Bankengesetz ist eben grundsätzlich kein Aktionärsschutzgesetz. Selbst das Bundesverwaltungsgericht hält schliesslich fest, dass eine solche Zweckrichtung «deutlich» aus dem Gesetz hervorgehen müsste.⁷⁹

b) Anlegerschutz

Im Urteil B-4354/2016 vom 30. November 2017 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht mit einer «Kapitalanlagemöglichkeit», welche «im Erwerb eines 30-Liter-Fasses *Apfel-Balsam-Essig* à Fr. 11 500.– pro Fass mit anschliessender Lagerung während mindestens fünf Jahren» bestand.⁸⁰ Eine der Beschwerdeführerinnen hatte mindestens 600 derartige Fassverkäufe getätigt und damit von mehreren Anlegern mindestens CHF 7 Millionen entgegengenommen. Die FINMA verneinte das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes von Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV. Danach gelten Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung von Eigentum darstellen, nicht als Publikumseinlagen. Nach Auffassung der FINMA stand der Investitionsgedanke im Vordergrund und es habe

aufgrund ungenügender Individualisierung keine Eigentumsverschaffung zugunsten der Käufer der Essigfässer stattgefunden;⁸¹ es handle sich um «verkappte Darlehenskonstruktionen» (E. 3.1). Allerdings erhielten die Erwerber der Fässer pro gekauftem Fass «ein individualisiertes Zertifikat, das sie als Eigentümer auswies und auf welchem der Jahrgang des Fasses, dessen Beschriftung gemäss Kundenwunsch und die Fassnummer notiert sind» (E. 5.1.4).

Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt, dass sich aus der Art der Werbung für das Essigfass-Investment mit Begriffen wie «Kapitalanlage», «Investment» oder «Rendite» keine Hinweise auf eine primäre Rückzahlungsverpflichtung ergeben. Die Rückzahlung des Kaufpreises samt Verzinsung von 5% p.a. im Falle, dass ein Essigfass mangelhaft ist, entspricht einer sekundären Leistungspflicht im Sinne von Art. 208 OR, die nicht vom Einlagenbegriff erfasst ist (E. 5.3.1). Ebenfalls nicht vom Einlagenbegriff erfasst wird die Konstellation, dass das Essigfass nach Ablauf der vereinbarten Lagerdauer von fünf Jahren ohne Weiteres auf Rechnung des Kunden veräussert und ihm der gelöste Kaufpreis unverzinst gutgeschrieben wird, sofern sich der Kunde nicht innert Frist für ein anderweitiges Vorgehen entscheidet. Die Veräusserung eines Essigfasses entspricht einer blossen Verkaufskommission, woraus sich keine Publikumseinlagen ergeben.

Ähnlich liegt die vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017 (nicht rechtskräftig) beurteilte Konstellation: Das Geschäftsmodell ermöglicht, in die Bewirtschaftung von Landwirtschaftsflächen mit sog. *Napiergras* auf den Philippinen zu investieren. Die Vereinbarung mit den Kunden weist einen prognostizierten Ernteerlös aus, der einen Gewinn in Abhängigkeit zur Laufzeit von vier bzw. acht Jahren vorsieht. In einer Broschüre wird auf eine «Auszahlungsgarantie» verwiesen, womit nach Auffassung der FINMA «eine Täuschungsgefahr für nicht rechtskundige Kunden» verbunden ist (E. 4.2).

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts besteht auch in diesem Fall aufgrund der Kundenverträge keine gemäss Bankengesetz massgebliche Rückzahlungsverpflichtung. Den Kunden fliesst einzig der Erlös aus dem Verkauf des geernteten Napiergrases zu. Sofern die Ernte nicht verkauft werden kann, er-

⁷⁶ Siehe dazu bei Fn. 70.

⁷⁷ Art. 31 Abs. 2 BankG.

⁷⁸ Siehe dazu Eidgenössische Bankenkommision, Jahresbericht 2007, S. 62 f., wonach die Börse (SWX) aus Rücksicht auf ein laufendes Verfahren auf Verlangen der Bankenkommision ein Verfahren zur Ad hoc Publizität gegen eine Emittentin erst publizierte, als die Bank die Öffentlichkeit bereits über die Verfügung der Bankenkommision informiert hatte.

⁷⁹ BVGer A-3150/2016, E. 11.3.3.

⁸⁰ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁸¹ BVGer B-4354/2016, Sachverhalt C.a.

halten die Kunden kein Geld. Damit fällt eine Rückzahlungsverpflichtung ausser Betracht (E. 5.2). Dass die Verwendung des Ausdrucks «Auszahlungsgarantie» für rechtsunkundige Kunden eine Täuschungsgefahr bergen kann, vermag nichts daran zu ändern, dass das auf Investments in Napierrgras ausgerichtete Geschäftsmodell nicht dem Bankengesetz untersteht. «Die FINMA ist als Aufsichtsbehörde nicht generell für Massnahmen gegen täuschende Angebote zuständig» (E. 5.3).

Im Jahresbericht 2017 hält die FINMA in diesem Zusammenhang fest, dass bei den unerlaubten Finanztransaktionen «ein Trend hin zu solchen Umgehungsstrukturen erkennbar» sei. Die FINMA tritt diesen Akteuren mit Sachverhaltsfiktionen entgegen,⁸² sodass «von einem Vorgehen ausgegangen [wird], das sachgemäss gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen».⁸³ Unter Verweis auf die beiden vorstehend erörterten Urteile stellt die FINMA fest, das Bundesverwaltungsgericht habe «die Grenzen einer solchen wirtschaftlichen Betrachtung aufgezeigt».⁸⁴

Nur wenn der Vertragszweck «in einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung einem Einlagegeschäft» entspricht, ist nach der Rechtsprechung eine Geldleistung als Einlage zu qualifizieren.⁸⁵ Massgeblich bleibt nach den zivilrechtlichen Vorgaben grundsätzlich der übereinstimmende Parteiwille und nicht eine unrichtige Ausdrucksweise (Art. 18 OR). Ergibt sich aus der Vereinbarung des Kunden kein – wenn auch verdeckter – Anspruch auf Rückzahlung des einbezahlten Betrages im Sinne einer primären Leistungspflicht, kann dieser Anspruch dem Kunden nicht einfach von Aufsichtsrechts wegen vermittelt werden. Auch unter dem Gesichtspunkt der verfassungsmässigen Wirtschaftsfreiheit drängt sich eine gewisse Zurückhaltung auf. Das Bankengesetz ist eben kein allgemeines Anlegerschutzgesetz.

