

# Verfahrensfragen

**Eva Schneeberger, Fürsprecherin, Richterin an der  
Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts\***

\* Dieser Beitrag stellt die überarbeitete schriftliche Fassung eines an der FINMA-Juristenkonferenz 2012 gehaltenen Referats dar. Die Autorin äussert darin ihre persönliche Meinung.  
Frau Dr. iur. Beatrice Grubenmann sei herzlich gedankt für ihre wertvolle Mithilfe.

<b>Einleitung</b>	<b>72</b>
<b>1 Rechtsprechung zum Anspruch auf rechtliches Gehör</b>	<b>73</b>
1.1 Mitwirkungsrechte	73
1.1.1 Zeitpunkt	73
1.1.2 Akteneinsicht	73
1.2 Rechtsprechung zur Prüfungs- und Begründungspflicht	75
1.2.1 Prüfungstiefe und Begründungsdichte	75
1.2.2 Heilung von Verletzungen der Begründungspflicht	76
<b>2 Rechtsprechung zum Anspruch auf beförderliche Behandlung</b>	<b>77</b>
<b>3 Rechtsprechung zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz</b>	<b>78</b>
3.1 Beschwerdelegitimation und Parteistellung	79
3.1.1 Formelle Beschwer	79
3.1.2 Materielle Beschwer	79
3.1.3 Aktuelles Interesse	81
3.2 Anfechtung von Zwischenverfügungen	82
3.3 Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen	84
3.4 Anfechtung von Realakten	86
3.5 Freigabe von Mitteln	87
<b>Fazit</b>	<b>88</b>

«Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich in ständiger Praxis eine gewisse Zurückhaltung bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen, zu deren Beantwortung die sachnähere Vorinstanz besser qualifiziert ist, und gesteht dieser bei der Prüfung des Einzelfalls einen gewissen Beurteilungsspielraum zu.

Verfahrensfragen prüft es indessen stets mit voller Kognition.»

Diese Textstelle zur Kognition, wie sie das Bundesverwaltungsgericht in dieser oder einer ähnlichen Form in fast jedem Urteil verwenden könnte, drückt gleichzeitig auch eine am Bundesverwaltungsgericht weit verbreitete Selbstwahrnehmung aus: Die meisten Richter der für Finanzmarktrecht zuständigen Kammer des Bundesverwaltungsgerichts erheben nicht den Anspruch, Spezialisten auf diesem Gebiet zu sein. Alle verfügen aber über grosse Erfahrung im Verfahrensrecht. Gerade weil dem Bundesverwaltungsgericht die vertieften Spezialkenntnisse im materiellen Recht abgehen und es deshalb seine Kognition in gewissen materiellen Punkten beschränken muss, wird es als besonders wichtig erachtet, dass das Gericht jedenfalls genau überprüft, ob die angefochtene Verfügung in einem fairen und korrekten Verfahren zustande gekommen ist.

Die meisten Verfahrensbestimmungen finden sich im Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>1</sup>. Viele von diesen Bestimmungen stellen aber gleichzeitig auch eine Konkretisierung der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien, wenn nicht gar der Verfahrensgarantien<sup>2</sup> der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> dar. Wenn in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Einhaltung von Verfahrensvorschriften so grosse Wichtigkeit beigemessen wird, steht dahinter häufig die Überzeugung, dass es nicht nur um die Anwendung einzelner Gesetzesbestimmungen, sondern um die Durchsetzung der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien geht.

In der Folge soll dieser Kontext anhand einiger Urteile, die das Bundesgericht oder das Bundesverwaltungsgericht in FINMA-Verfahren gefällt haben, verdeutlicht werden. Ebenfalls berücksichtigt werden sollen dabei einige Verfahren, die nicht mit einem Urteil endeten.

<sup>1</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021).

<sup>2</sup> Vgl. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

<sup>3</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101).

## 1.1 Mitwirkungsrechte

### 1.1.1 Zeitpunkt

Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet diverse Mitwirkungsrechte. Einige Urteile thematisierten die Frage, ab welchem Zeitpunkt die FINMA einer Partei diese Mitwirkungsrechte gewähren muss.

So entschied das Bundesgericht, dass die Bestimmungen über die Parteirechte erst im ordentlichen Verwaltungsverfahren zur Anwendung kommen, also nicht bereits während den sogenannten Vorabklärungen durch die FINMA. Nach der formellen Einleitung des Verfahrens sind die Mitwirkungsrechte dann aber vollumfänglich zu gewähren, wobei die Betroffenen sich insbesondere auch zu den bereits getroffenen Abklärungen äussern können müssen<sup>4</sup>.

Art. 30 FINMAG<sup>5</sup> sieht vor, dass die FINMA die Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens anzeigen muss. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Vorschrift lediglich als Ordnungsvorschrift klassiert, der keine selbständige Bedeutung zukommt in dem Sinn, dass der Anspruch der Betroffenen auf rechtliches Gehör bereits deshalb verletzt wäre, weil die Anzeige nicht oder nicht rechtzeitig erfolgte<sup>6</sup>.

### 1.1.2 Akteneinsicht

Ein interessantes Thema im Kapitel der Mitwirkungsrechte ist sicher die Akteneinsicht. Zwar gibt es nicht sehr viele Urteile zur Frage der Gewährung der Akteneinsicht durch die FINMA und noch weniger Beschwerdegutheissungen zu dieser Frage. Im Gegenteil: Die Rügen der Beschwerdeführer in Bezug auf diese Frage werden fast immer als unbegründet erachtet.

Eine Ausnahme bilden diesbezüglich einige Urteile, die das Bundesverwaltungsgericht auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe gefällt hat<sup>7</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht kam in jenen Urteilen zum Schluss, die FINMA könne die Einsicht in das Amtshilfegesuch nicht allein mit einem generellen Hinweis auf das Memorandum of Understanding<sup>8</sup> und die damit zusammenhängende abstrakte Gefahr für das wirtschaftliche Landeswohl verweigern, ohne entsprechende spezialgesetzliche Grundlage. Es sei zweifelhaft, ob das Memorandum so auszulegen sei, dass es Vorrang vor innerstaatlichem Recht, insbesondere vor dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör, beanspruche.

<sup>4</sup> BGE 136 II 304 («Laxey») E. 6.3.

<sup>5</sup> Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1).

<sup>6</sup> BVGE 2012/10 E. 4.

