

# **BVGer B-5877/2011 vom 16. Februar 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-02-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5877\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5877_2011)

FR: TAF B-5877/2011 du 16 février 2012

IT: TAF B-5877/2011 del 16 febbraio 2012

## **Regeste**

Finanzmarktaufsicht (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit voller Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind.

#### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz (vgl. Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 und 33 Bst. e des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]). Als Verfügung gilt die Anordnung einer Behörde, mit der im Einzelfall ein Rechtsverhältnis in einseitiger und verbindlicher Weise gestützt auf öffentliches Recht geregelt wird (vgl. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Die ausdrückliche Bezeichnung als Verfügung ist dabei nicht erforderlich (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 16 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/ Basel/Genf 2010, Rz. 884). Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist das Schreiben der Vorinstanz vom 30. Mai 2011, mit welchem diese dem Rechtsvertreter der KG VIII mitteilte, dass sie die KG VIII und die KG IX nunmehr als operativ und daher nicht mehr unter das Kollektivanlagengesetz fallend einstufe und daher das aufsichtsrechtliche Verfahren gegen die KG VIII und die KG IX per 31. Mai 2011 einstelle. Das Schreiben ist weder als Verfügung bezeichnet noch enthält es eine Rechtsmittelbelehrung. Indessen weist das Schreiben die Definitionsmerkmale einer Verfügung auf. So bezieht sich die Vorinstanz darin auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 11. Mai 2011 und entspricht diesem Gesuch. In Erwägung 3 "Verfahrensabschluss" des Schreibens legt die Vorinstanz fest, dass das Verfahren der FINMA mit Bezug auf die KG VIII und KG IX per Dienstag, 31. Mai 2011, eingestellt und das Mandat der Untersuchungsbeauftragten der KG VIII bzw. der Liquidatorin der KG IX, der X. \_\_\_\_\_ AG, auf diesen Zeitpunkt hin beendet werde. Die Vorinstanz nimmt insofern eine verbindliche Anordnung vor. Demnach ist mit Bezug auf das Schreiben der Vorinstanz vom 30. Mai 2011 von einer Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG und damit von einem zulässigen Anfechtungsobjekt auszugehen. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen 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).

#### **E. 1.2.1**

Der Beschwerdeführer ist nicht Verfügungsadressat und nahm am vorinstanzlichen Verfahren nicht teil. Es ist jedoch aktenkundig, dass er sowohl schriftlich wie auch mündlich versuchte, sich in das vorinstanzliche Verfahren einzubringen, dass die Vorinstanz ihm aber vor Erlass der angefochtenen Verfügung keinerlei Auskunft über den Stand des Verfahrens und keine Möglichkeit gab, sich am Verfahren zu beteiligen. Er ist daher offensichtlich formell beschwert.

#### **E. 1.2.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die vorliegend angefochtene Verfügung würde den beiden Kommanditgesellschaften gestatten, auf unbestimmte Zeit weiter einen Hotelbetrieb zu führen, was die Möglichkeit beinhalte, dass diese Tätigkeit in einem Konkurs enden könnte, der seine Haftung auslösen würde. Würden sie dagegen im gegenwärtigen Zeitpunkt liquidiert oder in eine andere Rechtsform überführt, so wäre seine Haftbarkeit ausgeschlossen, weil sie zur Zeit noch nicht überschuldet seien. Als unbeschränkt haftender Komplementär der KG VIII und der KG IX ist der Beschwerdeführer grundsätzlich durch alle Verfügungen betroffen, welche zu einer Überschuldung dieser Kommanditgesellschaften führen könnten (vgl. dazu auch den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3987/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 3). Ob diesbezüglich ein genügend enger kausaler Zusammenhang zwischen der vorliegenden Verfügung, mit der das aufsichtsrechtliche Verfahren gegenüber den beiden Kommanditgesellschaften eingestellt wird, und der Wahrscheinlichkeit einer Überschuldung der beiden Gesellschaften vorliegt, ist zumindest bezüglich der KG IX fraglich. Die Frage kann indessen letztlich offen bleiben.

#### **E. 1.3**

Die Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat dabei den Beweis zu erbringen, dass er die Rechtsmittelfrist eingehalten hat, während den Behörden die objektive Beweislast für die Tatsache sowie den Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung obliegt (BGE 124 V 402 E. 2a m.w.H.; vgl. Stefan Vogel, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N. 8 zu Art. 50 VwVG).

