

Anna Im Obersteg

**Dogmatische Grundlagen
der Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG
im Lichte von Art. 6 EMRK**

ISBN 978-3-03916-344-1

Editions Weblaw
Bern 2026

Zitiervorschlag:

Anna Im Obersteg, Dogmatische Grundlagen der Gewinnermittlung nach Art. 35
FINMAG im Lichte von Art. 6 EMRK,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2026

Universität Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Departement für Wirtschaftsrecht

Institut für Wirtschaftsrecht

Masterarbeit

Betreut von Prof. Dr. Thomas Jutzi

Dogmatische Grundlagen der Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG im Lichte von Art. 6 EMRK

Anna Im Obersteg

[REDACTED]
anna.imobersteg@students.unibe.ch

[REDACTED]
[REDACTED]
Eingereicht am 29. Mai 2026

Frühlingssemester 2026

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	III
Materialienverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	VIII
1. Einleitung	1
1.1 Ausgangslage und Problemstellung	1
1.2 Zielsetzung und Gang der Untersuchung	1
2. Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG als restitutorische Massnahme	2
2.1 Rechtsnatur und Funktion der Einziehung	2
2.2 Voraussetzungen und Grenzen der restitutorischen Qualifikation.....	5
3. Dogmatische Bestimmung und Grenzen der Einziehung nach Art. 35 FINMAG... 8	
3.1 Das Einziehungsobjekt	8
3.1.1 Einziehungssubjekt und Einziehungsgrund	9
3.1.2 Begriff des Einziehungsobjekts.....	11
3.1.3 Differenzhypothese und Begrenzung auf den unrechtmässigen Vorteil ...	12
3.1.4 Kausalität und wirtschaftliche Zurechnung des Vorteils	13
3.1.5 Abgrenzung zu nicht einziehbaren Vermögenspositionen.....	14
3.2 Dogmatische Grundlagen der Gewinnermittlung	14
3.2.1 Herleitung aus der Analogie zu Art. 423 OR	15
3.2.2 Tragweite und Grenzen dieser Analogie im Aufsichtsrecht	17
3.2.3 Netto- und Bruttoprinzip als Berechnungsmodelle	20
3.2.4 Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens	21
3.3 Kostenabzug und Fixkostenproblematik	22
3.3.1 Kostenkategorien.....	23
3.3.2 Fix- und Gemeinkosten im Lichte der Vorteilsdefinition	23
3.3.3 Voraussetzungen der Abzugsfähigkeit.....	25
3.4 Schätzung, Unsicherheit und Beweislast	27
3.4.1 Voraussetzungen und Grenzen der Schätzung	27
3.4.2 Begründungsanforderungen, Transparenz und Beweislastwirkungen	28
3.5 Anrechnung und Vermeidung doppelter Abschöpfung	30
3.5.1 Anrechnung von Leistungen an Geschädigte.....	30
3.5.2 Zeitliche Aspekte und Wiedererwägung	31

3.5.3 Verhältnis zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung	31
3.6 Art. 6 EMRK als normativer Rahmen der Gewinnermittlung	32
3.6.1 Anwendungsbereich und Engel-Kriterien	33
3.6.2 Verfahrensrechtliche Garantien und Grenzen der Mitwirkungspflichten ..	34
4. Leitlinien zur Bestimmung des Einziehungsobjekts und der Gewinnermittlung...	35
4.1 Kriterien zur Bestimmung des Einziehungsobjekts	36
4.2 Leitlinien zum Kostenabzug und Alternativverhalten	37
4.3 Leitlinien zur Schätzung und Begründung	38
4.4 Einordnung gegenüber Rechtsprechung und Lehre	39
5. Fazit	40
5.1 Zusammenfassung und Beantwortung der Forschungsfragen	41
5.2 Ausblick und legislativer Präzisierungsbedarf	42
Selbstständigkeitserklärung	44

Literaturverzeichnis

BECK CAROLE CLAUDIA, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Grundlagen, Übersicht und Lösungsansätze unter spezieller Berücksichtigung der internen Untersuchung, Diss. Bern 2018, Zürich 2019.

BERTSCHINGER URS, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2018 bis ins vierte Quartal 2019, SZW 6/2019, S. 676–696.

BLATTER MANUEL, Rechtsstaatliche Garantien im Enforcementverfahren der FINMA, Ausgewählte Aspekte in der Institutsaufsicht und in Unterstellungssachen, Diss. Zürich 2019, Zürich 2019.

BLOCH JÜRIG/BÜHLER SIMON, Mitwirkungspflichten im FINMA-Enforcementverfahren und Verwertbarkeit in Strafverfahren, GesKR 1/2026, S. 126–134.

BREMER FRANK, Strafsanktionen gegen natürliche Personen im schweizerischen Kartellrecht, Entwicklungslinien der schweizerischen Kartellgesetzgebung, Diss. St. Gallen 2014, Bern 2015.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020.

GIEZENDANNER RETO, Hinweispflicht der FINMA auf die Selbstbelastungsfreiheit im Rahmen der Mitwirkungspflichten, GRIC 1/2025, S. 58–65.

GONIN LUC/BIGLER-DE MOOIJ OLIVIER (Hrsg.), Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), 2. Aufl., Bern 2025 (zit. SHK CEDH-BEARBEITER, Art. x N y).

JOST DAVID, Der Anlegerschutz im Finanzdienstleistungsgeschäft, Eine Untersuchung zum Informationszugang und zur Rechtsdurchsetzung des Anlegers, Diss. Bern 2017, Zürich 2018.

JUTZI THOMAS/FAHRNI JEAN-PHILIPPE, Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, Eine erste Bilanz nach 16 Jahren Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG), GesKR 1/2025, S. 38–56.

LANDOLT ROBIN, Prävention und staatliche Aufsicht / Die Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, in: Coninx Anna/Ege Gian/Mausbach Julian (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Zürich/St. Gallen 2017, S. 199–228.

MACULA LAURA, Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG – zulässige Grenze strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit?, recht 1/2016, S. 30–46.

MENZER ARIANE, Steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen, Unter besonderer Berücksichtigung der Einheit der Rechtsordnung, Diss. Zürich 2025, Bern 2025.

MEYER CHRISTIAN, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, Ein Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiligem Prozess, Diss. Luzern 2019, Zürich 2019.

MRÁZ MICHAEL/WEBER DANIEL S., Die Zusammenarbeit der FINMA mit Strafverfolgungsbehörden im Lichte aufsichtsrechtlicher Mitwirkungspflichten, Anwaltsrevue/Revue de l’avocat 8/2022, S. 337–340.

MÜLLER LUKAS/HAAS JULIA/STAUBER NATALIE V., FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen, Ausgewählte prozessuale Aspekte aus der Praxis, GesKR 3/2019, S. 388–407.

NADELHOFER DO CANTO SIMONE, Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten (Art. 70 f. StGB), Diss. Luzern 2008, Zürich 2008.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA), Jusletter vom 7. März 2016.

NOBEL PETER, Sanktionen gemäss FINMAG, GesKR 1/2009, S. 59–65.

REISER NINA, Verfügt die FINMA über genügend wirksame und scharfe Instrumente gegen (höchste) Bankmanager?, SZW 1/2024, S. 80–97.

SCHAUB MARTIN, FINMA-Auskünfte ohne nemo-tenetur-Hinweis sind strafrechtlich nicht verwendbar, Bundesgerichtsurteil 7B_45/2022 vom 21. Juli 2025, SZW 5/2025, S. 562–570.

SCHMID JÖRG, Fragen zur eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, ZBJV 131/1995, S. 261–280.

SIDLER RAOUL, Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, Zürich 2009.

SMOKVINA JASMINA, Untersuchungen der FINMA und das Prinzip «nemo tenetur», Diss. Zürich 2021, Zürich 2021.

SPITZ PHILIPPE, Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, Jusletter vom 9. Oktober 2006 (zit. SPITZ, Kartellrecht).

SPITZ PHILIPPE, Überlegungen zum entgangenen Gewinn und zur Gewinnherausgabe im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, sic! 11/2007, S. 795–811 (zit. SPITZ, entgangener Gewinn).

WATTER ROLF/BAHAR RASHID (Hrsg.), Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK FINMAG-BEARBEITER, Art. x N y).

WEBER ROLF H., Unternehmensbussen als Sanktionen im Finanzmarktrecht – Quo vadis?, Jusletter vom 13. April 2026.

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 8. Aufl., Basel 2026 (zit. BSK OR I-BEARBEITER, Art. x N y).

WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024 (zit. HK StGB-BEARBEITER, Art. x N y).

WYSS DAVID, FINMA-Bussenkompetenz – ein wirksames Mittel zur Abschreckung?, GesKR 2/2024, S. 129–154.

ZIMMERLI ULRICH, Integrierte Finanzmarktaufsicht in der Schweiz – Ausgangslage – Konzept – Umsetzung – Ausblick, GesKR 1/2009, S. 4–11.

ZULAUF URS, Bussenkompetenz der FINMA?, Kommentar vom 16. Mai 2025, abrufbar unter: <www.urszulauf.ch>, zuletzt aufgerufen am 11. Mai 2026.

ZULAUF URS/KUHN HANS, Finanzmarktrecht in a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

ZULAUF URS/WYSS DAVID (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. BEARBEITER, Finanzmarktenforcement, S. x).

ZUUR FLORIS/FORRER LUCAS, Die Abzugsfähigkeit von Fixkosten bei einer Gewinneinziehung nach Artikel 35 FINMAG, Besprechung des Urteils 2C_422/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 20. März 2019, GesKR 3/2019, S. 491–499.

Materialienverzeichnis

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 ff.

FINMA, Informationsblatt: Erweiterung des FINMA Instrumentariums: Bussen, Juni 2025 (zit. FINMA, Informationsblatt Bussen).

FINMA, Jahresbericht 2019, Bern 2020 (zit. FINMA, Jahresbericht 2019).

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
a.M.	anderer Meinung
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CHF	Schweizer Franken
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor/-in
E.	Erwägung(en)
EBK	(ehemalige) Eidgenössische Bankenkommission
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
f.	folgende/r (Singular)
ff.	folgende (Plural)

FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, SR 958.1)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (SR 956.1)
Fn.	Fussnote
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zürich)
GRIC	The Gatekeeper, Journal for Regulatory, Investigations & Compliance
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
N	Note(n)
no.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Prof.	Professor/-in
Rn.	Randnote(n)
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RW	Rechtswissenschaftliche Fakultät
S.	Seite(n)
SKA	Schweizerische Kreditanstalt (ehemalige Bezeichnung der Credit Suisse)
SHK	Stämpflis Handkommentar
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Rechtssammlung

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG) (SR 231.1)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

1. Einleitung

1.1 Ausgangslage und Problemstellung

Mit dem Inkrafttreten des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG) am 1. Januar 2009 erhielt die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) in Art. 35 FINMAG ein neues Instrument zur Abschöpfung von Gewinnen und vermiedenen Verlusten, die durch schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erlangt wurden.¹ Der Grundgedanke der Norm folgt einem elementaren Gerechtigkeitsgedanken, wonach sich Unrecht nicht lohnen darf. Die Einziehung bezweckt mithin die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands und die Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen.² Damit verfolgt sie ein primär restitutorisches Ziel und grenzt sich nach dem Willen des Gesetzgebers systematisch von der strafrechtlichen Einziehung ab.³ Das Gesetz schweigt über die näheren Modalitäten der Gewinnermittlung, und auch die Materialien enthalten keine klaren Vorgaben, wie der einzuziehende Vorteil exakt zu berechnen ist.⁴ Das Bundesgericht hat zwar im Jahr 2019 grundlegende Aussagen zur Berechnungsweise gemacht, doch sind zentrale Fragen in Lehre und Rechtsprechung bis heute umstritten.⁵ Besonders heikel ist dabei die Frage, welche Aufwendungen vom erzielten Ertrag abzuziehen sind und ob ein rechtmässiges Alternativverhalten bei der Bestimmung des einziehbaren Vorteils berücksichtigt werden kann.⁶ Die Berechnungsmethode entscheidet letztlich darüber, ob die Einziehung ihren restitutorischen Charakter wahrt oder faktisch pönale Wirkung entfaltet und damit die strafprozessualen Garantien nach Art. 6 EMRK auslösen kann. Eine methodisch konsistente Gewinnermittlung ist deshalb Voraussetzung dafür, dass die Einziehung nicht in eine strafähnliche Überabschöpfung umschlägt.⁷

1.2 Zielsetzung und Gang der Untersuchung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die dogmatischen Grundlagen zur Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG kritisch zu analysieren und zu untersuchen,

¹ Art. 35 FINMAG; Botschaft FINMAG, S. 2849.

² Botschaft FINMAG, S. 2849.

³ BVGer Urteil B-480/2022 vom 22. Mai 2025 E. 12.3.

⁴ SIDLER, S. 23; ZUUR/FORRER, S. 493.

⁵ BGE Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3 ff.; vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 47, 51 und 56; ZUUR/FORRER, S. 499.

⁶ JUTZI/FAHRNI, S. 47 ff.; ZUUR/FORRER, S. 492.

⁷ JUTZI/FAHRNI, S. 40; NIGGLI/MAEDER, Rn. 1 und 26; SMOKVINA, S. 122.

inwieweit sich daraus methodische Leitlinien für eine rechtsstaatlich abgesicherte Gewinnermittlung ableiten lassen. Im Zentrum steht dabei die Frage, wie der einziehbare Vorteil so bestimmt werden kann, dass die Massnahme materiell im Bereich der Restitution verankert bleibt und nicht in eine pönal wirkende Überabschöpfung umschlägt, was unmittelbare Konsequenzen für die Anwendbarkeit der strafprozessualen Garantien nach Art. 6 EMRK haben kann.⁸ Besonderes Augenmerk gilt jenen Berechnungsfragen, bei denen der restitutorische Charakter der Einziehung besonders deutlich auf die Probe gestellt wird. Dies betrifft namentlich die Abzugsfähigkeit von Kosten, insbesondere von Fix- und Gemeinkosten, sowie die Frage, welche Rolle ein hypothetisches rechtmässiges Verhalten bei der Gewinnermittlung spielen kann.⁹

Die zu entwickelnden Leitlinien verstehen sich nicht als praxisnahes Handbuch für jeden denkbaren Einzelfall, sondern als dogmatischer Rahmen für eine rechtsstaatlich abgesicherte Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG. Dabei wird auch zu prüfen sein, ob die bestehenden dogmatischen Ansätze eine konsistente Lösung ermöglichen oder ob strukturelle Unklarheiten verbleiben. Hierzu wird zunächst die Qualifikation der Einziehung als restitutorische Massnahme und deren Grenzen untersucht, wobei bereits die Bedeutung von Art. 6 EMRK für die Abgrenzung zwischen Vorteilsausgleich und pönaler Sanktion aufgezeigt wird (Kapitel 2). Anschliessend werden die Grundlagen der Gewinnermittlung analysiert, namentlich die Analogie zu Art. 423 OR, das Verhältnis von Netto- und Bruttoprinzip, der Kostenabzug, das rechtmässige Alternativverhalten, die Schätzungsbefugnis sowie die in Kapitel 3.6 vertieft behandelten verfahrensrechtlichen Grenzen aus Art. 6 EMRK (Kapitel 3). Auf dieser Grundlage werden methodische Leitlinien entwickelt (Kapitel 4), bevor die Ergebnisse im Fazit zusammengefasst und ein Ausblick gegeben wird (Kapitel 5).

2. Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG als restitutorische Massnahme

2.1 Rechtsnatur und Funktion der Einziehung

Die dogmatische Qualifikation der Einziehung nach Art. 35 FINMAG bildet die massgebliche Grundlage für deren verfahrensrechtliche Behandlung im Finanzmarktaufsichtsrecht.¹⁰ In der schweizerischen Rechtsordnung ist die

⁸ JUTZI/FAHRNI, S. 40; NIGGLI/MAEDER, Rn. 1 und 26; siehe dazu Kapitel 3.6.

⁹ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 49 ff.; ZUUR/FORRER, S. 495 ff.

¹⁰ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 7.

Einordnung einer staatlichen Reaktion als Verwaltungsmassnahme oder als Strafe kein rein theoretisches Unterfangen, sondern entscheidet unmittelbar über die Rechtsstellung der Betroffenen. Insbesondere markiert die Trennung zwischen Restitution und Repression die Grenze für die Anwendbarkeit der strafprozessualen Garantien gemäss Art. 6 EMRK. Wird eine Massnahme als strafrechtliche Anklage qualifiziert, so muss das Enforcementverfahren zwingend den strengen konventionsrechtlichen Garantien genügen¹¹, was insbesondere mit den im Verwaltungsverfahren statuierten Mitwirkungspflichten in Konflikt geraten würde.¹²

Der Gesetzgeber hat die Einziehung explizit als Instrument mit reiner Ausgleichsfunktion konzipiert, dem kein pönaler Charakter zukommt.¹³ Diese Einordnung als restitutorischer Rechtsnachteil erlaubt es der Aufsichtsbehörde, das Instrument im Rahmen eines administrativen Enforcementverfahrens einzusetzen, ohne die besonderen Anforderungen an strafrechtliche Verfahren bereits im Aufsichtsstadium gewährleisten zu müssen.¹⁴ Dennoch bildet die materielle Abgrenzung zum repressiven Übel ein zentrales Spannungsfeld der aktuellen Rechtsdebatte, da die formale Qualifikation als restitutorische Massnahme nur dann haltbar bleibt, wenn die Einziehung in ihrer konkreten Anwendung nicht über die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands hinausgeht.¹⁵

Die Lehre qualifiziert die Einziehung übereinstimmend als restitutorischen administrativen Rechtsnachteil¹⁶, und auch das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung festgehalten, dass der Massnahme kein strafender Charakter innewohnt.¹⁷ Um diese Einordnung zu verstehen, bedarf es eines Blicks auf das System der verwaltungsrechtlichen Sanktionen als Reaktionsmöglichkeiten auf Rechtsverletzungen. Der Begriff «Sanktion» dient im Verwaltungsrecht als weiter Oberbegriff für sämtliche Instrumente, mit denen die Erfüllung rechtlicher Pflichten durchgesetzt wird¹⁸, ohne dass damit zwingend eine Bestrafung einhergehen muss.¹⁹

¹¹ JUTZI/FAHRNI, S. 40; NIGGLI/MAEDER, Rn. 1; SMOKVINA, S. 122.

