

# **BGer 2C 384/2014 vom 7. August 2014**

Bundesgericht, 2014-08-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_384\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_384_2014)

FR: TF 2C 384/2014 du 7 août 2014

IT: TF 2C 384/2014 del 7 agosto 2014

## **Regeste**

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen, Liquidation, Konkursöffnung und Werbeverbot; Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung | Wirtschaft

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts ist grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ). Die FINMA ist zur Beschwerde legitimiert ( Art. 54 Abs. 2 FINMAG i.V.m. Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG ; BGE 137 II 431 nicht publ. E. 1.2).

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht hat die aufschiebende Wirkung in Bezug auf Ziff. 2 (Auflösung der Beschwerdegegnerin und Anordnung der Liquidation), 6 (Entzug der Vertretungsbefugnis), 7 (Eintrag im Handelsregister) und 8 (Auferlegung der Liquidationskosten an die Beschwerdegegnerin) der Verfügung der FINMA wieder hergestellt, nicht aber bezüglich der Ziff. 3 (Einsetzung eines Liquidators) sowie 4 und 5 (strafbewehrtes Verbot der bisherigen Organe der Beschwerdegegnerin, ohne Zustimmung des Liquidators Rechtshandlungen vorzunehmen sowie Pflicht, dem Liquidator Informationen und Zugang zu den Räumlichkeiten zu gewähren). Die FINMA beantragt im (Haupt- und Eventual-) begehren 1 Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nur hinsichtlich der Ziffer 8 (Kostenauflegung). Sie wehrt sich also nicht dagegen, dass die aufschiebende Wirkung bezüglich der Ziff. 2, 6 und 7 bestehen bleibt, beantragt jedoch im (Haupt- und Eventual-) begehren 2 eine Klärung der Funktion des Beauftragten.

### **E. 1.3**

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid, der nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 oder 93 Abs. 1 BGG anfechtbar ist. Die FINMA macht einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ) geltend. Es muss sich dabei um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln ( BGE 133 III 629 E. 2.3.1 S. 632; 133 IV 139 E. 4 S. 140 f.). Er muss sich auf den Streitgegenstand (vorne E. 1.2) beziehen. Massgebend ist, ob der Nachteil auch mit einem günstigen Entscheid in Zukunft nicht behoben werden kann ( BGE 139 V 42 E. 3.1 S. 47; 138 III 333 E. 1.3.1 S. 335 ; 135 I 261 E. 1.2 S. 263). Die Möglichkeit eines solchen Nachteils genügt ( BGE 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382; 134 III 188 E. 2.1 S. 191). Der blosser Umstand, zu einer Geldleistung verpflichtet zu werden, stellt für sich allein keinen solchen Nachteil dar ( BGE 138 III 333 E. 1.3.1 S. 335), ausser wenn die finanzielle Lage des (vorläufig) Kostenpflichtigen so kritisch ist, dass ihm durch die Kostentragung ernsthafte Schwierigkeiten oder gar der Konkurs drohen (

BGE 136 II 370 E. 1.5 S. 374; Urteil 5A\_708/2013 vom 14. Mai 2014 E. 1.1). Im Strafverfahren wird ein nicht wieder gutzumachender Nachteil angenommen, wenn durch den Zwischenentscheid die Fortführung des Verfahrens erschwert oder gar vereitelt werden kann ( BGE 137 IV 237 E. 1.1 S. 239 f.).

#### **E. 1.4.1**

Die FINMA erblickt einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darin, dass die vom Bundesverwaltungsgericht getroffenen Anordnungen im Widerspruch zur gesetzlichen Konzeption stünden und zu einem hohen Mass an Unsicherheit während der Dauer des Beschwerdeverfahrens führten. Es sei widersprüchlich, einerseits in Bezug auf die Anordnung der Liquidation (Ziff. 2 der Verfügung der FINMAG) die aufschiebende Wirkung wieder herzustellen, nicht aber in Bezug auf die Einsetzung eines Liquidators (Ziff. 3), da ein Liquidator nur dann eingesetzt werden könne, wenn eine Liquidation vorzunehmen sei.

