

BVGer B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-12-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1034_2017

FR: TAF B-1034/2017 du 11 décembre 2019

IT: TAF B-1034/2017 del 11 dicembre 2019

Regeste

Finanzmarktaufsicht (Übriges)

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

E. 1.1

Der Entscheid der Vorinstanz vom 13. Januar 2017 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) Beschwerdeinstanz für Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, die unter anderem von Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt auch die von der Vorinstanz erlassene Verfügung (vgl. Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG; SR 956.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.2

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Schutzwürdig ist das Interesse, wenn der Beschwerdeführer aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids einen praktischen Nutzen ziehen beziehungsweise einen materiellen oder ideellen Nachteil vermeiden kann, den dieser Entscheid mit sich bringen würde (BGE 140 II 214 E. 2.1). Insofern muss die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise unmittelbar beeinflusst werden können (BGE 141 II 14 E. 4.4 m.H.; Vera Marantelli/Said Huber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [im Folgenden: Praxiskommentar VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 48 N. 10). Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Verfügungsadressat ist. In dieser Konstellation muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des

angefochtenen Entscheids ziehen, das heisst seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht darin, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder indirektes Interesse begründet dagegen keine Beschwerdelegitimation. Das Interesse eines Vertragspartners des Verfügungsadressaten gilt in diesem Sinn als mittelbar, weshalb er in aller Regel zur Beschwerdeführung pro Adressat nicht legitimiert ist (BGE 135 II 145 E. 6.1). Die Beschwerdeführerinnen waren beide Parteien des vorinstanzlichen Verfahrens. Angefochten ist vorliegend aber nur Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung, in welcher die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin 1 eine Einziehung angeordnet hat. Der Beschwerdeführerin 2 hingegen ist nicht Adressatin dieser Dispositiv-Ziffer; ihr werden dadurch weder Rechte entzogen noch Pflichten auferlegt. Sie macht zwar geltend, sie sei materiell beschwert, weil es sich bei ihr um die mit Abstand grösste rechtliche Einheit innerhalb der X. _____-Gruppe handle und entsprechend der Gewinn vor allem von ihr erwirtschaftet worden sei. Würden der einzuziehende Gewinn zu hoch festgelegt und dadurch falsche Aussagen zu ihren Geschäften gemacht, erleide sie erhebliche Reputationsschäden. Hinzu komme, dass die in Frage stehende Mehrwertsteuer von ihr bezahlt worden sei. Diese Argumente, soweit sie überhaupt nachvollziehbar sind, sind offensichtlich unbehelflich. Das Interesse der Beschwerdeführerin 2 an einer Änderung der Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist lediglich ein aus dem Interesse der Beschwerdeführerin 1, den verfügbaren Einziehungsbetrag nicht oder nicht in voller Höhe bezahlen zu müssen, abgeleitetes und damit indirektes oder mittelbares Interesse. Sie ist daher zur Beschwerdeführung nicht legitimiert.

