

# **BVGer A-7515/2015 vom 4. Januar 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-01-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-7515\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7515_2015)

FR: TAF A-7515/2015 du 4 janvier 2017

IT: TAF A-7515/2015 del 4 gennaio 2017

## **Regeste**

Staatshaftung (Bund)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat. Bei der FINMA handelt es sich um eine Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. e VGG (vgl. Art. 4 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]; Urteile des BVGer A-3495/2016 vom 9. November 2016 E. 2 und A-893/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1). Sodann ist der strittige Entscheid in Anwendung von Art. 19 Abs. 3 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 (VG, SR 170.32) ergangen und stellt als solcher eine beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung dar (Art. 2 Abs. 3 der Verordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz vom 30. Dezember 1958 [SR 170.321] und Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Schliesslich liegt auch keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vor. Demzufolge ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerden zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind durch den angefochtenen Entscheid, mit dem ihre Begehren um Schadenersatz abgewiesen worden sind, beschwert. Sie sind deshalb zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG).

### **E. 3**

Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht gilt der Untersuchungsgrundsatz; das Gericht stellt den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest (vgl. Art. 12 VwVG). Die Parteien tragen, anders als im Zivilprozess, keine Beweisführungslast. Sie haben an der Feststellung des Sachverhalts aber mitzuwirken, wenn sie - wie vorliegend - ein Verfahren durch ein Begehren einleiten (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG). Der Untersuchungsgrundsatz ändert zudem nichts an der Verteilung der materiellen Beweislast, d.h. an der Regelung der Folgen der Beweislosigkeit. Diesbezüglich gilt auch im öffentlichen Recht der allgemeine Rechtsgrundsatz, wonach jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, die aus ihr Rechte ableitet. Bleibt ein Sachverhalt unbewiesen, fällt der Entscheid somit zu Ungunsten jener Partei aus, die daraus Rechte ableiten wollte (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer A-5172/2014 vom 8. Januar 2016 E. 3; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.119 ff. und 3.149 f.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, Rz. 988).

#### **E. 4.1**

Die Verantwortlichkeit der FINMA, ihrer Organe, ihres Personals sowie der von der FINMA Beauftragten richtet sich grundsätzlich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (vgl. Art. 19 Abs. 1 FINMAG). Bei der FINMA handelt es sich um eine ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende und mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraute Organisation im Sinn von Art. 19 VG (A-5172/2014 E. 4.2 und A-893/2013 E. 3.1.1.3; vgl. auch: Marianne Ryter, *Staatshaftungsrecht*, in: *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, 2015, Rz. 29.149 und FN. 173; Marcel Würmli, *Die Haftung der Finanzmarktaufsicht*, 2010 [nachfolgend: *Finanzmarktaufsicht*], Rz. 245). Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a VG haften diese Organisationen und damit die FINMA im Bereich der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben für den Schaden, den ihre Organe oder Angestellten in Ausübung ihrer Tätigkeiten einem Dritten widerrechtlich zufügen nach den Art. 3-6 VG sowie Art. 19 Abs. 2 FINMAG. Dies schliesst auch die Haftung für die Beauftragten mit ein, da sich die FINMA die Handlungen der Beauftragten aufgrund des funktionalen Beamtenbegriffs gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. f VG zurechnen lassen muss (vgl. A-893/2013 E. 3.1.1.1 am Schluss; vgl. Urteil des BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014 E. 2.3, wonach der Beauftragte nicht eine eigenständige Behörde darstelle, sondern als "verlängerter Arm" der Vorinstanz tätig sei und deshalb nicht selbst als Haftungssubjekt in Frage komme; Ryter, a.a.O., Rz. 29.155, wonach (Hilfs-)Personen, die von Organisationen i.S.v. Art. 19 VG zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe beigezogen werden, unter den funktionalen Beamtenbegriff von Art. 1 Abs. 1 Bst. f VG fallen und im Schadensfall die Staatshaftung der Organisation auslösen; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2014, § 62 Rz. 20; Jost Gross/Volker Pribnow, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, Ergänzungsband zur 2. Aufl. 2013, Rz. 333; Susanne Emmenegger, *Die Haftung der EBK-Beauftragten*, in: Emmenegger [Hrsg.], *Bankhaftungsrecht*, 2006, S. 48 f.; a.M. André Terlinden, *Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements*, 2010, S. 357 und 377, welcher eine Haftung der FINMA nur dann vorsieht, wenn der eingesetzte Beauftragte eine natürliche Person ist; vgl. auch Beat Kühni/Harald Bärtschi, in: Watter/Vogt [Hrsg.], *Basler Kommentar, Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz*, 2. Aufl. 2011 [nachfolgend: *BSK BEHG/FINMAG*], Art. 19 FINMAG Rz. 36-41). Die Haftung der FINMA ist eine primäre;

den Bund trifft deshalb lediglich eine sog. Ausfallhaftung, wenn die Organisation den geschuldeten Betrag nicht zu leisten vermag (Art. 19 Abs. 1 Bst. a VG; A-893/2013 E. 3.1.1.1; Ryter, a.a.O., Rz. 29.156).