<sup>7</sup> Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5469/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 4; B-6062/2011 vom 22. März 2012 E. 4 f. und B-6980/2011 vom 27. Juni 2012 E. 4 f.

<sup>8</sup> «Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information» (MMoU) der «International Organisation of Securities Commission» (IOSCO).

Ansonsten ging es in den meisten Fällen, in denen die Akteneinsicht umstritten war, weniger um die Frage, wie, wann oder in welchem Umfang die Akteneinsicht gewährt werden soll, als vielmehr darum, ob der Betreffende überhaupt Parteistellung und damit Anspruch auf Akteneinsicht hatte<sup>9</sup>. So kann die Akteneinsicht beispielsweise beschränkt werden, wenn der Verfügungsgegenstand nur die Eintretensfrage ist. In einem Verfahren ging es um die Frage, ob die FINMA auf ein Feststellungsbegehren hätte eintreten müssen. Das Bundesverwaltungsgericht schützte den Nichteintretensentscheid und als Konsequenz auch die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts<sup>10</sup>.

In einem anderen Fall hatte ein Dritter Beschwerde erhoben, weshalb sich die Frage der Akteneinsicht erst im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht stellte. Es ging um die Genehmigung von Tarifen in der Krankenzusatzversicherung<sup>11</sup>; die Gegenpartei war also eine Versicherung, die Geschäftsgeheimnisse geltend machte. In jenem Verfahren bejahte das Gericht die Parteistellung zwar ausdrücklich, gewährte die Akteneinsicht aber trotzdem nicht, dies insbesondere mit der Begründung, dass die in Frage stehenden Akten nicht entscheiderelevant seien. Eine derartige antizipierte Beweiswürdigung ist grundsätzlich heikel, denn der Betroffene darf ja nicht um sein Recht gebracht werden, geltend zu machen, gewisse Sachverhaltsaspekte, welche die FINMA oder das Gericht nicht als relevant erachteten und die sich aus den Akten ergeben könnten, seien sehr wohl entscheiderelevant. Dies gilt insbesondere dort, wo für den Entscheid auf belastende Umstände aus den Akten abgestellt wird und wo der Betroffene sein Einsichtsrecht geltend macht, um in den Akten nach ihm möglicherweise entlastenden Sachverhalts Umständen zu suchen.

Eine derartige Fragestellung ergab sich im «UBS»-Verfahren<sup>12</sup>. Der Fall ist bekannt: Die FINMA hatte die UBS AG im Februar 2009 ermächtigt und angewiesen, unverzüglich Kundendaten an die US-Behörden auszuliefern. Die betroffenen Bankkunden wurden darüber erst nachträglich und durch die Medien informiert. Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wehrte sich die FINMA dagegen, dass den Beschwerdeführern Einsicht in die Vorakten gewährt werde, weil Geheimhaltungsinteressen der Behörden betroffen seien. Das Bundesverwaltungsgericht stand daher vor einer schwierigen Abwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen der Behörden und dem Akteneinsichtsrecht der Bankkunden.

<sup>9</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012.

<sup>10</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1360/2009 vom 11. Mai 2010.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7407/2009 vom 7. Juli 2011; ebenso: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8800/2010 vom 21. November 2012.

<sup>12</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 5. Januar 2010.

Im Ergebnis brauchte es diese Abwägung dann nicht zu machen, weil es die Beschwerde der Bankkunden guthieß. In dieser Konstellation konnte die Akteneinsicht verweigert werden, ohne dass die Beschwerdeführer dadurch beschwert waren. Im darauf folgenden bundesgerichtlichen Verfahren dagegen zeichnete sich die Möglichkeit eines Urteils zu Ungunsten der Bankkunden ab<sup>13</sup>, für das der Inhalt der Vorakten entscheidend relevant war. Der Instruktionsrichter des Bundesgerichts musste daher zwingend die Akteneinsicht<sup>14</sup> und den dazugehörigen Schriftenwechsel im bundesgerichtlichen Instruktionsverfahren nachholen.

## 1.2 Rechtsprechung zur Prüfungs- und Begründungspflicht

### 1.2.1 Prüfungstiefe und Begründungsdichte

Aus der Garantie des rechtlichen Gehörs wird weiter der Anspruch abgeleitet, dass die Behörde die Vorbringen der in ihrer Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft prüft und beim Entscheid berücksichtigt. «Sorgfältig und ernsthaft» bedeutet insbesondere auch, dass die Behörde ihre Kognition ausschöpfen muss. Die Rüge, die FINMA habe ihre Kognition nicht ausgeschöpft, ihre Prüfung sei zu oberflächlich oder zu beschränkt gewesen, wird typischerweise nur erhoben, wo die FINMA selbst als Rechtsmittelinstanz tätig war, oder bei Drittbeschwerden gegen begünstigende Verfügungen<sup>15</sup>.

Die Auseinandersetzung mit den Argumenten des Beschwerdeführers muss nicht nur tatsächlich geschehen, sondern sie muss auch ihren Niederschlag in der Begründung finden. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Zudem kann durch die Verpflichtung zur Offenlegung der Entscheidungsgründe verhindert werden, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt. Generell kann man daher sagen, dass eine Begründung dann mangelhaft ist, wenn daraus nicht hervorgeht, ob die verfügende Behörde sich mit den Vorbringen der Partei überhaupt gedanklich auseinandergesetzt hat, bevor sie verfügte. Ausgenommen sind dabei immerhin offensichtlich unwesentliche Vorbringen. Die durch das Bundesgericht im Urteil «Steinhalden»<sup>16</sup> festgestellte Gehörsverletzung scheint<sup>17</sup> dieser Grundregel zu entsprechen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar in verschiedenen Urteilen Fragen zur Prüfungstiefe und Begründungsdichte thematisiert<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> BGE 137 II 431.

<sup>14</sup> Genau genommen gewährte er die Akteneinsicht auch nicht, aber in der Zwischenzeit hatte die Geschäftsprüfungskommission des Parlaments praktisch alle sensiblen Informationen, die in den Vorakten enthalten waren und deren Geheimhaltung die FINMA verlangt hatte, in ihrem Bericht auf dem Internet allgemein zugänglich gemacht (vgl. BBl 2011 3099 ff.), so dass ersatzweise darauf abgestellt werden konnte.

<sup>15</sup> BVGE 2011/47 («Quadrant»); Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7407/2009 vom 7. Juli 2011.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.2.1.