E. 1.3

Die Beschwerdebegehren der Beschwerdeführerin 1 lauten (sinngemäss) dahingehend, dass Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung mit der Anordnung zu ergänzen sei, dass, falls bis am 24. April 2022 zivilrechtliche Ansprüche von Geschädigten gerichtlich geltend gemacht oder Vergleichsverhandlungen aufgenommen würden, der Beschwerdeführerin 1 der entsprechende Betrag durch das Eidgenössische Finanzdepartement zugunsten der Geschädigten zurückzuerstatten sei, sofern die Geschädigtenforderung innerhalb von fünf Jahren seit Einleitung des Zivilverfahrens oder seit der Aufnahme der Vergleichsverhandlungen gerichtlich festgestellt oder von beiden Zivilparteien anerkannt sein werde. Eventualiter wird beantragt, Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und die Gewinneinziehung sei durch das Bundesverwaltungsgericht im Sinne der Erwägungen neu festzusetzen. Im Verlauf des Beschwerdeverfahrens haben die Beschwerdeführerinnen einen Vergleich ins Recht gelegt, den die X. (UK) _____ Ltd., im Namen der X. _____-Gruppe, am 30. Mai 2018 mit der Y.2 _____ Ltd. und der Y.3 _____ Ltd. abgeschlossen hat. Gemäss dem eingereichten Beleg erfolgte die Zahlung der Vergleichssumme am 31. Mai 2018. Wie die Beschwerdeführerin 1 in ihrer Eingabe vom 19. Juli 2018 sinngemäss ausführt, wurde durch diesen Vergleich und dessen Umsetzung ihr Hauptbegehren, in der Einziehungsverfügung sei einer allfälligen künftigen gerichtlichen oder vergleichsweisen Regelung Rechnung zu tragen und der entsprechende Schadenersatzbetrag aus dem eingezogenen Gewinn an die Geschädigten zu überweisen, gegenstandslos. Mit der Beschwerdeführerin 1 ist davon auszugehen, dass ihr Anliegen auf Berücksichtigung der zwischenzeitlich erfolgten Zahlung an die Geschädigten unter das Eventualbegehren, Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und die Gewinneinziehung sei durch das Bundesverwaltungsgericht im Sinne der Erwägungen neu

festzusetzen, subsumiert werden kann.

E. 1.4

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG) und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

E. 1.5

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 ist somit einzutreten, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 dagegen ist nicht einzutreten.

E. 2

Als Aufsichtsbehörde über den Finanzmarkt trifft die Vorinstanz die zum Vollzug des Bankengesetzes und dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 3 und Art. 6 Abs. 1 FINMAG). Erhält sie von Verstössen gegen die Gesetze des Finanzmarktrechts oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG). Das FINMAG sieht vor, dass die Vorinstanz den Gewinn einziehen kann, den eine Beaufschlagte, ein Beaufschlagter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat (Art. 35 Abs. 1 FINMAG). Diese Regelung gilt sinngemäss, wenn der Betreffende durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen einen Verlust vermieden hat (Art. 35 Abs. 2 FINMAG). Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann die FINMA ihn schätzen (Art. 35 Abs. 3 FINMAG). Das Recht zur Einziehung verjährt nach sieben Jahren (Art. 35 Abs. 4 FINMAG). Die eingezogenen Vermögenswerte gehen an den Bund, soweit sie nicht Geschädigten ausbezahlt werden (Art. 35 Abs. 6 FINMAG). Das verwaltungsrechtliche Sanktionsinstrument der Einziehung wurde zusammen mit dem Berufsverbot in dem im Rahmen der Neuorganisation der Finanzmarktaufsicht geschaffenen FINMAG eingefügt. Sie ist - im Gegensatz zur strafrechtlichen Einziehung, welche gestützt auf Art. 35 Abs. 5 FINMAG ausdrücklich vorbehalten bleibt - als eine Massnahme rein administrativen Charakters zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu verstehen (Urteil des BGer 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3; BGE 139 II 279 E. 4.3.3; René Bösch, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 3. Aufl. 2019, Art. 35 N. 5; Jean-Baptiste Zufferey/Franca Contratto, FINMA. The Swiss Financial Market Supervisory Authority, 2009, S. 148 ff.). In der Botschaft wurde diese Massnahme damit begründet, dass nur mit einer Einziehung verhindert werden könne, dass sich eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht lohne. Würden Gewinne, die mittels schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt worden seien, nicht eingezogen, so führe dies zu Wettbewerbsverzerrungen, indem Beaufschlagte, die sich rechtmässig verhalten, einen Nachteil erleiden würden, während die anderen von ihrer Regelverletzung profitierten. Die Einziehung zielt auf die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes durch Gewinnabschöpfung und trage damit zur Fairness unter den Finanzinstituten bei (Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829, 2848, 2883). Eingezogen werden kann nur ein Gewinn, der kausal aus der schweren Verletzung der

aufsichtsrechtlichen Bestimmungen hervorgegangen ist (BVGE 2013/59 E. 9.3.5; Urteil des BVer B-6952/2016 vom 3. April 2018 E. 2). Die Ermittlung des Betrags des herauszugebenden Gewinns richtet sich nach den Grundsätzen, wie sie für die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag entwickelt worden sind (Urteil 2C_422/2018 E. 2.4 f.).

