

ius.focus

Juni 2019 Heft 6

Aktuelle Rechtsprechung kompakt

ZGB

Rechtliche Qualifikation der Schuldneranweisung

Obligationenrecht (AT/BT)

Entschädigung für beruflich genutztes Zimmer

Gesellschaftsrecht

Frist zur Erstellung und Zusendung des Protokolls über die Gesellschafterversammlung an den Kläger

Haftungspflichtrecht und privates Versicherungsrecht

Versicherer als Streitgenossen mehrerer Unfälle?

Handels- und Wirtschaftsrecht

Begriff und Berechnung des einzuziehenden Gewinns (Art. 35 Abs. 1 FINMAG)

Zivilprozessrecht

Praxisänderung in Bezug auf die Eintretensfrage bei einer Teilklage

SchKG

Erforderlichkeit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung als Beilage zum Verwertungsbegehren

IPR, LugÜ, Schiedsgerichtsbarkeit

Abkehr vom formellen Charakter des Gehörsanspruchs in internationalen Schiedsverfahren

Strafrecht, Strafprozessrecht

Präventive Erstellung eines DNA-Profiles?

Anwaltsrecht

Unzulässige Beeinflussung einer Zeugin?

ius.focus

Handels- und Wirtschaftsrecht

Begriff und Berechnung des einzuziehenden Gewinns (Art. 35 Abs. 1 FINMAG)

Art. 35 Abs. 1 FINMAG

Der Begriff des Gewinns i.S.v. Art. 35 Abs. 1 FINMAG entspricht jenem bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR). Dabei sind die Fixkosten grundsätzlich nicht abzugsfähig. [149]

BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019

Die FINMA stellte mit Verfügung vom 7. Oktober 2016 fest, dass die Bank A. im Zusammenhang mit dem malaysischen Staatsfond 1Malaysia Development Bd. (nachfolgend: 1MDB), B., C. und D. in schwerwiegender Weise gegen ihre Sorgfaltspflichten gemäss dem Geldwäschereigesetz (GwG) sowie gegen eigene, interne Regeln verstossen habe. Zudem werde der in schwerer Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen erzielte Gewinn von CHF 2 523 365.– eingezogen. Die daraufhin erhobene Beschwerde der Bank A. gegen die Verfügung der FINMA hiess das Bundesverwaltungsgericht gut und reduzierte den einzuziehenden Gewinn auf CHF 1 772 044.–. Dagegen erhob die FINMA Beschwerde an das Bundesgericht. Strittig waren im vorliegenden Fall der Begriff und die Berechnung des einzuziehenden Gewinns i.S.v. Art. 35 Abs. 1 Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG).

Das Bundesverwaltungsgericht vertrat die Meinung, der Gewinn i.S.v. Art. 35 Abs. 1 FINMAG ergebe sich aus der positiven Differenz zwischen den Erträgen und Aufwendungen, weswegen vom Ertrag die konkreten Aufwendungen bzw. Kosten abgezogen werden dürfen, die aufgrund der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen resultierten. Des Weiteren erwo es, der Rechtsprechung des Bundesgerichts lasse sich entnehmen, dass grundsätzlich auch allgemeine Betriebskosten abzugsfähig seien, und widersprach der Ansicht der FINMA, wonach Aufwendungen nicht abzugsfähig seien, welche ohnehin angefallen wären, auch ohne schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen.

Zunächst behandelte das Bundesgericht die Frage, wie der Gewinn zu ermitteln ist. Dazu hielt es fest, dass der Gewinn, dessen Einziehung eine administrative Massnahme zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands darstellt, aufgrund einer historischen und gesetzessystematischen Auslegung von Art. 35 Abs. 1 FINMAG nach den Grundsätzen zu ermitteln ist, welche für die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) entwickelt worden sind. Dabei müssen lediglich die Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 1 FINMAG erfüllt sein, denn es fehlt ein Verweis auf Art. 423 OR, womit sich die Frage des Vorliegens einer Rechtsgrundverweisung oder Rechtsfolgeverweisung erübrigt (E. 2.5). Der Gewinn ergibt sich somit vorliegend aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen des Verletzers und dem Wert, den das Vermögen ohne die Verletzung aufweisen würde, und kann aus einer Zunahme der Aktiven oder in einer Abnahme der Passiven bzw. einer Verlustverminderung bestehen (2.4).

Weiter widersprach das Bundesgericht dem Bundesverwaltungsgericht insofern, als die allgemeinen Betriebskosten (Fixkosten) grundsätzlich nicht abzugsfähig bei der Vorteilsherausgabe i.S.v. Art. 423 OR sind. Dies ergibt sich aus der Definition des Gewinns, wonach der herauszugebende Gewinn in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen des Verletzers und dem Wert besteht, den es ohne die Verletzung aufweisen würde (siehe oben). Der Umfang der nicht abzugsfähigen allgemeinen Betriebskosten entspricht jenem der allgemeinen Betriebskosten, welcher auch bei einer zulässigen Geschäftstätigkeit entstanden wäre (E. 3.2). Da die Bank A. nicht behauptet hat, dass die geltend gemachten Infrastruktur- und Personalkosten in Form von allgemeinen Betriebskosten bei einer zulässigen Geschäftstätigkeit nicht angefallen wären, können sie bei der Vorteilsherausgabe nicht abgezogen werden (E. 3.2). Entsprechend erwies sich die Beschwerde der FINMA als begründet und das Bundesgericht hiess sie in Abweichung des vorinstanzlichen Standpunkts gut. Der einzuziehende Gewinn beträgt CHF 2 523 365.–.

Kommentar

Das Bundesgericht stellt klar, dass der Begriff des «einzuziehenden Gewinns» auf den Grundsätzen über die Vorteilsherausgabe zu bestimmen ist, wie sie zur Eingriffskondition im Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR) oder zur Geschäftsanmassung bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) entwickelt worden sind. Demnach können allgemeine Geschäftskosten, die auch bei einer aufsichtsrechtlich korrekten Geschäftstätigkeit angefallen wären, nicht in Abzug gebracht werden.