<sup>17</sup> Die besonderen Sachverhaltsumstände in jenem Fall und die Novenregelung im bundesgerichtlichen Verfahren könnten möglicherweise eine nicht unwesentliche, aber im Urteilstext nicht thematisierte Rolle gespielt haben.

<sup>18</sup> BVGE 2011/47 E. 5 («Quadrant»); BVGE 2012/10 E. 3; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 3; B-7407/2009 vom 7. Juli 2011 E. 2; B-7107/2009 vom 15. Februar 2010 E. 4.3.2.

Es fällt indessen schwer, anhand dieser Rechtsprechung allgemeine Aussagen darüber zu machen, was das Gericht von der FINMA in Bezug auf das rechtliche Gehör erwartet. Je nach Rechtsgebiet und Konstellation im konkreten Fall wird die erforderliche Prüfungstiefe oder Begründungsdichte offensichtlich unterschiedlich beurteilt. Die Grenze zu materiellen Fragestellungen ist vielfach fließend: Was genau die FINMA prüfen muss und wozu ihre Begründung entsprechend detailliert sein muss, lässt sich nicht absolut beantworten, sondern steht häufig erst fest, nachdem einige rechtliche Vorfragen beantwortet wurden.

Ein extremes Beispiel in dieser Hinsicht ist sicher das Urteil betreffend Tarifgenehmigung in der Krankenzusatzversicherung<sup>19</sup>: Das Bundesverwaltungsgericht befand, die FINMA müsse nicht nur viel weniger prüfen, als die Beschwerdeführerin geltend gemacht hatte, sondern sogar wesentlich weniger, als die FINMA selbst angenommen hatte.

### **1.2.2** Heilung von Verletzungen der Begründungspflicht

Eine Frage, die sich besser generell beantworten lässt, ist, ob bzw. in welchem Umfang die FINMA ihre Begründung auch noch im Rechtsmittelverfahren um wesentliche Punkte ergänzen und allfällige Verletzungen der Begründungspflicht damit heilen kann. Als Grundsatz gilt hier, dass eine Heilung eigentlich immer möglich ist. Standardmässig wird zwar jeweils ausgeführt, eine Heilung sei nur ausnahmsweise möglich<sup>20</sup>; faktisch ist die Heilung aber die Regel, und Ausnahmen davon sind sehr selten. Der Grund liegt darin, dass eine Rückweisung im konkreten Fall immer ein Leerlauf und damit ein unverantwortlicher Zeitverlust für den Beschwerdeführer wäre, denn aufgrund der nachgelieferten Begründung ist natürlich bereits klar, wie die FINMA nach einer Rückweisung ihre Verfügung begründen würde. Zu beachten ist, dass eine Heilung u.a. voraussetzt, dass die Rechtsmittelinstanz (mindestens) einen zweiten Schriftenwechsel durchführt.

Ein Fall, in dem keine Heilung zugelassen wurde, ist ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts<sup>21</sup> zur Frage, ob superprovisorische Verfügungen der FINMA direkt anfechtbar seien oder nicht. Das Gericht brachte in diesem Urteil seine Praxis wieder auf den bewährten, vom Bundesgericht beschrittenen Pfad zurück. Die FINMA hatte, wie dies in Unterstellungsverfahren häufig geschieht, superprovisorisch und für das betroffene Unternehmen völlig überraschend einen Unter-

<sup>19</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7407/2009 vom 7. Juli 2011 E. 3.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7107/2009 vom 15. Februar 2010 E. 4.2.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.12 ff.

suchungsbeauftragten eingesetzt und den bisherigen Organen die Verfügungsbefugnis entzogen. Es gehört zum normalen Verfahrensablauf bei superprovisorischen Massnahmen, dass die Massnahme verfügt wird, bevor der Betroffene Gelegenheit erhalten hat, dazu Stellung zu nehmen. Das ist keine Gehörsverletzung, sondern ein Definitionsmerkmal<sup>22</sup> einer superprovisorischen Massnahme. Der Verfügungsadressat kann seine Einwände nach Erhalt dieser Verfügung vorbringen, und die FINMA muss dann darüber entscheiden, ob sie die superprovisorisch verfügten Massnahmen auch angesichts dieser Einwände noch aufrechterhalten oder ob sie diese anpassen oder gar aufheben will. Das Bundesverwaltungsgericht legte nun in seinem Urteil dar, dass es nicht angeht, in dieser Situation eine direkte Anfechtbarkeit von superprovisorischen Verfügungen systematisch einzuführen und einen Schriftenwechsel durchzuführen, in dem die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs «geheilt» werden könnte. Mit diesem Vorgehen würde nämlich das erstmalige rechtliche Gehör systematisch in das Rechtsmittelverfahren verlegt, statt dass es im Verfahren vor der FINMA stattfindet, wo es aus verschiedenen, guten Gründen stattfinden sollte.

## 2 Rechtsprechung zum Anspruch auf beförderliche Behandlung

Zu den allgemeinen Verfahrensgarantien gehört auch das Recht auf Beurteilung innert angemessener Frist bzw. auf eine beförderliche Behandlung von Verwaltungsverfahren. Diese Frage wird von Gerichten nur beurteilt, wenn sie im Kontext von Rechtsverzögerungsbeschwerden aufgeworfen wird, und auch da häufig nur vorfrageweise in Abschreibungsentscheiden.

Grundsätzlich gibt es keine einheitliche Dauer, wie lang ein Verfahren vor der FINMA sein darf. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Angerechnet werden nur die Unterbrüche auf Seiten der FINMA, also vor allem die Entscheidvorbereitung nach Abschluss der Sachverhaltsabklärung, aber nicht etwa Fristverlängerungen, die der Betroffene für die Verfassung seiner eigenen Stellungnahme verlangt hat.

In Bezug auf ein aufsichtsrechtliches Verfahren, das mit der Auflegung eines Berufsverbots endete, wurde etwa entschieden, die Praxis zur Angemessenheit der Verfahrenslänge von Strafverfah-

<sup>22</sup> Wobei mit diesem Kriterium zwar das Vorgehen beschrieben, aber nichts über dessen Zulässigkeit in einer konkreten Situation ausgesagt wird.

ren sei in einem derartigen Verfahren sinngemäss anzuwenden<sup>23</sup>. Massgeblich seien der psychische Druck und die Belastung des Betroffenen. Solange er noch gar nicht wisse, dass die FINMA ein Verfahren eröffnet habe, sei er dadurch auch noch nicht belastet. Im konkreten Fall dauerte das Verfahren rund ein Jahr zwischen dieser Bekanntgabe und dem Entscheid, was durch das Bundesverwaltungsgericht als keine überlange Dauer beurteilt wurde. Ebenso wenig beanstandet wurde in einem anderen Fall, in dem es um ein Bewilligungsgesuch ging, die Dauer von zwei Monaten ab der Gesuchseinreichung<sup>24</sup>.

