

BVGer B-3145/2022 vom 30. Mai 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-05-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3145_2022

FR: TAF B-3145/2022 du 30 mai 2023

IT: TAF B-3145/2022 del 30 maggio 2023

Regeste

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

Erwägungen

E. 1.1

Der Entscheid der Vorinstanz vom 29. Juni 2021 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 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 gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die unter anderem von Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegend von der FINMA erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]). Ein Ausschlussgrund (Art. 32 VGG) liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung zuständig.

E. 1.2

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen und ist Verfügungsadressat. Er ist durch die ihn selbst betreffenden Feststellungen und Anordnungen im angefochtenen Entscheid offensichtlich berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Er ist daher insoweit zur Beschwerdeführung legitimiert.

E. 1.3

Eine Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Es ist unbestritten und aktenmässig erstellt, dass die Verfügung vom 29. Juni 2021 dem Beschwerdeführer am 5. Juli 2021 eröffnet wurde. Die Beschwerdefrist endete demnach am 6. September 2021. Der Beschwerdeführer behauptet auch gar nicht, er habe die Beschwerdefrist eingehalten, noch ersucht er um eine Fristwiederherstellung. Die Beschwerdefrist ist somit offensichtlich nicht eingehalten.

E. 1.4

Auf das Hauptbegehren des Beschwerdeführers auf Aufhebung der Verfügung vom 29. Juni 2021 ist daher nicht einzutreten.

E. 2

In seinem Eventualbegehren beantragt der Beschwerdeführer, es sei festzustellen, dass die Verfügung der Vorinstanz vom 29. Juni 2021 nichtig sei. Er macht geltend, die Verfügung weise einen tiefgreifenden und wesentlichen Mangel auf, der für die Vorinstanz ohne Weiteres erkennbar gewesen sei. Sein rechtliches Gehör sei in verschiedener Hinsicht verletzt worden. Ihm sei zwar Gelegenheit gegeben worden, zum Untersuchungsbericht Stellung zu nehmen, doch habe die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung seine Stellungnahme in keiner Weise berücksichtigt. Insbesondere habe sie nicht gewürdigt, dass er keine Ahnung von den Machenschaften von Y. _____ gehabt habe. Sein rechtliches Gehör sei auch verletzt, weil die Vorinstanz nicht begründet habe, weshalb sie ihm vorwerfe, Publikumseinlagen entgegen genommen zu haben, obwohl er dies nachweislich nicht getan habe. Auch sei ihm nie die Möglichkeit offeriert worden, an Beweiserhebungen teilzunehmen. Ferner sei vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung nicht erwähnt worden, dass er Einsicht in die Akten nehmen könne, womit die Vorinstanz ihrer Aufklärungspflicht ihm gegenüber, der rechtlich nicht vertreten gewesen sei, nicht rechtsgenügend nachgekommen sei. Die Vorinstanz habe ihm auch nicht vor Erlass der Verfügung angedroht, dass er Kosten in der Höhe von Fr. 100'000.- solidarisch mit der Gesellschaft und Y. _____ übernehmen müsse. Mangels Aufklärung habe er nicht adäquat zu den Vorwürfen und dem Verfahren Stellung nehmen können. Überdies sei nicht berücksichtigt worden, dass er es gewesen sei, der, zusammen mit der Revisionsstelle, mit E-Mail vom 21. April 2020 die Vorinstanz auf die mutmasslich unzulässigen Publikumseinlagen hingewiesen habe. Es sei stossend, dass ihm dennoch Kosten auferlegt würden. Die Vorinstanz habe in keiner Weise die Gründe geprüft, die zu einem Erlass der Kosten hätten führen müssen, was einen weiteren wesentlichen Mangel darstelle. Ferner habe die Vorinstanz die Festsetzung der Verfahrenskosten von Fr. 50'000.- nicht begründet. Die von der Vorinstanz erbrachten Leistungen seien nicht bekannt. Eine detaillierte Zusammenstellung der Leistungen fehle. Der Zeitaufwand sei nirgends belegt. Die Verfügung leide auch deshalb an einem tiefgreifenden Mangel. Auch die Untersuchungskosten seien in keiner Weise belegt. Der Beschwerdeführer habe sich vor Erlass der Verfügung nicht zu den Kosten äussern können und wisse mangels Begründung der Kosten (detaillierte Zusammenstellung der Aufwände) und mangels Zustellung der Honorarnote für die Untersuchungskosten nicht, wie diese sich zusammensetzten. Eine Gleichbehandlung des Beschwerdeführers mit Y. _____ verstosse zudem gegen das Gleichheitsgebot. Sodann müssten die Verfahrenskosten dem Äquivalenzprinzip entsprechen. Dessen Einhaltung könne aber nicht geprüft werden, wenn der Betroffene keine Ahnung habe, wie sie sich zusammensetzten. Die Verfügung sei damit mit einem tiefgreifenden und wesentlichen Mangel behaftet, der leicht erkennbar gewesen sei. Die vom Bundesgericht in BGE 117 Ia 202 E. 8 genannten Voraussetzungen für die Nichtigkeit einer Verfügung seien daher erfüllt. Die Vorinstanz macht dagegen geltend, die Ausführungen des Beschwerdeführers seien unzutreffend. Er habe als ehemaliger Verwaltungsrat im Rahmen der Untersuchung durch die Untersuchungsbeauftragte mehrfach die Möglichkeit gehabt, seinen Standpunkt darzulegen, insbesondere auch anlässlich des Interviews vom 24. September 2020. Sie habe ihm die Eröffnung des Verfahrens gegen ihn am 2. Februar 2021 angezeigt, ihm den Bericht des Untersuchungsbeauftragten samt Beilagen zugestellt und ihn auf seine Rechte und Pflichten im Verfahren aufmerksam gemacht, wozu insbesondere auch die Kostentragungspflicht im Verfahren gehöre. Der Beschwerdeführer habe sein Recht auf Stellungnahme in der Folge wahrgenommen und seine Ausführungen seien in der angefochtenen Verfügung