#### **E. 1.4.2**

Zutreffend ist, dass die Einsetzung eines Liquidators eine Liquidation voraussetzt und dass die Funktionen des Untersuchungsbeauftragten ( Art. 36 FINMAG ) und des Liquidators ( Art. 23quinquies des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [Bankengesetz, BankG; SR 952.0] ) zu unterscheiden sind. Davon geht aber auch das Bundesverwaltungsgericht aus: In Ziff. 2 seines Zwischenentscheids legt es fest, dass "der Untersuchungsbeauftragte und allfällige künftige Liquidator" ermächtigt bleibe, allein für die Gesellschaft zu handeln. Der Beauftragte ist damit klarerweise nicht als Liquidator tätig, sondern in Weiterführung seines Mandats als Untersuchungsbeauftragter gemäss superprovisorischer Verfügung der FINMA vom 30. Mai 2013. Zwar trifft zu, dass der mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung verbundene vorläufige Zustand mit dem instanzabschliessenden Entscheid ohne weiteres dahinfällt ( BGE 129 V 370 E. 4.3 S. 375). Doch galt vorliegend die genannte superprovisorische Verfügung vom 30. Mai 2013 bis zum Entscheid der FINMA vom 13. Dezember 2013, zumal einer allfälligen Beschwerde gegen das verfügte Superprovisorium die aufschiebende Wirkung entzogen worden war (vgl. vorne lit. A.a). Auf Beschwerde gegen die Verfügung vom 13. Dezember 2013 hin hat dann das Bundesverwaltungsgericht in Ziff. 2 des angefochtenen Zwischenentscheids der Sache nach angeordnet, was aufgrund der superprovisorischen Verfügung galt; die dort getroffenen Anordnungen bleiben daher weiterhin grundsätzlich anwendbar. Insoweit stimmen denn auch die Anordnungen in Ziff. 3-5 der Verfügung vom 13. Dezember 2013 mit den Ziff. 2 und 6 der superprovisorischen Verfügung überein (vgl. auch E. 5.2 und 7.1 des angefochtenen Zwischenentscheids). Missverständlich ist allenfalls, dass in den Ziff. 3 und 5 der Verfügung vom 13. Dezember 2013, die gemäss angefochtenem Entscheid vollstreckbar sind, der Beauftragte als "Liquidator" bezeichnet wird; darin erblickt die FINMA den Widerspruch. Dies ist aber eine formalistische Betrachtung: Aus dem angefochtenen Zwischenentscheid ergibt sich insgesamt klar, dass der Beauftragte weiterhin als Untersuchungsbeauftragter und nicht als Liquidator tätig ist. Eine Rechtsunsicherheit, welche den weiteren Fortgang des Verfahrens in rechtlich erheblicher Weise erschweren oder vereiteln könnte, ist nicht ersichtlich; sie ergibt sich auch nicht aus der Anordnung in Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids, wonach der Beauftragte soweit erforderlich und tunlich in Absprache mit den Organen der Gesellschaft zu handeln habe. Nach dem klaren Sinn dieser Anordnung bedeutet "Absprache" eine blosser Konsultation, aber nicht ein Einvernehmen zwischen Beauftragtem und Organen, zumal in Ziff. 2

ausdrücklich bestätigt wird, dass der Beauftragte weiterhin "allein" für die Gesellschaft handeln und verfügen kann.

#### **E. 1.5.1**

Hinsichtlich der Ziff. 8 der Verfügung vom 13. Dezember 2013 (Kostenvorschuss) erblickt die FINMA einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darin, dass nicht klar sei, wie und ob der Beauftragte dereinst entschädigt werde. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beauftragte deshalb sein Mandat niederlege mit der Folge, dass die Gesellschaft handlungsunfähig werde.

#### **E. 1.5.2**

Diese Bedenken sind unbegründet: Die streitige Ziff. 8 der Verfügung betrifft die Kosten der Liquidation. Solche Kosten können logischerweise nicht erhoben werden, solange die Anordnung der Liquidation infolge aufschiebender Wirkung der dagegen erhobenen Beschwerde nicht vollstreckbar ist. Der Beauftragte ist stattdessen während der Dauer des Beschwerdeverfahrens weiterhin als Untersuchungsbeauftragter tätig und wird nach den dafür geltenden Regeln ( Art. 36 Abs. 4 FINMAG ) entschädigt, wie dies in Ziff. 9 der (insoweit nach wie vor geltenden, vorne E. 1.4.2) superprovisorischen Verfügung vom 30. Mai 2013 angeordnet wurde.

#### **E. 1.6**

Liegt somit kein nicht wieder gutzumachender Nachteil vor, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

#### **E. 2**

Die FINMA trägt keine Kosten ( Art. 66 Abs. 4 BGG ), hat aber der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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