Andererseits wurde im Nachgang zum bereits erwähnten Verfahren bezüglich der superprovisorischen Verfügung<sup>25</sup> eine Verfahrensdauer von 20 Tagen bis zum Entscheid über die Einwände gegen diese Massnahmen als zu lang beurteilt<sup>26</sup>. Im vorangegangenen Nichteintretensentscheid im gleichen Fall hatte das Gericht ausgeführt, über die Bestätigung der superprovisorisch verfügten Massnahmen sei «unmittelbar» nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs zu verfügen, und das bedeute – je nach Schwere des Eingriffes und Relevanz des Zeitablaufs –, dass die FINMA sich «einige Tage oder auch mehr» Zeit für den Entscheid nehmen dürfe, je nachdem, wie viel Zeit objektiv erforderlich sei, um in einer summarischen Würdigung und aufgrund der bereits vorhandenen oder rasch greifbaren Beweismittel zu entscheiden<sup>27</sup>. Verglichen mit dieser Vorgabe wurde dann eine Dauer von 20 Tagen nach Eingang der Einwände bzw. acht Tagen nach der letzten telefonischen Mahnung als zu lang beurteilt.

### 3 Rechtsprechung zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz

Die Rechtsweggarantie<sup>28</sup> richtet sich von ihrem Wortlaut her primär an die richterlichen Behörden. Insofern ist vielleicht nicht von vornherein offensichtlich, inwiefern sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren vor der FINMA Anwendung finden sollte. In dieses Kapitel gehören indessen verschiedene Unterkapitel, die für das erstinstanzliche Verfahren durchaus relevant sind und für deren vertieftes Verständnis die systematische Zuordnung zur Thematik der Rechtsweggarantie wichtig ist.

<sup>23</sup> BVGE 2012/10 E. 5.1.2.

<sup>24</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2771/2011 vom 9. Oktober 2012 E. 2.

<sup>25</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009.

<sup>26</sup> Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7688/2009 (nicht publiziert).

<sup>27</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.7.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 29a BV.

### 3.1 Beschwerdelegitimation und Parteistellung

Das Kriterium der Beschwerdelegitimation definiert, ob sich jemand in Bezug auf einen bestimmten Streitgegenstand auf die Rechtsweggarantie berufen kann. Ob jemand vom Bundesverwaltungsgericht als beschwerdelegitimiert eingestuft würde, ist auch für das Verfahren vor der FINMA wichtig, denn diese Personen müssten im Verfahren vor der FINMA eigentlich Parteistellung und Parteirechte erhalten<sup>29</sup>. Insofern sind die Fragestellung und die Antwort die gleichen, ob man von Beschwerdelegitimation im Rechtsmittelverfahren oder von Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren spricht<sup>30</sup>.

#### 3.1.1 Formelle Beschwerde

Angesichts des Wortlauts von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG ist es nicht überraschend, dass es kaum Urteile gibt, in denen die formelle Beschwerde verneint oder auch nur ernsthaft diskutiert wird. Wirklich interessant könnte dieses Thema aber in einem künftigen Übernahmeverfahren werden, falls eines Tages Minderheitsaktionäre mit einem Anteil von weniger als 2% an der Zielgesellschaft Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben wollen. Im Urteil «Quadrant»<sup>31</sup> wurde die Frage, ob dies zulässig wäre, bekanntlich noch offengelassen.

#### 3.1.2 Materielle Beschwerde

Die materielle Beschwerde verlangt nach einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache. Dieses Kriterium ist insbesondere wichtig bei der Frage der Parteistellung von Dritten.

Das Bundesgericht gesteht offen ein, dass es in seiner Praxis keine rechtslogisch stringente, begrifflich fassbare Abgrenzung betreibt, sondern nur eine praktisch vernünftige. Wo diese Grenze verlaufe, sei für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen. Gesichtspunkte, welche gegen die Zuerkennung einer Parteistellung sprechen, sind etwa die Möglichkeit, den angestrebten Erfolg auf anderem Weg zu erreichen, das bloss mittelbare Betroffensein, aber auch Aspekte der Praktikabilität: Zwar ist der blosser Umstand, dass allenfalls zahlreiche Personen besonders berührt sein können, für sich allein kein Grund, diesen die Parteistellung abzusprechen. Trotzdem soll der Kreis der Personen mit Parteistellung nicht derart weit gezogen werden, dass dadurch die Verwaltungstätigkeit ausserordentlich erschwert würde<sup>32</sup>.

So entschied das Bundesgericht etwa, ein Versicherungsunternehmen habe keinen Anspruch auf Parteistellung im aufsichtsrecht-

<sup>29</sup> Vgl. die Definition der Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren gemäss Art. 6 VwVG. Es gibt allerdings gewisse, insbesondere spezialgesetzliche Ausnahmen, z.B. Art. 33c Abs. 3 i.V.m. Art. 33b Abs. 3 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1); Art. 84 Abs. 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01).

<sup>30</sup> Wie mit Dritten umzugehen ist, die Parteistellung beanspruchen, scheint nicht immer selbstverständlich zu sein. Vertritt die FINMA die Auffassung, dass der betreffende Dritte keinen Anspruch auf Parteistellung hat, so ist ihm dies mitzuteilen, bzw. über sein Gesuch um Parteistellung ist in einer anfechtbaren Verfügung zu entscheiden, sofern er dies verlangt. Geschieht dies nicht und führt die FINMA das Hauptverfahren zu Ende, ohne dem Dritten die beantragten Mitwirkungsrechte zuzugestehen, kann dies dazu führen, dass die Rechtsmittelinstanzen nicht nur diese Frage anders beurteilen, sondern zusätzlich auch eine massive Gehörverletzung feststellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_71/2012 vom 26. April 2012 E. 2.2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3987/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 2).

