

September 2023 Heft 9

# ius.focus

Aktuelle Rechtsprechung kompakt

## ZGB

Widerruf einer öffentlichen letztwilligen Verfügung

## Obligationenrecht (AT/BT)

Anrechnung geleisteter Zahlungen

## Gesellschaftsrecht

Vertrauensschutz zugunsten einer Aktiengesellschaft

## Haftpflichtrecht und privates Versicherungsrecht

Prüfung der Zuständigkeit des kantonalen Schiedsgerichts KVG

## Handels- und Wirtschaftsrecht

Naturgetreue Abbildung eines Apfels für Ton-, Video- und Filmaufnahmen zu Unrecht vom Markenschutz ausgeschlossen

## Zivilprozessrecht

Treu und Glauben: Verschärfung der Rechtsprechung bei fehlerhaften Rechtsmittelbelehrungen

## SchKG

Zulässigkeit von Bedingungen bei der Abtretung von Rechtsansprüchen

## IPR, LugÜ, Schiedsgerichtsbarkeit

Bindung an eine Schiedsklausel bei einer Staatennachfolge

## Strafrecht, Strafprozessrecht

Unzulässig erlangte Videoaufnahmen

## Anwaltsrecht

Last In First Out



## FINMA haftet nicht für Schaden wegen falscher Verfügung

Art. 19 Abs. 1 lit. a und Art. 3 Abs. 1 VG; Art. 19 Abs. 2 FINMAG

**Haftungsbegründend ist lediglich ein besonderer, d.h. eindeutiger und gravierender Fehler im Kernbereich der Aufgaben.** [232]

BVGer A-2418/2021 vom 24. Juli 2023

X. (Beschwerdeführer) war einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident und Delegierter des Verwaltungsrats sowie Geschäftsführer der Y. AG mit Sitz in Zürich. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (Beschwerdegegnerin und Vorinstanz) löste die Y. AG wegen schwerer Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen auf und ordnete deren Liquidation an. Per 9. September 2015 wurde der Konkurs über die Y. AG eröffnet. Gegen X. erliess die FINMA eine sogenannte Unterlassungsanweisung.

Dagegen erhoben die Y. AG und X. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht sowie anschliessend beim Bundesgericht. Letzteres wies die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung und zu neuem Entscheid an die FINMA zurück. Die FINMA stellte das Verfahren in der Folge ein und ordnete die Rückabwicklung der Rechtsfolgen der Konkursöffnung an. X. reichte bei der FINMA am 18. Oktober 2019 ein Gesuch um Schadenersatz im Zusammenhang mit dem finanzmarktrechtlichen Verfahren und der Tätigkeit der FINMA als Konkursliquidatorin ein, welches diese abwies.

X. gelangte mit Beschwerde am 21. Mai 2021 an das Bundesverwaltungsgericht und machte Schadenersatz im Betrag von ca. CHF 3,8 Mio. gegenüber der FINMA geltend.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte zu prüfen, ob der FINMA eine wesentliche Amtspflichtverletzung anzulasten ist, indem sie gegenüber der Y. AG die Liquidation anordnete, gegenüber X. eine Unterlassungsanweisung erliess sowie im Konkursverfahren Vermögenswerte der Y. AG unter dem Marktwert verwertete sowie werterhaltenden Massnahmen versäumte (E. 4.1). Dazu führte das Bundesverwaltungsgericht zunächst aus, dass die FINMA für den Schaden, den ihre Organe, Angestellten oder Beauftragten einem Dritten widerrechtlich zufügten, ohne Rücksicht auf das Verschulden der betreffenden Person, haftete (Art. 19 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VG). Nebst den ordentlichen Voraussetzungen für eine Staatshaftung (Schaden, Tun oder Unterlassen eines Bundesbeamten in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit, adäquater Kausalzusammenhang sowie Widerrechtlichkeit dieses Verhaltens), haftete die FINMA nur, wenn sie gemäss Art. 19 Abs. 2 FINMAG wesentliche Amtspflichten verletzt habe und die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen von Beaufsichtigten zurückzuführen seien (E. 3).

Das Bundesverwaltungsgericht erwog weiter, dass dabei nicht jede geringfügige Amtspflichtverletzung eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit darstelle, sondern es vielmehr eines besonderen, d.h. eindeutigen und gravierenden Fehlers im Kernbereich der Aufgaben bedürfe, der einem pflichtbewussten Beamten nicht unterlaufen wäre. Diese qualifizierte Widerrechtlichkeit gelte für die FINMA bei ihrer gesamten Tätigkeit, d.h. nicht nur bei Rechtsakten, sondern auch für Realakte. Ob eine solche wesentliche Pflichtverletzung vorliege, werde ex ante, nicht ex post beurteilt (E. 4.3).

Laut Bundesverwaltungsgericht habe die Verfügung der FINMA zur Auflösung der Y. AG und die Unterlassungsanweisung gegen X. zwar «auf unvollständigen Sachverhaltsgrundlagen» beruht, der Verfügung sei jedoch «ein relativ komplexer Sachverhalt mit internationalem Bezug und mit schwierig zu durchleuchtenden Beziehungen zwischen personell und wirtschaftlich verflochtenen Unternehmen zu Grunde» gelegen. Von der FINMA zu klären – so das Bundesverwaltungsgericht weiter – seien nicht leichte finanzmarktrechtliche Abgrenzungsfragen, insbesondere jene zwischen Primär- und Sekundärmarkt sowie zwischen Anlage- und unternehmerischer Tätigkeit gewesen. Vor diesem Hintergrund sei nicht ersichtlich, dass diese ihre Amtspflichten wesentlich verletzt habe (E. 4.4.4).