#### **E. 4.2**

Zur Kategorie der Beauftragten der FINMA gehören insbesondere die (aufsichts- und konkursrechtlichen) Liquidatoren gemäss Art. 36a des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1; Kühni/Bärtschi, in: BSK BEHG/FINMAG, Art. 19 FINMAG Rz. 32; Würmli, Finanzmarktaufsicht, Rz. 238; Emmenegger, a.a.O., S.47 f.).

#### **E. 4.3**

Für den Schaden den ein von der FINMA Beauftragter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet die FINMA ohne Rücksicht auf das Verschulden der betreffenden Person (Art. 19 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VG). Eine Schadenersatzpflicht nach dem Verantwortlichkeitsgesetz wird nach ständiger Rechtsprechung bejaht, wenn kumulativ folgende vier Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. A-5172/2014 E. 4.1 und A-893/2013 E. 4.1; vgl. auch BVGE 2014/43 E. 3.1 und BVGE 2010/4 E. 3): - (quantifizierter) Schaden; - Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesbeamten in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit; - Widerrechtlichkeit des Verhaltens sowie - adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden. Für eine Haftung der FINMA und der von ihr Beauftragten ist jedoch darüber hinaus erforderlich, dass sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben und die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind (Art. 19 Abs. 2 FINMAG; A-893/2013 E. 4.1).

#### **E. 4.4**

Schliesslich kann gemäss Art. 12 VG die Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheide und Urteile nicht in einem Verantwortlichkeitsverfahren überprüft werden (sog. Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes). Fällt als Ursache des im Staatshaftungsverfahren geltend gemachten Schadens einzig eine formell rechtskräftige Verfügung in Betracht, ist das Schadenersatzbegehren demnach ohne weitere Untersuchung der Frage der Widerrechtlichkeit des staatlichen Verhaltens bereits gestützt auf Art. 12 VG abzuweisen (vgl. BGE 126 I 144 E. 2a und BGE 119 Ib 208 E. 3c). Rechtsprechung und Lehre sprechen sich jedoch grundsätzlich für eine Nichtanwendung des Überprüfungsverbots nach Art. 12 VG aus, wenn den Parteien die rechtliche oder faktische Möglichkeit (z.B. Eröffnungsfehler, unmittelbarer Vollzug) fehlte, den betreffenden Entscheid anzufechten (BGE 129 I 139 E. 3.1, BGE 126 I 144 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 2A.493/2000 vom 2. März 2001 E. 5b; Urteil des BVGer A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 4.1; vgl. Nadine Mayhall, Aufsicht und Staatshaftung, 2008, S. 229 mit Hinweisen; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 62, Rz. 52 ff. mit Hinweisen; vgl. aber auch Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2130 ff.).

#### **E. 5**

Bevor im Folgenden die soeben dargelegten Haftungsvoraussetzungen zu prüfen sind, ist zunächst der massgebliche Sachverhalt festzustellen.

##### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerinnen sind ihrer Mitwirkungspflicht zur Sachverhaltsfeststellung nicht nachgekommen, obwohl sie aufgefordert wurden, ihre Begehren eingehender zu

begründen und hierzu sachdienliche Beweismittel einzureichen (vgl. Zwischenverfügungen vom 23. März 2016). Entsprechend ist deshalb grundsätzlich androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden (vgl. Patrick Krauskopf/Katrin Emmenegger/Fabio Babey, in: Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 13 N 81). Insbesondere aus der in Rechtskraft erwachsenen und von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Ermächtigungsverfügung vom 8. April 2016 ergibt sich folgendes Bild:

#### **E. 5.1.1**

Die Vorinstanz ordnete mit Verfügung vom (...) Oktober 2014 die Auflösung und Liquidation der Z. \_\_\_\_\_ AG an. Hierfür setzte sie die Y. \_\_\_\_\_ AG als Liquidatorin ein und ermächtigte diese über sämtliche gesperrten Vermögenswerte, die auf die Z. \_\_\_\_\_ AG lauten oder an denen diese wirtschaftlich berechtigt ist, zu verfügen.