¹² MACULA, S. 39; NIGGLI/MAEDER, Rn. 94; siehe Kapitel 3.6.2.

¹³ Botschaft FINMAG, S. 2883; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 5.

¹⁴ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 7.

¹⁵ JUTZI/FAHRNI, S. 40; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

¹⁶ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 7; BECK, Rn. 447; JUTZI/FAHRNI, S. 40; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 391; SIDLER, S. 38.

¹⁷ BGE 139 II 279 E. 4.3.3 S. 287; BGer Urteil 2C_530/2020 vom 19. August 2021 E. 3.2.

¹⁸ JUTZI/FAHRNI, S. 39; MENZER, Rn. 12.

¹⁹ JUTZI/FAHRNI, S. 39; NIGGLI/MAEDER, Rn. 19.

In der Lehre hat sich hierfür eine klassische Dreiteilung dieser Sanktionen in exekutorische, repressive und administrative Rechtsnachteile etabliert.²⁰ Innerhalb dieser Systematik entziehen administrative Rechtsnachteile dem Fehlbaren Befugnisse oder Vorteile.²¹ Dieser Entzug kann dabei auch in der Einziehung von unrechtmässig erlangten Vermögensvorteilen bestehen, wie dies bei der Einziehung nach Art. 35 FINMAG der Fall ist.²²

Die dogmatische Einordnung der Einziehung als rein administrative Massnahme spiegelt sich insbesondere in der gesetzlichen Ausgestaltung des Adressatenkreises wider.²³ Ein wesentliches Merkmal, das die Einziehung nach Art. 35 FINMAG von der strafrechtlichen Einziehung nach Art. 70 f. StGB abgrenzt, ist der Ausschluss einer Einziehung bei Dritten.²⁴ Während das Strafrecht die Abschöpfung deliktischer Vorteile auch gegenüber Dritten zulässt, beschränkt sich die Einziehung nach Art. 35 FINMAG auf Beaufsichtigte und verantwortliche Personen, mithin auf Personen im aufsichtsrechtlichen Verantwortungsbereich.²⁵ Dieser Verzicht auf den Zugriff bei Dritten unterstreicht nicht nur den verwaltungsrechtlichen Charakter der Einziehung²⁶, sondern belegt nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers zudem deren reine Ausgleichsfunktion.²⁷ Als restitutorische Massnahme zielt sie ausschliesslich darauf ab, den wirtschaftlichen Zustand wiederherzustellen, der ohne die Rechtsverletzung bestünde.²⁸ Damit grenzt sie sich als restitutorische Verwaltungssanktion massgeblich von repressiven Verwaltungssanktionen ab, die eine Sühnekomponente²⁹ enthalten und dem Fehlbaren ein zusätzliches Übel auferlegen.³⁰ Neben dieser Ausgleichsfunktion hat die Einziehung jedoch auch eine generalpräventive Funktion.³¹ Indem unrechtmässig erzielte Gewinne konsequent abgeschöpft werden,

²⁰ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 39 f.; MENZER, Rn. 192; MEYER, Rn. 774; zur in der Lehre bestehenden terminologischen Uneinheitlichkeit bzw. zu abweichenden Einteilungen siehe JUTZI/FAHRNI, S. 40 Fn. 18; MENZER, Rn. 193; MEYER, Rn. 774 Fn. 1343.

²¹ NIGGLI/MAEDER, Rn. 19; JUTZI/FAHRNI, S. 40 Fn. 25.

²² MEYER, Rn. 800.

²³ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 9.

²⁴ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 9; NOBEL, S. 63.

²⁵ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 9 f.; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 399.

²⁶ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 9.

²⁷ Botschaft FINMAG, S. 2883; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 5.

²⁸ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

²⁹ BREMER, S. 5; vgl. BGE 143 II 8 E. 7.7.

³⁰ MENZER, Rn. 195; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

³¹ Botschaft FINMAG, S. 2849; JUTZI/FAHRNI, S. 39.

soll potenziellen Rechtsverletzern der Anreiz genommen werden, sich durch Verstösse gegen das Aufsichtsrecht Wettbewerbsvorteile zu verschaffen.³²

2.2 Voraussetzungen und Grenzen der restitutorischen Qualifikation

Trotz dieser theoretischen Konzeption wird in der Lehre kritisch hinterfragt, ob die Qualifikation der Einziehung als rein restitutorische Massnahme haltbar ist.³³ Die Beurteilung der Rechtsnatur kann dabei nicht losgelöst von der konkreten Anwendung des Instruments erfolgen. In der Praxis hängt die Rechtsnatur der Einziehung massgeblich von der Art ihrer Berechnung ab³⁴: Geht die Gewinnermittlung über den tatsächlichen Vorteil hinaus, verliert die Massnahme ihren rein ausgleichenden Charakter und wirkt faktisch wie eine repressive Sanktion.³⁵ Die Wurzeln dieser Kritik liegen in der Entstehungsgeschichte der Norm. Vor der Einführung des FINMAG im Jahr 2009 verfügte die damalige Eidgenössische Bankenkommision (EBK) über keine gesetzliche Grundlage, um unrechtmässig erzielte Gewinne hoheitlich einzuziehen.³⁶ In der Praxis behalf man sich daher mit einer Hilfskonstruktion, indem den Instituten, welche Aufsichtsrecht verletzt hatten, eine «Orientierungspflicht» über die freiwillige Erstattung von Erlösen auferlegt wurde.³⁷ Die Kritik der Lehre rührt massgeblich daher, dass die Einziehung in ihrer Entstehungsphase gerade nicht als harmloser Ausgleich konzipiert war, da die EBK in ihrer Praxis vor 2009 der Gewinneinziehung einen pönalen Charakter beimass.³⁸ Die EBK wandte nämlich damals das sogenannte Bruttoprinzip an, bei dem keinerlei Aufwendungen oder Kosten zum Abzug zugelassen wurden.³⁹ Die Anwendung dieser Berechnungsmethode führt dazu, dass regelmässig mehr als der tatsächliche Gewinn abgeschöpft wird.⁴⁰

³² BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 3; JUTZI/FAHRNI, S. 39.

³³ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72; SMOKVINA, S. 143; ZUUR/FORRER, S. 494.

³⁴ SMOKVINA, S. 143.

³⁵ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 40 und 47; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

³⁶ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 1; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 389; NOBEL, S. 62.

³⁷ BGer Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 9; BECK, Rn. 446; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 390; NOBEL, S. 62.

³⁸ SIDLER, S. 12; ZUUR/FORRER, S. 497.

³⁹ ZUUR/FORRER, S. 497; vgl. BGer Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 9a.

⁴⁰ JUTZI/FAHRNI, S. 47; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72; zu den technischen Einzelheiten sowie der dogmatischen Abgrenzung zwischen Brutto- und Nettoprinzip siehe unten Kapitel 3.2.3.

Bei der Schaffung von Art. 35 FINMAG war es sodann der erklärte Wille des Gesetzgebers, die Einziehung als rein restitutorisch zu konzipieren.⁴¹ NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN weisen darauf hin, dass die Qualifikation als rein restitutorische Massnahme materiell nur dann haltbar ist, wenn man sich gleichzeitig vom Bruttoprinzip der EBK verabschiede und zum sogenannten Nettoprinzip übergehe.⁴²

Die Fragilität der restitutorischen Qualifikation zeigt sich auch bei der systematischen Einordnung der Einziehung im Vergleich zu anderen FINMAG-Instrumenten. Administrative Rechtsnachteile zeichnen sich dadurch aus, dass sie dem Betroffenen lediglich einen unrechtmässig erlangten Vorteil wieder entziehen⁴³, während repressive Sanktionen darüber hinaus ein zusätzliches Übel auferlegen.⁴⁴ So wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass der Massnahmenkatalog des FINMAG mit Instrumenten angereichert wurde, «die auch repressiven Charakter haben, wie das Berufsverbot und die Einziehung unrechtmässiger Gewinne».⁴⁵ Ein Vergleich mit dem Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG ist dabei aufschlussreich: JASMINA SMOKVINA zeigt auf, dass dieses Instrument gerade deshalb einen repressiven Charakter aufweist, weil es an eine «schwere aufsichtsrechtliche Verletzung» und damit an ein vorwerfbares Fehlverhalten anknüpft.⁴⁶ Da Art. 35 FINMAG dieselbe Tatbestandsvoraussetzung kennt⁴⁷, wirft dies die Frage auf, ob dieses Argument nicht auch für die Einziehung gilt. Demgegenüber weisen NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN darauf hin, dass das gesamte Enforcementverfahren stets an ein Fehlverhalten anknüpft, da es eben gerade um die Verletzung von Aufsichtsrecht geht.⁴⁸ Diese Beobachtungen zeigen, dass in der Lehre Zweifel an der rein restitutorischen Qualifikation der Einziehung bestehen.⁴⁹

Das Bundesgericht hat den repressiven Charakter der Einziehung nach Art. 35 FINMAG verneint.⁵⁰ In der Lehre wird diese formale Qualifikation jedoch unter den

⁴¹ Botschaft FINMAG, S. 2883; BECK, Rn. 473; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 5; JUTZI/FAHRNI, S. 39; SMOKVINA, S. 143.

⁴² NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

⁴³ JUTZI/FAHRNI, S. 40 Fn. 25; NIGGLI/MAEDER, Rn. 19.

⁴⁴ JUTZI/FAHRNI, S. 40; NIGGLI/MAEDER, Rn. 20.

⁴⁵ NIGGLI/MAEDER, Rn. 29; so auch ZULAUF/KUHN, S. 211.

⁴⁶ SMOKVINA, S. 127 f.

⁴⁷ Art. 35 Abs. 1 FINMAG; so auch SMOKVINA, S. 128 Fn. 600.

⁴⁸ NIGGLI/MAEDER, Rn. 28.

⁴⁹ Vgl. NIGGLI/MAEDER, Rn. 29.

⁵⁰ BGer Urteil 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2 und 4.4.

Vorbehalt gestellt, dass die konkrete Berechnungsmethode den Betroffenen tatsächlich nicht schlechter stellt, als wenn er sich von Anfang an rechtmässig verhalten hätte.⁵¹ Diese rechtliche Fragilität hat unmittelbare praktische Konsequenzen für die Wirksamkeit des Instruments. In der Lehre wird hinterfragt, ob die Einziehung als rein ausgleichende Massnahme überhaupt eine abschreckende Wirkung entfalten kann⁵², obwohl sie gerade dazu dienen soll, zu demonstrieren, dass sich Rechtsverletzungen finanziell nicht lohnen.⁵³ THOMAS JUTZI/JEAN PHILIPPE FAHRNI ziehen hierzu den Vergleich mit einem Dieb heran: Muss dieser im Falle seiner Entdeckung lediglich die Beute zurückgeben, geht er kein echtes finanzielles Wagnis ein. Aus diesem Grund schreiben die Autoren der Einziehung nach Art. 35 FINMAG eine nur schwache präventive Kraft zu.⁵⁴ Diese Problematik einer geringen Generalprävention akzentuiert sich in jenen Bereichen der Marktaufsicht, in denen der Gesetzgeber auf die Schaffung von Straftatbeständen verzichtet hat.⁵⁵ Zwar kann die FINMA zusätzlich auf Instrumente wie die Feststellung der Verletzung (Art. 32 FINMAG) oder die Veröffentlichung der Verfügung (Art. 34 FINMAG) zurückgreifen, doch bleibt die Gewinnabschöpfung oft das einzige Mittel, um den rechtswidrigen Vorteil ökonomisch zu neutralisieren.⁵⁶ Hinzu kommt, dass sich beaufsichtigte Unternehmen grundsätzlich an ökonomischen Erwägungen orientieren⁵⁷, weshalb Abschreckung nur dann funktioniert, «wenn die Nachteile aus der drohenden Konsequenz die möglichen Vorteile des Fehlverhaltens überwiegen».⁵⁸ Sofern kein gleichzeitiger Straftatbestand erfüllt ist, wird eine Aufsichtsrechtsverletzung damit zu einer rationalen Handlungsoption: Während ein unentdeckter Verstoss den vollen Gewinn sichert, resultiert im Entdeckungsfall, unter Vorbehalt anfallender Untersuchungskosten und Reputationsrisiken⁵⁹, faktisch lediglich ein ökonomisches Nullsummenspiel.⁶⁰ Da die Massnahme dem Fehlbaren kein echtes finanzielles Wagnis auferlegt, büsst sie ihre präventive Kraft zur wirksamen Verhinderung von Rechtsverstössen ein.⁶¹ Diese Schwäche der

⁵¹ JUTZI/FAHRNI, S. 51; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

⁵² JUTZI/FAHRNI, S. 56; vgl. NIGGLI/MAEDER, Rn. 29.

⁵³ Botschaft FINMAG, S. 2849; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 3; JUTZI/FAHRNI, S. 39.

⁵⁴ JUTZI/FAHRNI, S. 56.

⁵⁵ Vgl. WYSS, S. 147.

⁵⁶ WYSS, S. 147.

⁵⁷ JOST, S. 219 Fn. 834.

⁵⁸ JOST, S. 219.

⁵⁹ WYSS, S. 147.

⁶⁰ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 56.

⁶¹ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 56.

Generalprävention ist eine direkte Konsequenz der restitutorischen Konzeption und zeigt, dass die Entscheidung des Gesetzgebers für ein rein ausgleichendes Instrument einen Preis hat, der sich in der Praxis niederschlägt.⁶²

Die vorstehende Analyse zeigt damit zweierlei: Einerseits ist die restitutorische Qualifikation dogmatisch fragil, andererseits büsst die Einziehung als rein ausgleichendes Instrument an generalpräventiver Wirkung ein. Da die FINMA als reine Verwaltungsbehörde konzipiert ist, muss die Einziehung jedoch zwingend als administrativer Rechtsnachteil ausgestaltet bleiben, um rechtmässig ohne strafprozessuale Garantien angewendet werden zu können.⁶³ Da bereits methodische Unschärfen bei der Gewinnermittlung die Grenze zur unzulässigen Überabschöpfung überschreiten können⁶⁴, muss die technische Ausgestaltung des Instruments am Restitutionsgedanken ausgerichtet bleiben⁶⁵, was als massgebliche Richtschnur für die Berechnungsmethode dient. Art. 6 EMRK wird dabei nicht erst auf der Ebene des Verfahrens relevant, sondern prägt bereits die materielle Begrenzung der Gewinnermittlung. Je konsequenter Art. 35 FINMAG auf den tatsächlich unrechtmässig erlangten Vorteil beschränkt wird, desto tragfähiger bleibt die Qualifikation als restitutorischer administrativer Rechtsnachteil.⁶⁶

3. Dogmatische Bestimmung und Grenzen der Einziehung nach Art. 35 FINMAG

3.1 Das Einziehungsobjekt

Die Gewinnermittlung der Einziehung nach Art. 35 FINMAG erfolgt in zwei Schritten: Bevor der Umfang des abzuschöpfenden Vorteils quantitativ ermittelt werden kann, muss zunächst qualitativ geklärt werden, welche Vermögenswerte überhaupt der Einziehung unterliegen. Ohne eine präzise Definition dessen, was eingezogen werden darf, lässt sich im weiteren Verlauf nicht beurteilen, ob die in der Praxis angewandten Berechnungsmodelle ihre ausgleichende Funktion tatsächlich erfüllen.

⁶² Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 56; WYSS, S. 147.

⁶³ SMOKVINA, S. 146 f.

⁶⁴ BECK, Rn. 477; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

⁶⁵ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 7.

⁶⁶ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 51; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

3.1.1 Einziehungssubjekt und Einziehungsgrund

Nach dem Gesetzeswortlaut richtet sich die Einziehung ausschliesslich gegen Beaufsichtigte sowie gegen verantwortliche Personen in leitender Stellung.⁶⁷ Der Begriff der Beaufsichtigten i.S.v. Art. 3 FINMAG umfasst kollektive Kapitalanlagen sowie sämtliche natürlichen und juristischen Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen einer Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung bedürfen.⁶⁸ Dabei findet die Einziehung auch bei Personen Anwendung, die eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ohne die erforderliche Genehmigung ausüben.⁶⁹ Bei natürlichen Personen setzt Art. 35 Abs. 1 FINMAG voraus, dass es sich um verantwortliche Personen in leitender Stellung handelt.⁷⁰ Da für diesen Begriff keine Legaldefinition existiert, orientiert sich die Auslegung an der tatsächlichen Funktion innerhalb der Organisation.⁷¹ Erfasst werden primär die Gewährsträger (Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung), darüber hinaus aber auch alle Personen, denen ein massgeblicher Grad an Verantwortung in der internen Organisation und ein entsprechendes Schädigungspotenzial bei Pflichtverletzungen zukommt.⁷² Massgebend ist dabei weniger die formelle Hierarchie als vielmehr die faktische Verantwortung.⁷³ Über diesen Personenkreis hinaus erweitert Art. 145 FinfraG den Adressatenkreis spezialgesetzlich auf unbeaufsichtigte Marktteilnehmer, sofern diese gegen bestimmte Marktverhaltensregeln des FinfraG verstossen.⁷⁴

Neben der Identifikation des tauglichen Subjekts setzt die Einziehung als zweites eigenständiges Merkmal voraus, dass eine «schwere» Aufsichtsrechtsverletzung vorliegt.⁷⁵ Erst das Vorliegen eines solchen qualifizierten Verstosses legitimiert die Anordnung der Einziehung überhaupt.⁷⁶ Inhaltlich umfasst das Aufsichtsrecht dabei primär die in Art. 1 Abs. 1 FINMAG abschliessend aufgezählten Finanzmarktgesetze sowie die darauf gestützten Verordnungen.⁷⁷ Darüber hinaus zählen auch die von der FINMA erlassenen Rundschreiben zum Aufsichtsrecht sowie jene Bestimmungen der

⁶⁷ Art. 35 Abs. 1 FINMAG.