E. 3

Die Beschwerdeführerin 1 rügt, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör, insbesondere auf eine rechtsgenügende Begründung verletzt, denn sie sei in der angefochtenen Verfügung nicht auf die geleisteten Mehrwertsteuerzahlungen eingegangen, obwohl die Beschwerdeführerinnen in ihren Eingaben vom 15. Mai 2015 und 17. August 2015 darauf hingewiesen hätten. Weder bringe die Vorinstanz diese Mehrwertsteuerzahlungen in Abzug, noch begründe sie, weshalb sie dies nicht tue. Die Beschwerdeführerin 1 rügt weiter, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unter Verletzung der Untersuchungsmaxime nur unvollständig festgestellt. Sie habe sich bei den Beschwerdeführerinnen zwar erkundigt, ob gerichtlich festgestellte oder beidseits anerkannte zivilrechtliche Geschädigtenforderungen bestünden, doch habe sie es unterlassen, weitere Nachforschungen bezüglich drohender Geschädigtenforderungen vorzunehmen oder den Ausgang eines allfälligen Zivilprozesses abzuwarten und die Gewinneinziehung entsprechend aufzuschieben oder den Gewinn unter Vorbehalt einer Rückleistung einzuziehen. In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin 1, die Vorinstanz habe bei der Berechnung des Einziehungsbetrags zu Unrecht die auf dem fraglichen Gewinn bezahlte Mehrwertsteuer nicht in Abzug gebracht, und in gesetzwidriger Weise nicht vorgesehen, dass allfällige künftige Schadenersatzzahlungen an Geschädigte vom einziehbaren Gewinn in Abzug gebracht werden würden. Ob diese Rügen begründet sind oder nicht, kann vorliegend weitgehend offengelassen werden, da die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 ohnehin gutzuheissen ist, wie noch darzulegen ist.

E. 4

Es ist unbestritten und aktenkundig, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung angefragt hat, ob gerichtlich festgestellte oder beidseits anerkannte liquide zivilrechtliche Geschädigtenforderungen bestünden, und dass die Beschwerdeführerinnen diese Frage mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 verneint haben. Im Verlauf des Beschwerdeverfahrens haben die Beschwerdeführerinnen einen Vergleich ins Recht gelegt, den die X. (UK)_____ Ltd., im Namen der X._____ -Gruppe, am 30. Mai 2018 mit der Y.2_____ Ltd. und der Y.3_____ Ltd. abgeschlossen hat. Gemäss diesem Vergleich verpflichtete sich die X. (UK)_____ Ltd. der Y.2_____ Ltd. und der Y.3_____ Ltd. den Betrag von Fr. 5'228'334.76 zu bezahlen. Gemäss dem eingereichten Beleg erfolgte die Zahlung am 31. Mai 2018.

E. 5

Die Beschwerdeführerin 1 macht geltend, dieser Vergleich sei als Novum bei der Berechnung des Einziehungsbetrags zu berücksichtigen. Mit der Überweisung dieser Summe am 31. Mai 2018 seien alle Ansprüche der Kundengruppe aus den Vorfällen, die Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildeten, abgegolten. Der Betrag sei daher vom Gewinn abzuziehen und die Gewinneinziehung sei gemäss Eventualantrag durch das Bundesverwaltungsgericht neu festzusetzen. Nicht von Bedeutung sei für die Abzugsfähigkeit, dass die Vorinstanz die Gewinneinziehung gegenüber der Beschwerdeführerin 1 verfügt habe, während der nun abgeschlossene Vergleich die X.