#### **E. 5.1.2**

In der Folge saldierte die Liquidatorin bzw. der für sie handelnde X. \_\_\_\_\_ die beiden Postkonten Nr. (...) der B. \_\_\_\_\_ AG und Nr. (...) der A. \_\_\_\_\_ AG und übertrug die beiden Restsaldi von Fr. 69'247.23 und Fr. 91'281.61 auf das Konto der Z. \_\_\_\_\_ AG. Im Formular A der PostFinance AG (Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 3 und 4 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB]) bestätigte W. \_\_\_\_\_, damals einzelzeichnungsberechtigtes Organ der Z. \_\_\_\_\_ AG, der B. \_\_\_\_\_ AG und der A. \_\_\_\_\_ AG, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG alleine an den beiden Konten wirtschaftlich berechtigt sei. Diese Bestätigung im Formular A ist unbestritten geblieben. Die beiden Beschwerdeführerinnen bringen nun aber vor, bei den Akten der Z. \_\_\_\_\_ AG seien zahlreiche Indizien sowie Verträge vorhanden gewesen, aus welchen hervorgehe, dass die Bankguthaben "ihnen auch wirtschaftlich gesehen zustehen".

#### **E. 5.1.3**

Schliesslich forderte die Liquidatorin mit einem Schuldenruf am (...), (...) und (...) November 2014 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft auf, ihre Ansprüche (Forderungen) anzumelden. Weder die B. \_\_\_\_\_ AG noch die A. \_\_\_\_\_ AG haben Forderungen angemeldet. Auch dies blieb in der Folge unbestritten.

#### **E. 5.2**

Angesichts der pauschalen, nicht substantiierten Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, welche sich mit der Rüge wesentlicher Fehler in der Sachverhaltsfeststellung der Ermächtigungsverfügung sowie der Geltendmachung der widerrechtlichen entzogenen Geldbeträge ("Veruntreuung") begnügen, besteht vorliegend seitens des Bundesverwaltungsgerichts keine Veranlassung, die oben dargelegten Feststellungen in Zweifel zu ziehen, zumal die Ermächtigungsverfügung von den Beschwerdeführerinnen nicht angefochten wurde und damit in Rechtskraft erwachsen ist. Immerhin ist nachfolgend aber auf den Einwand einzugehen, dass weitere Indizien bestünden, welche die wirtschaftliche Berechtigung der beiden Beschwerdeführerinnen an den beiden Postkonten nahelegen. Die Beschwerdeführerinnen belegen ihre Vorbringen mit keinen Beweismitteln, weshalb der Sachverhalt insoweit nicht erstellt ist. Wie noch zu zeigen sein wird (vgl. unten E. 7.3.3 und 7.4), kann vorliegend in antizipierter Beweiswürdigung jedoch davon abgesehen werden, die Akten aus dem aufsichtsrechtlichen Liquidationsverfahren beizuziehen (zur antizipierten Beweiswürdigung: vgl. Urteil des BGer 8C\_417/2011 vom 2.

September 2012 E. 5.4.1; Urteil des BVGer A-3481/2016 vom 30. November 2016 E. 3.2; Krauskopf/Emmenegger/ Babey, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N 29). Aus denselben Gründen kann auch ein Beizug der Akten aus dem Strafverfahren der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich unterbleiben, welches ohnehin mit der Nichtanhandnahmeverfügung vom 27. September 2016 (derzeit beim Obergericht des Kantons Zürich angefochten) beendet wurde und somit keine Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft zur Folge hatte (vgl. Art. 308 ff. der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]).

## **E. 6**

Sodann ist auf das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsverfahren einzugehen. Im vorliegenden Fall wurde die Liquidatorin von der Vorinstanz mit Verfügung vom (...) Oktober 2014 eingesetzt und dazu ermächtigt, über die gesperrten Vermögenswerte zu verfügen (vgl. Dispositiv Ziff. 4-6, 17). Diese Verfügung wurde in der Folge beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde ab; soweit sich die Beschwerde auch gegen die Liquidation der Z. \_\_\_\_\_ AG und die damit zusammenhängenden Anordnungen richtete, trat es darauf nicht ein (vgl. Urteil des BVGer B-6749/2014 vom 17. Februar 2016). Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht seinerseits mit Urteil 2C\_305/2016 vom 24. November 2016 ab, soweit es darauf eintrat. Damit ist die Liquidationsverfügung der FINMA in Rechtskraft erwachsen und wäre somit grundsätzlich nicht mehr überprüfbar. Vorliegend ist jedoch fraglich, ob den Beschwerdeführerinnen überhaupt das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes bezüglich der Liquidation der Z. \_\_\_\_\_ AG und den damit zusammenhängenden Anordnungen entgegen gehalten werden kann, da nicht feststeht, ob sie sich dagegen hätten zur Wehr setzen können (ebenfalls kritisch hierzu: Emmenegger, a.a.O., S. 42, wonach die Anordnung nur gegenüber dem Beauftragten ergehe und somit ein Dritter den Primärrechtsschutz nicht ausschöpfen könne). Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen bleiben. Denn die Beschwerdeführerinnen begründen ihr Staatshaftungsbegehren nicht mit einem allfälligen widerrechtlichen Handeln der Vorinstanz, welches die Überprüfung ihrer Anordnungen in der Liquidationsverfügung vom (...) Oktober 2014 bedingte, sondern einzig mit dem widerrechtlichen Verhalten der Liquidatorin bzw. von X. \_\_\_\_\_, welches sich Ersterer anrechnen lassen muss (vgl. oben E. 4.1). Allein dieses ist in der Folge zu prüfen; nicht strittig ist hingegen die Ermächtigung der Liquidatorin über die der Z. \_\_\_\_\_ AG gehörenden Vermögenswerte zu verfügen.