2. Berufsverbot – Nur bei «klarem Recht»

Art. 33 FINMAG ermöglicht der FINMA, verantwortlichen Personen die Tätigkeit in leitender Stellung bei

einem Beaufsichtigten für die Dauer von bis zu fünf Jahren zu untersagen, sofern eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen festgestellt wird. Mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3092/2016 vom 25. April 2018 endet eine Auseinandersetzung zwischen der Finanzmarktaufsichtsbehörde und dem CEO einer kleinen Vermögensverwaltungsbank zugunsten des Letzteren.⁸⁶ Dem CEO wurde vorgeworfen, im grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäft mit US-Kunden die Bank und deren Mitarbeiter ungebührlichen Risiken ausgesetzt zu haben, sodass die FINMA ein zweijähriges Berufsverbot ausgesprochen hatte.

Nachdem sich verschiedene Schweizer Banken ab 2008 aufgrund des Verfahrens in den USA gegen eine Schweizer Grossbank aus dem Geschäft mit US-Kunden zurückzogen, hatte die Bank des Beschwerdeführers das US-Geschäft zwischen 2009 und 2012 massiv ausgebaut, sodass es letztlich mehr als 50% des gesamten Geschäftsvolumens der Bank ausmachte. Die Bank änderte ihr Geschäftsverhalten erst im Frühjahr 2012 infolge der Anklage gegen die Bank Wegelin und gestützt auf Gespräche mit der FINMA (E. 3.1.1). Vorbehaltlich der Annahme von US-Kunden der UBS nahm die Bank bei der Annahme von Kunden keine Plausibilisierung der Steuerkonformität vor (E. 3.3.4.2).

Bei der Beurteilung des Verhaltens des CEO spielte die Rechtslage im Bereich des grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäfts eine wichtige Rolle: Die Annahme unverteuerter Kundengelder war nach schweizerischem Recht im relevanten Zeitraum nicht verboten. Zwar untersagte die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) die aktive Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Explizite Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Steuerkonformitätsprüfung von Kunden bestanden in der relevanten Zeitspanne allerdings nicht (E. 3.4.1). Das grenzüberschreitende Finanzdienstleistungsgeschäft wurde seit dem Fall der UBS zunehmend unter dem Gesichtspunkt des angemessenen Risikomanagements thematisiert, wobei der Fokus eher auf ausländischem Aufsichts-, denn auf dem ausländischen Steuer(straf)recht lag (E. 3.4.6.1).

⁸² Siehe dazu auch BVGer B-4772/2017, E. 5.3.

⁸³ FINMA Jahresbericht 2017, S. 85.

⁸⁴ FINMA Jahresbericht 2017, S. 85.

⁸⁵ BVGer B-4354/2016, E. 4.4; siehe zum Ganzen *Florian Schönknecht*, Der Einlagenbegriff nach Bankengesetz, GesKR 2016, S. 300 ff.

⁸⁶ Siehe zu dieser Sache schon *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktrecht vom vierten Quartal 2015 bis ins vierte Quartal 2016, SZW 2016, S. 634 f.

Die Erfassung, Begrenzung und Überwachung der Risiken des grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäfts ergibt sich allgemein aus der Pflicht zu einem angemessenen Risikomanagement bzw. einer angemessenen Verwaltungsorganisation der Bank, insbesondere aus Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG. Das angemessene Management von Rechts- und Reputationsrisiken bildet zudem Bestandteil des Gewährserfordernisses, welches dauernd einzuhalten ist (E. 3.1.1).

Angesichts der einschneidenden Folgen eines Berufsverbotes für eine verantwortliche Person «kommen dem Legalitätsprinzip und dem daraus fliessenden Gebot der Vorausssehbarkeit staatlichen Handelns eine zentrale Bedeutung zu» (E. 3.4.3). Nach Einschätzung des Gerichts waren die sich aus der «Risikosichtweise ergebenden konkreten aufsichtsrechtlichen Pflichten» in der relevanten Zeitspanne «nicht restlos klar» (E. 3.4.2).

Nach den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts war «die damalige Praxis der Bank, im Steuerbereich keine weitergehenden Massnahmen zu ergreifen und insbesondere auch keine Steuerkonformitätsabklärungen vorzunehmen, [...] nicht *per se* das Resultat eines mangelhaften Risikomanagements, sondern vielmehr ein mit Blick auf die damaligen formell-gesetzlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz bewusst gefällter strategischer Geschäftsentscheid der Bank» (E. 3.4.4). Das Urteil enthält denn auch detaillierte Ausführungen zu den konkreten Massnahmen der Bank im Zusammenhang mit dem US-Kundengeschäft (siehe dazu in E. 3.3.4.3). Hier deutet sich die aufsichtsrechtliche Relevanz der gesellschaftsrechtlichen *Business Judgement Rule* an:⁸⁷ Soweit der Beaufichtigte in einem Bereich mit erheblicher Rechtsunsicherheit vernünftige Vorkehrungen dartun und damit den Eindruck eines weitgehend konzept- und ahnungslosen Handelns ausschliessen kann, vermag er dem Gewährserfordernis zu genügen.

Im zu beurteilenden Fall kam auch den Kontakten zwischen dem Beaufichtigten und der FINMA eine zentrale Bedeutung zu. Auf Beweisantrag des Beschwerdeführers wurden die damals an den Gesprächen beteiligten Vertreter der FINMA im Rahmen des neuerlichen Beschwerdeverfahrens als Zeugen einvernommen. Dabei hat der General Counsel der FINMA folgende Aussage zu Protokoll gegeben: «Wir haben der Bank gesagt, dass es ein sehr hohes Risiko sei, welches sie da eingehe. Aber es sei ihr Entscheid. Anfangs 2012, der Auslöser war dort der Fall Wegelin, haben wir der Bank gesagt, dass es so nicht weitergehen würde und dass sie dieses Geschäft abbauen müsste [...]. Auf die Frage, ob das [von der Bank eingegangene] Risiko an sich schon aus seiner damaligen Sicht nicht zulässig gewesen sei, antwortete er: «Nein, sonst hätten wir damals schon im Jahr 2011 interveniert. Wir haben damals erst im Jahr 2012 interveniert» (E. 3.3.6 am Ende).