Das Bundesverwaltungsgericht erachtet die Beschwerde als unbegründet und weist sie ab (E. 6).

### Kommentar

Die FINMA warf der Y. AG vor, unbewilligt als Effektenhändlerin tätig gewesen zu sein, und ordnete deren Auflösung und Liquidation an. Diese Verfügung beruhte gemäss Bundesgericht «auf unvollständigen Sachverhaltsgrundlagen», weshalb sie aufgehoben wurde.

Anders als das Bundesverwaltungsgericht vertreten wir die Ansicht, dass von der FINMA als eine darauf spezialisierte und mit allen dazu notwendigen Mitteln und Ressourcen ausgestattete Behörde erwartet werden darf, dass sie vor Erlass einer Auflösungsverfügung den zugrundeliegenden Sachverhalt vollständig abklärt. Sie verletzt wesentliche Amtspflichten, wenn sie den Sachverhalt nicht vollständig erhebt.

Mirco Ceregato/Lou Bucher

## Formular für Publikationen / Präsentationen auf der Bratschi Webseite

Bitte verwenden Sie dieses Formular jeweils nur für eine Publikation / Präsentation und senden Sie es ausgefüllt mit dazugehörigen Dateien an das Generalsekretariat:

[Generalsekretariat@bratschi.ch](mailto:Generalsekretariat@bratschi.ch)

### Buch

Titel des Buches			
Untertitel des Buches			
Autor des Buches		Mitautor(en) des Buches	
Alle Herausgeber des Buches		Auflage	Verlagsort(e) <span style="float: right;">Jahr</span>
Bemerkungen			

**Beitrag in:**  einem Kommentar  einem Sammelband  einer Festschrift

Titel des Beitrags				
Untertitel des Beitrages				
Autor des Beitrags		Mitautoren des Beitrags		
Titel des/der Kommentars / Sammelbands / Festschrift		Festschrift für		
Alle Herausgeber	Auflage	Verlagsort(e)	Jahr	Seiten (von – bis)
Bemerkungen				

**Artikel in:**  einer Zeitschrift  einer Zeitung

FINMA haftet nicht für Schaden wegen falscher Verfügung

Titel des Artikels				
Untertitel des Artikels				
Mirco Ceregato		Lou Bucher		
Autor des Artikels		Mitautoren des Artikels		
ius.focus	9	2023	17	
Name der Zeitschrift / Zeitung	Ausgabe	Datum	Seiten (von – bis)	
Bemerkungen				

## Dissertationen und Habilitationsschriften

Titel der Dissertation / Habilitationsschrift

Untertitel der Dissertation / Habilitationsschrift

Autor der Dissertation / Habilitationsschrift

Allfällige Schriftenreihe

Universitätsstadt

Jahr

Bemerkungen

## Präsentation

Titel der Präsentation

Untertitel der Präsentation

Autor(en) der Präsentation

Anlass, an welchem die Präsentation gehalten wurde oder Art des Vortrags

Universitätsstadt

Jahr

Bemerkungen

## Verknüpfung auf PGs / IGs

- PG Arbeitsrecht
- PG Compliance und Investigations
- PG Familie und Erbschaft
- PG Notariat
- PG Prozessführung und Insolvenz
- PG Schiedsverfahren
- PG Staats und Verwaltung
- PG Steuern
- PG Unternehmen und Transaktionen
- PG Verträge
- PG Wettbewerb, Medien und Immaterialgüter
- Knowhow-Cluster Immaterialgüter und Datenschutz
- Knowhow-Cluster Wirtschaftsstrafrecht

- IG Bau- und Immobilien
- IG Finanzdienstleistungen
- IG Internationale Praxis
- IG Öffentlicher Sektor
- IG Pharma und Healthcare
- IG Private
- IG Sport
- IG Telekommunikation, IT und Energie

## Verknüpfung auf Rechtsgebiete

- Allgemeines Verwaltungsrecht
- Arbeitsrecht
- Bankenrecht
- Baurecht
- Bildungsrecht
- Börsenrecht
- Commodity Trading Law
- Compliance
- Datenschutzrecht
- Demokratische Rechte
- Energierecht
- Enteignungsrecht
- Erbrecht
- Europarecht
- Familienrecht
- Finanzdienstleistungsrecht
- Gemischwirtschaftliche Aufgabenerfüllung, Auslagerungen, PPP
- Gesellschaftsrecht
- Governance
- Grundigentumsrecht

- Handelsrecht
- Immaterialgüterrecht
- Infrastrukturrecht
- Internationales Privatrecht
- Informatikrecht
- Kapitalmarktrecht
- Kollektivanlagerecht
- Kunstrecht
- Legal Risk Management
- Luftfahrtrecht
- Mediation
- Medien- und Kommunikationsrecht
- Medizin- und Gesundheitsrecht
- Mietrecht
- Migrationsrecht
- Nachfolgeplanung
- Notariat
- Öffentliches Beschaffungswesen
- Öffentliches Personalrecht
- Pharmarecht

- Planungsrecht
- Prozessrecht
- Restrukturierungen und Sanierungen
- Schiedsgerichtsbarkeit
- Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
- Seerecht
- Sportrecht
- Staats- und Gemeinderecht
- Steuern
- Strafrecht
- Technologierecht
- Telekommunikationsrecht
- Übernahmerecht (M&A)
- Umweltrecht
- Unternehmensverkäufe
- Vermögensverwaltungsrecht
- Versicherungs- und Haftpflichtrecht
- Vertragsrecht
- Wettbewerbs- und Kartellrecht
- Wirtschaftsverwaltungsrecht