berücksichtigt worden. Damit sei das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers gewährleistet. Die Vorinstanz habe namentlich unter Berücksichtigung der Mitwirkung des Beschwerdeführers dessen massgeblichen Beitrag an die unerlaubte Tätigkeit der Gesellschaft ermittelt und dies in der angefochtenen Verfügung hinreichend substantiiert. Die Verfügung leide damit weder an einem Mangel noch liege ein Nichtigkeitsgrund vor. Es lägen auch keine Revisionsgründe vor, sollte der Beschwerdeführer solche sinngemäss geltend machen.

E. 2.1

Gemäss ständiger Rechtsprechung sind fehlerhafte Verwaltungsakte in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig. Fehlerhafte Entscheide sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (wie beispielsweise der Umstand, dass der Betroffene keine Gelegenheit hatte, am Verfahren teilzunehmen). Die Nichtigkeit eines Entscheides ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten (BGE 145 IV 197 E. 1.3.2; 144 IV 362 E. 1.4.3; 138 II 501 E. 3.1; 137 I 273 E. 3.1; 132 II 342 E. 2.1; 129 I 361 E. 2, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 1098). So wurde etwa in Bezug auf ein Vaterschaftsurteil, das ergangen war, ohne dass der Beklagte vom Prozess Kenntnis erhielt und ohne dass die Vor-aussetzungen für ein Säumnisurteil erfüllt gewesen wären, eine derart schwerwiegende Verletzung der Parteirechte festgestellt, dass dies die Nichtigkeit zur Folge hatte (BGE 129 I 361 E. 2.2). Auch eine von der kantonalen Steuerbehörde vorgenommene endgültige Ermessensveranlagung, welche erlassen wurde, ohne dass dem Steuerpflichtigen eine Steuererklärung zugestellt wurde, wurde als nichtig eingestuft (BGE 137 I 273 E. 3.4; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1111, 1118). Im Verwaltungsrecht gilt eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs zwar als gravierender Rechtsfehler, aber gleichwohl regelmässig nicht als Nichtigkeitsgrund (BGE 129 I 361 E. 2.1; Urteile des BGer 8C_533/2020 vom 25. November 2020 E. 7.2; 8C_1065/2009 vom 31. August 2010 E. 4.2.4; 2P.104/2004 vom 14. März 2005 E. 6.4.1). Inhaltliche Mängel haben in der Regel nur die Anfechtbarkeit der Verfügung zur Folge (BGE 138 II 501 E. 3.1; 137 I 273 E. 3.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1128). Nur ausnahmsweise kann auch eine schwerwiegende materiellrechtliche Fehlerhaftigkeit zur Nichtigkeit führen (BGE 137 I 273 E. 3.1; BVGE 2008/8 E. 6.2 mit Hinweisen; Markus Müller, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 5 Rz. 26), insbesondere wenn die zwingenden Normen des Völkerrechts und die notstandfesten Garantien der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verletzt sind (vgl. BGE 136 II 415 E. 3.2; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 31 Rz. 835). Wird zum Beispiel eine Steuer einer Erbengemeinschaft überbunden, die gemäss dem massgeblichen Steuergesetz gar nicht Steuersubjekt sein kann, so ist die Steuerverfügung nichtig (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1130). Die Veranlagung einer verjährten Steuerforderung dagegen ist nicht nichtig, sondern anfechtbar (BGE 133 II 366 E. 3.4). Eine nachträgliche Verfügung einer Verwaltungsbehörde ist nichtig, wenn sie