## **E. 7**

Nach dem Gesagten ist zunächst zu klären, ob die Liquidatorin widerrechtlich gehandelt hat.

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Liquidatorin hätte ihnen mit der Saldierung ihrer Postkonten und der Überweisung der darauf befindlichen Geldbeträge auf ein Konto der Z. \_\_\_\_\_ AG ihnen zustehende Vermögenswerte widerrechtlich entzogen bzw. veruntreut. Dabei habe sie unsorgfältig gehandelt, da sie für die Einziehung der Gelder nur auf die Bestätigung der PostFinance AG abgestellt habe, wonach im Formular A jeweils die Z. \_\_\_\_\_ AG als an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigte Person aufgeführt sei. Bei den Akten der Z. \_\_\_\_\_ AG hätten sich jedoch Verträge befunden, aus denen hervorgehe, dass die beiden Beschwerdeführerinnen an den Geldern wirtschaftlich

berechtigt seien. So habe seit Jahren ein Buchhaltungsmandat mit der Z. \_\_\_\_\_ AG bestanden und die Guthaben seien seit Gründung der Beschwerdeführerinnen Bestandteil ihrer Buchhaltung ("Abschlüsse") und Steuererklärungen gewesen. Demgegenüber habe die Buchhaltung der Z. \_\_\_\_\_ AG zu keinem Zeitpunkt die beiden Konten enthalten. Durch das einseitige Abstellen auf das Formular A habe die Liquidatorin unsorgfältig gehandelt ("zuviel getan oder zu schnell gehandelt («Overkill-Approach»")). Sodann liege ein Regelverstoss vor, da die Liquidatorin unmittelbar gegen die Einsetzungsverfügung verstossen habe.

### **E. 7.2.1**

Die Widerrechtlichkeit im Sinn von Art. 19 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VG unterscheidet sich grundsätzlich nicht von jener gemäss Art. 41 Abs. 1 OR. Sie setzt voraus, dass entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt wird (sog. Erfolgsunrecht) oder dass eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Schutznorm bewirkt wird, die gerade den Schutz des Vermögens vor derartigen Schäden bezweckt (sog. Verhaltensunrecht). Mögliche Schutznormen könne sich aus allen Rechtsbereichen, insbesondere auch dem Strafrecht, ergeben (vgl. BGE 132 II 305 E. 4.1, Urteil des BGer 2C\_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.2; A-5172/2014 E. 9.1.1 und A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 7.1.1; vgl. Ryter, a.a.O., Rz. 29.89).