⁶⁸ Botschaft FINMAG, S. 2858; JUTZI/FAHRNI, S. 41.

⁶⁹ JUTZI/FAHRNI, S. 41.

⁷⁰ Art. 35 Abs. 1 FINMAG; JUTZI/FAHRNI, S. 41.

⁷¹ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 11.

⁷² BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 11; JUTZI/FAHRNI, S. 42; REISER, S. 88; SIDLER, S. 17 f.

⁷³ BECK, S. 176; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 11.

⁷⁴ JUTZI/FAHRNI, S. 42 f.

⁷⁵ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 8; JUTZI/FAHRNI, S. 41.

⁷⁶ JUTZI/FAHRNI, S. 44.

⁷⁷ BECK, Rn. 365; JUTZI/FAHRNI, S. 44; NOBEL, S. 59; SMOKVINA, S. 16 f.

Selbstregulierung, welche von der Aufsichtsbehörde als Mindeststandard anerkannt wurden.⁷⁸ Eine Einziehung kann hingegen nicht auf die Verletzung von Erlassen gestützt werden, für deren Vollzug die FINMA nicht zuständig ist, wie etwa das Nationalbankengesetz oder das Konsumkreditgesetz.⁷⁹ Zudem können schwerwiegende Verstösse gegen vertragliche Vereinbarungen oder zivilrechtliche Treuepflichten mittelbar eine Aufsichtsrechtsverletzung begründen, wenn sie das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit verletzen.⁸⁰ Da es sich beim Gewährserfordernis um eine Bewilligungsvoraussetzung handelt⁸¹, die dauernd erfüllt sein muss, fungiert sie in der Aufsichtspraxis als Auffanggrundlage.⁸² Sie verlangt über die blosse Gesetzeskonformität hinaus «fachliche Kompetenz und ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr».⁸³ Gleichwohl führt eine Verletzung der Gewährspflicht durch den Verstoss gegen rein privatrechtliche Bestimmungen nicht automatisch zu einer Aufsichtsrechtsverletzung, die eine Gewinnabschöpfung legitimiert. Eine Einziehung nach Art. 35 FINMAG ist nur dann zulässig, wenn das Fehlverhalten eine solche Intensität erreicht, dass es im Einzelfall als «schwere» Verletzung des Aufsichtsrechts zu qualifizieren ist.⁸⁴

Da es sich bei der «schweren Verletzung von Aufsichtsrecht» um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt⁸⁵, kommt der FINMA bei der Beurteilung der Schwere der Verletzung im Einzelfall ein gewisser Ermessensspielraum zu.⁸⁶ Beschwerdeinstanzen überprüfen dies mit Zurückhaltung, da die FINMA über spezifische Fachkenntnisse verfügt.⁸⁷ Auch bei weiteren Instrumenten der FINMA wird auf eine schwere Aufsichtsrechtsverletzung abgestellt, aber da die Einziehung stärker in die Rechtssphäre der Betroffenen eingreift, sind bei der Beurteilung der Schwere der Verletzung höhere Anforderungen zu stellen als bei weniger einschneidenden Massnahmen.⁸⁸ Eine einmalige, punktuelle oder geringfügige Verletzung der

⁷⁸ Botschaft FINMAG, S. 2880; BECK, Rn. 365.

⁷⁹ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 14; SIDLER, S. 21.

⁸⁰ JUTZI/FAHRNI, S. 45.

⁸¹ REISER, S. 81.

⁸² BLATTER, S. 81.

⁸³ BVGE 2008/23 E. 3.1 S. 320.

⁸⁴ JUTZI/FAHRNI, S. 45.

⁸⁵ BVGer Urteil B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.3; JUTZI/FAHRNI, S. 45.

⁸⁶ KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 391.

⁸⁷ JUTZI/FAHRNI, S. 45.

⁸⁸ JUTZI/FAHRNI, S. 45; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 391 f.

aufsichtsrechtlichen Pflichten genügt hierfür nicht.⁸⁹ Zur Konkretisierung der Schwere hat die Rechtsprechung eine Reihe von Kriterien bestimmt.⁹⁰ Diese sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu würdigen.⁹¹ Zu berücksichtigen sind insbesondere das Ausmass der Abweichung vom normativ geforderten Verhalten sowie die Bedeutung der verletzten Norm.⁹² Weniger stark zu gewichten ist die Höhe des Gewinns bzw. des vermiedenen Verlusts.⁹³ Sie kann jedoch als Indiz für eine schwere Verletzung gelten.⁹⁴ Das Bundesverwaltungsgericht hält zudem fest, dass die Existenz einer parallelen Strafnorm ein gewichtiges Indiz dafür darstellt, dass das Fehlverhalten ein Ausmass erreicht, welches die einschneidende Massnahme der Gewinneinziehung rechtfertigt.⁹⁵ Schliesslich ist festzuhalten, dass die FINMA aufgrund der erheblichen Belastungswirkung der Einziehung dazu verpflichtet ist, die Schwere der Rechtsverletzung im Einzelfall substantiiert zu begründen.⁹⁶ Da die Einziehung einen massiven Eingriff in die Rechtssphäre darstellt, sind umso höhere Anforderungen an die Begründungsdichte zu stellen, je einschneidender die Massnahme im konkreten Fall ausfällt.⁹⁷

3.1.2 Begriff des Einziehungsobjekts

Nach Art. 35 Abs. 1 und 2 FINMAG bildet den Gegenstand der Einziehung der Gewinn bzw. der vermiedene Verlust, der aufgrund einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht erzielt bzw. vermieden wurde.⁹⁸ Im Gegensatz zur strafrechtlichen Vermögenseinziehung nach Art. 70 StGB sieht das Aufsichtsrecht keine Sach- oder Naturaleinziehung vor.⁹⁹ Das Einziehungsobjekt ist vielmehr stets eine Geldsumme, die einen abstrakten betragsmässigen Wert darstellt.¹⁰⁰ Die Massnahme richtet sich dabei gegen das Vermögen des Betroffenen als Gesamtheit und nicht gegen eine spezifische Sache, weshalb die Eigentumsgarantie i.S.v. Art. 26 BV nicht angerufen

⁸⁹ BGer Urteil 2C_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 3.3.2; BGer Urteil 2C_122/2014 vom 19. Juli 2014 E. 6.1; BGer Urteil 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1; BGer Urteil 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1; BVGer Urteil B-5668/2017 vom 28. April 2020 E. 6.1.

⁹⁰ BVGer Urteil B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.3.

⁹¹ BECK, Rn. 454.

⁹² BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 18; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 391.

⁹³ KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 391.

⁹⁴ BVGer Urteil B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.3; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 18.

⁹⁵ BVGer Urteil B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.3.

⁹⁶ KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 392.

⁹⁷ JUTZI/FAHRNI, S. 44; siehe Kapitel 3.4.2.

⁹⁸ Art. 35 Abs. 1 und 2 FINMAG; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 19; JUTZI/FAHRNI, S. 46.

⁹⁹ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 20; JUTZI/FAHRNI, S. 46.

¹⁰⁰ JUTZI/FAHRNI, S. 46.

werden kann.¹⁰¹ Daher kann die Einziehung unabhängig davon erfolgen, ob der konkrete Gewinn im Zeitpunkt der Anordnung beim Betroffenen noch physisch vorhanden ist oder nicht.¹⁰²

Ein vermiedener Verlust steht dem Gewinn gleich¹⁰³, wobei darunter gemäss Botschaft zum FINMAG eine Aufwand- oder Passivenverminderung verstanden wird.¹⁰⁴ Ein klassisches Beispiel aus der Praxis hierzu bildet das Vorgehen der Credit Suisse Group (damals SKA), welche einen Verlust von CHF 4'265'000 vermied, indem sie gestützt auf Insiderwissen ihre Aktienbestände vorzeitig veräusserte.¹⁰⁵ Neben solchen Transaktionsvorteilen kann ein vermiedener Verlust auch in der Einsparung von Kosten bestehen, etwa wenn ein Institut auf die Installation einer aufsichtsrechtlich zwingend vorgeschriebenen Compliance-Abteilung verzichtet.¹⁰⁶ Die Einziehung solcher ersparten Kosten dient dem Ausgleich von Wettbewerbsverzerrungen, damit sich regelkonform handelnde Institute gegenüber jenen, die durch Normverletzungen Kosten sparen, nicht im Nachteil befinden.¹⁰⁷ Das Einziehungsobjekt wird damit massgeblich durch seinen Zweck als restitutorischer administrativer Rechtsnachteil geprägt, welcher den ordnungsgemässen Zustand wiederherstellen soll.¹⁰⁸

3.1.3 Differenzhypothese und Begrenzung auf den unrechtmässigen Vorteil

Um den restitutorischen Charakter der Einziehung sicherzustellen, darf die Massnahme dem Betroffenen keine zusätzlichen finanziellen Nachteile zufügen, die über den Ausgleich des rechtswidrigen Zustands hinausgehen.¹⁰⁹ Der Fehlbare ist mithin wertmässig so zu stellen, als hätte er die Aufsichtsrechtsverletzung nie begangen.¹¹⁰ Dabei wird nach der sog. Differenzhypothese¹¹¹ der tatsächliche Stand des Vermögens des Pflichtverletzers im Zeitpunkt der Anordnung mit demjenigen hypothetischen Stand verglichen, den das Vermögen ohne die schwere

¹⁰¹ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 6.

¹⁰² KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 391.

¹⁰³ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 23.

¹⁰⁴ Botschaft FINMAG, S. 2883.

¹⁰⁵ BGer Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 1.d; BECK, Rn. 463.

¹⁰⁶ JUTZI/FAHRNI, S. 52.

¹⁰⁷ Botschaft FINMAG, S. 2849; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 3; JUTZI/FAHRNI, S. 39.

¹⁰⁸ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 40.

¹⁰⁹ BECK, Rn. 447; JUTZI/FAHRNI, S. 50; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

¹¹⁰ BGer Urteil 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2; BECK, Rn. 477.

¹¹¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 2897; JUTZI/FAHRNI, S. 50.

Aufsichtsrechtsverletzung aufweisen würde.¹¹² Diese abstrakte, bilanzierende Gesamtbetrachtung bildet somit das theoretische Fundament, um den unrechtmässigen Vorteil präzise vom rechtmässigen Vermögensbestand abzugrenzen. Die Differenzhypothese dient dabei als technisches Korrektiv zur Vermeidung einer materiellen Schlechterstellung¹¹³, die, wie bereits dargelegt, den rein administrativen Rahmen sprengen und zu einer pönalen Qualifikation führen würde.¹¹⁴

3.1.4 Kausalität und wirtschaftliche Zurechnung des Vorteils

Zwischen der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und dem daraus resultierenden unrechtmässigen Vorteil muss zwingend ein Kausalzusammenhang bestehen.¹¹⁵ Dieser Konnex stellt sicher, dass nur solche Gewinne bzw. vermiedene Verluste eingezogen werden, die tatsächlich durch das pflichtwidrige Verhalten bewirkt wurden.¹¹⁶ Dabei wird sowohl eine natürliche als auch eine adäquate Kausalität vorausgesetzt.¹¹⁷ Die Aufsichtsrechtsverletzung muss folglich geeignet sein, solche Vorteile zu bewirken, die sich mit dem betreffenden Sachverhalt «typischerweise erzielen lassen».¹¹⁸ Vermögenswerte, die lediglich zeitlich nachfolgen, ohne in einer unmittelbaren ursächlichen Beziehung zur Verletzungshandlung zu stehen, scheiden als Einziehungsobjekt aus.¹¹⁹ Besondere Schwierigkeiten bereitet die Kausalitätsprüfung bei komplexen Sachverhalten, wo beurteilt werden muss, welcher Teil eines Vorteils auf die Rechtsverletzung und welcher auf andere Ursachen, wie allgemeine Marktschwankungen, zurückzuführen ist.¹²⁰ Können diese Abgrenzungsfragen aufgrund der Komplexität der Materie nicht mit exakter Gewissheit beantwortet werden, sieht das Gesetz mit der Schätzungsbefugnis gemäss Art. 35 Abs. 3 FINMAG ein technisches Instrument zur Bewältigung dieser Beweisnot vor.¹²¹

Eng mit der Kausalität verknüpft ist die Frage der wirtschaftlichen Zurechnung. Der Adressatenkreis bei der aufsichtsrechtlichen Einziehung ist im Gegensatz zur

¹¹² BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

¹¹³ JUTZI/FAHRNI, S. 40.

¹¹⁴ BECK, Rn. 477.

¹¹⁵ BECK, Rn. 464; JUTZI/FAHRNI, S. 41, 52; SIDLER, S. 29.

¹¹⁶ BVerfG Urteil B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 13.5.1; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 392.

¹¹⁷ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 24; JUTZI/FAHRNI, S. 52; SIDLER, S. 29.

¹¹⁸ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 24.

¹¹⁹ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 24; vgl. HK StGB-WOHLERS, Art. 70 N 7.

¹²⁰ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 24.

¹²¹ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 25 ff.; siehe dazu Kapitel 3.4.

strafrechtlichen Vermögenseinziehung nach Art. 70 f. StGB enger gefasst.¹²² So ist die Einziehung nach Art. 35 FINMAG bei Dritten ausgeschlossen.¹²³ Um die Umgehung aufsichtsrechtlicher Beschränkungen durch Verschleierungskonstrukte zu verhindern, kann die FINMA jedoch über formaljuristische Kriterien hinwegsehen und auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abstellen.¹²⁴ Ein Gewinn, der formal bei einem Dritten anfällt, kann demnach beim Einziehungssubjekt abgeschöpft werden, sofern diesem eine faktische oder wirtschaftliche Berechtigung an den entsprechenden Vermögenswerten nachgewiesen werden kann.¹²⁵ Die Beweislast für das Vorliegen einer solchen Berechtigung trägt dabei vollumfänglich die FINMA.¹²⁶

3.1.5 Abgrenzung zu nicht einziehbaren Vermögenspositionen

Nachdem das Einziehungsobjekt als der durch die Aufsichtsrechtsverletzung verursachte wirtschaftliche Vorteil definiert wurde, zieht die Abgrenzung zu nicht einziehbaren Positionen die äusserste Grenze der Massnahme. Diese dient der Sicherstellung, dass der hoheitliche Zugriff ausschliesslich den unrechtmässigen Vorteil erfasst und nicht in geschützte Rechtspositionen eingreift.¹²⁷ Das Einziehungsrecht erlischt gemäss Art. 35 Abs. 4 FINMAG nach Ablauf von sieben Jahren seit der Verletzung, womit verjährte Positionen nicht Gegenstand der Einziehung sein können.¹²⁸ Zudem scheiden Vermögenswerte, die bereits einer strafrechtlichen Einziehung unterliegen oder zur Befriedigung liquider Ansprüche geschädigter Dritter dienen, als Objekt aus.¹²⁹ Während diese Positionen zwar rechnerisch Teil des unrechtmässigen Vorteils sein können, sehen Art. 35 Abs. 5 und 6 FINMAG Koordinations- und Anrechnungsregeln vor, um eine Doppelabschöpfung zu verhindern.¹³⁰

3.2 Dogmatische Grundlagen der Gewinnermittlung

Da sich Art. 35 FINMAG über die konkreten Modalitäten der Gewinnermittlung ausschweigt und auch die Gesetzgebungsmaterialien keine klaren Berechnungsregeln

¹²² SMOKVINA, S. 143.

¹²³ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 5.

¹²⁴ BVGer Urteil B-664/2020 vom 4. Juli 2022 E. 6.6.7; JUTZI/FAHRNI, S. 43; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 400.

¹²⁵ JUTZI/FAHRNI, S. 43 f.; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 400.

¹²⁶ JUTZI/FAHRNI, S. 40.

¹²⁷ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 5 f.

¹²⁸ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 28 f.

¹²⁹ Art. 35 Abs. 5 und 6 FINMAG; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 31 ff.; JUTZI/FAHRNI, S. 53 ff.