(UK)_____ Ltd. verpflichtete. Weiter sei im gleichen Sachzusammenhang vermutlich eine Verfügung der FCA mit Anordnung einer "penalty" oder "fine" (Busse) zu erwarten, die auch eine Gewinneinziehungskomponente beinhalten könne und daher im entsprechenden Umfang vom in der Schweiz einzuziehenden Gewinn abziehbar sei. Die Vorinstanz stellt sich dagegen auf den Standpunkt, sie habe die Frage allfälliger Geschädigtenforderungen auf den Verfügungszeitpunkt hin abgeklärt. Die Beschwerdeführerinnen hätten ihr mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 geantwortet, dass mit Bezug auf die verfahrensgegenständlichen Vorgänge weder gerichtlich festgestellte noch beidseits anerkannte zivilrechtliche Ansprüche von Geschädigten bestünden. Der Vergleich vom 30. Mai 2018 sei als solcher nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung gewesen, ebenso wenig eine allfällige Busse der FCA oder allfällige weitere, zukünftig geltend gemachte Abzugspositionen. Der Zweck der Gewinneinziehung würde vereitelt, wenn im Nachgang zu seiner Festsetzung im Prinzip laufend neue Kosten über Wiedererwägungsbegehren zum Abzug gebracht werden könnten. Im Übrigen bilde die bezahlte Vergleichssumme keinen unmittelbar mit der schweren Verletzung von Aufsichtsrecht im Zusammenhang stehenden Gestehungskostenpunkt. Es handle sich nicht um einen Aufwand zum Zweck der Finanzierung der längst begangenen Aufsichtsrechtsverletzung, sondern allenfalls um eine Spätfolge davon. Sie könne daher auch darum nicht angerechnet werden.

E. 5.1

Das Bundesverwaltungsgericht legt seinem Urteil denjenigen Sachverhalt zugrunde, welcher sich im Zeitpunkt seiner Entscheidung verwirklicht hat und entsprechend bewiesen ist. Aus der umfassenden Kognition (Art. 49 VwVG) in Verbindung mit dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) ergibt sich, dass im Rahmen des Streitgegenstandes auch bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannt neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor dem (sog. unechte Nova) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Nova) zugetragen haben, vorgebracht werden können. Auch neue Beweismittel können jederzeit nachgereicht werden (Urteile des BVerfG A-348/2019 E. 2; B-6065/2015 E. 3.3; B-173/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 3.3; B-1060/2013 E. 5; Benjamin Schindler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019 [im Folgenden: VwVG Kommentar], Art. 49 N. 31; Madeleine Camprubi, VwVG Kommentar, a.a.O., Art. 62 N. 10; André Moser/ Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., 2013, N. 2.204; Frank Seethaler/Fabia Portmann, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 52 N. 78).

E. 5.2

Gemäss dem "Settlement Agreement" hatten die X. (UK)_____ Ltd. der Y.2 _____ Ltd. sowie der Y.3 _____ Ltd. eine Vergleichssumme von Fr. 5'228'334.76 im eigenen Namen und im Namen der anderen Unternehmen der X. _____-Gruppe zu bezahlen. Damit wurden abschliessend sämtliche Forderungen im Zusammenhang mit der Streitigkeit aufgrund der Finder Agreements und den gestützt darauf erfolgten Zahlungen erledigt. Bei dieser Zahlung handelt es sich um ein echtes Novum, das im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen ist.

E. 5.3

Da die Vorinstanz nicht nur die Berücksichtigung dieser Vergleichszahlung wegen ihres Novencharakters, sondern auch ihre materielle Anrechenbarkeit bestreitet, ist daher in der

Folge zu prüfen, ob diese Zahlung an den von der Vorinstanz berechneten, aus der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen resultierenden Gewinn anzurechnen ist.