<sup>31</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5272/2009 vom 30. November 2010 E. 1.4.1 («Quadrant»).

<sup>32</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.4, mit Hinweisen.

lichen Liquidationsverfahren gegenüber dem Rückversicherer; die Befürchtung, das Haftungssubstrat könnte durch eine unsachgemässe Aufsicht geschmälert werden, sei einerseits bloss mittelbar und andererseits hypothetisch<sup>33</sup>.

Verneint wurde auch die Beschwerdelegitimation der Konkurrenten im bekannten Fall der privatrechtlich organisierten Tochter eines kantonalen Gebäudeversicherers, welche die Bewilligung der FINMA für den Vertrieb von Zusatzversicherungen erhalten hatte<sup>34</sup>.

Ein wichtiges Kriterium bei der Prüfung der Legitimation von Dritten, insbesondere bei einer Beschwerdeführung «pro Adressat», ist die Differenzierung zwischen direkter und indirekter Betroffenheit. Dazu gibt es im ersten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im «UBS»-Fall<sup>35</sup> vertiefte Ausführungen. In jenem Fall hatte die FINMA die UBS AG angewiesen, den US-Behörden Kundendaten auszuliefern, ohne das Resultat der in gleicher Sache hängigen Amtshilfeverfahren in Steuersachen abzuwarten. In der Folge stellte sich die FINMA auf den Standpunkt, die betroffenen Kunden sowie deren wirtschaftlich Berechtigte seien nicht legitimiert, weil Art. 24 Abs. 2 BankG<sup>36</sup> die Beschwerdelegitimation von Gläubigern und Eignern einschränke. Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich mit diesem Argument auseinander und differenzierte zwischen der indirekten Betroffenheit in finanzieller Hinsicht, die mit dieser Bestimmung angesprochen wird, und der direkten und unmittelbaren Betroffenheit der Kontoinhaber in Bezug auf eine allfällige Verletzung ihres Bankkundengeheimnisses. Die Kontoinhaber, allesamt juristische Personen, wurden daher als legitimiert angesehen. Die Betroffenheit der nur wirtschaftlich berechtigten natürlichen Personen dagegen wurde als nur indirekt beurteilt, und ihnen wurde, entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis, die Beschwerdelegitimation abgesprochen, da sie über die von ihnen beherrschte Gesellschaft Beschwerde erheben konnten.

Die Frage der Beschwerdelegitimation ist auch häufig ein Thema bei Beschwerden in Unterstellungsverfahren. Ständige Rechtsprechung ist, dass die bisherigen, nach gesellschaftsinternen Regeln eingesetzten Organe einer Gesellschaft trotz dem Entzug ihrer Vertretungsbefugnisse durch die FINMA befugt sind, gegen die Verfügung der FINMA im Namen der Gesellschaft Beschwerde zu führen. Die Grundüberlegung dazu findet sich besonders schön dargelegt im Urteil des Bundesgerichts im Fall «Steinhalden»<sup>37</sup>: Die Rechtsweggarantie gebietet, dass es eine Möglichkeit der richterlichen Kontrolle

<sup>33</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.5.

<sup>34</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4405/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 2.

<sup>35</sup> Zwischenentscheid bzw. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009 E. 2.

<sup>36</sup> Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0).

<sup>37</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.

des Handelns der FINMA gibt. Es darf nicht sein, dass nur noch der Beauftragte der FINMA als befugt angesehen würde, für die Gesellschaft zu handeln und gegebenenfalls eine Verfügung der FINMA anzufechten. Die Gerichte sind daher nicht allzu formalistisch bei der Anerkennung der Beschwerdebefugnis der entmachteten Organe in Unterstellungsverfahren. Gibt es keine bisherigen Organe mehr, so wurde auch schon ausnahmsweise ein sogenannt faktisches Organ anerkannt<sup>38</sup> oder es wurde eine Anwaltsvollmacht gelten gelassen, die vor Jahren von einem dazumal befugten Organ unterzeichnet und seither nicht widerrufen worden war<sup>39</sup>.

Auf der anderen Seite sind die Gerichte formalistisch streng, wenn die Gesellschaft zwar Organe hat, die im Namen der Gesellschaft Beschwerde erheben könnten, aber an ihrer Stelle oder zusätzlich Aktionäre oder Gläubiger der Gesellschaft in eigenem Namen Beschwerde erheben wollen. Das Interesse dieser Aktionäre oder Gläubiger wird in diesem Kontext als ein rein vermögensrechtliches und somit mittelbares oder indirektes beurteilt, weshalb sie nicht legitimiert sind, eine gegen die Aktiengesellschaft ergangene Verfügung anzufechten<sup>40</sup>. Etwas weniger hoch sind die Anforderungen an die direkte Betroffenheit eines Anlegers, der nicht «pro Adressat», sondern «contra Adressat» Beschwerde erhebt, also gegenläufige Interessen verfolgt zu denjenigen der Gesellschaft, die unterstellt werden soll. Aber auch in dieser Konstellation wurde die Beschwerdelegitimation verneint, da für die Verfolgung dieser Interessen andere, näherliegende Möglichkeiten zur Verfügung stehen<sup>41</sup>.

Eine scheinbare Ausnahme vom Grundsatz, dass nur der unmittelbar Betroffene legitimiert ist, gilt in Verfahren betreffend Offenlegung oder Meldepflichtverletzungen. Dort hat die Zielgesellschaft grundsätzlich Parteistellung. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass es hier nicht nur um Anlegerschutz, sondern auch um Funktionsschutz geht, und in dieser Hinsicht gilt die Zielgesellschaft als Direktbetroffene<sup>42</sup>.

### 3.1.3 Aktuelles Interesse

Die Beschwerdelegitimation setzt voraus, dass das Interesse des Beschwerdeführers ein schutzwürdiges sei. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, wird insbesondere dann diskutiert, wenn sich die Frage stellt, ob das Interesse im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung oder im Zeitpunkt der Urteilsfällung überhaupt noch aktuell ist oder ob von diesem Erfordernis ausnahmsweise abgesehen werden kann.

<sup>38</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7861/2008 vom 24. September 2009 E. 2.2.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_571/2009 vom 5. November 2010 E. 1.1.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4312/2008 vom 31. Juli 2009 E. 1.6.2.

<sup>40</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3987/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 1.5.2.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 3.

<sup>42</sup> Zwischenentscheid des Bundesgerichts 2C\_77/2009/2C\_78/2009 vom 2. Juni 2009 («Laxey») E. 4.4.