¹³⁰ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 54; siehe Kapitel 3.5.

enthalten, muss die Bestimmung durch Auslegung konkretisiert werden.¹³¹ Um die unbestimmten Rechtsbegriffe des «Gewinns» und des «vermiedenen Verlusts» greifbar zu machen, hat die Rechtsprechung Anknüpfungspunkte ausserhalb des Aufsichtsrechts herangezogen.¹³² Das Bundesgericht orientiert sich hierbei an den Grundsätzen der Geschäftsanmassung (Art. 423 OR)¹³³, da diese Bestimmung den allgemeinen Rechtsgedanken verkörpert, dass sich unrechtmässiges Handeln nicht lohnen darf.¹³⁴ Dieser Leitgedanke liegt auch der aufsichtsrechtlichen Einziehung zugrunde.¹³⁵ Massgeblich ist dabei jener Vermögenszustand, der ohne die schwere Aufsichtsrechtsverletzung bestanden hätte.¹³⁶ Damit stellt sich die grundlegende Frage, wie dieser hypothetische Vermögenszustand berechnet wird und welche Abzüge vom erzielten Ertrag (bzw. vom Bruttoerlös) zulässig sind, um den hypothetisch rechtmässigen Vermögenszustand wiederherzustellen, ohne der Einziehung einen unzulässigen Strafcharakter zu verleihen.¹³⁷

Im Folgenden werden die dogmatischen Grundlagen der Gewinnermittlung analysiert, namentlich die Herleitung und Tragweite der Analogie zu Art. 423 OR, die Wahl der Berechnungsmethode sowie die Frage des rechtmässigen Alternativverhaltens.

3.2.1 Herleitung aus der Analogie zu Art. 423 OR

Mit dem wegweisenden Urteil vom 20. März 2019 äusserte sich das Bundesgericht erstmals vertieft zur Berechnungsweise der Gewinneinziehung nach Art. 35 FINMAG und trug damit zur Klärung einer seit Jahren bestehenden Rechtsunsicherheit bei.¹³⁸ Das Bundesgericht klärte die Gewinnbestimmung im Grundsatz¹³⁹, indem es klarstellte, dass der Gewinn nach den Grundsätzen der Geschäftsanmassung (Art. 423 OR) sowie der Eingriffskondition (Art. 62 ff. OR) über die Vorteilsherausgabe zu ermitteln ist.¹⁴⁰ Dass das Gericht diesen Weg einschlug, stellt insofern eine Zäsur dar, als eine Analogie zu diesen privatrechtlichen Instituten in der Lehre zuvor «weder

¹³¹ JUTZI/FAHRNI, S. 46; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 394; SIDLER, S. 23; ZUUR/FORRER, S. 493.

¹³² ZUUR/FORRER, S. 492.

¹³³ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3 und E. 2.5; JUTZI/FAHRNI, S. 47; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 394; ZUUR/FORRER, S. 493.

¹³⁴ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 3; SPITZ, Kartellrecht, Rn. 7; ZUUR/FORRER, S. 493 f.

¹³⁵ Botschaft FINMAG, S. 2849; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 3.

¹³⁶ JUTZI/FAHRNI, S. 51; ZUUR/FORRER, S. 492.

¹³⁷ JUTZI/FAHRNI, S. 47; SMOKVINA, S. 143.

¹³⁸ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019; vgl. FINMA, Jahresbericht 2019, S. 49.

¹³⁹ JUTZI/FAHRNI, S. 48.

¹⁴⁰ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3 und 2.5.

vorgeschlagen noch eingehender diskutiert»¹⁴¹ worden war. Obwohl das Bundesgericht beide Institute als massgebliche Grundlagen anführte, weisen diese erhebliche dogmatische Unterschiede auf, die eine differenzierte Betrachtung erfordern.¹⁴² Die Eingriffskondition (Art. 62 ff. OR) dient primär dem Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung¹⁴³, wodurch lediglich ein Anspruch auf objektiven Wertersatz begründet wird.¹⁴⁴ Dies legt nahe, dass bei einer Orientierung an Art. 62 ff. OR ein darüber hinausgehender Gewinn beim Rechtsverletzer verbleiben könnte.¹⁴⁵ Ein echter Anspruch auf Herausgabe des darüber hinausgehenden Gewinns fusst hingegen primär auf Art. 423 OR.¹⁴⁶ Erst die abschöpfende Logik der Geschäftsanmassung nach Art. 423 OR ermöglicht es, den unrechtmässig erzielten Vorteil vollständig zu entziehen und damit dem Grundsatz Rechnung zu tragen, dass sich Unrecht nicht lohnen darf.¹⁴⁷ Folgerichtig stützt sich das Bundesgericht im erwähnten Urteil für die tatsächliche Gewinnberechnung denn auch ausschliesslich auf die Grundsätze der Geschäftsanmassung nach Art. 423 OR. Das Verhältnis zwischen diesen beiden zivilrechtlichen Instituten bleibt jedoch in der Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt.¹⁴⁸

Das Bundesgericht verlangt keine uneingeschränkte Analogie zu Art. 423 OR, sondern bezeichnet lediglich die heranzuziehenden Grundsätze.¹⁴⁹ Dies ist konsequent, da Art. 35 FINMAG im Gegensatz zu anderen Spezialgesetzen keine formelle Verweisung auf Art. 423 OR enthält. Die Grundlage für die Heranziehung dieser Grundsätze entnimmt das Bundesgericht einem systematischen Argument. Da zahlreiche Spezialgesetze wie Art. 28a Abs. 3 ZGB, Art. 9 UWG sowie Art. 62 Abs. 2 URG für die Herausgabe unrechtmässiger Gewinne ausdrücklich auf Art. 423 OR verweisen, leitet es daraus ab, dass diese Norm den allgemeinen Rechtsgedanken der Vorteilsherausgabe im schweizerischen Recht verkörpert und deshalb auch dort herangezogen werden kann, wo ein formeller Verweis fehlt.¹⁵⁰ Historisch stützt sich

¹⁴¹ JUTZI/FAHRNI, S. 48.

¹⁴² BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3; ZUUR/FORRER, S. 492 und 498.

¹⁴³ BGE 133 III 153 E. 2.4 S. 157; ZUUR/FORRER, S. 493 und 498.

¹⁴⁴ BGE 119 II 437 E. 3.cc S. 442 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1517c.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 133 III 153 E. 2.4; SCHMID, S. 273 f.; ZUUR/FORRER, S. 493 f. und 498.

¹⁴⁶ BGE 133 III 153 E. 2.4 S. 157; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1517c; ZUUR/FORRER, S. 498.

¹⁴⁷ SCHMID, S. 273 f.; SPITZ, Kartellrecht, Rn. 7.

¹⁴⁸ ZUUR/FORRER, S. 498.

¹⁴⁹ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3 und 2.5.

¹⁵⁰ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4 und 2.5; ZUUR/FORRER, S. 492.

das Bundesgericht darauf, dass Art. 35 FINMAG die frühere informelle Praxis der EBK zur Gewinneinziehung gesetzlich verankert hat, deren Ziel die Neutralisierung unrechtmässiger Vorteile war.¹⁵¹ Da dieses Ziel dem Zweck der Vorteilsherausgabe nach Art. 423 OR entspricht, schliesst das Bundesgericht, dass der Gewinnbegriff in Art. 35 FINMAG nach den für Art. 423 OR entwickelten Grundsätzen zu verstehen ist.¹⁵² Damit wurde eine methodische Begründung für die Heranziehung von Art. 423 OR geliefert, die in der Literatur jedoch als lückenhaft und in sich widersprüchlich bewertet wird.¹⁵³ Die Kritik moniert, dass die Übertragung der zivilistischen Logik auf das Aufsichtsrecht angesichts der erheblichen Unterschiede beider Institute keineswegs selbstverständlich ist und einer vertieften methodischen Herleitung bedurft hätte.¹⁵⁴ Die Lehre mahnt deshalb zur Zurückhaltung bei der Übertragung und verlangt, die Grundsätze lediglich «mutatis mutandis» anzuwenden.¹⁵⁵ Ob und inwieweit die für privatrechtliche Verhältnisse entwickelten Regeln den spezifischen Anforderungen des Aufsichtsrechts tatsächlich gerecht werden, wird im nachfolgenden Kapitel untersucht.

3.2.2 Tragweite und Grenzen dieser Analogie im Aufsichtsrecht

Die Analogie zu Art. 423 OR trägt dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung. Sie knüpft die Gewinnermittlung an bestehende, über Jahrzehnte hinweg gefestigte Wertungen an. Ein Analogieschluss ist jedoch rechtlich nur dann haltbar, wenn die Bestimmungen vergleichbare Ziele verfolgen.¹⁵⁶ Um zu klären, ob die privatrechtlichen Regeln nach Art. 423 OR den Besonderheiten des Aufsichtsrechts tatsächlich gerecht werden, ist deshalb eine gezielte inhaltliche Abwägung beider Institute erforderlich.¹⁵⁷

Ein wesentlicher Unterschied besteht im Fehlen eines individuellen Geschäftsherrn bei der Einziehung nach Art. 35 FINMAG.¹⁵⁸ Während Art. 423 OR den Schutz eines individuellen Geschäftsherrn bezweckt¹⁵⁹ und die Gewinnherausgabe darauf ausgerichtet ist, diesem diejenigen Vorteile zuzuweisen, die durch einen unbefugten

¹⁵¹ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3; ZUUR/FORRER, S. 497.

¹⁵² BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.5.

¹⁵³ ZUUR/FORRER, S. 492 und 494.

¹⁵⁴ ZUUR/FORRER, S. 492 und 497.

¹⁵⁵ JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 494.

¹⁵⁶ ZUUR/FORRER, S. 493.

¹⁵⁷ ZUUR/FORRER, S. 496.

¹⁵⁸ ZUUR/FORRER, S. 493 f. und 496.

¹⁵⁹ ZUUR/FORRER, S. 494.

Eingriff in seine Rechtssphäre erzielt wurden¹⁶⁰, dient Art. 35 FINMAG dem abstrakten Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte.¹⁶¹ Da der Bund, an den der eingezogene Betrag grundsätzlich fliesst¹⁶², keine vergleichbare Rolle als verletzter Geschäftsherr einnimmt, fehlt im Aufsichtsrecht eine konkrete Person, deren Fähigkeit zur Nutzung des Gewinns als Massstab dienen könnte.¹⁶³ Letztlich geht es bei der zivilrechtlichen Geschäftsanmassung primär um die Frage, wem ein Gewinn rechtlich zusteht, während Art. 35 FINMAG lediglich sicherstellen will, dass der unrechtmässige Vorteil beim Verletzer abgeschöpft wird.¹⁶⁴

Weiter zeigt sich eine Differenz in der Rechtsnatur. Der Geschäftsanmassung nach Art. 423 OR wohnt ein pönales Element inne, da der Geschäftsführer zur Herausgabe des gesamten Nettogewinns verpflichtet wird, selbst wenn der Geschäftsherr gar keinen Schaden erlitten hat.¹⁶⁵ Im Rahmen von Art. 423 OR liegt der Fokus nicht auf der Kompensation einer Einbusse beim Empfänger, sondern auf einer Neutralisierung eines unrechtmässig erlangten Vorteils vom Verletzer.¹⁶⁶ Die Massnahme geht somit über den reinen Ausgleich einer Vermögenseinbusse hinaus.¹⁶⁷ Obwohl das Bundesgericht im Leitentscheid die Anwendung der Gewinnbemessung nach Art. 423 OR bejaht, hält es in derselben Erwägung fest, dass der aufsichtsrechtlichen Einziehung kein pönaler Charakter innewohne. Es qualifiziert Art. 35 FINMAG stattdessen als «rein administrative Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands».¹⁶⁸ In systematischer Hinsicht stellt sich damit die grundlegende Frage, ob eine Massnahme, die rein administrativ sein will, methodisch an eine Norm anknüpfen darf, die über den blossen Vorteilsausgleich hinausgeht.¹⁶⁹ Eine unmodifizierte Übertragung der pönal wirkenden Logik von Art. 423 OR auf Art. 35 FINMAG birgt nämlich die Gefahr, dass die Einziehung de facto Strafcharakter annimmt, was der Gesetzgeber und das Bundesgericht ausdrücklich ausschliessen.¹⁷⁰ Diese Spannung wird durch einen Blick auf die historische Herleitung des

¹⁶⁰ BGE 97 II 169 E. 3a S. 177; ZUUR/FORRER, S. 494.

¹⁶¹ JUTZI/FAHRNI, S. 38.

¹⁶² Art. 35 Abs. 6 FINMAG.

¹⁶³ ZUUR/FORRER, S. 494 und 496.

¹⁶⁴ SPITZ, Kartellrecht, Rn. 7; ZUUR/FORRER, S. 494.

¹⁶⁵ BGE 97 II 169 E. 3a S. 177; ZUUR/FORRER, S. 493.

¹⁶⁶ BGE 97 II 169 E. 3a S. 177; LANDOLT, S. 207; ZUUR/FORRER, S. 493 f.

¹⁶⁷ BGE 133 III 153 E. 2.4 S. 157; ZUUR/FORRER, S. 493.

¹⁶⁸ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3.

¹⁶⁹ Vgl. ZUUR/FORRER, S. 493 f.

¹⁷⁰ ZUUR/FORRER, S. 494; JUTZI/FAHRNI, S. 51; vgl. BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3; Botschaft FINMAG, S. 2883.

Bundesgerichts weiter verschärft. Das Gericht beruft sich auf die frühere EBK-Praxis als historischen Anker für Art. 35 FINMAG, übergeht dabei jedoch, dass eben diese Praxis aufgrund ihrer Berechnungsmethode faktisch pönal wirkte.¹⁷¹ Indem das Bundesgericht einerseits auf eine pönal wirkende Praxis verweist und andererseits Art. 423 OR heranzieht, welcher selbst ein pönales Element enthält, wählt es zur Umsetzung einer erklärten nicht-pönalen Massnahme zwei Referenzpunkte, die beide pönale Züge aufweisen, ohne diesen Widerspruch explizit aufzulösen.¹⁷²

Ein weiterer systematischer Unterschied ergibt sich aus der Bindung der FINMA an das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV). Als staatliche Aufsichtsbehörde ist sie verpflichtet, die Einziehung auf das zur Zielerreichung Notwendige zu begrenzen. Eine solche Schranke kennt Art. 423 OR als privatrechtliche Norm nicht.¹⁷³ Erweist sich die Massnahme als so einschneidend, dass der Betroffene schlechter steht, als wenn er die Aufsichtsrechtsverletzung gar nicht begangen hätte, ist sie als unverhältnismässig zu qualifizieren.¹⁷⁴ Die Lehre mahnt deshalb bei der Ermittlung des einzuziehenden Vorteils zu einer gewissen «Grosszügigkeit»¹⁷⁵ bei der Zulassung von Abzügen.¹⁷⁶ Eine weitere technische Divergenz ergibt sich aus der Zinspflicht auf dem herauszugebenden Gewinn, die Art. 423 OR vorsieht, im Aufsichtsrecht jedoch mangels eines individuellen Geschäftsherrn kaum sachgerecht erscheint und daher als Berechnungselement ausscheidet.¹⁷⁷ Hinzu kommt, dass die Schätzungsbefugnis der FINMA in Art. 35 Abs. 3 FINMAG explizit gesetzlich verankert ist, während das Privatrecht eine solche nur in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ableitet.¹⁷⁸

Ein besonders kritisches Feld der analogen Anwendung betrifft den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens, wonach das Einziehungssubjekt geltend machen kann, was es bei rechtmässigem Verhalten verdient hätte.¹⁷⁹ Während dieser bei Art. 423 OR in der Lehre überwiegend abgelehnt wird¹⁸⁰, stellt sich im Aufsichtsrecht die

¹⁷¹ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3; ZUUR/FORRER, S. 497.

¹⁷² Vgl. ZUUR/FORRER, S. 494 und 497; SPITZ, Kartellrecht, Rn. 7; JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; SIDLER, S. 12 f.

¹⁷³ JUTZI/FAHRNI, S. 50 und 54; REISER, S. 81 und 83; ZUUR/FORRER, S. 496.

¹⁷⁴ JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

¹⁷⁵ ZUUR/FORRER, S. 494.

¹⁷⁶ JUTZI/FAHRNI, S. 51; ZUUR/FORRER, S. 494.

¹⁷⁷ BSK OR I-OSER, Art. 423 N 14; ZUUR/FORRER, S. 496 f.

¹⁷⁸ Art. 35 Abs. 3 FINMAG; Botschaft FINMAG, S. 2883; BSK OR I-OSER, Art. 423 N 15.

¹⁷⁹ ZUUR/FORRER, S. 495 f.

¹⁸⁰ ZUUR/FORRER, S. 496.

Frage, ob diese Haltung angesichts des rein restitutorischen Charakters von Art. 35 FINMAG aufrechterhalten werden kann.¹⁸¹

Die dargelegten Unterschiede verdeutlichen, dass die Tatbestände trotz des gemeinsamen Leitgedankens («Unrecht soll sich nicht lohnen») grundlegende Unterschiede aufweisen.¹⁸² Dies legt nahe, dass ein unmodifizierter Analogieschluss zu Art. 423 OR methodisch nicht vollständig überzeugt.¹⁸³ Fehlt es an der teleologischen Gleichwertigkeit beider Normen, entbehrt der Analogieschluss seiner methodischen Grundlage.¹⁸⁴ Wie bereits dargelegt, greift Art. 62 OR zu kurz, da er lediglich den Ausgleich einer Vermögensverschiebung erfasst, und Art. 423 OR geht mit seinem pönalen Element über den restitutorischen Zweck von Art. 35 FINMAG hinaus. Dies schliesst eine Orientierung an Art. 423 OR nicht aus, verlangt aber nach hier vertretener Auffassung, dass deren Grundsätze konsequent auf jene Elemente beschränkt werden, die mit dem restitutorischen Charakter von Art. 35 FINMAG vereinbar sind.¹⁸⁵

3.2.3 Netto- und Bruttoprinzip als Berechnungsmodelle

Anknüpfend an die dargelegte historische Abkehr vom ursprünglichen Bruttoprinzip der EBK¹⁸⁶, stellt sich auf dogmatischer Ebene die Frage nach dem heute massgeblichen Berechnungsmodell für Art. 35 FINMAG. Während das Bruttoprinzip den gesamten Erlös ohne Kostenabzug erfasst, stellt das Nettoprinzip auf den tatsächlich verbleibenden Vermögenszuwachs ab.¹⁸⁷ In der heutigen Lehre und Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, dass für Art. 35 FINMAG ausschliesslich das Nettoprinzip infrage kommt.¹⁸⁸ Dies wird mit dem Gesetzeswortlaut begründet, der explizit von «Gewinn» (bzw. «Verlust») spricht¹⁸⁹, einem Begriff, der nach allgemeinem Sprachverständnis bereits eine Differenzgrösse aus Ertrag und Aufwand

¹⁸¹ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 495 f.; siehe dazu Kapitel 3.2.4.