### **E. 7.2.2**

Gilt es die Widerrechtlichkeit des Verhaltens der FINMA oder der von ihr Beauftragten zu beurteilen, stellt nicht jede noch so geringfügige Amtspflichtverletzung eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit dar; vielmehr muss eine für die Ausübung der amtlichen Funktion wesentliche Pflicht betroffen sein (sog. qualifizierte Widerrechtlichkeit; Art. 19 Abs. 2 Bst. a FINMAG; vgl. BGE 132 II 449 E. 3.3; Terlinden, a.a.O., S. 381). Diese Voraussetzung gilt nicht nur für Rechtsakte der FINMA, sondern für die gesamte Tätigkeit der Aufsichtsbehörde bzw. der Beauftragten, mithin auch für Realakte. Ein Verhalten ist qualifiziert widerrechtlich, wenn die Behörde oder ein Beamter in der Ausübung ihrer bzw. seiner Funktion einen eindeutigen und gravierenden Fehler begangen haben, der im Kernbereich ihrer bzw. seiner Aufgaben liegt (Emmenegger, a.a.O., S. 49; Kühni/Bärtschi, in: BSK BEHG/FINMAG, Art. 19 FINMAG Rz. 90, welche - entgegen dem Gesetzwortlaut - nur die Schwere der Pflichtverletzung als massgeblich erachten und nicht die Art der verletzten Pflicht). Die Amtspflichtverletzung stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung in Form einer unentschuldbaren Fehlleistung dar, die einem pflichtbewussten Beamten nicht unterlaufen wäre (vgl. BGE 132 II 449 E. 3.3; Marcel Würmli, Narrenfreiheit für die FINMA?, in: Rütsche/Waldmann [Hrsg.], Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrecht, 2014 [nachfolgend: Narrenfreiheit für die FINMA?], S. 47 ff., S. 50; Tobias Jaag, Staats- und Beamtenhaftung, in: Koller, et al. [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Organisationsrecht, Bd. I, Teil 3, 2. Aufl. 2006, Rz. 117; Terlinden, a.a.O., S. 382). Entsprechend genügt es nicht, dass sich eine schädigende Handlung im Nachhinein als unrichtig, gesetzwidrig oder gar willkürlich erweist (BGE 120 Ib 248, E. 2b; Emmenegger, a.a.O., S. 49; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 62 Rz. 43 f., welche bei einer willkürlichen Handlung aber auf keine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit schliessen). Die Beurteilung, ob eine widerrechtliche Pflichtverletzung vorliegt, erfolgt dabei nicht ex post, sondern ex ante vom Zeitpunkt der Handlung oder Unterlassung aus (Ryter, a.a.O., Rz. 29.101).

### **E. 7.2.3**

In der Lehre werden bezüglich den haftungsbegründenden Pflichtverletzungen von Beauftragten grundsätzlich zwei Kategorien unterschieden: der direkte Regelverstoss, insbesondere gegen die Einsetzungsverfügung, und die Sorgfaltspflichtverletzung. Eine Haftung besteht mithin dann, wenn der Beauftragte Vorschriften oder Weisungen missachtet, die ihm übertragenen Aufgaben unsorgfältig wahrnimmt bzw. pflichtwidrig wahrzunehmen unterlässt oder die Schranken der ihm übertragenen Aufgaben und Kompetenzen überschreitet (vgl. Kühni/Bärtschi, in: BSK BEHG/FINMAG, Art. 19 FINMAG Rz. 42; Terlinden, a.a.O., S. 368 ff.; Emmenegger, a.a.O., S. 44 ff.). Im Rahmen der sorgfältigen Mandatserfüllung haben die Beauftragten die ihnen übertragenen Aufgaben getreu und sorgfältig auszuüben (vgl. FINMA, Wegleitung zur ordnungsgemässen Mandatserfüllung für FINMA-Beauftragte, 2013, S. 9, abrufbar unter: < <https://www.finma.ch/> > Dokumente >, abgerufen am 29. Dezember 2016). Unsorgfältig handelt der Beauftragte, wenn er bei der Mandatsführung überstürzt vorgeht (vgl. beispielsweise BGE 132 II 306 E. 4.3.2, wo ein Liquidator "offenbar ohne fachmännische Analyse" innerhalb weniger Minuten sämtliche offenen Devisenhandelsposten eines Beaufsichtigten geschlossen hat und dadurch einen Schaden verursacht haben könnte) oder zu weit gehende Eingriffshandlungen tätigt, indem er beispielsweise eine Globalblockade sämtlicher Vermögenswerte eines Beaufsichtigten anordnet, obwohl eine differenzierte Sperrung ausgereicht hätte. Für die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht steht im zweitgenannten Fall insbesondere der Gläubigerschutz im Vordergrund, da es jeweils zu verhindern gilt, dass nicht in letzter Minute noch Gelder abfliessen, die zur Deckung der Gesamtheit der Gläubigerforderungen notwendig gewesen wären (vgl. zum Ganzen: Emmenegger, a.a.O., S. 44 ff.; Terlinden, a.a.O., S. 373).

### **E. 7.3.1**

Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, inwiefern die Liquidatorin gegen Vorschriften und Weisungen der Vorinstanz verstossen haben sollte. So ermächtigte die Vorinstanz die Liquidatorin mit Verfügung vom (...) Oktober 2014 über die gesperrten Vermögenswerte zu verfügen. Von der Sperrung waren sämtliche Kontoverbindungen und Depots erfasst, welche auf die Z.\_\_\_\_\_ AG lauteten oder an denen diese wirtschaftlich berechtigt war. Folglich ist sowohl die Saldierung der beiden Postkonten der Beschwerdeführerinnen, an welchen gemäss deren Bestätigung im Formular A allein die Z.\_\_\_\_\_ AG wirtschaftlich berechtigt war, als auch die anschliessende Überweisung der beiden Guthaben auf das Konto der Z.\_\_\_\_\_ AG nicht zu beanstanden. Vielmehr handelte die Liquidatorin gemäss den Vorgaben der Einsetzungs- bzw. Liquidationsverfügung vom (...) Oktober 2014. Hätte die Liquidatorin diese Guthaben nicht eingezogen, wie dies die Beschwerdeführerinnen fordern, hätte sie vielmehr eine wesentliche Amtspflichtverletzung durch Unterlassung begangen und damit die Voraussetzung für ein haftungsbegründendes widerrechtliches Verhalten gesetzt (sog. Regelverstoss durch Unterlassung; vgl. Terlinden, a.a.O., S. 371).