Auf dieser Grundlage kam das Gericht zum Schluss, dass das US-Kundengeschäft «zumindest aus heutiger Sicht – zwar unklug und äusserst risikoreich gewesen sei», sich die Bank und der Beschwerdeführer damit «jedoch nur – aber immerhin – in einem aufsichtsrechtlichen «Graubereich» bewegten (E. 3.4.7). Es könne daher nicht von einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht im Sinne von Art. 33 FINMAG ausgegangen werden. Das von der FINMA gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene zweijährige Berufsverbot konnte daher nicht aufrechterhalten werden.

Den periodischen Kontakten zwischen Vertretern der FINMA und geschäftsführenden Organpersonen von Beaufichtigten kommt im informellen Aufsichtsprozess eine grosse Bedeutung zu, zumal sie den Einblick der FINMA in konkrete Gegebenheiten bei Beaufichtigten – insbesondere über die Berichte der Prüfgesellschaften hinaus – erweitern. Dieses Wissen der Aufsichtsbehörde schlägt allerdings nicht leichthin eine Brücke zu einer fundierten Vertrauensgrundlage des Beaufichtigten. Die Gewährspersonen führen das beaufichtigte Institut und tragen dafür die Verantwortung. Dabei fällt hinsichtlich der Einschätzung von Geschäftsrisiken insbesondere ins Gewicht, dass die FINMA hinter den Organpersonen des Beaufichtigten und mithin auch hinter der Prüfgesellschaft im dritten Glied steht. Diese Aufsichtsarchitektur steht selbst im Zuge der Informationsverdichtung seitens der FINMA einer Beschränkung ihres Handlungsspektrums grundsätzlich ent-

⁸⁷ Siehe dazu allgemein im gesellschaftsrechtlichen Kontext Bundesgericht 4C.201/2001, E. 2.1.2, wonach geschäftliche Risiken «bewusst eingeschätzt und klar eingegrenzt» werden müssen, sowie Bundesgericht 4A_74/2012, E. 5.1: «Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzulegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind».

gegen. Auf dieser Linie liegen auch die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts allerdings mit der Einschränkung, dass «der Aufsichtspraxis und dem Verhalten der Vorinstanz gerade dort eine zentrale Bedeutung zukommt, wo konkrete aufsichtsrechtliche Handlungspflichten sich nicht aus dem positiven Recht an sich, sondern hauptsächlich aus der zeitgemäss-teleologischen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Vorinstanz ergeben» (E. 3.4.6.2). In diesem Fall erschien die Informationslage seitens der FINMA aufgrund der Aussage des ehemaligen General Counsel als derart konkret,⁸⁸ dass das Verhalten der Aufsichtsbehörde als planmässig erschien und vom Beaufsichtigten als richtungsweisend aufgefasst werden durfte.

3. Berufsverbot – Faktische Vorwirkung

Berufsverbote gemäss Art. 33 FINMAG werden in der Regel mit Wirkung ab Rechtskraft der Verfügung, also mit Suspensiveffekt ausgesprochen. Beschwerden ans Bundesverwaltungsgericht haben gemäss Art. 55 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Mit Zwischenentscheid B-488/2018 vom 26. März 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Compliance Officer der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Der Beschwerdeführer argumentierte mit der «faktischen Vorwirkung» des zweijährigen Berufsverbotes, welches von der FINMA mit Verfügung vom 1. Dezember 2017 angeordnet wurde. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet die Nachteile für den Beschwerdeführer in der Verfolgung seiner beruflichen Laufbahn als «gewichtig» (E. 4.3). In diesem Zusammenhang wird festgestellt, dass der Zweck der aufschiebenden Wirkung, wonach eine mit der angefochtenen Verfügung angeordnete negative Rechtsfolge vorläufig nicht eintreten soll, nicht erreicht werde (E. 4.2). Das Gericht vergleicht die Situation deshalb mit dem vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 236 StPO).

Aufgrund der verfükten zweijährigen Dauer des Berufsverbotes besteht nach Auffassung des Gerichts mangels aufschiebender Wirkung kaum die Gefahr, dass es infolge des Ablaufs der verfükten Dauer des Berufsverbotes wegen fehlenden Rechtsschutzinter-

esses gar nicht zur gerichtlichen Beurteilung kommt; die Abschreibung des Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit sei daher kaum zu befürchten (E. 4.1). Gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung spricht nach Auffassung des Gerichts der Umstand, dass der Entscheid in der Hauptsache durch das bereits laufende Berufsverbot beeinflusst werden könnte, soweit darin «ein Schuldeingeständnis» des Beschwerdeführers zu sehen wäre. Allerdings relativiert das Gericht diese Bedenken insbesondere mit Blick auf die anwaltliche Vertretung des Beschwerdeführers. Mögliche Nachteile würden durch den Beschwerdeführer daher bewusst in Kauf genommen (E. 4.3). Aufgrund dieser Interessenabwägung befand das Gericht, dass das Berufsverbot antragsgemäss mit dem Zwischenentscheid zu laufen beginne.