¹⁸² ZUUR/FORRER, S. 494.

¹⁸³ JUTZI/FAHRNI, S. 51; ZUUR/FORRER, S. 494.

¹⁸⁴ ZUUR/FORRER, S. 493.

¹⁸⁵ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 51; ZUUR/FORRER, S. 496.

¹⁸⁶ Siehe Kapitel 2.2.

¹⁸⁷ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 21; NADELHOFER DO CANTO, S. 38; HK StGB-WOHLERS, Art. 70 N 20.

¹⁸⁸ BGer Urteil 2C_530/2020 vom 19. August 2021 E. 3.3; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 21; JUTZI/FAHRNI, S. 49; SMOKVINA, S. 143.

¹⁸⁹ BECK, Rn. 459; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 21.

voraussetzt.¹⁹⁰ Das Nettoprinzip ist damit die «logische Konsequenz»¹⁹¹ des restitutorischen Charakters der Einziehung. Nur wenn jene Aufwendungen abgezogen werden, die zur Erzielung des Vorteils notwendig waren, wird sichergestellt, dass der Betroffene nicht schlechter dasteht, als wenn er sich von Beginn an aufsichtsrechtskonform verhalten hätte.¹⁹² Das Bundesgericht hat dieses Modell bestätigt, indem es die Gewinnermittlung an die privatrechtlichen Grundsätze von Art. 423 OR angelehnt hat, die ihrerseits auf dem Nettoprinzip beruhen.¹⁹³

3.2.4 Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens

Die in Kapitel 3.1.3 dargelegte Differenzhypothese verlangt einen Vergleich zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und jenem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne die schwere Aufsichtsrechtsverletzung aufgewiesen hätte.¹⁹⁴ Damit stellt sich die dogmatische Anschlussfrage, wie dieses hypothetische Vergleichsszenario zu bestimmen ist. Denkbar ist einerseits, das pflichtwidrige Verhalten schlicht wegzudenken und den dadurch erzielten Ertrag als einziehbaren Vorteil zu behandeln. Denkbar ist andererseits, danach zu fragen, wie sich das Vermögen entwickelt hätte, wenn das Einziehungssubjekt dieselben Ressourcen bei rechtmässigem Verhalten eingesetzt hätte. An dieser zweiten Betrachtungsweise setzt der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens an.¹⁹⁵ Die Entscheidung zwischen diesen beiden Betrachtungsweisen ist für die Gewinnermittlung zentral. Wird das pflichtwidrige Verhalten «ersatzlos»¹⁹⁶ weggedacht, besteht die Gefahr, dass das Vergleichsszenario ein wirtschaftlich inaktives Institut unterstellt. Eine solche Betrachtung wäre mit dem restitutorischen Charakter der Einziehung nur schwer vereinbar, wenn ein Institut seine vorhandene Infrastruktur bei Verzicht auf das rechtswidrige Vorgehen nicht ungenutzt gelassen, sondern für andere, rechtmässige Geschäfte verwendet hätte.¹⁹⁷ Art. 35 FINMAG bezweckt nicht die Abschöpfung jedes tatsächlich erzielten Ertrags, sondern nur die Neutralisierung jenes Vorteils, der gerade auf die schwere Aufsichtsrechtsverletzung zurückzuführen ist.¹⁹⁸ Aus dieser restitutorischen

¹⁹⁰ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 21.

¹⁹¹ BECK, Rn. 459.

¹⁹² JUTZI/FAHRNI, S. 47; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72; SMOKVINA, S. 143.

¹⁹³ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.5; siehe vorne Kapitel 3.2.1.

¹⁹⁴ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

¹⁹⁵ Vgl. BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4 und 3.2; ZUUR/FORRER, S. 495 f.; JUTZI/FAHRNI, S. 49 ff.

¹⁹⁶ Vgl. SPITZ, entgangener Gewinn, S. 800.

¹⁹⁷ Vgl. SPITZ, entgangener Gewinn, S. 800; ZUUR/FORRER, S. 495 f.

¹⁹⁸ JUTZI/FAHRNI, S. 50; ZUUR/FORRER, S. 495 f.

Perspektive liegt ein einziehbarer Vorteil folglich nur in jenem Umfang vor, in dem der durch die Verletzung erlangte Vermögensvorteil – ob als Zunahme der Aktiven oder als Aufwand- bzw. Passivverminderung¹⁹⁹ – jene Summe übersteigt, die eine rechtmässige Bewirtschaftung derselben Ressourcen erbracht hätte.²⁰⁰

Wie das Bundesgericht diesen Gedanken konkret handhabt, wird in der Literatur jedoch unterschiedlich interpretiert. Während FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER davon ausgehen, dass das Bundesgericht den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens nicht grundsätzlich ausgeschlossen habe und dessen Berücksichtigung im konkreten Fall lediglich an der ungenügenden Substantiierung durch die Beschwerdeführerin scheiterte²⁰¹, verstehen THOMAS JUTZI/JEAN PHILIPPE FAHRNI die bundesgerichtliche Rechtsprechung restriktiver.²⁰²

Für die weitere Untersuchung ist daraus festzuhalten, dass der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens bei Art. 35 FINMAG nicht als abschliessend geklärtes Berechnungskriterium vorausgesetzt werden kann. Nach hier vertretener Auffassung ist er vielmehr als dogmatische Anschlussfrage der Differenzhypothese zu behandeln. Methodisch ist dabei zwischen zwei Ebenen zu unterscheiden. Während der Kostenabzug die Frage betrifft, welche Aufwendungen vom tatsächlich erzielten Ertrag abzuziehen sind, betrifft das rechtmässige Alternativverhalten die Frage, welcher hypothetische Vermögensstand bei rechtmässiger Verwendung derselben Ressourcen bestanden hätte.

3.3 Kostenabzug und Fixkostenproblematik

Die Frage, welche Aufwendungen vom Bruttoerlös abgezogen werden dürfen, bildet den praktischen Kern der Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG und zugleich jenen Punkt, an dem sich Lehre und Rechtsprechung am stärksten unterscheiden.²⁰³ Je restriktiver die Abzugsfähigkeit gehandhabt wird, desto mehr besteht die Gefahr, dass die Einziehung den Betroffenen schlechter stellt, als wenn er die Verletzung nie begangen hätte.²⁰⁴ Werden hingegen zu viele Abzüge zugelassen, verbleibt beim

¹⁹⁹ Botschaft FINMAG, S. 2883.

²⁰⁰ JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 496.

²⁰¹ ZUUR/FORRER, S. 497.

²⁰² JUTZI/FAHRNI, S. 49 f.; siehe Kapitel 3.3.3.

²⁰³ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 48 f.

²⁰⁴ JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

Verletzer ein Nettogewinn, der sich aus der Aufsichtsrechtsverletzung speist, womit sich Unrecht letztlich doch lohnt.²⁰⁵

3.3.1 Kostenkategorien

Die Ermittlung des nach Art. 35 FINMAG einzuziehenden Nettogewinns setzt eine systematische Differenzierung der anfallenden Kostenpositionen voraus.²⁰⁶ Dabei lassen sich die Aufwendungen in verschiedene Kategorien unterteilen, deren Abzugsfähigkeit massgeblich von ihrem Kausalzusammenhang zur Rechtsverletzung abhängt.²⁰⁷ Variable Kosten bzw. Gestehungskosten zeichnen sich dadurch aus, dass sie unmittelbar zur Erzielung des unrechtmässigen Ertrags aufgewendet wurden.²⁰⁸ Sie fallen nur an, soweit die betreffende Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird.²⁰⁹ Hierunter fallen etwa spezifische Materialkosten, Provisionen für betroffene Geschäfte sowie direkt produkt- oder dienstleistungsbezogene Werbe- und Vertriebskosten.²¹⁰ Sie sind nach allgemeiner Auffassung vom Bruttoerlös abziehbar.²¹¹ Demgegenüber stehen Fix- und Gemeinkosten, welche unabhängig vom Umfang der Rechtsverletzung anfallen.²¹² Zu dieser Kategorie zählen namentlich Mietzinsen für Geschäftsräumlichkeiten, Leasingraten, Versicherungsprämien, Hypothekarzinsen sowie zeitabhängige Abschreibungen auf dem Anlagevermögen.²¹³ Ihre Abzugsfähigkeit ist im Gegensatz zu den variablen Kosten umstritten²¹⁴ und bildet den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

3.3.2 Fix- und Gemeinkosten im Lichte der Vorteilsdefinition

Das Bundesverwaltungsgericht hatte die Frage der Abzugsfähigkeit von Fix- und Gemeinkosten im Jahr 2018 bejaht und den anteilmässigen Abzug allgemeiner Betriebskosten zugelassen, sofern «die eingesetzten Ressourcen bzw. Produktionsmittel auch ohne die mit der Rechtsverletzung zusammenhängenden Vorgänge ausgelastet gewesen wären.»²¹⁵ Die Begründung stützte sich auf die Überlegung, dass solche Kosten dem Institut zwar auch ohne die Verletzung

²⁰⁵ Vgl. BERTSCHINGER, S. 693.

²⁰⁶ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4; vgl. Kapitel 3.2.3.

²⁰⁷ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 24; JUTZI/FAHRNI, S. 52.

²⁰⁸ SPITZ, entgangener Gewinn, S. 802; ZUUR/FORRER, S. 495.

²⁰⁹ SPITZ, entgangener Gewinn, S. 802.

²¹⁰ SPITZ, entgangener Gewinn, S. 802; SPITZ, Kartellrecht, Rn. 63.

²¹¹ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4; JUTZI/FAHRNI, S. 47 f.; ZUUR/FORRER, S. 495.

²¹² FINMA, Jahresbericht 2019, S. 49; BECK, Rn. 460; ZUUR/FORRER, S. 492.

²¹³ JUTZI/FAHRNI, S. 51; SPITZ, entgangener Gewinn, S. 802; SPITZ, Kartellrecht, Rn. 65.

²¹⁴ JUTZI/FAHRNI, S. 49.

²¹⁵ BVGer Urteil B-6952/2016 vom 3. April 2018 E. 5.4 f.

entstanden wären, die entsprechenden Ressourcen jedoch bei rechtmässigem Verhalten anderweitig zur Erzielung von Erträgen eingesetzt worden wären und deshalb nicht von vornherein ausser Betracht fallen dürfen.²¹⁶ Das Bundesgericht hob diesen Entscheid im Leiturteil 2C_422/2018 auf, was primär in der gewählten Vorteilsdefinition wurzelt.²¹⁷ Da der einzuziehende Gewinn nach der Differenzhypothese als Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne die Rechtsverletzung aufweisen würde²¹⁸, ermittelt wird, fallen Fix- und Gemeinkosten nach der bundesgerichtlichen Logik insoweit definitionsgemäss aus der Rechnung, als sie auch bei rechtmässiger Tätigkeit angefallen wären.²¹⁹ Da sie in beiden Szenarien entstehen, beeinflussen sie die mathematische Differenz nicht und schmälern somit den unrechtmässigen Vorteil auch nicht.²²⁰ Mit diesem Entscheid korrigierte das Bundesgericht die vorinstanzliche Rechtsauffassung und schloss den vom Bundesverwaltungsgericht zugelassenen anteilmässigen Abzug allgemeiner Geschäftsunkosten aus.²²¹

Bemerkenswert ist dabei, dass sich beide Instanzen auf dieselbe Grundlage stützten, nämlich BGE 134 III 306, worin die Voraussetzungen der Abzugsfähigkeit bei Art. 423 OR konkretisiert wurden.²²² Der unterschiedliche Ausgang erklärt sich deshalb nicht aus divergierenden Rechtsgrundlagen, sondern aus einer unterschiedlichen Interpretation desselben Urteils.²²³ Wie FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER aufzeigen, zog das Bundesverwaltungsgericht aus BGE 134 III 306 einen Umkehrschluss, der nach ihrer Auffassung in der bundesgerichtlichen Aussage «keine hinreichende Grundlage»²²⁴ findet. Die Vorinstanz folgerte, dass Fixkosten grundsätzlich abzugsfähig seien, wenn die Infrastruktur auch ohne die Verletzung ausgelastet gewesen wäre, obwohl sich aus der betreffenden Passage von BGE 134 III 306

²¹⁶ BVGer Urteil B-6952/2016 vom 3. April 2018 E. 5.5 f.

²¹⁷ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4 und 3.2.

²¹⁸ Vgl. Kapitel 3.2.3; BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4.

²¹⁹ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4 und E. 3.2.

²²⁰ Vgl. BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4, 3.2; JUTZI/FAHRNI, S. 48; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 395; ZUUR/FORRER, S. 495 f.

²²¹ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2; JUTZI/FAHRNI, S. 48.

²²² BGE 134 III 306 E. 4.1.4 f. S. 310 f.; BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4 und 3.2; BVGer Urteil B-6952/2016 vom 3. April 2018 E. 5.4 und 5.6.

²²³ ZUUR/FORRER, S. 498.

²²⁴ ZUUR/FORRER, S. 499.

lediglich ergibt, wann Fixkosten ausser Betracht fallen, nicht aber, dass sie im umgekehrten Fall stets abzugsfähig wären.²²⁵

Damit ist nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung geklärt, dass allgemeine Fixkosten nicht bereits deshalb abzugsfähig sind, weil die Infrastruktur auch ohne die Rechtsverletzung ausgelastet gewesen wäre.²²⁶ Das Urteil lässt jedoch Raum für Interpretationen, da sich aus seinen Erwägungen nicht eindeutig ergibt, unter welchen Voraussetzungen Fix- und Gemeinkosten dennoch berücksichtigt werden können.²²⁷

3.3.3 Voraussetzungen der Abzugsfähigkeit

An die restriktive bundesgerichtliche Linie knüpfen die Voraussetzungen der Abzugsfähigkeit an. Danach sind nur Aufwendungen abzugsfähig, die für die Erzielung des aufsichtsrechtswidrigen Ertrags notwendig waren und in einem hinreichend engen Zusammenhang mit der Aufsichtsrechtsverletzung stehen.²²⁸ Kosten, die dem Institut auch bei rechtmässiger Tätigkeit angefallen wären, sind hingegen grundsätzlich vom Abzug ausgeschlossen.²²⁹ Diese Praxis ermöglicht den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens als eigenständiges Kriterium kaum.²³⁰ Die Tragweite dieser Rechtsprechung wird jedoch unterschiedlich interpretiert. Dies beruht auf einem gewissen Spannungsverhältnis im Urteil selbst.²³¹ In E. 2.4 hält das Bundesgericht fest, dass nicht konkret zurechenbare Gemeinkosten insbesondere dann ausser Betracht fallen, «wenn vorhandene Produktionsmittel ohne die rechtsverletzende Produktion nicht ausgelastet wären oder nicht verwendet werden könnten».²³² FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER verstehen diese Erwägung als Bezugnahme auf den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens und gehen davon aus, dass das Bundesgericht diesen Einwand nicht grundsätzlich ausgeschlossen habe. Zugleich weisen sie darauf hin, dass aus der Aussage des Bundesgerichts kein allgemeiner Umkehrschluss zugunsten der Abzugsfähigkeit von Fixkosten folgt.²³³ In E. 3.2 hält das Bundesgericht demgegenüber fest, allgemeine Geschäftsunkosten könnten in dem

²²⁵ ZUUR/FORRER, S. 498 f.

²²⁶ JUTZI/FAHRNI, S. 48; ZUUR/FORRER, S. 491.

²²⁷ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 49 f.

²²⁸ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4.

²²⁹ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

²³⁰ JUTZI/FAHRNI, S. 49; vgl. Kapitel 3.2.4.

²³¹ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 49 f.

²³² BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4.

²³³ ZUUR/FORRER, S. 495 f., 497 und 499.