### **E. 7.3.2**

Sodann ist auf den Vorwurf des überstürzten und zu weit gehenden Handelns der Liquidatorin einzugehen. Im vorliegenden Fall hat die Liquidatorin offenbar einzig auf das Formular A abgestellt. Bei diesem Formular handelt es sich um ein im Zuge der VSB zur Schaffung eines aufsichtsrechtlichen Minimalstandards eingeführtes Instrument, mit dem die Banken ihrer Verpflichtung nachkommen, ihre Vertragspartner und die an den Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten zu identifizieren (vgl. Art. 4 und Art. 27

VSB 16 [abrufbar unter: < <http://www.swissbanking.org/> > Themen > Regulierung > Selbstregulierung > Richtlinie, Empfehlungen und Vereinbarungen >, abgerufen am 29. Dezember 2016). In diesem Formular erklärt der Vertragspartner gegenüber der Bank, wer an den auf einem Konto oder Depot verbuchten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist und verpflichtet sich, der Bank Änderungen jeweils unaufgefordert mitzuteilen (vgl. für ein Musterformular mit Minimalinhalt: VSB 16 S. 39; vgl. Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 16], 2. Aufl. 2016, S. 25 f. [abrufbar unter: < <http://www.swissbanking.org/> > Themen > Regulierung > Selbstregulierung > Richtlinie, Empfehlungen und Vereinbarungen >, abgerufen am 29. Dezember 2016). Dies geschieht unter Strafandrohung, wonach das vorsätzliche falsche Ausfüllen des Formulars strafbar ist (Art. 251 des Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0], Urkundenfälschung). Beim Formular A handelt es sich somit um eine Urkunde im strafrechtlichen Sinn (vgl. Art. 110 Abs. 4 StGB). Angesichts dessen besteht für einen Liquidator grundsätzlich keine Veranlassung weitere Abklärungen bezüglich des wirtschaftlich Berechtigten zu tätigen, zumal nicht ohne Weiteres davon auszugehen ist, dass ein Vertragspartner gegenüber der Bank falsche Angaben macht und eine Urkundenfälschung begeht. Ausserdem meldeten sich nach den pflichtgemäss durchgeführten Schuldnerufen zwischen dem (...) und (...) November 2014 die beiden Beschwerdeführerinnen nicht bei der Liquidatorin und machten Forderungen aus den ihnen angeblich zustehenden Bankguthaben geltend, weshalb die Liquidatorin auch insoweit nicht gehalten war, weitere Abklärungen zu tätigen. Ein unsorgfältiges Handeln der Liquidatorin ist nicht ersichtlich.

#### **E. 7.3.3.1**

Was schliesslich die von den Beschwerdeführerinnen angeführten Verträge und Buchhaltungen anbelangt, aus welchen sich angeblich ihre wirtschaftliche Berechtigung an den Vermögenswerte ergebe, können sie daraus von vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sollten die Verträge und Buchhaltungen tatsächlich von der Bestätigung im Formular A abweichen und im Innenverhältnis (zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Z. \_\_\_\_\_ AG) eine andere Berechtigung an den Vermögenswerten bestanden haben, erschiene die gegenüber der PostFinance AG abgegebene Bestätigung nur als vorgeschoben. Die Beschwerdeführerinnen hätten damit nach aussen hin falsche Tatsachen vorgespiegelt, um die wahren Eigentumsverhältnisse zu verschleiern. Berufen sich die beiden Beschwerdeführerinnen im Rahmen eines Staatshaftungsverfahrens zur Begründung ihres Begehrens nun darauf, dass die Liquidatorin zu Unrecht auf das Formular A abgestellt habe und nicht auf die tatsächliche Sachlage, die sie mit ihrem Vorgehen gerade verschleierten, verhalten sie sich widersprüchlich.