Die faktische Vorwirkung eines aufsichtsrechtlichen Berufsverbotes (Art. 33 FINMAG) im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens ist eine zwangsläufige Begleiterscheinung in einer Zeit, in welcher viele Finanzinstitute bei der Compliance die «Nulltoleranz» propagieren. Die Nachteile, welche das Bundesverwaltungsgericht unter den gegebenen Umständen aus Sicht des Beschwerdeführers als «gewichtig» erachtet, sind daher als normale Begleitumstände jedes gerichtlichen Überprüfungsverfahrens eines aufsichtsrechtlichen Berufsverbotes aufzufassen. Zu bedenken ist, dass ein Beschwerdeführer die gerichtliche Abschreibung mangels Rechtsschutzinteresse aufgrund des Ablaufs der verfükten Dauer des Berufsverbotes dazu benutzen könnte, das durch die FINMA verfügte Berufsverbot zu relativieren. Da die Aufsichtsbehörde mit ihren Verfügungen zu Berufsverböten nach Einschätzung der Gerichte nicht immer richtig lag,⁸⁹ erscheint das Ansinnen eines Beschwerdeführers, sich immerhin in die gerichtliche Abschreibung zu retten, jedenfalls nicht a priori als unvernünftig. Es besteht daher durchaus ein erhebliches öffentliches Interesse, Berufsverböte unter Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung einer uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.

⁸⁸ Siehe dazu die oben wiedergegebene Aussage des ehemaligen General Counsel der FINMA (E. 3.3.6 am Ende).

⁸⁹ Siehe zum Beispiel oben II.2.

4. Unerlaubte Emissionshaustätigkeit – Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung

Eine Gruppe von Gesellschaften (XY-Gruppe) hatte sich für Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit Börsengängen von Gesellschaften in erheblichem Umfang durch Aktien bezahlen lassen. Diese Aktien wurden sodann über Vermittler bei einer grösseren Anzahl von Investoren platziert, was zu Erlösen von mehreren Millionen Schweizer Franken führte. Die so erlangten liquiden Mittel dienten der Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit. Die FINMA schloss in diesem Zusammenhang auf eine «Festübernahme» der Aktien durch die XY-Gruppe und erkannte auf eine unbewilligte Tätigkeit als Emissionshaus im Sinne des Börsengesetzes. Im Urteil B-2188/2016 vom 4. Dezember 2017 schliesst sich das Bundesverwaltungsgericht dieser Auffassung an. Aufgrund des Drucks zur Finanzierung ihrer Beratungstätigkeit war die XY-Gruppe «wirtschaftlich betrachtet [...] verpflichtet, die von den beratenen Gesellschaften übernommenen Aktien auf dem Markt zu platzieren» (E. 3.3.4).

Der Beschwerdeführer wurde als einzelzeichnungsberechtigte Person und Verwaltungsrat bei den Gruppengesellschaften als Mitglied einer aufsichtsrechtlichen Gruppe ins Recht gefasst.⁹⁰ Nachdem die FINMA angeordnet hatte, dass jegliche bewilligungspflichtige finanzmarktrechtliche Tätigkeit zu unterlassen sei und die Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung gemäss Art. 34 FINMAG für die Dauer von zwei Jahren erfolgen müsse,⁹¹ machte der Beschwerdeführer geltend, die Veröffentlichung unter Angabe seiner Person sei unverhältnismässig. In seinen Erwägungen erinnert das Bundesverwaltungsgericht daran, dass eine Veröffentlichung unter Namensnennung «einen schweren Eingriff sowohl in die allgemeinen als auch in die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen (Art. 13 und 27 BV)» darstellt (E. 5.2.2). Wenngleich bei der unerlaubten Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit regelmässig von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen sei,⁹² wurde unter den gegebenen Umständen berücksichtigt, dass die Geschäftstätigkeit der XY-Gruppe «nicht *à priori* auf eine Schä-

digung von Anlegern ausgelegt war». Eine Schädigung von Anlegern war nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts denn auch nicht ersichtlich. Darin erblickt das Gericht einen massgeblichen Unterschied zu den bisher beurteilten Fällen, in denen die Gesellschaften, deren Aktien platziert wurden, keine reale Geschäftstätigkeit verfolgten und hinsichtlich der zu veräussernden Aktien hohe Marktpreise ohne entsprechende Werthaltigkeit vorgespiegelt wurden (E. 5.2.5).⁹³ Das Argument der FINMA, dass dieser Umstand bereits bei der auf zwei Jahre beschränkten Veröffentlichungsdauer berücksichtigt worden sei, liess das Bundesverwaltungsgericht nicht gelten und erachtete die Veröffentlichung der Verfügung aufgrund der Schwere der begangenen aufsichtsrechtlichen Pflichtverletzung als nicht gerechtfertigt. «Aufgrund der im vorliegenden Einzelfall fehlenden – in Fällen von gruppenweiser Emissionshaustätigkeit ohne Bewilligung ansonsten typischen – Schädigungsabsicht bzw. Gefährdung von Anlegerinteressen erscheint» es dem Gericht «jedoch bereits fraglich, ob eine namentliche Publikation mit Blick auf den Gläubiger- und Anlegerschutz als zentraler Regelungszweck des Finanzmarktgesetzes vorliegend überhaupt notwendig ist.»⁹⁴

Angesichts der abstrakten Gefahr, welche von jeder unbewilligten Tätigkeit nach einem Finanzmarktgesetz – und zumal im Bereich des Effektenhandels – ausgeht, verdient diese restriktive Auffassung zur Veröffentlichung einer aufsichtsrechtlichen Verfügung keine vorbehaltlose Unterstützung. Im Bereich des Effektenhandels ist dabei insbesondere an die Einhaltung der Verhaltensregeln nach Art. 11 BEHG zu denken. Ob und inwiefern diese Regeln beim Vertrieb der Aktien durch die XY-Gruppe eingehalten wurden, wird im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht nennenswert thematisiert. Es wird schlicht festgehalten, dass «zumindest soweit ersichtlich» durch die unbewilligte Tätigkeit niemand geschädigt worden sei. Aufgrund des Erlöses von rund CHF 4,9 Millionen, der mit den veräusserten Aktien durch die XY-Gruppe erzielt wurde (E. 3), erscheint der Anlegerschutz mangels Veröffentlichung der Verfügung als deutlich verkürzt, weil damit die entsprechende Information der betroffenen circa 200 Anleger⁹⁵ aus-

⁹⁰ BVGer B-2188/2016, E. 4.

⁹¹ Siehe Sachverhalt B.c.

⁹² BVGer B-2188/2016, E. 5.2.3.

⁹³ Siehe etwa BGE 136 II 43, E. 6.3.1.

⁹⁴ BVGer B-2188/2016, E. 5.2.5.