#### **E. 1.3.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe die Verfügung vom 30. Mai 2011 erstmals am 23. September 2011, anlässlich der Akteneinsicht im Verfahren B-3987/2011 vor dem Bundesverwaltungsgericht zu Gesicht bekommen. Er habe zwar bereits am 15. Juni 2011 bei der Vorinstanz ein Gesuch um Akteneinsicht gestellt, auf das die Vorinstanz aber nicht reagiert habe. In der Folge habe er zwar durch das Handelsregisteramt N.\_\_\_\_\_ Akteneinsicht erhalten und dabei Kenntnis erhalten davon, dass die Vorinstanz eine neue Geschäftsführerin für die KG VIII und die KG IX eingesetzt habe. Auch nachdem er die beiden diesbezüglichen Verfügungen der Vorinstanz am 14. Juli 2011 mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten habe, sei er von der Vorinstanz über das

Schreiben vom 30. Mai 2011 nicht orientiert worden. In deren Vernehmlassung sei es nicht erwähnt worden. Durch die blosser Kenntnis der möglichen Existenz einer Verfügung könne keine Frist ausgelöst werden. Die Frist werde erst ausgelöst, wenn der Betroffene vom Inhalt der Verfügung Kenntnis habe. Dies sei aber im vorliegenden Fall erst anlässlich der im Rahmen des Beschwerdeverfahrens B-3987/2011 vorgenommenen Akteneinsichtnahme vom 23. September 2011 geschehen. Die dreissigtägige Beschwerdefrist sei daher gewahrt.

### **E. 1.3.2**

Aus einer mangelhaften bzw. fehlenden Eröffnung einer Verfügung darf der betroffenen Partei kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG). Wird die Verfügung nicht allen Parteien eröffnet, so vermag sie ihre Rechtswirkungen zumindest vorläufig nicht voll zu entfalten, denn der Eröffnungsmangel darf die Beschwerdemöglichkeiten des übergebenen Adressaten nicht beeinträchtigen. Ein Rechtsmittel ist daher immer noch innerhalb der ordentlichen Frist seit dem Zeitpunkt, in dem von der Verfügung Kenntnis genommen werden kann, möglich. Eine mangelhaft eröffnete Verfügung wird nach dem Vertrauensgrundsatz erst dann unanfechtbar, wenn dem übergebenen Verfügungsadressaten nach den gesamten Umständen übermässig langes Zuwarten zur Last fällt. Es ist ihm zuzumuten, dafür besorgt zu sein, den Inhalt der Verfügung in Erfahrung zu bringen, wenn er einmal von der ihn berührenden Verfügung Kenntnis erhalten hat (BGE 107 Ia 76 E. 4a). Er darf nach dem Grundsatz von Treu und Glauben den Zeitpunkt des Beginns des Fristenlaufs nicht beliebig hinauszögern, wenn er einmal von der ihn betreffenden Verfügung Kenntnis erhalten hat, sondern er hat sich nach dem Inhalt der entsprechenden Verfügung zu erkundigen, sobald "Anzeichen" für den Erlass einer Verfügung vorliegen (vgl. BGE 107 Ia 72 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 1P.763/2006 vom 26. März 2007 E. 3.3 m.w.H).

### **E. 1.3.3**

Aus dem Eintrag im Handelsregister des Kantons K. \_\_\_\_\_ geht ausdrücklich hervor, dass die KG IX seit dem 27. Juni 2011 nicht mehr als "Kommanditgesellschaft in Liquidation", sondern wieder als "Kommanditgesellschaft" eingetragen war, dass die X. \_\_\_\_\_ AG als Liquidatorin gelöscht war und dass seit diesem Datum auch keine andere Beauftragte der FINMA mehr eingetragen war. Dieser Eintrag war dem Beschwerdeführer nachweislich bekannt, hat er den entsprechenden Auszug doch am 12. Juli 2011 ausgedruckt und als Beilage mit seiner Beschwerde vom 14. Juli 2011 im Verfahren B-3987/2011 eingereicht. In dieser Beschwerde führt der Beschwerdeführer auch wörtlich aus: "Offenbar hat die FINMA die KG IX aber nicht liquidiert, sondern B. \_\_\_\_\_ auch mit Bezug auf diese Gesellschaft als Geschäftsführerin eingesetzt (...). Damit hat die FINMA ihre eigene Verfügung im Ergebnis in Wiedererwägung gezogen, ohne aber ein entsprechendes förmliches Verfahren (ein Wiedererwägungsverfahren) durchzuführen." (Beschwerde vom 14. Juli 2011, Ziff. IV.5.c, S. 28). Diese Formulierung zeigt, dass der Beschwerdeführer bereits Mitte Juli 2011 aufgrund des Handelsregistereintrags realisiert hatte, dass die von ihm im vorliegenden Verfahren angefochtene Verfügung in Bezug auf die KG IX in der Zwischenzeit und ohne rechtliches Gehör ihm gegenüber oder Eröffnung an ihn faktisch erfolgt sein musste.