E. 5.4

Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG weist zwar verschiedene Unterschiede zur Einziehung von Vermögenswerten gestützt auf Art. 70 f. des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) auf, aber auch viele Gemeinsamkeiten. Bei der strafrechtlichen Einziehung ist im Gesetz ausdrücklich vorgesehen, dass die Einziehung nur verfügt wird, soweit die betreffenden Vermögenswerte nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Eine Einziehung zugunsten des Gemeinwesens ist nur zulässig, wenn die Vermögenswerte nicht dem Geschädigten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden. Der Rückerstattungsanspruch des Verletzten geht der Einziehung von Vermögenswerten vor. Das Gemeinwesen soll sich weder zulasten des Verletzten bereichern, noch soll die Einziehung zu einer Doppelverpflichtung des Täters führen (BGE 129 IV 322 E. 2.2.4; BGE 117 IV 110 E. 2.b). Art. 35 FINMAG enthält zwar keine derartige ausdrückliche Formulierung. Aus der Bestimmung von Art. 35 Abs. 6 FINMAG, wonach die eingezogenen Vermögenswerte nur an den Bund gehen, soweit sie nicht Geschädigten ausbezahlt werden, ergibt sich indessen, dass auch bei der Einziehung nach Art. 35 FINMAG der Grundsatz gilt, dass eine allfällige Rückerstattung an den Geschädigten der Einziehung vorgeht. Die in der Rechtsprechung zur strafrechtlichen Einziehung entwickelten Grundsätze zu dieser Subsidiarität der Einziehung gegenüber einer allfälligen Rückerstattung an den Verletzten sind daher in analoger Weise auch auf das Verhältnis zwischen der Einziehung durch die Vorinstanz und allfälligen Zahlungen des beaufsichtigten Instituts an den Geschädigten anzuwenden (Bösch, a.a.O., Art. 35 N. 21a). Der unrechtmässig erzielte Vorteil ist nicht zweimal herauszugeben; wurde der in schwerer Verletzung von Aufsichtsrecht erzielte Gewinn durch eine Schadenersatzzahlung an den dadurch Geschädigten reduziert, so hat in diesem Umfang keine nochmalige Abschöpfung durch Einziehung zu erfolgen.

E. 5.5

Voraussetzung für eine Anrechnung von Schadenersatzzahlungen an einen gestützt auf Art. 35 FINMAG einziehbaren Gewinn ist daher, dass der in Frage stehende Gewinn nicht nur in schwerer Verletzung von Aufsichtsrecht erzielt worden ist, sondern durch eine Schädigung derjenigen Personen, denen die anzurechnende Schadenersatzzahlung ausgerichtet worden ist. Wie es sich diesbezüglich verhält, ist daher vorliegend zu prüfen.

E. 5.5.1

Die Vorinstanz führt zu ihrer Feststellung, die Beschwerdeführerin 1 habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt, in der Begründung der angefochtenen Verfügung aus, das Verhalten der Beschwerdeführerin 1 sei mit den Anforderungen an ein adäquates Risikomanagement nicht vereinbar gewesen. Indem sie sich und ihre Mitarbeiter unnötigen und unverhältnismässig hohen Rechts- und Reputationsrisiken ausgesetzt habe, habe sie auch das Gewährserfordernis schwer verletzt. Zudem habe sie die Informationspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde missachtet. Der geschilderte Sachverhalt betreffe zwar lediglich Vorgänge rund um die vermittelten Kundenbeziehungen zur Y._____ -Gruppe, habe aber mehrere grundlegende Mängel im Organisations- und