⁹⁵ Siehe BVGer B-2188/2016, E. 3.5.1.

bleibt. Vor diesem Hintergrund vermag auch der Vergleich des Bundesverwaltungsgerichts mit den bisher beurteilten Fällen von a priori pathologischer Emissionshaustätigkeit nicht zu überzeugen (siehe E. 5.2.5 am Ende). Der Anwendungsbereich der Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung nach Art. 34 FINMAG ist im Sinne eines möglichst effektiven Anlegerschutzes weit zu ziehen und die mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts abgesteckte Veröffentlichungspraxis daher zu überdenken.

5. Emissionshaustätigkeit – Konzernstrukturen

Im Urteil B-1561/2016 vom 21. März 2018⁹⁶ beurteilt das Bundesverwaltungsgericht eine Gesellschaft mit einem statutarischen Holdingzweck, die eine Tochtergesellschaft mit einem operativen Gesellschaftszweck⁹⁷ kontrolliert, unter dem Gesichtspunkt der Emissionshaustätigkeit. Da die Muttergesellschaft Aktien der Tochtergesellschaft veräusserte, kam die FINMA auf der Grundlage einer Gruppenbetrachtung zum Schluss, dass es sich um eine bewilligungspflichtige Emissionshaustätigkeit der Muttergesellschaft handelte. Die Muttergesellschaft veräusserte die Aktien ihrer Tochtergesellschaft in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und der Kaufpreis floss auf ein Konto der Muttergesellschaft, was neben der Beteiligungsstruktur auf die wirtschaftliche Verflechtung der beiden Gesellschaften hindeutete (E. 6.3.1).

Nachdem das Gericht allgemein erklärt, dass sowohl im Banken- als auch im Börsengesetz «auf die wirtschaftliche Einheit bzw. die wirtschaftliche Berechtigung abgestellt» wird, ist die Schlussfolgerung naheliegend, dass es auch bei der Prüfung, ob eine Selbst- oder Fremdemission vorliegt, auf die Wirtschaftseinheit ankommt (E. 6.3.3 und 6.3.4). Wenn gleich die Emissionshaustätigkeiten der Muttergesellschaft Aktien der Tochtergesellschaft betrafen, ist nach Auffassung des Gerichts folglich von einer Selbstemission auszugehen. Der Emittent qualifi-

ziert – sofern es sich nicht um ein Derivathaus handelt – allerdings nicht als Effekthändler (E. 6.3.2). Unter den gegebenen Umständen lag daher keine bewilligungspflichtige Emissionshaustätigkeit im Sinne des Börsengesetzes vor.

Obiter erklärt das Gericht auch die Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 2 lit. d BEHG aufgrund der Veräusserung von Aktien durch die Muttergesellschaft als nicht gegeben. Zwar wurden innert eines kurzen Zeitraums Aktien an 29 Investoren veräussert, doch diene dies nach der Argumentation des Gerichts «hauptsächlich der Unternehmensstrukturierung». Jedenfalls war darin «keine selbständige und unabhängige wirtschaftliche Tätigkeit» zu erblicken, «die darauf ausgerichtet ist, regelmässige Erträge zu erzielen [...]» (E. 6.3.5).

Die FINMA stellte bei ihren Abklärungen gewisse Aspekte fest, welche auf die Gefährdung von Anlegerinteressen hindeuteten. In diesem Zusammenhang wird erwähnt, dass die Erlöse aus dem Verkauf der Aktien an die Muttergesellschaft als Verkäuferin, statt direkt an die Emittentin (Tochtergesellschaft) geflossen seien, was das Risiko erhöhe, dass die investierten Gelder nicht für den angegebenen Zweck verwendet werden (E. 3.1). Zudem fiel ein sog. «Frame Agreement» in Betracht, welches der Tochtergesellschaft gewisse Lizenzrechte gewähren sollte.⁹⁸ Davon hing die Werthaltigkeit der Aktien der Tochtergesellschaft ab. Da dieses Vertragswerk zu spät abgeschlossen wurde, sei eine Gefährdung der Anlegerschutzinteressen zu bejahen:⁹⁹ «Eine Unterstellungspflicht würde dies ausgleichen» (E. 3.1). Damit würde das Börsengesetz allgemein dem Anlegerschutz dienlich gemacht, was nicht dem geltenden Schutzkonzept entspricht. Auch der Rückgriff auf Art. 5 FINMAG, der die Ziele der Finanzmarktaufsicht nach Massgabe der einzelnen Finanzmarktgesetze regelt, vermittelt kein allgemeines Anlegerschutzkonzept.¹⁰⁰

⁹⁸ Siehe unter Sachverhalt A.

⁹⁹ E. 4.3.1.

¹⁰⁰ Siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006, S. 2860: «Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sämtliche Finanzmarktgesetze sowohl dem Individual- als auch dem Funktionsschutz dienen, dass Stossrichtung und Ausprägung insbesondere des Individualschutzes jedoch unterschiedlich sind. Deshalb kann auch das FINMAG die Zwecke der Finanzmarktaufsicht nicht losgelöst vom Zweck der einzelnen Finanzmarktgesetze formulieren, sondern nur in Abhängigkeit von diesen». Von diesem Ver-

⁹⁶ Mit Urteil 2C_412/2018 vom 11. Mai 2018 ist das Bundesgericht auf eine Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts nicht eingetreten.

⁹⁷ Der Gesellschaftszweck der Tochtergesellschaft wird unter Sachverhalt A. wie folgt umschrieben: «Erbringung von Dienstleistungen aller Art im Bereich Applikationsentwicklung, digitale Lösungen» sowie «Realisieren und Betreuen von EDV-Projekten, Entwicklung und Vertrieb von Software.»