So etwa im Fall «UBS»<sup>43</sup>: Die Daten waren bereits übermittelt, als die betroffenen Kunden Beschwerde erhoben. Ein aktuelles, praktisches Rechtsschutzinteresse war daher nicht mehr vorhanden. Das Bundesverwaltungsgericht trat aber trotzdem auf eine der Beschwerden ein, weil das Verfahren von grossem öffentlichem Interesse war und die Rechtsfrage sich erneut stellen könnte<sup>44</sup>.

Ein schutzwürdiges Interesse wird von den Gerichten auch regelmässig bejaht in Verfahren betreffend Meldepflichtverletzungen oder in aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen unterstellte Institute. Dies vor allem mit Blick auf den geschäftlichen Ruf der Betroffenen. Weil diese Verfahren in der Regel eine gewisse Medienöffentlichkeit erhalten, hat bereits die Feststellung durch die FINMA den Charakter einer eigentlichen Rüge, gegen die sich die Betroffenen wehren können müssen<sup>45</sup>. Auch im Fall «Bank am Bellevue» beurteilte das Bundesverwaltungsgericht daher einen Punkt materiell, obwohl die Bank den von der FINMA gerügten Mangel bereits während hängigem Beschwerdeverfahren behoben hatte und die Beanstandung damit erledigt war<sup>46</sup>.

### 3.2 Anfechtung von Zwischenverfügungen

Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz bezieht sich zwar grundsätzlich auch auf Zwischenverfügungen. In der Regel findet die richterliche Kontrolle aber erst bei der Anfechtung des Endentscheids statt. Sofort anfechtbar sind Zwischenverfügungen nur, wenn der Betroffene einen nicht wiedergutmachenden Nachteil geltend machen kann, also ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass die Zwischenverfügung sofort richterlich beurteilt wird und nicht erst zusammen mit dem Endentscheid. In Bezug auf einzelne Kategorien von Zwischenverfügungen wird dieser Nachteil bereits vom Gesetz unterstellt<sup>47</sup>, bei den übrigen Zwischenverfügungen muss er konkret dargetan werden.

Es obliegt dabei dem Beschwerdeführer, den nicht wiedergutmachenden Nachteil geltend zu machen und gegebenenfalls zu belegen. Gelingt ihm dies nicht, so tritt die Rechtsmittelinstanz auf die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nicht ein. Ein wirtschaftliches Interesse kann ausreichen, aber nicht, wenn es dem Beschwerdeführer lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Dieser Grundsatz mag in grossen Verfahren nach formalistischem Leerlauf aussehen<sup>48</sup>, aber die Alternative würde natürlich bedeuten, dass gerade in einem

<sup>43</sup> Zwischenentscheid bzw. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009 E. 4.

<sup>44</sup> Vgl. aber auch das Parallelverfahren eines andern Bankkunden, der nach dem Urteil des Bundesgerichts noch an seiner Beschwerde festhalten wollte. In dieser Situation wurde das schutzwürdige Interesse verneint (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1440/2009 vom 12. Juni 2012).

<sup>45</sup> BGE 136 II 304 E. 2.3.1 («Laxey»).

<sup>46</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2204/2011 vom 24. Juli 2012 E. 1.2.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 45 VwVG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-253/2012 vom 8. März 2012 E. 2.2 («Quadrant»).

<sup>48</sup> Vgl. etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-253/2012 vom 8. März 2012 («Quadrant»), das möglicherweise von beiden Seiten als teilweise zu formalistisch angesehen wurde.

komplexen Verfahren alles und jedes zum Gegenstand einer Zwischenverfügung gemacht würde und durch je einzelne Beschwerden zu diesen Punkten das Verfahren unendlich verzettelt werden könnte.

Typische Zwischenverfügungen, die anfechtbar sind, sind die vorsorglichen Massnahmen der FINMA in Unterstellungsfällen, mit denen ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt und den Organen der Gesellschaft die Verfügungsberechtigung entzogen wird. Untersuchungsverfahren dauern häufig mehrere Monate, so dass in derartigen Fällen der nicht wiedergutzumachende Nachteil in der Praxis bejaht wird und die Betroffenen nicht bis zur Anfechtung des Endentscheids zuwarten müssen<sup>49</sup>. Erfolgte die Massnahme aber erst superprovisorisch, so geht es noch nicht um die voraussichtliche Gesamtdauer des Untersuchungsverfahrens, sondern nur um die kurze Zeitspanne, bis die FINMA nach Eingang der Einwände der Betroffenen nochmals über ihre superprovisorisch verfügten Massnahmen entscheiden wird. Aus diesem Grund sind superprovisorische Verfügungen in aller Regel nicht selbständig anfechtbar<sup>50</sup>.

Auch wenn eine verfahrensleitende Zwischenverfügung bezüglich Beweismassnahmen angefochten wird, beispielsweise Verfügungen, in denen die FINMA die Abnahme der beantragten Beweismittel ablehnt, muss ein nicht wiedergutzumachender Nachteil dargelegt werden. Das Bundesgericht ist bekanntlich sehr zurückhaltend bei der Annahme eines derartigen Nachteils bei Verfügungen über die Abnahme von Beweismitteln. Es muss konkrete Gefahr bestehen, dass das Beweismittel später nicht mehr abgenommen werden kann. Bei beantragten Zeugeneinvernahmen kann das eine bevorstehende Abreise ins Ausland oder eine schwere Krankheit des Zeugen sein. Wurde ein Antrag auf Akteneinsicht abgelehnt, wird der Nachteil in der Regel verneint<sup>51</sup>.

Letztlich ist es aber nicht Sache der FINMA, zu beurteilen, ob die Nichtabnahme eines Beweismittels zu einem bestimmten Zeitpunkt für die betroffene Partei einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirkt oder nicht. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz verlangt, dass sie darüber eine Zwischenverfügung erlässt, sofern die betroffene Partei dies ausdrücklich verlangt und geltend macht, sie beabsichtige, die Zwischenverfügung anzufechten. Es ist dann Sache der Rechtsmittelinstanz, zu entscheiden, ob die Nichtabnahme des beantragten Beweismittels zu diesem Zeitpunkt einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder nicht. Das

<sup>49</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_118/2012 vom 29. November 2012 E. 2.

<sup>50</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.5.