#### **E. 7.3.3.2**

Nach der Lehre und der Rechtsprechung liegt ein Rechtsmissbrauch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will. Nur ein stossendes, zweckwidriges Verhalten - wie beispielsweise Machenschaften, die darauf abzielen, die Behörden zu täuschen - erscheint als rechtsmissbräuchlich und soll über das Rechtsmissbrauchsverbot sanktioniert werden. Zu denken ist dabei etwa an Lügengebäude und falsche, täuschende Angaben (vgl. BGE 137 I 247 E. 5.1.1 f.; Urteil des BVGer A-5798/2009 vom 16. Juni 2011 E. 5.2; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 23 Rz. 26 f.).

### **E. 7.3.3.3**

Das Verhalten der Beschwerdeführerinnen ist stossend und verdient grundsätzlich keinen Rechtsschutz (Art. 5 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 2 Abs. 2 ZGB analog; zur Massgeblichkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes in der gesamten Rechtsordnung und damit auch im öffentlichen Recht: Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 620 f.; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 23 Rz. 26). Ob im vorliegenden Fall den Beschwerdeführerinnen zufolge Rechtsmissbrauchs die Berücksichtigung der im Innenverhältnis angeblich bestehenden Verträge und weiteren Beweismittel zu verweigern wäre, kann aber offen bleiben. Denn zumindest kann im Fall von täuschenden Angaben im Formular A der Liquidatorin nicht der Vorwurf gemacht werden, unsorgfältig gehandelt und wesentliche Amtspflichten verletzt zu haben, wenn sie auf die vorgespiegelten Tatsachen abstellte. Ohnehin richtet sich der Umfang der Sorgfaltspflichten der Liquidatorin unter anderem nach dem Gläubigerschutz. Entsprechend musste die Liquidatorin auf die Bestätigung im Formular A abstellen, wäre es doch stossend, wenn Gläubiger einer zu liquidierenden Gesellschaft nachträglich unter Berufung auf interne Dokumente von den einmal abgegebenen Bestätigungen abweichen und die Rückerstattung von Geldern verlangen könnten, die zur Deckung der Gesamtheit der Gläubigerforderungen vorgesehen sind.

### **E. 7.3.3.4**

Aus den genannten Gründen kann somit in antizipierter Beweiswürdigung von einem Beizug der geltend gemachten internen Verträge oder der Buchhaltungen der Beschwerdeführerinnen und der Z.\_\_\_\_\_ AG abgesehen werden.

### **E. 7.3.4**

Zusammengefasst hat die Liquidatorin mit der Saldierung der beiden strittigen Postkonten keine wesentlichen Amtspflichten verletzt. Ein widerrechtliches Verhalten ist nicht erkennbar.

### **E. 7.4.1**

Schliesslich steht die Bestätigung im Formular A aus einem weiteren Grund einer Haftung der FINMA für das Verhalten der Liquidatorin entgegen, selbst wenn die geltend gemachten internen Vereinbarungen ein anderes Bild zeichnen würden.

### **E. 7.4.2**

Wie bereits dargelegt, dürfen die entstandenen Schäden nicht auf Pflichtverletzungen eines Beaufsichtigten zurückzuführen sein, ansonsten eine Haftung der FINMA oder der von ihr Beauftragten entfällt (Art. 19 Abs. 2 Bst. b FINMAG; vgl. oben E. 4.3). Dabei kommt es auf die Art der Pflichtwidrigkeit oder die Rechtsgrundlage der verletzten Pflicht nicht an; auch privatrechtliche Sorgfaltspflichten fallen darunter (vgl. Kühni/Bärtschi, in: BSK BEHG/ FINMAG, Art. 19 FINMAG Rz. 94; Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz; nachfolgend: Botschaft zum FINMAG], BBl 2005 2829, S. 2872, welche generell von Fehlern der Beaufsichtigten spricht). Mit Verweis auf den Gesetzeswortlaut und die Botschaft zum FINMAG erblickt die herrschende Lehre in dieser Bestimmung eine Durchbrechung allgemeiner haftungsrechtlicher Prinzipien, da sie die Haftung der FINMA selbst bei Vorliegen einer wesentlichen Amtspflichtverletzung entfallen lässt, wenn zugleich eine (private) Pflichtverletzung seitens des Beaufsichtigten vorliegt (vgl. die eingehende Kritik bei Würmli, Narrenfreiheit für die FINMA?, S. 57 f.; Terlinden, a.a.O.,