### **E. 1.3.4**

Auch in Bezug auf die KG VIII konnte dem Eintrag im Handelsregister des Kantons N. \_\_\_\_\_ die wesentliche Information entnommen werden, dass die X. \_\_\_\_\_ AG als

allein zeichnungsberechtigte Untersuchungsbeauftragte am 31. Mai 2011 gelöscht worden war und stattdessen B.\_\_\_\_\_ als einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführerin eingetragen worden war. Auch diesen Auszug reichte der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde vom 14. Juli 2011 im Verfahren B-3987/2011 ein. In dieser Beschwerde rügte er, die entsprechende Verfügung gegenüber dem Handelsregisteramt verstosse gegen das Urteil des Bundesgerichts, weil die Vorinstanz es unterlassen habe, die KG VIII umzustrukturieren, wie sie dies gemäss jenem Urteil hätte tun müssen ("Widerspruch zum Urteil des Bundesgerichts; unterlassene Umstrukturierung", vgl. Beschwerde Ziff. 1 und 4). Diese Rügen zeigen, dass der Beschwerdeführer bereits in jenem Zeitpunkt konkret realisiert hatte, dass dieser Handelsregistereintrag keinen Zwischenschritt im Kontext eines noch hängigen Aufsichtsverfahrens darstellte, sondern dass die Vorinstanz damit das aufsichtsrechtliche Verfahren abgeschlossen hatte, ohne dass die Umstrukturierung, die der Beschwerdeführer aufgrund der Weisungen im Urteil des Bundesgerichts erwartet hatte, vorgenommen worden wäre.

### **E. 1.3.5**

Hinzu kommt, dass dem Beschwerdeführer mit der Zwischenverfügung vom 23. August 2011 das Inhaltsverzeichnis zu den von der Vorinstanz am 19. August 2011 beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten Verfahrensakten zugestellt wurde. Dieses Inhaltsverzeichnis listet insgesamt 502 Seiten Verfahrensakten betreffend die KG VIII auf, darunter ein "Schreiben an die UB [Untersuchungsbeauftragte] i.S. Mandatsbeendigung" vom 30. Mai 2011 und ein "Abschluss schreiben an RA Hoch i.S. KG VIII und KG IX" vom 30. Mai 2011. Insbesondere die von der Vorinstanz verwendete Bezeichnung "Abschluss schreiben (...) i.S. KG VIII und KG IX" stellte in diesem Zusammenhang ein eindeutiges Indiz dar dafür, dass es sich um die vorliegend angefochtene Verfügung handeln könnte.

### **E. 1.3.6**

Der Beschwerdeführer verfügte somit spätestens nach Erhalt dieses Inhaltsverzeichnisses über genügend konkrete "Anzeichen" dafür, dass die vorliegend angefochtene Verfügung in der Form eines einfachen Schreibens erlassen worden war. Er wäre daher nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, sich umgehend um Einsicht in diese Verfügung zu bemühen. Selbst wenn die Vorinstanz seinem früheren Gesuch um Akteneinsicht nicht nachgekommen war, hatte er keinerlei Anlass zur Annahme, dass auch das Bundesverwaltungsgericht, bei dem die Vorakten sich seit dem 19. August 2011 befanden, ein entsprechendes Gesuch abschlägig beantworten würde.