<sup>51</sup> Im Gegensatz dazu wäre der nicht wiedergutzumachende Nachteil natürlich zu bejahen, wenn eine Gegenpartei sich gegen die Einsicht in Akten wehren will, bezüglich derer sie Geschäftsgeheimnisse geltend macht.

Bundesverwaltungsgericht bejahte daher einen Verfahrensfehler, weil die FINMA dem Antrag der betroffenen Partei auf Erlass einer derartigen Zwischenverfügung vor der Endverfügung nicht nachgekommen war<sup>52</sup>.

### **3.3 Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen**

Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde ist ein notwendiges Institut des Prozessrechts, um wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten. Sie ist daher die Regel und darf nur aus wichtigen Gründen entzogen werden. Insbesondere muss es dringend sein, die Verfügung sofort zu vollziehen. Hat die FINMA in ihrer Verfügung die aufschiebende Wirkung entzogen, so steht der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts häufig vor der Frage, ob er diese auf Begehren des Beschwerdeführers wiederherstellen soll.

Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung dient – wie die anderen vorsorglichen Massnahmen auch – grundsätzlich dem Ziel, den bestehenden Zustand zu erhalten, so dass das Endurteil möglichst nicht präjudiziert wird, und allfällige andere Interessen, die bedroht sein könnten, zu sichern<sup>53</sup>. Vorsorgliche Massnahmen basieren auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Sie müssen häufig getroffen werden, bevor das Gericht über die Akten verfügt oder Zeit gehabt hätte, sie zu studieren, und bevor die FINMA sich in der Sache vernehmen lassen konnte. Die Hauptsachenprognose darf daher nur berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Abzustellen ist ansonsten auf eine Abwägung zwischen den Interessen des Beschwerdeführers, insbesondere auch seinem verfassungsmässigen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, und allfälligen anderen Interessen, die durch eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gefährdet sein könnten. Bei Verfügungen der FINMA sind dies häufig die Interessen von bisherigen oder potenziellen Anlegern und Gläubigern. Bei dieser Interessenabwägung gestehen die Gerichte der FINMA einen Ermessensspielraum zu.

In Unterstellungsfällen ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die FINMA die Regel, nicht die Ausnahme. Und genauso regelmässig wird die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch den zuständigen Instruktionsrichter abgelehnt, allenfalls noch mit einigen flankierenden vorsorglichen Massnahmen zur Sicherung und Werterhaltung in Bezug auf die verfügte Konkursliquidation<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2703/2010 vom 6. Juli 2010 E. 4.

<sup>53</sup> Vgl. PHILIPPE WEISSENBARGER/ASTRID HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in: Isabel Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 61 ff.

<sup>54</sup> Vgl. Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Juni 2012 und 26. Juli 2012 im Verfahren B-3142/2012; vom 16. April 2012 und 16. Mai 2012 im Verfahren B-1687/2012; vom 8. April 2010 im Verfahren B-2311/2010; vom 13. August 2009 im Verfahren B-4710/2009; vom 20. Mai 2009 im Verfahren B-3259/2009; vom 20. April 2009 im Verfahren B-1873/2009. Diese Zwischenverfügungen sind nicht publiziert.

Der Entzug der aufschiebenden Wirkung betrifft zwar häufig nur einige Punkte, darunter aber insbesondere das Verbot der beanstandeten Geschäftstätigkeit und die Verfügungsberechtigung über die Konten der Gesellschaft. Dieser Entzug der aufschiebenden Wirkung hat sich als ausgesprochen präjudizierend erwiesen, insbesondere was die Einstellung der Geschäftstätigkeit betrifft. Dies gilt umso mehr, je grösser das Unternehmen ist und je mehr Mitarbeiter es beschäftigt, denn die betroffene Gesellschaft hat keine Möglichkeit mehr, Einnahmen zu generieren, während ihre Fixkosten weiterlaufen.

In dieser Hinsicht besonders empfindlich sind daher Unternehmen, die über eine offizielle Bewilligung verfügten oder deren Geschäftstätigkeit zumindest über Jahre toleriert wurde, denn sie weisen in der Regel ein grösseres Geschäftsvolumen auf und beschäftigen mehr Mitarbeiter als die typischen Unterstellungsfälle. Bei derartigen Unternehmen erweist sich das sofortige Verbot der Geschäftstätigkeit daher in der Regel als fatal: Es kommt innert Wochen oder weniger Monate zu einer Überschuldungssituation und zu einem Konkurs. Die Folge ist, dass das Verfahren gegenstandslos wird oder die Beschwerde zurückgezogen wird.

Es fällt auf, dass die FINMA seit zwei Jahren die aufschiebende Wirkung auch bei Verfügungen gegenüber derartigen Unternehmen entzieht, so beim Entzug der Bewilligung oder bei der Durchsetzung von Massnahmen gegenüber einem bewilligten Institut oder wenn sie eine offiziell nachgesuchte Bewilligung, als direkt unterstellter Finanzintermediär oder als Effektenhändler, verweigerte und gleichzeitig die Liquidation anordnete<sup>55</sup>. Auch in diesen Verfahren wurde in der Folge der Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch den jeweils zuständigen Instruktionsrichter geschützt<sup>56</sup>.

Im einzelnen Fall mag es jeweils gute Gründe gegeben haben, dass die FINMA die aufschiebende Wirkung entzogen und der zuständige Instruktionsrichter sie nicht wiederhergestellt hat. Auch besteht an sich die Möglichkeit, die Zwischenverfügung des Instruktionsrichters ans Bundesgericht weiterzuziehen<sup>57</sup>. Nichtsdestotrotz zeigt sich in der Gerichtspraxis zu Verfügungen der FINMA zunehmend, dass der Anspruch, dem Endurteil nicht vorzugreifen, gerade in diesen Kategorien von Fällen nicht eingelöst wird oder nicht eingelöst werden kann.

Die Frage darf und sollte daher gestellt werden, ob in diesen Bereichen überhaupt noch ein effektiver Rechtsschutz im Sinne der Rechtsweggarantie besteht. Faktisch reduziert sich der Rechtsschutz

<sup>55</sup> Die beobachteten Fälle sind noch nicht derart zahlreich, als dass es statistisch zulässig wäre, daraus Rückschlüsse auf eine systematische Praxisänderung der FINMA und deren allfällige Ursachen zu ziehen.