S. 387 ff.; Emmenegger, a.a.O., S. 50 f.; Kühni/Bärtschi, in: BSK BEHG/FINMAG, Art. 19 FINMAG Rz. 94 und 96, welche eine einschränkende Auslegung fordern, da eine weniger schwerwiegende Pflichtverletzung eines Beaufichtigten, die Pflichtverletzung der FINMA oder eines Beauftragten nicht vollständig in den Hintergrund treten lasse und Schadenersatzansprüche Dritter möglich bleiben; vgl. Botschaft zum FINMAG, BBl 2005 2829, S. 2848). Angesichts der Tatsache, dass im Zusammenhang mit Untersuchungsmandaten bzw. der Einsetzung eines Beauftragten Pflichtverletzungen der Beaufichtigten, wie beispielsweise die Führung eines Geschäfts als Finanzintermediär ohne Bewilligung, den Regelfall darstellen, führt dies nach den dargelegten Lehrmeinungen zu einem faktischen Haftungsausschluss der FINMA. Entsprechend wird vorgeschlagen, dass die FINMA bei Verletzung wesentlicher Amtspflichten für denjenigen Teil des Schadens haftet, der nicht auf die alleinige Pflichtverletzung des Beaufichtigten zurückzuführen ist (Würmli, Narrenfreiheit für die FINMA?, S. 58; vgl. Kühni/Bärtschi, in: BSK BEHG/FINMAG, Art. 19 FINMAG Rz. 96, welche weiterhin auf die allgemeinen Grundsätze des Haftpflichtrechts abstellen wollen, wonach das blosses Setzen einer Mitursache einen anderen Verantwortlichen nicht von der Schadenersatzpflicht befreit, solange kein Unterbrechungsgrund vorliegt [grobes Selbst- oder Drittverschulden; zur sog. Adäquanzformel im Staatshaftungsrecht: Urteil des BGer 2C.1/2001 vom 3. Juli 2003 E. 6.2]).

#### **E. 7.4.3**

Wie es sich damit verhält, kann vorliegend jedoch offen bleiben. Angenommen, die Behauptung der Beschwerdeführerinnen betreffend den Verträgen und Buchhaltungen trafen zu, hätten sie bzw. die Z. \_\_\_\_\_ AG das Formular A - im Wissen um die behaupteten, entgegenstehenden internen Abmachungen - bewusst falsch ausgefüllt und damit gegenüber der PostFinance AG sowie gegenüber aussenstehenden Dritten falsche Tatsachen vorgespiegelt. Hat nun die Liquidatorin darauf abgestellt, haben die Beschwerdeführerinnen bzw. die Z. \_\_\_\_\_ AG dies letztlich selbst verschuldet. Ihr Verschulden wiegt im konkreten Fall besonders schwer und würde den Kausalzusammenhang unterbrechen (vgl. Art. 4 VG). Entsprechend entfielen eine Haftung der FINMA für das Verhalten der Liquidatorin sowohl nach den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts als auch gestützt auf Art. 19 Abs. 2 Bst. b FINMAG. Die Grundlage für den Haftungsausschluss braucht damit vorliegend nicht geklärt zu werden.

#### **E. 7.4.4**

Folglich kann auch aus diesen Gründen von der Edition allfälliger weiterer Unterlagen (Verträge, Buchhaltungen, etc.) abgesehen werden, da sie am Ausgang des vorliegenden Verfahrens von vornherein nichts zu ändern vermögen.

#### **E. 8**

Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch gemäss Art. 19 FINMAG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Bst. a und Art. 3 VG nicht erfüllt. Damit sind die Beschwerden abzuweisen. Das Fristerstreckungs- bzw. sinngemässe Sistierungsgesuch vom 7. November 2016 der Beschwerdeführerinnen ist mit dem vorliegenden Beschwerdeentscheid als gegenstandslos abzuschreiben.

#### **E. 9**

Abschliessend bleibt über die Kosten und Entschädigungen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu befinden.

### **E. 9.1.1**

Die Spruchgebühr bemisst sich nach dem Umfang und den Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanzieller Lage der Parteien. Sie wird vorliegend - unter Berücksichtigung der Verfahrensvereinigung sowie der beiden Zwischenverfügungen vom 28. Januar 2016 betreffend die Gesuche der Beschwerdeführerinnen um unentgeltliche Rechtspflege - auf Fr. 7'000.- festgesetzt (vgl. Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 sowie Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

### **E. 9.1.2**

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen haben hingegen keine Kosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Aufgrund des Verfahrensausgangs gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegend. Sie haben deshalb die Verfahrenskosten unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 6a VGKE). Der Anteil der Beschwerdeführerin 1 an den Verfahrenskosten beträgt Fr. 4'000.-; jener der Beschwerdeführerin 2 wird auf Fr. 3'000.- festgesetzt. Der von der Beschwerdeführerin 1 einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.- und der von der Beschwerdeführerin 2 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- werden je zur Bezahlung ihres Anteils an den Verfahrenskosten verwendet.

### **E. 9.2**

Eine Parteientschädigung steht den Beschwerdeführerinnen angesichts ihres Unterliegens von vornherein nicht zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Ebenso hat die Vorinstanz keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.