Umfang nicht vom einzuziehenden Gewinn abgezogen werden, in welchem sie auch bei aufsichtsrechtlich korrekter Geschäftstätigkeit angefallen wären.²³⁴ THOMAS JUTZI/JEAN PHILIPPE FAHRNI leiten daraus ab, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens im Ergebnis «nur wenig Raum» lässt.²³⁵ Der Kern des Problems, wie in Kapitel 3.2.4 dargelegt, liegt damit darin, dass der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens nicht auf den Wegfall der Fixkosten zielt, sondern darauf, ob dieselben Ressourcen bei rechtskonformem Verhalten zur Erzielung rechtmässiger Erträge hätten eingesetzt werden können.²³⁶ Trotz unterschiedlicher Lesart weisen FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER und THOMAS JUTZI/JEAN PHILIPPE FAHRNI beide darauf hin, dass eine zu restriktive Handhabung der Abzugsfähigkeit dem restitutorischen Charakter von Art. 35 FINMAG nicht in jeder Konstellation vollständig gerecht wird.²³⁷ Bei konsequenter Anwendung der Differenzhypothese müsste nicht nur gefragt werden, ob die Kosten ohnehin angefallen wären, sondern auch, welche Erträge das Institut mit denselben Ressourcen bei rechtmässigem Verhalten erzielt hätte.²³⁸ Wer nur den rechtswidrigen Mehrvorteil abschöpfen darf, muss auch prüfen, welcher Vermögensstand bei rechtmässigem Alternativverhalten bestanden hätte. Wird diese Ertragsseite ausgeblendet, droht die Einziehung mehr abzuschöpfen, als dem Institut tatsächlich als unrechtmässiger Vorteil zugeflossen ist.²³⁹

Diese Kritik lässt sich durch einen weiteren Gesichtspunkt ergänzen, der die Ungleichbehandlung der Finanzinstitute untereinander betrifft. Löhne für Stammpersonal werden als «ohnehin» anfallende Fixkosten vom Abzug ausgeschlossen, während Kosten für Personal, das spezifisch zur Begehung der Verletzung eingesetzt wurde, abzugsfähig sein können.²⁴⁰ THOMAS JUTZI/JEAN PHILIPPE FAHRNI halten fest, dass eine solche Unterscheidung dem durch Art. 35 FINMAG verfolgten Prinzip der Gleichbehandlung und Fairness zwischen den Finanzinstituten widerspricht, da Institute, die innerhalb einer bereits vorbestehenden Struktur gegen das Aufsichtsrecht verstiessen, keine Fixkosten abziehen könnten,

²³⁴ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2.

²³⁵ JUTZI/FAHRNI, S. 49.

²³⁶ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 496 f.

²³⁷ JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 496 f.

²³⁸ JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 496.

²³⁹ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 50; ZUUR/FORRER, S. 496.

²⁴⁰ JUTZI/FAHRNI, S. 48.

während Institute, die spezifisch eine Infrastruktur zur Begehung der Verletzung aufgebaut haben, entsprechende Ausgaben in Abzug bringen könnten.²⁴¹

Wie die vorangehende Analyse zeigt, führt die restriktive Handhabung der Abzugsfähigkeit von Fix- und Gemeinkosten in bestimmten Konstellationen zur Gefahr einer Überabschöpfung.²⁴² In der Lehre wird deshalb sowohl ein kategorischer Ausschluss als auch eine pauschale Zulassung anteiliger Fixkosten abgelehnt und stattdessen eine am Einzelfall orientierte Beurteilung befürwortet, bei der massgebend ist, ob die Einziehung ohne den beantragten Abzug über den tatsächlich erlangten Vorteil hinausginge.²⁴³ Damit ist der Bedarf nach einer vermittelnden Lösung aufgezeigt, die in Kapitel 4 näher zu entwickeln ist.

3.4 Schätzung, Unsicherheit und Beweislast

Die exakte Bestimmung des einzuziehenden Gewinns stösst in der Praxis regelmässig an faktische Grenzen.²⁴⁴ Da die Einziehung nicht an der fehlenden Errechenbarkeit des Einziehungsbetrags scheitern soll, ist in Art. 35 Abs. 3 FINMAG die Schätzung des einzuziehenden Gewinns explizit vorgesehen, wenn eine genaue Berechnung unverhältnismässigen Aufwand erfordern würde.²⁴⁵ Insbesondere soll das Einziehungssubjekt nicht davon profitieren können, wenn es die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vertuscht hat.²⁴⁶ Die Bestimmung entspricht der analogen Regelung bei der strafrechtlichen Einziehung nach Art. 70 Abs. 5 StGB.²⁴⁷ Jedoch äussern sich weder der Gesetzeswortlaut noch die Materialien dazu, wie die Schätzung methodisch vorzunehmen ist.²⁴⁸ Die nachfolgend dargestellten Anforderungen haben sich deshalb durch Rechtsprechung herausgebildet.²⁴⁹

3.4.1 Voraussetzungen und Grenzen der Schätzung

Die Schätzungsbefugnis setzt eine objektive Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der exakten Gewinnfeststellung voraus.²⁵⁰ Sie darf nicht bereits bei geringfügigen

²⁴¹ JUTZI/FAHRNI, S. 51.

²⁴² JUTZI/FAHRNI, S. 50; ZUUR/FORRER, S. 496 f.

²⁴³ JUTZI/FAHRNI, S. 51.

²⁴⁴ Vgl. KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 396.

²⁴⁵ Botschaft FINMAG, S. 2883.

²⁴⁶ SIDLER, S. 27.

²⁴⁷ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 25; SIDLER, S. 27.

²⁴⁸ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 27; JUTZI/FAHRNI, S. 52; SIDLER, S. 28.

²⁴⁹ JUTZI/FAHRNI, S. 52, mit Verweis auf BVGer Urteil B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13 ff.

²⁵⁰ BECK, Rn. 465; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 26.

Schwierigkeiten bei der Gewinnberechnung zum Einsatz kommen.²⁵¹ Weder ein hoher zeitlicher Aufwand noch damit verbundene Kosten allein genügen, um eine Schätzung nach Art. 35 Abs. 3 FINMAG zu rechtfertigen.²⁵² Falls notwendig, ist die FINMA verpflichtet, externe Spezialisten beizuziehen und Expertisen einzuholen.²⁵³ Eine Schätzung ist grundsätzlich nur hinsichtlich einzelner Elemente zulässig, die für die Gewinnberechnung notwendig sind.²⁵⁴ Sofern der FINMA relevante Informationen fehlen, muss sie diese zunächst beim Einziehungssubjekt unter Ansetzung einer Frist einfordern. Erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist darf sie zur Schätzung schreiten.²⁵⁵ Die Schätzung unterliegt dem Verhältnismässigkeitsprinzip und muss so realitätsnah wie möglich sein, weshalb im Zweifel vom geringsten Gewinn auszugehen ist.²⁵⁶ Die Lehre weist darauf hin, dass bei einer Schätzung kaum überprüfbar ist, ob die Massnahme nicht über den blossen Vorteilsausgleich hinausgeht, und fordert deshalb eine restriktive Handhabung der Schätzungsmöglichkeit.²⁵⁷

Diese strengen Anwendungsschranken verdeutlichen, dass die Schätzungsbefugnis nach Art. 35 Abs. 3 FINMAG kein behördliches Privileg zur prozessualen Arbeitserleichterung darstellt. Vielmehr handelt es sich um eine strikt subsidiäre Notkompetenz, die als letzter Ausweg erst dann betreten werden darf, wenn die Aufsichtsbehörde trotz Ausschöpfung aller zumutbaren Ermittlungsschritte an die faktischen Grenzen der Beweisbarkeit stösst.²⁵⁸

3.4.2 Begründungsanforderungen, Transparenz und Beweislastwirkungen

Die FINMA ist verpflichtet, die Grundlagen und Methoden ihrer Schätzung transparent darzulegen und nachvollziehbar aufzuzeigen, auf welche tatsächlichen Annahmen sie sich dabei stützt.²⁵⁹ RENÉ BÖSCH schlägt hierfür den Rückgriff auf

²⁵¹ JUTZI/FAHRNI, S. 52.

²⁵² BVGer Urteil B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.2; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 26.

²⁵³ BVGer Urteil B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.2.

²⁵⁴ BVGer Urteil B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.2; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 26; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 397.

²⁵⁵ BVGer Urteil B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.3.1; JUTZI/FAHRNI, S. 52.

²⁵⁶ SIDLER, S. 27.

²⁵⁷ JUTZI/FAHRNI, S. 52; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72; SIDLER, S. 27 f.; SMOKVINA, S. 143 f.

²⁵⁸ Vgl. BVGer Urteil B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.2; BECK, Rn. 465; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 26; JUTZI/FAHRNI, S. 52.

²⁵⁹ KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 396.

branchenspezifische Bewertungsgrundsätze vor.²⁶⁰ Nur so kann das Einziehungssubjekt seinen Anspruch auf rechtliches Gehör wahrnehmen und die Verfügung gegebenenfalls anfechten.²⁶¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat eine FINMA-Verfügung bereits deshalb aufgehoben, weil die Schätzung die massgeblichen Regeln und Berechnungsschritte nicht nachvollziehbar dargelegt hatte.²⁶²

Eng damit verbunden ist die Frage der Beweislastverteilung. Grundsätzlich trägt die FINMA die Beweislast für den Bestand und den Umfang des unrechtmässigen Gewinns.²⁶³ Beruft sich der Einziehungsbetroffene hingegen auf abzugsfähige Kosten, liegt die Beweislast für deren Nachweis bei ihm selbst.²⁶⁴ Diese Beweislastverteilung hat direkte Auswirkungen auf die Handhabung des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens. FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass dem Einziehungssubjekt zumindest im Rahmen einer Näherungslösung der Nachweis offenstehen sollte, dass anteilige Fixkosten durch ein rechtmässiges Alternativverhalten gedeckt gewesen wären, selbst wenn eine vollständige Schätzung des Vermögensstands im rechtmässigen Soll-Zustand aus Praktikabilitätsgründen ausser Betracht fällt.²⁶⁵

Zusammenfassend erweist sich die Schätzungsbefugnis nach Art. 35 Abs. 3 FINMAG als notwendiges Instrument eines effektiven Einziehungsregimes. Gleichzeitig trägt jede Schätzung die Gefahr einer Überabschöpfung in sich und muss deshalb durch transparente Begründung, nachvollziehbare Annahmen und die Offenheit für sachgerechte Näherungslösungen begrenzt werden.²⁶⁶ Nur wenn die Schätzung als Annäherung an den hypothetischen Soll-Zustand verstanden wird, bleibt sie mit der Differenzhypothese und dem restitutorischen Charakter der Einziehung vereinbar.²⁶⁷

²⁶⁰ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 27.

²⁶¹ BVGer Urteil B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.2.2; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 27; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 397.

²⁶² BVGer Urteil B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.4.2 und 13.5.

²⁶³ JUTZI/FAHRNI, S. 52; MÜLLER/HAAS/STAUBER, S. 394.

²⁶⁴ BGE 134 III 306 E. 4.1.5 und 4.2 S. 311 f.

²⁶⁵ ZUUR/FORRER, S. 497; siehe Kapitel 3.2.4.

²⁶⁶ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 52; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72; SMOKVINA, S. 143 f.; ZUUR/FORRER, S. 497.

²⁶⁷ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 26; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72.

3.5 Anrechnung und Vermeidung doppelter Abschöpfung

Nachdem die vorangehenden Kapitel die Ermittlung des einzuziehenden Gewinns behandelt haben, stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang dieser Betrag mit anderen Abschöpfungsansprüchen zu koordinieren ist.²⁶⁸ Die Kollisions- und Anrechnungsregeln in Art. 35 Abs. 5 und 6 FINMAG sollen sicherstellen, dass Leistungen an Geschädigte sowie strafrechtliche Einziehungen bei der aufsichtsrechtlichen Einziehung berücksichtigt werden, wodurch eine doppelte Vermögensabschöpfung verhindert werden soll.²⁶⁹

3.5.1 Anrechnung von Leistungen an Geschädigte

Gemäss Art. 35 Abs. 6 FINMAG gehen die eingezogenen Vermögenswerte nur insoweit an den Bund, als sie nicht Geschädigten ausbezahlt werden. Eingezogene Gelder dienen in erster Linie dem Ausgleich bei den Geschädigten, während die Staatskasse erst dann zum Zug kommt, wenn keine berechtigten Ansprüche von Privatpersonen bestehen.²⁷⁰ Dieser Mechanismus dient dazu, bereits feststehende Ansprüche von Geschädigten aus dem Einziehungssubstrat zu befriedigen.²⁷¹ Die FINMA nimmt hierbei keine zivilrichterliche Funktion wahr und entscheidet nicht über strittige Sachverhalte.²⁷² Ebenso wenig begründet die Bestimmung neue öffentlich-rechtliche Ansprüche zugunsten der Anleger.²⁷³ Voraussetzung für eine solche Anrechnung ist, dass die Schadenersatzansprüche entweder unbestritten oder durch ein Gericht rechtskräftig festgestellt worden sind.²⁷⁴ Zudem muss eine klare Kausalität zwischen der schweren Verletzung des Aufsichtsrechts, den sichergestellten Gewinnen und dem konkreten Schaden nachgewiesen sein.²⁷⁵ Der Einziehungsbetroffene hat seinerseits das Recht, eine Reduktion des Einziehungsbetrags zu fordern, wenn er bereits direkte Zahlungen an Geschädigte geleistet hat.²⁷⁶ Damit wird sichergestellt, dass unrechtmässige Vorteile nicht zweifach

²⁶⁸ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 31 f.; JUTZI/FAHRNI, S. 53; SPITZ, Kartellrecht, Rn. 121.

²⁶⁹ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 31 ff.; JUTZI/FAHRNI, S. 53 ff.; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 401 ff.

²⁷⁰ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 35; JUTZI/FAHRNI, S. 55; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 402.

²⁷¹ BGE 139 II 279 E. 4.3.3; Botschaft FINMAG, S. 2884; JUTZI/FAHRNI, S. 55.

²⁷² BGE 139 II 279 E. 4.3.3; BECK, Rn. 467.

²⁷³ BECK, Rn. 467; JUTZI/FAHRNI, S. 55; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 402.

²⁷⁴ Botschaft FINMAG, S. 2884; BECK, Rn. 467; JUTZI/FAHRNI, S. 55.

²⁷⁵ BECK, Rn. 467; JUTZI/FAHRNI, S. 55.

²⁷⁶ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 35; JUTZI/FAHRNI, S. 55; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 402.

abgeschöpft werden, was den rein restitutorischen Zweck der Einziehung unterstreicht.²⁷⁷

3.5.2 Zeitliche Aspekte und Wiedererwägung

In der praktischen Umsetzung entstehen oft Unklarheiten, falls die Identität der Geschädigten zum Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses noch nicht feststeht.²⁷⁸ Die Aufsichtsbehörde sieht jedoch davon ab, den Abschluss der Untersuchung aus diesem Grund aufzuschieben.²⁷⁹ Sie erlässt stattdessen eine Endverfügung und verfügt die Einziehung zugunsten des Bundes. Dabei sieht die FINMA in ihrem Entscheid explizit die Möglichkeit vor, den Betrag nachträglich zugunsten der Geschädigten zu korrigieren. Sobald die Verfügung rechtskräftig ist, gestattet die Behörde auf Antrag eine Herabsetzung der Summe, falls liquide und belegte Ansprüche vorliegen. Falls die Einziehungssumme noch nicht geleistet wurde, weil eine Beschwerde erhoben worden ist, können Zahlungen an Geschädigte als Noven im laufenden Verfahren vorgebracht werden, worauf die Rechtsmittelinstanz die Einziehungssumme korrigiert.²⁸⁰ Sofern der unrechtmässige Vorteil bereits an den Staat abgeführt worden ist, entsteht für den Einziehungsbetroffenen eine Forderung auf Rückerstattung.²⁸¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat klargestellt, dass die FINMA nicht ausschliesslich auf den Verfügungszeitpunkt abstellen darf. Auch nachträglich bekannt gewordene Schadenersatzansprüche seien zu berücksichtigen, was die FINMA veranlasste, ihre bisherige restriktivere Praxis anzupassen.²⁸²

3.5.3 Verhältnis zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

Art. 35 Abs. 5 FINMAG regelt das Verhältnis zur strafrechtlichen Einziehung nach Art. 70 ff. StGB. Da ein und dasselbe Verhalten gleichzeitig aufsichtsrechtswidrig und strafrechtlich relevant sein kann, etwa bei Insiderhandel oder Kursmanipulation, hat der Gesetzgeber einen Vorrang zugunsten der strafrechtlichen Einziehung statuiert.²⁸³ In der Praxis dürften sich beide Einziehungen jedoch selten direkt konkurrenzieren, da das Aufsichtsverfahren regelmässig rascher abgeschlossen wird als das

²⁷⁷ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 35; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 401.

²⁷⁸ JUTZI/FAHRNI, S. 55; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 403.

²⁷⁹ KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 403.

²⁸⁰ BVGer Urteil B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019 E. 5.1 f.; JUTZI/FAHRNI, S. 55; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 403.

²⁸¹ JUTZI/FAHRNI, S. 55.

²⁸² BVGer Urteil B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019 E. 5; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 403 Fn. 1670.

²⁸³ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 31; JUTZI/FAHRNI, S. 53; SIDLER, S. 31.

Strafverfahren.²⁸⁴ Für die verbleibenden Konkurrenzsituationen sind in der Lehre verschiedene Lösungsansätze entwickelt worden²⁸⁵, welche für die vorliegende Fragestellung jedoch offenbleiben können, da sie nicht die im Zentrum stehende dogmatische Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG, sondern die nachgelagerte Koordination mit der strafrechtlichen Vermögenseinziehung betreffen.