6. Kollektive Kapitalanlage versus operative Gesellschaft – Orientierung auf der Gratwanderung

Die Abgrenzung der dem Kollektivanlagengesetz unterstellten Anlageformen von den nicht unterstellten operativen Gesellschaften und Holdinggesellschaften hat schon zu hitzigen Diskussionen geführt.¹⁰¹ Im Anschluss an ein Urteil des Bundesgerichts vom 5. November 2010¹⁰² hat die FINMA den weiten Anwendungsbereich der Kollektivanlagengesetzgebung beklagt und zugleich in Abrede gestellt, dass sich die Konturen der geltenden Kollektivanlagengesetzgebung durch die Praxis der Aufsichtsbehörde herausarbeiten lassen.¹⁰³

Bei der Abgrenzung des Geltungsbereichs der Kollektivanlagengesetzgebung spielt die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) gemäss Art. 110 ff. KAG immer wieder eine erhebliche Rolle. Zwar blieb sie als Vehikel für kollektive Kapitalanlagen bedeutungslos; soweit ersichtlich wurde bislang keine SICAF-Bewilligung¹⁰⁴ erteilt.¹⁰⁵ Mangels Anlegerinteresse steht die SICAF-Regulierung als blosses Umgehungsrecht im Vordergrund.

ständnis ist auch auszugehen, soweit Art. 5 FINMAG im Sinne des Anleger- und Funktionsschutzes angerufen wird (siehe etwa BVGer B-5595/2016 vom 14. März 2018 betreffend PostFinance AG, E. 2.4).

¹⁰¹ Siehe dazu auch BVGer B-5657/2016 vom 5. Juni 2018, E. 6; statt vieler *Andreas Bohrer*, «Mission Impossible» im Kollektivanlagenrecht – Die Abgrenzung von kollektiven Kapitalanlagen und operativen Gesellschaften, Besprechung des Urteils 2C_571/2009 des schweizerischen Bundesgerichts vom 5. November 2010, GesKR 2011, S. 76.

¹⁰² Bundesgericht 2C_571/2009.

¹⁰³ Siehe FINMA Jahresbericht 2010, S. 69 f.: «In der Praxis stellte sich diese Anwendung allerdings als äusserst schwierig heraus, da klare Abgrenzungskriterien hinsichtlich einer Unterstellungspflicht fehlen und das Kollektivanlagengesetz dadurch einen sehr weiten Geltungsbereich erhält.» Zudem hält die FINMA fest, «dass sich die daraus entstehenden Unklarheiten und teilweise sogar Widersprüche nicht nur durch die Entwicklung einer Bewilligungspraxis beseitigen lassen, sondern dass vielmehr eine Revision der einschlägigen Gesetzesbestimmungen notwendig ist.»

¹⁰⁴ Siehe Art. 13 Abs. 2 lit. d KAG.

¹⁰⁵ Die auf der Website der FINMA verfügbare Übersicht über die genehmigten schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen weist keine genehmigte SICAF aus (<<https://www.finma.ch/de/finma-public/bewilligte-institute-personen-und-produkte/>>, besucht am 28. Dezember 2018).

a) Ergänzung der Kollektivanlagenverordnung

Im Anhang zum Entwurf der Finanzinstitutsverordnung findet sich ein Vorschlag zur Ergänzung der Kollektivanlagenverordnung. Art. 1^{bis} E-KKV enthält unter der Marginalie «Operative Gesellschaften (Art. 2 Abs. 2 Bst. d KAG)» eine Begriffsbestimmung, die im Grundsatz auf den «Hauptzweck kommerzieller oder industrieller Art» abstellt, wobei «die Führung eines Dienstleistungs-, Fabrikations- oder Handelsgewerbes» erwähnt wird. Als operative Gesellschaften gelten unter anderem auch Unternehmen, die Immobilien entwickeln oder errichten. Zudem wird vorgeschlagen, Unternehmen als operative Gesellschaften aufzufassen, «die sich im Rahmen ihrer operativen Tätigkeit fremder Dienstleister oder gruppeninterner Gesellschaften bedienen, soweit die unternehmerischen Entscheidungen dauerhaft im laufenden Geschäftsbetrieb durch die ausdrückliche Vereinbarung von Gestaltungs-, Lenkungs- und Weisungsrechten bei dem Unternehmen selbst verbleiben». Investitionen zu Anlagezwecken sind zulässig, dürfen jedoch mit Blick auf den Hauptzweck lediglich eine «untergeordnete Neben- oder Hilfstätigkeit» darstellen. Der Bundesrat will mit dieser Regelung «Transparenz und Rechtssicherheit» schaffen.¹⁰⁶

b) Private Equity Investments

Mit Urteil vom 9. Oktober 2018 (2C_1068/2017 und 2C_1070/2017) hat das Bundesgericht eine Anlageform beurteilt, welche von der FINMA und vom Bundesverwaltungsgericht¹⁰⁷ als «Private Equity-Fonds» bzw. «Private Equity-Gesellschaft» aufgefasst wurde (E. 3.2). Gegenüber der FINMA hatte die Beschwerdeführerin festgehalten, dass sie Unternehmen in der Gründungsphase («Start-Ups») sowie in der Aufbauphase mit Kapital, Know-how und Beratungsleistungen unterstützt. Die in diesem Zusammenhang von den Gesellschaften erworbenen Aktien sollen nach einer Haltefrist von drei bis fünf Jahren gewinnbringend veräussert werden (E. 3.2.4).

Die Vorinstanz hatte auf eine bewilligungspflichtige SICAF geschlossen, weil mit den erbrachten Beratungsleistungen keine Erträge erzielt worden seien,

¹⁰⁶ Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 24. Oktober 2018, S. 115.

¹⁰⁷ BVGer B-5712/2015 vom 10. November 2017, E. 3.3.

sodass die geschäftlichen Aktivitäten aus diesem Grund nicht als unternehmerisch bzw. operativ im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. d KAG gelten könnten. Aufgrund der erforderlichen Gesamtbetrachtung, welche «auf die wirtschaftliche Realität auszurichten» sei, ging die Vorinstanz gemäss Bundesgericht zu Unrecht von einer kollektiven Anlage im Sinne des KAG aus (E. 3.2.3). Das Ziel von Venture-Capital Finanzierungen bestehe darin, durch aktive Mitwirkung beim Unternehmen Wertschöpfung zu generieren. Die Erzielung von Erträgen aus den Beteiligungen während laufender Investitionsdauer sei nicht vorgesehen.