Gewährsbereich von Finanzgruppe und Bank offengelegt. Dazu habe es sich bei der betroffenen Kundenbeziehung um einen PEP-Account mit angelegten Vermögenswerten in beträchtlicher Höhe gehandelt. Erschwerend komme hinzu, dass die Bank bei den Währungswechseln und der Ausrichtung der Finder's Fees nicht nur eine passive Rolle übernommen, sondern die entsprechenden Bedingungen durch die Bank aktiv, wiederholt und mit Blick auf eigene Ertragsinteressen ausgehandelt worden seien. Ihre Berechnung des einzuziehenden Betrags begründet die Vorinstanz damit, dass die Beschwerdeführerin 1 auf Gruppenebene aus den vermittelten Beziehungen Einnahmen von insgesamt Fr. 2'698'850.- sowie USD 2'325'580.- erzielt habe, was bei einem aktuellen Wechselkurs von 1.0084 gesamthaft Fr. 5'043'964.85 entspreche. Ohne die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Leistung der ungebührlichen Vorteile an den Vermittler wären diese Einnahmen nicht erzielt worden. Die in schwerer Verletzung von Aufsichtsrecht vorgenommenen Zahlungen an den Vermittler seien insofern kausal gewesen für die Erzielung sämtlicher Einnahmen, welche auf den derart vermittelten Beziehungen erzielt worden seien. Entsprechend müssten auch die Gesamteinnahmen aus den vermittelten Beziehungen die Basisgrösse der Gewinneinziehung bilden.

E. 5.5.2

Die Beschwerdeführerin 1 hat die Feststellung der Vorinstanz, sie habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung), weder angefochten noch bestritten. Sie bestreitet auch die Berechnung des angefochtenen Einziehungsbetrags nur insoweit, als sie geltend macht, es seien sowohl die von der Beschwerdeführerin 2 bezahlte Mehrwertsteuer als auch allfällige künftige Zahlungen an die Geschädigten, die im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung noch nicht verbindlich vereinbart waren, in Abzug zu bringen.

E. 5.5.3

Die Überlegungen der Vorinstanz zum Kausalzusammenhang zwischen den der Beschwerdeführerin 1 vorgeworfenen schweren Verletzungen von Aufsichtsrecht und dem eingezogenen Gewinn beziehungsweise zur Berechnung dieses Gewinns sind nicht in allen Punkten nachvollziehbar. Wesentlich und unbestritten ist jedoch, dass der Sachverhalt, auf den sich die Vorinstanz für ihre Würdigung stützt, ausschliesslich Vorgänge im Zusammenhang mit Kundenbeziehungen von Töchtern der Beschwerdeführerin 1 zu Gesellschaften der Y._____-Gruppe betrifft, insbesondere zur Y.2_____-Ltd. und zur Y.3_____-Ltd. Die Kundenbeziehung zu diesen beiden Gesellschaften, die in der Folge beträchtliche Vermögenswerte bei verschiedenen Töchtern der Beschwerdeführerin 1 anlegten, war unter anderem im November 2009 bei einer Kundenbetreuerin der X. (UK)_____-Ltd. durch Vermittlung von A._____- zustande gekommen. A._____- war indessen kein unabhängiger Vermittler, sondern CFO einer anderen Gesellschaft der Y._____-Gruppe. Er verlangte und erhielt für die Vermittlung der Kundenbeziehung und verschiedener ertragreicher Transaktionen mit diesen Vermögen ungewöhnlich hohe Vermittlungsgebühren. Die Vermittlungsgebühren waren in Prozenten der von den Töchtern der Beschwerdeführerin 1 erzielten Erträge auf den bei ihr angelegten Vermögenswerten vereinbart. So erhielt A._____- insbesondere Provisionen von 80 % beziehungsweise 70 % auf der Kommission der Beschwerdeführerin 2 und einer anderen Tochter der Beschwerdeführerin 1, die diese im Jahr 2010 mit verschiedenen Währungswechseln auf grösseren Vermögenswerten verdienten. Der jeweils angewandte Kurs lag dabei wesentlich über dem bei der betreffenden Bank üblichen Tageskurs für