Für die dogmatische Analyse der Einziehung nach Art. 35 FINMAG bedeutsamer ist der strukturelle Unterschied im anwendbaren Berechnungsprinzip. Während Art. 35 FINMAG stets nach dem Nettoprinzip vorgeht²⁸⁶, kann die strafrechtliche Rechtsprechung bei sogenannten «schlechthin» verbotenen Transaktionen vom Bruttoprinzip ausgehen und den Abzug von Aufwendungen verweigern.²⁸⁷ Käme es in einer Konkurrenzsituation zu einer kumulativen Anwendung beider Regime ohne Anrechnung, würde das Institut faktisch doppelt belastet, einmal aufsichtsrechtlich nach dem Nettoprinzip und einmal strafrechtlich nach dem Bruttoprinzip. Diese Konstellation würde dem Verbot der Doppelabschöpfung und dem restitutorischen Charakter von Art. 35 FINMAG widersprechen.²⁸⁸

3.6 Art. 6 EMRK als normativer Rahmen der Gewinnermittlung

Die vorangehende Analyse hat gezeigt, dass eine methodisch fehlerhafte Gewinnermittlung den Betroffenen schlechter stellen kann, als wenn er die Verletzung nie begangen hätte. Eine solche Überabschöpfung berührt nicht nur die dogmatische Einordnung der Massnahme, sondern hat unmittelbare verfahrensrechtliche Konsequenzen.²⁸⁹ Führt die Gewinnermittlung dazu, dass dem Einziehungssubjekt mehr als der tatsächlich erlangte unrechtmässige Vorteil entzogen wird, erhöht sich das Risiko, dass die Massnahme ihre rein restitutorische Funktion verliert und nach den Engel-Kriterien zumindest in die Nähe einer strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK rückt.²⁹⁰ Das folgende Kapitel untersucht deshalb zunächst den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK und die massgebenden Engel-Kriterien, bevor

²⁸⁴ JUTZI/FAHRNI, S. 53; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 403.

²⁸⁵ Vgl. BECK, Rn. 471; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 32; JUTZI/FAHRNI, S. 53 f.; SIDLER, S. 31.

²⁸⁶ Siehe Kapitel 3.2.3.

²⁸⁷ BGer Urteil 6B_676/2022 vom 27. Dezember 2022 E. 3.3.2; HK StGB-WOHLERS, Art. 70 N 20 ff.

²⁸⁸ Vgl. BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 21 und 31 f.; JUTZI/FAHRNI, S. 53 f.; HK StGB-WOHLERS, Art. 70 N 20 f.

²⁸⁹ JUTZI/FAHRNI, S. 40; NIGGLI/MAEDER, Rn. 1 und 26; SMOKVINA, S. 122.

²⁹⁰ SMOKVINA, S. 144.

die konkreten verfahrensrechtlichen Garantien, welche im Spannungsverhältnis zu den Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG stehen, beleuchtet werden.

Letztlich dürfte die formale Frage, ob Art. 35 FINMAG für sich allein unter Art. 6 EMRK fällt, in der Praxis von untergeordneter Bedeutung sein. Da eine schwere Aufsichtsrechtsverletzung regelmässig weitere Massnahmen wie bspw. das Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) nach sich zieht, die nach Ansicht eines Teils der Lehre als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK zu qualifizieren sind²⁹¹, müsste das Einziehungsverfahren nach dieser Auffassung dennoch den konventionsrechtlichen Garantien genügen, soweit solche Sanktionen im konkreten Fall in Frage kämen.²⁹²

3.6.1 Anwendungsbereich und Engel-Kriterien

Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren bei der Beurteilung strafrechtlicher Anklagen.²⁹³ Da dieser Begriff autonom im Sinne der Konvention auszulegen ist, hat der EGMR drei Kriterien, die sog. «Engel-Kriterien»²⁹⁴ entwickelt, anhand derer eine Massnahme unabhängig von ihrer nationalen Einordnung als strafrechtlich qualifiziert werden kann.²⁹⁵ Massgebend sind erstens die nationale Einordnung sowie zweitens die Natur der Verfehlung und drittens die Schwere der Sanktion.²⁹⁶ Die Engel-Kriterien sind gemäss der ständigen Praxis primär als alternativ zu verstehen, da bereits die Erfüllung einer einzigen Voraussetzung genügt, um den Schutzbereich von Art. 6 EMRK zu eröffnen.²⁹⁷ Ein kumulativer Ansatz im Sinne einer Gesamtwürdigung kommt jedoch dann ergänzend in Betracht, falls die isolierte Untersuchung der Faktoren kein eindeutiges Ergebnis liefert.²⁹⁸

Wie bereits in Kapitel 2.1 aufgezeigt, ist Art. 35 FINMAG systematisch im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente verankert, was die Einordnung als rein

²⁹¹ BECK, Rn. 478; NIGGLI/MAEDER, Rn. 52; SMOKVINA, S. 136; BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N 21b; a.M. BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff.

²⁹² NIGGLI/MAEDER, Rn. 75 und 79; SMOKVINA, S. 144.

²⁹³ Art. 6 Ziff. 1 EMRK; BVGer Urteil B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 3.3; SHK CEDH-BIGLER-DE MOOIJ, Art. 6 N 41.

²⁹⁴ EGMR, Urteil Engel u.a. gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22, § 82; MÜLLER/HAAß/STAUBER, S. 392; NIGGLI/MAEDER, Rn. 5 f.; SMOKVINA, S. 54 ff.

²⁹⁵ SHK CEDH-BIGLER-DE MOOIJ, Art. 6 N 3 und 10; NIGGLI/MAEDER, Rn. 5 f.; SMOKVINA, S. 54.

²⁹⁶ BGE 147 I 57 E. 5.2; SHK CEDH-BIGLER-DE MOOIJ, Art. 6 N 10; NIGGLI/MAEDER, Rn. 6; SMOKVINA, S. 54 f. und 122.

²⁹⁷ SHK CEDH-BIGLER-DE MOOIJ, Art. 6 N 11; MÜLLER/HAAß/STAUBER, S. 392; NIGGLI/MAEDER, Rn. 7; SMOKVINA, S. 54.

²⁹⁸ SHK CEDH-BIGLER-DE MOOIJ, Art. 6 N 11; NIGGLI/MAEDER, Rn. 7; SMOKVINA, S. 57.

administrative Massnahme formell stützt. Die gerichtliche Praxis sowie massgebliche Stimmen in der Literatur halten fest, dass die Einziehung aufgrund ihrer nationalen Zuordnung das erste Engel-Kriterium nicht erfüllt.²⁹⁹ Auch das zweite Kriterium ist grundsätzlich nicht erfüllt, da der Zweck primär in der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands liegt.³⁰⁰ Entscheidend bleibt das dritte Kriterium, das auf die Schwere der Sanktion abstellt.³⁰¹ Solange dem Betroffenen lediglich der unrechtmässige Vorteil entzogen wird, liegt grundsätzlich keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vor.³⁰² Die Höhe des Einziehungsbetrags ist dabei nicht massgebend.³⁰³ Die herrschende Lehre und das Bundesgericht kommen zum Schluss, dass Art. 35 FINMAG grundsätzlich nicht unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK fällt.³⁰⁴ Dieser Befund steht jedoch nach hier vertretener Auffassung unter dem Vorbehalt, den die vorangehende Analyse der Gewinnermittlung aufgezeigt hat. Eine zu restriktive Berechnungsmethode kann der Massnahme faktisch pönalen Charakter verleihen, wodurch sie die Schwelle zur strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK überschreiten kann.³⁰⁵

3.6.2 Verfahrensrechtliche Garantien und Grenzen der Mitwirkungspflichten

Soweit Art. 6 EMRK auf das Einziehungsverfahren anwendbar ist, sei es aufgrund der konkreten Berechnungsmethode, sei es, weil weitere strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Massnahmen im konkreten Fall in Frage kommen, ergeben sich weitreichende verfahrensrechtliche Konsequenzen. Das Enforcementverfahren vor der FINMA müsste in diesem Fall sämtlichen strafprozessualen Garantien genügen.³⁰⁶ Dazu gehören namentlich das Selbstbelastungsverbot (*nemo tenetur*), welches das Recht gewährt, jegliche Kooperation zu verweigern sowie weder einer Aussage- noch einer Wahrheitspflicht zu unterstehen, und die Unschuldsvermutung, die als Beweiswürdigungsregel eine negative Würdigung verweigerter Mitwirkung untersagt.³⁰⁷ Ein besonderes Spannungsverhältnis ergibt sich im Verhältnis zu den

²⁹⁹ BGer Urteil 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2; BECK, Rn. 472 f.; NIGGLI/MAEDER, Rn. 6; SIDLER, S. 38.

³⁰⁰ BVGer Urteil B-5507/2024 vom 17. Februar 2024 E. 5.1; BECK, Rn. 474; SIDLER, S. 38.

³⁰¹ NIGGLI/MAEDER, Rn. 6.

³⁰² BECK, Rn. 476.

³⁰³ BVGer Urteil B-5507/2024 vom 17. Februar 2024 E. 5.1.

³⁰⁴ BGer Urteil 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.4; BECK, Rn. 477; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 7; JUTZI/FAHRNI, S. 40 f.; KUHN, Finanzmarktenforcement, S. 391; SIDLER, S. 38.

³⁰⁵ NIGGLI/MAEDER, Rn. 72; SMOKVINA, S. 143 f.; vgl. Kapitel 2.2 und 3.3.

³⁰⁶ JUTZI/FAHRNI, S. 40; MEYER, Rn. 841; NIGGLI/MAEDER, Rn. 79; SMOKVINA, S. 147.

³⁰⁷ BGE 147 I 57 E. 5.1; MÜLLER/HAAS/STAUBER, S. 392; NIGGLI/MAEDER, Rn. 93; SMOKVINA, S. 68; BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N 20 und 24.

Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG³⁰⁸, welche Beaufsichtigte zur umfassenden Auskunft und Herausgabe von Unterlagen im Enforcementverfahren verpflichten.³⁰⁹ Diese Kollision versetzt die Betroffenen in ein Dilemma, weil sie im Aufsichtsverfahren einerseits durch proaktive Mitwirkung eine Eskalation vermeiden möchten, jedoch gleichzeitig riskieren, dass ihre unter administrativem Zwang erlangten Aussagen via Amtshilfe gemäss Art. 38 FINMAG in ein paralleles oder nachgelagertes Strafverfahren einfließen.³¹⁰

Unabhängig von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 6 EMRK auf das Einziehungsverfahren anwendbar ist, bleibt die korrekte Ausgestaltung der Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG eine eigenständige Anforderung aus dem restitutorischen Charakter der Massnahme und dem Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV. Eine methodisch konsistente Gewinnermittlung ist deshalb nicht Mittel zur Vermeidung von Verfahrensgarantien, sondern vorgelagerte normative Pflicht.³¹¹

4. Leitlinien zur Bestimmung des Einziehungsobjekts und der Gewinnermittlung

Die vorangehende Analyse hat gezeigt, dass die geltende Praxis zur Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG an mehreren Punkten methodische Unklarheiten aufweist, welche die Gefahr einer unzulässigen Überabschöpfung begründen.³¹² Eine methodisch konsistente Gewinnermittlung dient nicht nur der Aufsichtseffizienz, sondern vor allem der rechtsstaatlichen Begrenzung der Einziehung auf den tatsächlich unrechtmässig erlangten Vorteil. Die FINMA hat ein genuines Eigeninteresse daran, dass die Einziehung ihren administrativen Charakter wahrt, da nur unter dieser Voraussetzung die weitreichenden Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG ohne die Blockade durch das Selbstbelastungsverbot zur Anwendung gelangen.³¹³

Die nachfolgenden Leitlinien verstehen sich nicht als vollständiges Prüfschema für sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 35 FINMAG. Sie setzen vielmehr voraus, dass eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und ein

³⁰⁸ GIEZENDANNER, S. 60; NIGGLI/MAEDER, Rn. 94.

³⁰⁹ Art. 29 Abs. 1 FINMAG; BLOCH/BÜHLER, S. 126.

³¹⁰ MRÁZ/WEBER, S. 337; zur Entwicklung der Hinweispflicht der FINMA auf das Aussageverweigerungsrecht siehe BGer Urteil 7B_45/2022 vom 21. Juli 2025 E. 2.4; BLOCH/BÜHLER, S. 129; SCHAUB, S. 563 ff.

³¹¹ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; NIGGLI/MAEDER, Rn. 72; siehe Kapitel 2.2 und 3.3.

³¹² Vgl. Kapitel 3.2.4 und 3.3.3.

³¹³ Vgl. Kapitel 3.6.2.

daraus resultierender Vermögensvorteil dem Grundsatz nach feststehen. Ihr Zweck liegt darin, diejenigen Punkte zu konkretisieren, bei denen die Gefahr einer Überabschöpfung besteht.

4.1 Kriterien zur Bestimmung des Einziehungsobjekts

Die nachfolgenden Grundsätze konkretisieren die massgeblichen Kriterien zur Bestimmung des Einziehungsobjekts. Es ist zunächst zu klären, ob der Vorteil in einem erzielten Gewinn oder in einem vermiedenen Verlust besteht. Diese Unterscheidung ist nicht bloss terminologischer Natur, sondern beeinflusst die Berechnungsmethode. Bei einem erzielten Gewinn ist zu bestimmen, welcher Vermögenszufluss oder welche Aktivenerhöhung durch die rechtswidrige Tätigkeit bewirkt wurde. Bei einem vermiedenen Verlust ist demgegenüber zu prüfen, welche Aufwendungen, Passiven oder sonstigen wirtschaftlichen Nachteile das Einziehungsobjekt aufgrund der Aufsichtsrechtsverletzung nicht tragen musste. In beiden Fällen bleibt das Einziehungsobjekt kein konkreter Gegenstand, sondern ein abstrakter Geldwert, der den unrechtmässigen Vorteil abbildet.³¹⁴ Sodann ist der Kausalzusammenhang zwischen der schweren Aufsichtsrechtsverletzung und dem geltend gemachten Vorteil methodisch sauber herauszuarbeiten. Ein bloss zeitlicher Zusammenhang zwischen Fehlverhalten und Vermögenszuwachs genügt hierfür nicht. Bei komplexen Sachverhalten ist zu unterscheiden, welcher Teil des Ergebnisses auf rechtmässige Marktleistung oder externe Faktoren zurückzuführen ist und welcher Teil spezifisch aus der Aufsichtsrechtsverletzung stammt. Nur Letzterer bildet das Einziehungsobjekt.³¹⁵ Weiter ist das Einziehungsobjekt durch den Vergleich zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und jenem hypothetischen Stand zu konkretisieren, den das Vermögen ohne die schwere Aufsichtsrechtsverletzung aufgewiesen hätte. Jede spätere Berechnung des Nettogewinns, jeder Kostenabzug und jede Schätzung muss an diese vorgängige Eingrenzung gebunden bleiben. Nur so bleibt die Einziehung methodisch auf den Ausgleich des unrechtmässigen Vorteils beschränkt und wahrt ihren restitutorischen Charakter.³¹⁶

³¹⁴ Vgl. Kapitel 3.1.2.

³¹⁵ Vgl. Kapitel 3.1.4.

³¹⁶ Vgl. Kapitel 3.1.3 und 3.2.3.

4.2 Leitlinien zum Kostenabzug und Alternativverhalten

Der zweite Schritt der Gewinnermittlung betrifft die Frage, welche Aufwendungen vom Bruttoerlös in Abzug gebracht werden können und ob darüber hinaus ein rechtmässiges Alternativverhalten bei der Bestimmung des hypothetischen Vergleichszustands zu berücksichtigen ist.³¹⁷ Ausgangspunkt bleibt die restriktive bundesgerichtliche Linie.³¹⁸ Abzugsfähig sind grundsätzlich nur solche Aufwendungen, die zur Erzielung des aufsichtswidrigen Ertrags erforderlich waren und in einem hinreichend engen Zusammenhang mit der Aufsichtsrechtsverletzung stehen.³¹⁹ Die vorangehende Analyse hat jedoch gezeigt, dass die bundesgerichtliche Praxis zu Fix- und Gemeinkosten methodische Spannungen aufweist, die in bestimmten Konstellationen zur Gefahr einer Überabschöpfung führen können.³²⁰

Nach hier vertretener Auffassung darf der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens dem Einziehungssubjekt in engen Grenzen nicht verschlossen bleiben.³²¹ Kann das Institut konkret und belegbar nachweisen, dass es bei regelkonformer Bewirtschaftung derselben Ressourcen einen bestimmten rechtmässigen Ertrag erzielt hätte, ist dieser Umstand bei der Bestimmung des einziehbaren Vorteils zu berücksichtigen. Der Abzug von Fix- und Gemeinkosten ist in diesem Zusammenhang nicht als schematische Kostenkorrektur zu verstehen, sondern kommt nur insoweit in Betracht, als er den hypothetischen Vergleichszustand abbildet, der bei rechtmässiger Verwendung derselben Ressourcen bestanden hätte. Lässt sich dieser hypothetische Ertrag nicht zuverlässig beziffern, ist aber hinreichend belegt, dass die eingesetzten Ressourcen bei rechtskonformem Verhalten nicht brachgelegen, sondern rechtmässig und ertragswirksam verwendet worden wären, könnte im Rahmen einer Näherungslösung der anteilmässige Abzug jener Fixkosten in Betracht kommen, die bei rechtmässiger Tätigkeit durch den entsprechenden Alternativvertrag gedeckt gewesen wären.³²²

³¹⁷ Vgl. Kapitel 3.2.4 und 3.3.3.

³¹⁸ Vgl. Kapitel 3.3.2 und 3.3.3.

³¹⁹ BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4 und 3.2.

³²⁰ Vgl. Kapitel 3.3.

³²¹ JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 495 f.

³²² ZUUR/FORRER, S. 497; vgl. Kapitel 3.4.2.