Sofern ein Venture-Capital Unternehmen bei einer Gesellschaft, an welcher sie «eine (Minderheiten-) Beteiligung» hält, aktiv mitwirkt, scheidet gemäss Bundesgericht eine Qualifikation als kollektive Kapitalanlage bereits wegen der vorausgesetzten Fremdverwaltung (Art. 7 Abs. 1 KAG) bzw. wegen unternehmerischer Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. d KAG aus (E. 3.2.3). In den verfügbaren Vertragsdokumenten fand das Bundesgericht die «für Venture-Capital Finanzierung üblichen Klauseln betreffend Beteiligung der Investoren am Eigenkapital bzw. die Ernennung eines Vertreters der Beschwerdeführerin im Comité stratégique der Gesellschaft, eine durch die Beschwerdeführerin zu finanzierende Bonusregelung für das Top Management der Gesellschaft und eine Exitregelung» (E. 3.2.4). Da die in den Portfolio-gesellschaften effektiv ausgeübte Mitwirkung nicht abgeklärt worden war, wurde die Sache zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts an die FIN-MA zurückgewiesen.

Sofern Private Equity Investoren keinen bestimmenden Einfluss auf die Portfoliogesellschaften ausüben können, sondern bloss in die Mitverwaltung involviert sind, wird die Nichtanwendung des Kollektiv-anlagengesetzes massgeblich vom erforderlichen Grad der Selbstverwaltung abhängen. Die vom Bundesgericht herausgestrichene «aktive Mitwirkung» im Sinne der Selbstverwaltung knüpft dabei insbesondere an diejenigen Rechte, welche sich aufgrund der Aktienonärsstellung und der Einsitznahme im Verwaltungsrat der Gesellschaft ergeben. Sofern diese Mitwirkung – unabhängig vom Grad der damit erreichten Einwirkung – massgeblich bleibt, dürfte das klassische Private Equity Beteiligungsmodell vom Kollektiv-anlagenrecht nicht erfasst sein. Auch das Kriterium, dass die Fondsleitung «das systematische Risiko, das mit der kollektiven Kapitalanlage verbunden ist», für die Anleger «substantiell und rasch» durch Umschich-

tung der Anlagen verändern kann,¹⁰⁸ trifft bei Private Equity Investitionen aufgrund der vertraglich begründeten Verpflichtungen des Investors viel weniger zu.

c) Qualifizierte Anleger

Gemäss Art. 2 Abs. 3 KAG sind Investmentgesellschaften in Form von schweizerischen Aktiengesellschaften dem Gesetz unter anderem dann nicht unterstellt, wenn ausschliesslich qualifizierte Anleger beteiligt sein dürfen. Die Revision des Kollektiv-anlagengesetzes, die am 1. März 2013 in Kraft getreten ist, wirkte sich auch auf die Begriffsbestimmung des qualifizierten Anlegers aus. Gestützt auf die Delegationsnorm des Art. 10 Abs. 3^{bis} KAG hat der Bundesrat Art. 6 KKV angepasst. Während unter altem Recht vermögende Privatpersonen lediglich schriftlich bestätigen mussten, dass sie im Zeitpunkt des Erwerbs kollektiver Kapitalanlagen direkt oder indirekt über Finanzanlagen von mindestens CHF 2 Millionen verfügten,¹⁰⁹ verlangt das geltende Verordnungsrecht entweder ein Vermögen von mindestens CHF 5 Millionen oder ein Vermögen von CHF 500 000 kombiniert mit einer persönlichen Ausbildung und beruflichen Erfahrung, welche die Kenntnisse vermittelt, um die Risiken der Anlagen zu verstehen.

Mit Urteil B-5657/2016 vom 5. Juni 2016 hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass diese Änderungen auch für die bereits bestehenden Investmentgesellschaften massgeblich sind (E. 6.4.4). Die Erfüllung der Voraussetzungen des qualifizierten Anlegers ist bei den Einzelpersonen spezifisch zu eruieren. Eine Dokumentation, welche die von Rechts wegen vorgesehenen Kategorien von qualifizierten Anlegern lediglich als Beispiele aufführt und vom einzelnen Anleger sodann die allgemeine Bestätigung verlangt, dass er ein qualifizierter Anleger sei, genügt den Anforderungen an die Abklärungen des Status der qualifizierten Anleger nicht (E. 6.4.5 und 6.4.6).

7. Bankinterne Untersuchung – Doch eine Entsiegelung

Vor Jahresfrist wurde in diesen Spalten über ein abweisendes Urteil zu einem Entsiegelungsgesuch berichtet; dabei geht es um Unterlagen im Zusammenhang mit einer bankinternen Untersuchung im Be-

¹⁰⁸ Siehe BVerG B-5657/2016 vom 5. Juni 2018, E. 6.2.1.

¹⁰⁹ Siehe Art. 6 KKV in der Fassung vor dem 1. März 2013.

reich der Geldwäscherei, welche auch die Feststellung des Sachverhaltes umfassen.¹¹⁰ Das Bundesgericht hat sich mit Urteil 1B_433/2017 vom 21. März 2018 nun zugunsten der Entsiegelung ausgesprochen. Es stellt sich der Auffassung der Vorinstanz entgegen, dass es sich «zweifelloso» und ausschliesslich um «klassische anwaltliche Rechtsberatung» handle. Stattdessen liege «akzessorische anwaltliche «Geschäftstätigkeit» vor. Es sei nicht ersichtlich, weshalb für komplexe interne Untersuchungen und Audits dieser Art – mit Befragungen von Mitarbeitern und Auswertungen von zahlreichen Informationsquellen – «notwendigerweise Anwaltskanzleien herangezogen werden müssten und weder bankinterne Rechts- und Controlling-Abteilungen noch spezialisierte externe Wirtschaftsprüfungs-, Revisions- und Auditingunternehmen den massgeblichen Sachverhalt ausreichend hätten abklären können» (E. 4.16). Nach Auffassung des Bundesgerichts bleiben nur «berufstypische – etwa forensische, rechtsgeschäftsplanende oder rechtsberatende – anwaltliche Aufgaben» ausgenommen. Das Argument, dass anwaltliche Sachverhaltsermittlungen und Rechtsberatung in komplexen bankinternen Untersuchungen zwangsläufig untrennbar zusammen gehörten, kontert das Bundesgericht damit, dass nicht erkennbar sei, weshalb Anwälte Rechtsberatung nur zu Lebenssachverhalten erbringen können, «die sie zuvor als Privatermittler selber festgestellt haben». Zudem «droht» gemäss Bundesgericht bei gegenteiliger Auffassung «eine Umgehung der geldwäschereigesetzlichen Dokumentationspflicht», da keine geeignete GwG-Dokumentation mehr erhältlich wäre (E. 4.18).¹¹¹