Summen dieser Grössenordnung, so dass die Kommission der Bank die für derartige Geschäfte übliche Kommission um ein Mehrfaches überstieg. Der einzelzeichnungsberechtigte Direktor der Kundin stimmte diesen Kursen jeweils zu und schien in den vorgängigen Verhandlungen an einer möglichst hohen Kommission interessiert zu sein. Wie die Vorinstanz in ihrer Verfügung ausführt, hatte sich in diesem Fall die dem Vermittlergeschäft innewohnende Gefahr eines Zusammenwirkens von Bank und Vermittler auf Kosten des Kundenvermögens manifestiert; das Vorgehen entsprach einem Muster, wie es in klassischen Korruptionsfällen angewandt wird, indem Leistungen künstlich überhöht dem Kunden verrechnet werden, um daraus nicht gebührende Vorteile an Angestellte oder Beauftragte des Kunden zu leisten, die im Vorfeld für die Auftragsvergabe gesorgt hatten.

E. 5.5.4

Ob, beziehungsweise inwieweit die Berechnung des einzuziehenden Gewinns durch die Vorinstanz und die dieser zugrundeliegenden Überlegungen rechtskonform sind, kann vorliegend offengelassen werden. Relevant für den vorliegenden Fall ist einzig, dass der Gewinn, den die Vorinstanz einziehen will, unbestrittenermassen ausschliesslich aus der Kundenbeziehung der Töchter der Beschwerdeführerin 1 mit verschiedenen Gesellschaften der Y._____-Gruppe, insbesondere mit der Y.2_____ Ltd. und der Y.3_____ Ltd., stammt, und dass dieser Gewinn, soweit er rechtswidrig erzielt worden ist, mit einem entsprechenden Vermögensschaden dieser Kunden korreliert.

E. 5.6

Da dies vorliegend der Fall ist, vermindern allfällige Zahlungen der Beschwerdeführerin 1 an die betreffenden Kunden, die zum Ausgleich dieses Vermögensschadens erfolgt sind, den für die Einziehung massgebenden Gewinn. Im Umfang dieser Zahlungen hat daher keine nochmalige Abschöpfung durch Einziehung zu erfolgen.

E. 5.7

Gestützt auf das "Settlement Agreement" bezahlte die X. (UK)_____ Ltd. im eigenen Namen und im Namen der anderen Unternehmen der X._____-Gruppe der Y.2_____ Ltd. sowie der Y.3_____ Ltd. eine Vergleichssumme von Fr. 5'228'334.76. Die Zahlung ist belegt und wird von der Vorinstanz nicht bestritten. Diese Summe ist höher als der von der Vorinstanz errechnete Gewinn von Fr. 5'043'964.85. Damit verbleibt kein Gewinn mehr, den die Vorinstanz einziehen könnte.

E. 5.8

Auf die Frage, ob beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen auch eine allfällige "penalty" oder "fine" der FCA ganz oder teilweise anrechenbar wäre, braucht daher im vorliegenden Fall nicht eingegangen zu werden.

E. 5.9

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 erweist sich daher als begründet. Soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, ist sie daher gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist ersatzlos aufzuheben.

E. 6.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin 1 als obsiegend. Einer obsiegenden Partei können nur Verfahrenskosten auferlegt werden, die sie durch

Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht hat (Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG). Im vorliegenden Fall argumentierte die Beschwerdeführerin 1 zwar, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unter Verletzung der Untersuchungsmaxime unvollständig festgestellt, weil sie sich zwar erkundigt habe, ob gerichtlich festgestellte oder beidseits anerkannte zivilrechtliche Geschädigtenforderungen bestünden, es aber unterlassen habe, weitere Nachforschungen bezüglich drohender Geschädigtenforderungen vorzunehmen. Klarerweise wäre es indessen vielmehr Sache der Beschwerdeführerinnen gewesen, im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht (Art. 13 VwVG) die Vorinstanz von sich aus über die Vergleichsverhandlungen zu informieren, damit das Ergebnis dieser Verhandlungen noch im erstinstanzlichen Verfahren hätte berücksichtigt werden können. Zwar ist nicht anzunehmen, dass die Vorinstanz auf eine entsprechende Mitteilung hin bereit gewesen wäre, ihr Verfahren beliebig lange zu sistieren, da die Möglichkeit, eine Einziehung des durch die Währungstransaktionen im August und November 2010 erzielten Gewinns zu verfügen, im August beziehungsweise November 2017 verjährt wäre, doch hätte die Beschwerdeführerin 1, sofern ein Vergleich nicht rechtzeitig vorher hätte abgeschlossen werden können, den Antrag stellen können, dass die konkret absehbare Zahlung an die Geschädigten mit einem entsprechenden Vorbehalt in der Einziehungsverfügung berücksichtigt werde (vgl. BGE 117 IV 107 E. 2.b), statt Lösungsvorschläge für diese Problematik erstmals im Beschwerdeverfahren vorzubringen. Andererseits ist auch zu berücksichtigen, dass das Rechtsmittelverfahren ohne relevanten Aufwand für das Gericht hätte abgeschrieben werden können, wenn die Vorinstanz ihre Verfügung in Wiedererwägung gezogen hätte, nachdem sie von der Schadenersatzzahlung an die Geschädigten Kenntnis erhalten hatte. Der Beschwerdeführerin 1 sind daher reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen.

E. 6.2

Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin 2, auf deren Beschwerde nicht eingetreten wird, gilt als vollständig unterliegend, wobei allerdings der geringe Aufwand für den diesbezüglichen Entscheid zu berücksichtigen ist (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

E. 7

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Die Beschwerdeführerinnen waren im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten und haben mit Eingabe vom 15. März 2019 eine Kostennote eingereicht, worin sie, ausgehend von einem Aufwand von insgesamt rund 207 Stunden, ein Honorar von Fr. 64'955.60 geltend machen. Auch wenn die Beschwerdeführerinnen ihre Rechtsvertreter gemeinsam mandatiert haben, können ihnen die Kosten in Bezug auf die Frage des Parteikostenersatzes nicht einfach je zur Hälfte angerechnet werden. Massgebend ist vielmehr, dass die vorgebrachte Argumentation im Wesentlichen eine gemeinsame war und der Mehraufwand für die Vertretung nicht nur der Beschwerdeführerin 1, sondern auch der Beschwerdeführerin 2 daher als vernachlässigbar

einzustufen ist. Art. 64 VwVG enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung, wonach beim Parteikostenentscheid vom Grundsatz des Obsiegens und Unterliegens abgewichen werden kann, sofern die obsiegende Partei ihre Parteikosten durch die Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht hat, wie dies Art. 63 Abs. 3 VwVG für die Verfahrenskosten vorsieht. Praxisgemäss ist dies indessen trotzdem zulässig, sofern der obsiegenden Partei vorzuwerfen ist, dass sie sich durch ihr Verhalten einen erheblichen Anteil der entstandenen Kosten selber zuzuschreiben haben, so dass diese insoweit nicht als notwendig gelten können (BGE 131 II 200 E. 7.3; Marcel Maillard, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 64 N. 29). Wie dargelegt (E. 6 hievor), hat die Beschwerdeführerin 1 die ihr obliegenden Mitwirkungspflichten im vorinstanzlichen Verfahren verletzt, indem sie die Vorinstanz über die laufenden Vergleichsverhandlungen nicht informiert hat. Angesichts der Argumentationsweise und des Verhaltens der Vorinstanz in diesem Beschwerdeverfahren kann allerdings auch nicht mit Sicherheit gesagt werden, dass das Rechtsmittelverfahren sich erübrigt hätte, wenn die Beschwerdeführerin 1 ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen wäre. Dieser gewissen Unsicherheit in Bezug auf den hypothetischen Kausalverlauf ist insofern Rechnung zu tragen, als der der Beschwerdeführerin 1 zuzusprechende Parteikostenersatz lediglich zu reduzieren ist.

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