Dieser Ansatz trägt zugleich dem Wertungsgesichtspunkt der Gleichbehandlung zwischen Finanzinstituten Rechnung. Eine Praxis, die Instituten mit vorbestehender Infrastruktur den Fixkostenabzug kategorisch verweigert, während Institute mit spezifisch für die Verletzung aufgebauter Infrastruktur entsprechende Kosten abziehen können, würde zu Wertungswidersprüchen führen und den Fairnessgedanken von Art. 35 FINMAG beeinträchtigen.³²³

Die in dieser Untersuchung entwickelte Leitlinie lässt sich damit wie folgt zusammenfassen. Weder eine generelle Zulassung noch eine kategorische Ablehnung von Abzügen wird dem Zweck von Art. 35 FINMAG gerecht.³²⁴ Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die Einziehung das Institut schlechter stellt, als wenn es sich von Beginn an rechtskonform verhalten hätte. Massgebend ist dabei nach hier vertretener Auffassung nicht bloss der Zustand ohne die Verletzung, sondern der Zustand ohne die Verletzung und mit rechtmässigem Verhalten, also ein Institut, das seine Ressourcen aktiv und ertragswirksam eingesetzt hätte. Dadurch bleibt die Einziehung materiell im Bereich der Restitution verankert, ohne den Grundsatz preiszugeben, dass sich Unrecht nicht lohnen darf.³²⁵

4.3 Leitlinien zur Schätzung und Begründung

Die Schätzungsbefugnis nach Art. 35 Abs. 3 FINMAG ist dogmatisch weniger umstritten als die Abzugsfähigkeit von Fix- und Gemeinkosten. Für die praktische Umsetzung der Gewinnermittlung bleibt sie jedoch zentral, weil sie die zuvor entwickelten materiellen Leitlinien verfahrensmässig absichert. Die nachfolgenden Leitlinien fassen deshalb die in Kapitel 3.4 hergeleiteten Anforderungen an Substantiierung, Transparenz und Begründung zusammen. Damit eine Schätzung nicht zu pauschalen oder spekulativen Ergebnissen führt, muss sie durch erhöhte Darlegungsanforderungen, transparente Schätzungsgrundlagen und eine nachvollziehbare Begründung abgesichert werden. Die Behörde darf deshalb nicht einfach einen plausibel erscheinenden Betrag festsetzen, sondern muss offenlegen, welche tatsächlichen Annahmen, Vergleichswerte und Berechnungsschritte der Schätzung zugrunde liegen. Je grösser die Unsicherheit der Berechnung ist, desto höher sind die Anforderungen an die Transparenz der Methode und an die Begründung

³²³ JUTZI/FAHRNI, S. 50; vgl. Kapitel 3.3.3.

³²⁴ JUTZI/FAHRNI, S. 51; vgl. Kapitel 3.3.3.

³²⁵ Vgl. Kapitel 2.2, 3.1.3, 3.2.4 und 3.3.3.

der Verfügung.³²⁶ Die FINMA hat Bestand und Umfang des unrechtmässigen Vorteils festzustellen und nachvollziehbar zu begründen, während das Einziehungssubjekt abzugsfähige Kosten und eine rechtmässige Alternativverwendung der Ressourcen substantiiert darzulegen hat. Eine bloss abstrakte Möglichkeit rechtmässiger Alternativgeschäfte genügt nicht.³²⁷ Als konkrete Anhaltspunkte kommen insbesondere frühere Umsätze oder Geschäftsvolumen, Auslastungsdaten, interne Kalkulationen oder Controllingunterlagen, Marktvergleiche, Marktanteile, Entwicklungsperspektiven, Substitutionsmöglichkeiten, bestehende Kundenbeziehungen sowie Angaben zu Aufwand und Ertrag in Betracht, aus denen sich eine ertragswirksame rechtmässige Verwendung der Ressourcen plausibel ableiten lässt.³²⁸ Die FINMA hat in der Verfügung klar zwischen gesicherten Berechnungselementen, geschätzten Positionen und nicht berücksichtigten Einwänden zu unterscheiden. Nur wenn erkennbar bleibt, weshalb ein bestimmter Betrag als unrechtmässiger Vorteil qualifiziert wird, kann das Einziehungssubjekt die Berechnung wirksam überprüfen und gegebenenfalls anfechten. Daraus ergibt sich, dass jede Schätzung transparent, nachvollziehbar und auf den restitutorischen Zweck der Einziehung ausgerichtet sein muss.³²⁹

4.4 Einordnung gegenüber Rechtsprechung und Lehre

In weiten Teilen knüpfen die Leitlinien an die bundesgerichtliche Praxis an, namentlich an das Nettoprinzip, die Begrenzung der Einziehung auf den tatsächlich erlangten unrechtmässigen Vorteil, die subsidiäre Funktion der Schätzung sowie die Anforderungen an eine nachvollziehbare Begründung. Insoweit verstehen sich die Leitlinien nicht als Bruch mit der geltenden Rechtsprechung. Soweit sie an gefestigte Grundsätze anknüpfen, konkretisieren sie diese für die Praxis. Diese Grundsätze entsprechen zugleich jenen Elementen von Art. 423 OR, die mit dem restitutorischen Charakter von Art. 35 FINMAG vereinbar sind, namentlich das Nettoprinzip samt der Abzugsfähigkeit direkt zurechenbarer variabler Kosten.³³⁰

Soweit die Leitlinien über die Rechtsprechung und Praxis hinausgehen, namentlich bei der Ausgestaltung des Vergleichsszenarios und der grundsätzlichen Offenheit für den

³²⁶ Vgl. Kapitel 3.4.2.

³²⁷ Vgl. Kapitel 3.4.2.

³²⁸ Vgl. SPITZ, entgangener Gewinn, S. 798 f.

³²⁹ Vgl. Kapitel 3.4.2.

³³⁰ Siehe Kapitel 3.2.2 und 3.2.3.

Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens, stellen sie eine normative Weiterentwicklung dar, die sich aus dem restitutorischen Charakter von Art. 35 FINMAG herleiten lässt. Diese Weiterentwicklung ist zugleich Konsequenz dessen, was von Art. 423 OR nicht übernommen werden kann, namentlich die pönale Vollabschöpfungslogik, die keine Rücksicht auf ein rechtmässiges Alternativverhalten nimmt und einen individuellen Verletzten voraussetzt, der im Aufsichtsrecht strukturell fehlt, sowie die Zinspflicht auf den herauszugebenden Gewinn, die mangels eines individuellen Geschäftsherrn ebenfalls ausscheidet.³³¹

Damit nehmen die Leitlinien eine vermittelnde Position ein. Sie übernehmen die restriktive Grundhaltung des Bundesgerichts, wonach der pauschale Abzug von Fix- und Gemeinkosten unzulässig ist.³³² Darüber hinaus folgen die Leitlinien der in der Lehre vertretenen Auffassung, dass dem Einziehungssubjekt der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens in engen Grenzen offenstehen muss.³³³ Andernfalls würde der Zweck von Art. 35 FINMAG verfehlt, denn eine Einziehung, die das Einziehungssubjekt schlechter stellt als rechtmässiges Verhalten es getan hätte, stellt keine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands dar, sondern eine unzulässige Überabschöpfung.³³⁴ Dies wird jedoch nicht in eine generelle Abzugsfähigkeit von Fix- und Gemeinkosten überführt, sondern durch die Anforderungen an konkrete Plausibilisierung, Substantiierung und transparente Begründung begrenzt.³³⁵

5. Fazit

Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG verfolgt gleichzeitig zwei Ziele, die in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander stehen: die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen einerseits sowie den Grundsatz, dass sich Unrecht nicht lohnen darf, andererseits. Ersteres verlangt, dass das Institut nach der Einziehung nicht schlechter dasteht als bei rechtmässigem Verhalten, Letzteres drängt tendenziell zu einer vollständigen Abschöpfung des durch die Verletzung erlangten Mehrvorteils. Beide Ziele sind legitim, aber ihre gleichzeitige Verfolgung erzeugt methodische Spannungsfelder, die

³³¹ Siehe Kapitel 3.2.2; vgl. SIDLER, S. 33; ZUUR/FORRER, S. 494.

³³² Vgl. Kapitel 3.3.2.

³³³ JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 496 f.; siehe Kapitel 3.2.2, 3.2.4, 3.3.3 und 4.2.

³³⁴ Siehe Kapitel 2.2 und Kapitel 3.2.2; vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 496 f.

³³⁵ Vgl. Kapitel 4.3.

weder Rechtsprechung noch Lehre bislang abschliessend aufgelöst haben. Dieses Spannungsverhältnis tritt besonders deutlich bei der Frage hervor, ob Fix- und Gemeinkosten abzugsfähig sind und ob ein rechtmässiges Alternativverhalten bei der Bestimmung des hypothetischen Vergleichszustands berücksichtigt werden darf. Gerade hier entscheidet sich, ob die Einziehung ihren restitutorischen Charakter wahrt oder in eine pönal wirkende Überabschöpfung umschlägt.³³⁶

5.1 Zusammenfassung und Beantwortung der Forschungsfragen

Die vorliegende Untersuchung hatte sich zum Ziel gesetzt zu klären, ob sich methodische Leitlinien für eine rechtsstaatlich abgesicherte Gewinnermittlung ableiten lassen und ob zugleich strukturelle Unklarheiten verbleiben, die sich de lege lata nicht vollständig auflösen lassen. Beide Fragen sind differenziert zu beantworten. Die bereits bestehenden dogmatischen Ansätze ermöglichen eine konsistente Lösung für die Grundfragen – namentlich die Anwendung des Nettoprinzip, die Bestimmung des Einziehungsobjekts anhand des Vermögensvergleichs sowie die subsidiäre Funktion der Schätzungsbefugnis. Bei zentralen Fragen wie der Behandlung von Fix- und Gemeinkosten und dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens hat sich das Bundesgericht jedoch nicht abschliessend und widerspruchsfrei geäussert³³⁷, weshalb die Leitlinien an diesen Punkten notwendigerweise auf einer teleologischen Auslegung und nicht auf gefestigter Rechtsprechung beruhen. Angesichts der Komplexität der tatsächlichen Verhältnisse und der Vielfalt denkbarer Konstellationen können die Leitlinien zudem keinen abschliessenden Charakter beanspruchen. Die Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG bleibt stets eine Einzelfallbeurteilung, die nach hier vertretener Auffassung konsequent am restitutorischen Zweck von Art. 35 FINMAG ausgerichtet werden muss.³³⁸

Danach liegt die sachgerechte Lösung weder in einem pauschalen Abzug anteiliger Fixkosten noch in deren ausnahmslosem Ausschluss. Massgebend ist vielmehr, ob die Einziehung den durch die Aufsichtsrechtsverletzung erlangten Mehrvorteil neutralisiert oder darüber hinausgeht.³³⁹ Fix- und Gemeinkosten sind deshalb nicht schon deshalb zu berücksichtigen, weil sie rechnerisch einem bestimmten Geschäft

³³⁶ Vgl. Kapitel 2.2, 3.1.3, 3.2.4, 3.3.3 und 4.2; Botschaft FINMAG, S. 2883; JUTZI/FAHRNI, S. 50.

³³⁷ Vgl. Kapitel 3.2.4, 3.3.2 und 3.3.3.

³³⁸ Vgl. Kapitel 3.3.2, 3.3.3 und 3.6.1.

³³⁹ Vgl. vorne Kapitel 3.1.3, 3.3.3 und 4.2; JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 496 f.

zugeordnet werden können.³⁴⁰ Ebenso wenig darf aber ohne Weiteres unterstellt werden, dass die betroffenen Ressourcen bei rechtmässigem Verhalten ungenutzt geblieben wären. Kann das Einziehungssubjekt konkret plausibilisieren, dass dieselben Ressourcen bei rechtskonformem Verhalten ertragswirksam eingesetzt worden wären, ist dies bei der Bestimmung des hypothetischen Vergleichszustands zu berücksichtigen.³⁴¹ Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens ist damit nicht als Freipass für anteilige Fixkostenabzüge zu verstehen, sondern als Korrektiv innerhalb der Differenzhypothese.³⁴²

5.2 Ausblick und legislativer Präzisierungsbedarf

Die aufgezeigten Spannungsfelder lassen sich de lege lata nicht vollständig auflösen. Da der Gesetzgeber bewusst auf detaillierte Berechnungsregeln verzichtet hat, wurde die Konkretisierung der Praxis und Rechtsprechung überlassen, die jedoch insbesondere zur Abzugsfähigkeit von Fix- und Gemeinkosten und zur Zulässigkeit des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens keine abschliessend klare Linie entwickelt hat.³⁴³ Es besteht daher ein Präzisierungsbedarf, der vorrangig durch eine rechtsprechungsmässige Konkretisierung erfüllt werden könnte. Sollte eine solche Klärung ausbleiben oder weiterhin erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen, wäre eine gesetzliche Klarstellung auf Grundsatzebene zu prüfen.

Hinzu kommt, dass die aktuelle Diskussion um eine Bussenkompetenz der FINMA eine neue Dimension in die Debatte gebracht hat. Seit dem Zusammenbruch der Credit Suisse wird eine ergänzende Bussenkompetenz der FINMA gegenüber beaufsichtigten Finanzinstituten diskutiert.³⁴⁴ Für die dogmatische Einordnung der Einziehung nach Art. 35 FINMAG wäre die Einführung einer Bussenkompetenz dennoch von erheblicher Bedeutung. Könnte die abschreckende Wirkung künftig durch die Busse übernommen werden, liesse sich die Einziehung konsequenter restitutorisch ausgestalten. Der Grundsatz, dass sich Unrecht nicht lohnen darf, würde durch die Busse verwirklicht, während die Einziehung ausschliesslich der Wiederherstellung des

³⁴⁰ Zum restriktiven Ausgangspunkt BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 3.2; vgl. ZUUR/FORRER, S. 499.

³⁴¹ Vgl. Kapitel 3.2.4 und 4.2; JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 496 f.

³⁴² Vgl. Kapitel 3.1.3, 3.2.4 und 4.2.

³⁴³ Vgl. Kapitel 3.2.4, 3.3.3 und 4.2; BGer Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.4 und 3.2; JUTZI/FAHRNI, S. 49 ff.; ZUUR/FORRER, S. 495 ff.

³⁴⁴ FINMA, Informationsblatt Bussen, S. 2; WEBER, Rn. 2.

ordnungsgemässen Zustands dienen würde.³⁴⁵ Ein Teil der Lehre warnt jedoch davor, dass Verwaltungsbussen als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK qualifiziert werden könnten, was neue verfahrensrechtliche Herausforderungen erzeugen und die Enforcementverfahren der FINMA verlängern und ressourcenintensiver gestalten würde.³⁴⁶ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Fragen sprengt den Rahmen der vorliegenden Untersuchung, verdient jedoch in der künftigen Forschung eingehende Betrachtung. Sollte eine Bussenkompetenz eingeführt werden, bleibt abzuwarten, ob sie die in dieser Arbeit aufgezeigte Spannung zwischen dem restitutorischen Charakter der Einziehung und dem Grundsatz, dass sich Unrecht nicht lohnen darf, strukturell zu entschärfen vermag.

Unabhängig davon gilt für die Gewinnermittlung nach Art. 35 FINMAG, dass sie methodisch zwingend an ein hypothetisches Vergleichsszenario anknüpft, das in der Praxis kaum je vollständig rekonstruiert werden kann. Es handelt sich methodisch stets um die Rekonstruktion eines fiktiven Geschehensablaufs³⁴⁷, weshalb die Gewinnermittlung, sofern sie nicht präzise genug erfolgt, droht, in zwei entgegengesetzte Richtungen zu kippen. Eine zu grosszügige Handhabung der Abzüge führt zu einem Under-Enforcement, bei dem sich das Unrecht schlussendlich doch lohnt und Wettbewerbsverzerrungen bestehen bleiben. Eine zu restriktive Handhabung hingegen verleiht der Massnahme einen pönalen Charakter, wodurch sie ihren administrativen Rahmen verlässt und sich einer Qualifikation als strafrechtliche Anklage mit entsprechenden Verfahrensgarantien nähert.³⁴⁸ Vor diesem Hintergrund kann die FINMA im Rahmen der Differenzhypothese keine mathematisch exakte Rekonstruktion des hypothetischen Vermögenszustands leisten. Möglich ist eine nachvollziehbare und begründete Annäherung an den wirtschaftlichen Vorteil, der durch die schwere Aufsichtsrechtsverletzung erlangt wurde. Das Ziel der Einziehung kann daher nicht die absolute mathematische Korrektheit sein, sondern eine rechtsstaatlich kontrollierbare Annäherung an denjenigen Vermögenszustand, der bei rechtmässigem Verhalten bestanden hätte, ohne dabei die Grenze zur verbotenen Strafe zu überschreiten.³⁴⁹

³⁴⁵ Vgl. JUTZI/FAHRNI, S. 56; vgl. Kapitel 2.2.

³⁴⁶ WEBER, Rn. 28; WYSS, S. 153 f.; ZULAUF, Rn. 38 ff.

³⁴⁷ Vgl. Kapitel 3.1.3, 3.2.4 und 4.3; JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.; ZUUR/FORRER, S. 496 f.

³⁴⁸ Vgl. Kapitel 2.2, 3.3.3, 3.6 und 4.2; JUTZI/FAHRNI, S. 50 f.

³⁴⁹ Vgl. Kapitel 3.1.3, 3.4 und 4.2.

Selbstständigkeitserklärung

„Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist. Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbstständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.“³⁵⁰

Bern, den 29. Mai 2026



Anna Im Obersteg

³⁵⁰ Art. 42 Abs. 2 des Reglements über das Bachelor- und Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (Studienreglement RW [RSL RW]) vom 21. Juni 2007, mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und vom 22. Mai 2014.