Das Urteil liegt auf der Linie, dass Bankgeschäft dokumentiertes Geschäft ist.¹¹² Nur eine angemessen detaillierte Dokumentation ermöglicht es den geschäftsführenden Organpersonen, den Überblick über die Vorkommnisse im Geschäftsbetrieb zu wahren. Entsprechend soll im Rahmen einer bankinternen Untersuchung nach Auffassung des Bundesgerichts bloss die rechtliche Würdigung dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses unterliegen, weil – nach der Essenz dieser Rechtsprechung – die Ermittlung des Sachverhalts zu den erforderlichen Geschäftsführungshand-

lungen gehört. Eine thematische Eingrenzung dieser Rechtsprechung auf die in der betreffenden Konstellation relevante Geldwäschereibekämpfung ist nicht zu erwarten. Vielmehr ist mit der Verallgemeinerung zu rechnen, dass die sachverhaltsbezogenen Berichte aus bankinternen Untersuchungen nicht dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses unterliegen.

8. Einziehung – Abzugsfähigkeit von Betriebskosten

Nachdem die FINMA bei einem Finanzintermediär schwere Verstösse gegen die Sorgfaltspflichten gemäss Geldwäschereigesetz und unternehmensinterne Regeln festgestellt hatte, verfügte sie gestützt auf Art. 35 FINMAG die Einziehung des dadurch erzielten Gewinns. Im Urteil B-6952/2016 vom 3. April 2018 (nicht rechtskräftig) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht die Abzugsfähigkeit von Aufwendungen. Zunächst erinnert das Gericht daran, dass sich der Umfang der Einziehung nach dem Gewinn bestimmt, der sich kausal aus der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ergibt. Nach der Rechtsprechung dürfen vom unrechtmässig erzielten Ertrag «die konkreten Aufwendungen bzw. Kosten in Abzug gebracht werden, die zum Zweck der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen angefallen sind» (E. 2). Die anteilmässige Berechnung der Betragskomponenten, welche sich nach der Zurechenbarkeit zu den rechtswidrigen Geschäftsaktivitäten richtet, gilt sowohl auf der Kosten- als auch auf der Ertragsseite.¹¹³

Präzisierend hält das Gericht fest, dass selbst Aufwendungen abzugsfähig sind, die ohnehin angefallen wären, soweit sie mit der schweren Verletzung von Aufsichtsrecht in Beziehung stehen. Damit sind unter Art. 35 FINMAG auch allgemeine Betriebskosten – zum Beispiel «Lohnkosten einer Abteilung» (E. 6) – abzugsfähig, wobei das Gericht den Vorbehalt anbringt, dass die betrieblichen Kapazitäten auch ohne die mit der Rechtsverletzung zusammenhängenden Vorgänge ausgelastet sein müssen (E. 5.5). Ohne diesen Auslastungsvorbehalt liessen sich trotz Einziehung durch den Verstoß gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen Vorteile erlangen, weil die Fixkosten von ansonsten ungenutzten Betriebskapazitä-

¹¹⁰ Siehe Bertschinger (Fn. 8), S. 849.

¹¹¹ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹¹² Siehe zum Beispiel in Bezug auf die Beschlussfassung und Überwachung der mit Risiko verbundenen Geschäfte Art. 12 Abs. 3 BankV.

¹¹³ Siehe dazu das Beispiel der anteilmässigen Berücksichtigung von Erträgen unter E. 5.5.

ten infolge Abzugsfähigkeit durch den Rechtsverstoss finanziert würden.

Hinsichtlich der erforderlichen Auslastung betrieblicher Kapazitäten stützt sich das Bundesverwaltungsgericht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gewinnherausgabe bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR); dabei sei ein entsprechender Beweis nur zu erbringen, sofern die Auslastung bestritten wird (E. 5.5). Diese Überlegungen hält das Bundesverwaltungsgericht auf den vorliegenden Fall übertragbar, sodass von der Möglichkeit einer rechtmässigen anderweitigen Auslastung der betrieblichen Kapazitäten auszugehen sei. Es sei im vorliegenden Fall von der FINMA nichts Gegenteiliges geltend gemacht und auch «keine Anhaltspunkte einer mangelnden Auslastung im Sinne eines Brachliegens der Produktionsmittel ersichtlich».¹¹⁴

Da die Auslastung betrieblicher Kapazitäten keine Selbstverständlichkeit darstellt, ist dieses Element fortan vermehrt im aufsichtsrechtlichen Kontext zu sehen, was nach Abklärungen aufgrund des Nachweises durch den Rechtsverletzer verlangt.¹¹⁵ Damit kann bei der Einziehung der ungerechtfertigten pauschalen Berücksichtigung von Betriebskosten, die sich auf die alternative Auslastung von Betriebskapazitäten stützt, substantiiert entgegengetreten werden. Nur wenn sich hinreichend konkrete Hinweise ergeben, dass die betreffenden betrieblichen Kapazitäten tatsächlich auch für rechtmässige Aktivitäten hätten eingesetzt werden können, sind betriebliche Fixkosten in der Kalkulation des Einziehungsbetrages zu berücksichtigen. Dieser Nachweis dürfte durch den Rechtsverletzer im Einzelfall nicht einfach zu erbringen sein.

¹¹⁴ E. 5.5.

¹¹⁵ Im konkreten Fall wurden die Kostenkomponenten «direkte und servicebezogene Kosten der Geschäftsbeziehung», «Transaktionskosten» sowie «Vermögensverwaltungskosten» berücksichtigt (E. 6 und Sachverhalt C.).