mit dem Dispositiv eines noch nicht in Rechtskraft erwachsenen Entscheides einer gerichtlichen Behörde, die in der gleichen Sache befunden hat, in materiellem Widerspruch steht (BGE 109 V 234 E. 2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1131 f.).

Betreibungshandlungen, die nach Konkursöffnung vorgenommen wurden, sind nichtig, weil sie gegen eine Regelung verstossen, welche geradezu die Essenz des schweizerischen Konkurswesens darstellt (Urteil des BGer 5A_828/2011 vom 13. April 2012 E. 3.3).

E. 2.2

Aktenkundig und unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer von der Vorinstanz darüber informiert wurde, dass diese ein gemeinsames Enforcementverfahren gegen die Z. _____ AG, Y. _____ und ihn selbst führte, dass er Einsicht in den Untersuchungsbericht erhielt und dass er dazu Stellung nehmen konnte. Unbestritten ist ferner, dass er die Vorinstanz weder um ergänzende Informationen über das Verfahren ersuchte, welche die Vorinstanz ihm nicht oder in unzutreffender oder irreführender Weise gegeben hätte, noch dass er von der Vorinstanz weitere Akteneinsicht verlangte, die ihm verweigert worden wäre.

Gehörsverletzungen, welche nicht ohne Weiteres in einem Rechtsmittelverfahren heilbar wären, macht der Beschwerdeführer keine geltend. Dass die Vorinstanz seine Vorbringen als weniger relevant einstufte als er selbst und dass er die Begründung der Verfügung als mangelhaft erachtet, liegt offensichtlich primär daran, dass der Entscheid nicht seiner subjektiven Rechtsauffassung entsprechend ausgefallen ist. Von offenkundigen und schwerwiegenden Gehörsverletzungen kann diesbezüglich keine Rede sein, vielmehr sind die entsprechenden Rügen des Beschwerdeführers als rein appellatorische Kritik in der Sache einzustufen. Materielle Fehler können, wie dargelegt, nur in Ausnahmefällen zur Nichtigkeit führen. Prima facie scheint der Entscheid der Vorinstanz vom 29. Juni 2021 in materieller Hinsicht der ständigen Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu entsprechen. Der Beschwerdeführer hat jedenfalls nicht substantiiert, dass beziehungsweise in welcher Weise der Entscheid dieser ständigen Praxis krass widersprechen sollte. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten formellen und materiellen Rügen sind daher nicht geeignet, den Entscheid der Vorinstanz vom 29. Juni 2021 als nichtig erscheinen zu lassen. Vielmehr hätte er seine, als rein appellatorisch einzustufende, Kritik im Kontext einer fristgerecht erhobenen Beschwerde geltend machen müssen.

E. 2.3

Das Eventualbegehren des Beschwerdeführers auf Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung der Vorinstanz vom 29. Juni 2021 erweist sich daher als offensichtlich unbegründet.

E. 3

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

E. 4

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 VwVG; Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

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