### **E. 1.3.7**

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich, dass ein potentieller Beschwerdeführer den Zeitpunkt des Beginns des Fristenlaufs nicht beliebig hinauszögern darf, nachdem er einmal von der ihn betreffenden Verfügung Kenntnis erhalten hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.763/2006 vom 26. März 2007 E. 3.3 m.w.H.; BGE 107 Ia 72 E. 4a). Massgeblich für den Beginn der dreissigtägigen Beschwerdefrist ist daher nicht der 23. September 2011, an dem der Beschwerdeführer effektiv erstmals Einsicht in die angefochtene Verfügung hatte, sondern der Zeitpunkt, von dem an er Kenntnis von der Existenz der Verfügung hatte und über die Möglichkeit zur Einsicht verfügte. Diese Voraussetzungen aber waren bereits seit dem Erhalt der Zwischenverfügung vom 23. August 2011 gegeben.

### **E. 1.3.8**

Die erst am 24. Oktober 2011 eingereichte Beschwerde erweist sich somit als verspätet.

### **E. 1.4**

Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers ist demnach nicht einzutreten.

### **E. 2**

Mit Eingabe vom 24. November 2011 macht Rechtsanwalt Hoch geltend, dass er sowohl die KG VIII als auch die KG IX im vorliegenden Verfahren vertrete, und legt zwei von B.\_\_\_\_\_ namens der KG VIII bzw. der KG IX am 27. Juli 2011 unterzeichnete Vollmachten ins Recht. B.\_\_\_\_\_ wurde zwar aufgrund der Verfügungen der Vorinstanz vom 30. Mai 2011 als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift der KG IX und der KG VIII ins Handelsregister eingetragen. Wie das Bundesverwaltungsgericht indessen bereits in seinem Urteil B-3987/2011 vom 7. Dezember 2011 ausgeführt hat, entsprechen diese Einträge nicht den effektiven Vertretungsverhältnissen innerhalb der beiden Kommanditgesellschaften, weshalb B.\_\_\_\_\_ nicht befugt war, diese Vollmachten namens der KG VIII oder der KG IX zu unterzeichnen. Aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zur Unterstellungsfrage (Urteile des Bundesgerichts 2C\_571/2009 vom 5. November 2010 und des Bundesverwaltungsgerichts B-4312/2008 vom 31. Juli 2009) ergibt sich indessen, dass Rechtsanwalt Hoch befugt war, gestützt auf die 2007 von der damaligen Beiständin unterzeichnete Anwaltsvollmacht die KG VIII im Unterstellungsverfahren vor der Vorinstanz und den Rechtsmittelinstanzen zu vertreten, solange diese Vollmacht nicht widerrufen wurde. Da dies bisher offenbar nicht geschah, war er auch befugt, im Kontext der Fortführung dieses Unterstellungsverfahrens vor der Vorinstanz namens der KG VIII Anträge zu stellen, und ist nach wie vor als befugt anzusehen, die KG VIII im vorliegenden Verfahren, in dem sie aufgrund der Gutheissung jener Anträge automatisch als Beschwerdegegnerin anzusehen ist, rechtlich zu vertreten. Was dagegen die KG IX betrifft, hatte das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem - diesbezüglich in Rechtskraft erwachsenen - Urteil festgehalten, dass nur der Beschwerdeführer, nicht aber die KG VIII als Kommanditärin der KG IX befugt gewesen wäre, namens der KG IX Beschwerde zu erheben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4312/2008 vom 31. Juli 2009 E. 1.6.3). Rechtsanwalt Hoch verfügte daher über keine rechtsgültige Vollmacht, um im Verfahren vor der Vorinstanz namens der KG IX Anträge zu stellen. Aus diesem Grund ist lediglich die KG VIII, nicht aber die KG IX im vorliegenden Verfahren als Beschwerdegegnerin anzusehen.

### **E. 3**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (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]). Die Gerichtsgebühr ist für Nichteintretensentscheide praxisgemäss wesentlich niedriger anzusetzen als die Gebühr für einen materiellen Entscheid. Die Gerichtsgebühr ist daher vorliegend auf Fr. 1'000. festzulegen und mit dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

### **E. 4**

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Da im vorliegenden Verfahren keine Beschwerdeantwort eingeholt wurde, sind der Beschwerdegegnerin auch keine notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten im Sinn von Art. 64 Abs. 1 VwVG entstanden, welche die Zusprechung einer Parteientschädigung rechtfertigen würden.

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