<sup>56</sup> Verfahren B-3142/2012 (noch hängig); Verfahren B-1687/2012 (Erledigung durch Beschwerderückzug); Zwischenverfügung vom 27. April 2011 im Verfahren B-2204/2011 «Bank am Bellevue» (Erledigung durch Unterziehung in diesem Punkt); Verfahren B-716/2011 (Erledigung durch Beschwerderückzug).

<sup>57</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_118/2012 vom 29. November 2012 E. 2.

<sup>58</sup> Punktueller Verfügungsverbot in einem Konkursverfahren (Zwischenverfügungen vom 19. Juli 2012 und 9. August 2012 im Verfahren B-3771/2012); Abweisung eines Antrags der Beschwerdegegnerin auf Entzug der aufschiebenden Wirkung (Zwischenverfügung vom 12. September 2011 im Verfahren B-4405/2011); vorsorgliche Verfügungsverbote gegenüber der Gegenpartei in einem Verfahren, in dem die Verfügung faktisch bereits vollstreckt war, bevor der Beschwerdeführer davon Kenntnis erhielt (Zwischenverfügungen vom 26. Juli 2011 und 23. August 2011 im Verfahren B-3987/2011); vorsorgliches Veräusserungsverbot (Zwischenverfügung vom 22. Juli 2010 im Verfahren B-4888/2010); superprovisorisches Verbot des Datentransfers im Fall «UBS» (Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009 im Verfahren B-1092/2009 [publiziert] und diverse Parallelverfahren); vorsorgliche Verfügungsbeschränkung (Zwischenverfügungen vom 5. März 2009 und 12. März 2009 im Verfahren B-1374/2009); superprovisorisches Liquidationsverbot (Zwischenverfügung vom 7. Mai 2012 im Verfahren B-1687/2012). Diese Zwischenverfügungen sind nicht publiziert. Vgl. andererseits aber auch die Abweisung des Antrags auf vorsorgliche Massnahmen im Verfahren «Harwanne» (Zwischenverfügung vom 11. Mai 2009 im Verfahren B-2414/2009, publiziert auf <http://www.copa.ch/transactions/detail/nr/0403>; vgl. dazu auch DIETER GERICKE/KARIN WIEDMER, Kommentar Übernahmeverordnung [UEV], Zürich/Basel/Genf 2011, N. 22 zu Art. 68 UEV; FLAVIO ROMERIO/FRANK GERHARD, Harwanne – Erster Testfall für die neue Verfahrensordnung im Übernahmerecht, GesKR 3/2009, S. 359 f.).

<sup>59</sup> Zwischenverfügung vom 11. Januar 2012 im Verfahren B-19/2012 (publiziert).

nämlich auf die summarische Beurteilung durch den zuständigen Instruktionsrichter im Kontext der vorsorglichen Massnahmen und auf die Möglichkeit des Weiterzugs an das Bundesgericht.

Natürlich kann sich auch in anderen Verfahren die Frage von vorsorglichen Massnahmen oder einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stellen. Die Interessenabwägung durch die FINMA und durch den jeweils zuständigen Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts fällt aber nicht mit gleicher Regelmässigkeit zu Ungunsten der beschwerdeführenden Partei aus<sup>58</sup>.

### 3.4 Anfechtung von Realakten

Im Kontext der Rechtsweggarantie ist die Anfechtung von Realakten ein anspruchsvolles Kapitel. Insbesondere der verfügenden Erstinstanz kommt hier eine wichtige Rolle zu, wie bereits aus dem in Art. 25a VwVG vorgesehenen Ablauf hervorgeht: Ein wirksamer Rechtsschutz kann offensichtlich nur stattfinden, wenn der Betroffene weiss, dass die Behörde eine Handlung plant, die in seine Rechte eingreift. Dann muss er die Behörde dazu bringen können, eine Verfügung zu erlassen, und zwar so rechtzeitig, dass er diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht anfechten kann.

Im Bereich dieser Thematik gab es zwei Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht. Das eine betraf eine Pressemitteilung zum Abschluss eines Enforcementverfahrens gegen ein bewilligtes Institut. Die FINMA teilte ihre Absicht dem Betroffenen einen Tag vorher mit. Statt zuerst eine anfechtbare Verfügung zu verlangen, gelangte dieser aber direkt ans Bundesverwaltungsgericht. Da noch kein zulässiges Anfechtungsobjekt vorhanden war, überwies der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts die Eingabe unverzüglich an die FINMA<sup>59</sup>.

In einem anderen Verfahren erfuhr ein ehemaliger Mitarbeiter einer Bank aus den Medien, dass die FINMA die Übermittlung von Daten dieser Bank, insbesondere auch von E-Mails, an die US-Behörden plane. Er fühlte sich betroffen und wollte die Datenübermittlung verhindern. Nachdem er von der FINMA keine Antwort erhalten hatte, gelangte er ans Bundesverwaltungsgericht. Der zuständige Instruktionsrichter verhängte vorab ein superprovisorisches Verbot der Datenlieferung. In einem ersten Schriftwechsel stellte sich heraus, dass es noch kein konkretes Amtshilfegesuch und noch keine Verfügung gab. Die FINMA stellte sich auf den Standpunkt, dass es sich ohnehin nur um institutsbezogene

Daten handle, so dass sie kein Verwaltungsverfahren durchführen und keine Verfügung erlassen werde, und dass der betroffene ehemalige Mitarbeiter der Bank auch keine Parteistellung habe. Damit war klar, dass es sich auch hier lediglich um einen bevorstehenden Realakt handelte. Der Instruktionsrichter stellte daraufhin einen Nichteintretensentscheid in Aussicht und setzte dem Beschwerdeführer Frist für den Beschwerderückzug. Gleichzeitig aber, unter ausdrücklichem Hinweis auf die Rechtsweggarantie, verlängerte er das vorsorgliche Datenlieferungsverbot, jedoch nur gerade so lange, dass die Daten nicht allenfalls überstellt würden, bevor der Beschwerdeführer Gelegenheit gehabt hätte, bei der FINMA eine anfechtbare Verfügung zu verlangen und die Frage der Rechtmässigkeit des Realakts bzw. wenigstens die Frage, ob er Anspruch auf Parteistellung und eine anfechtbare Verfügung habe, gerichtlich klären zu lassen<sup>60</sup>.

Beide diese Verfahren endeten nicht mit einem Urteil.

### 3.5 Freigabe von Mitteln

In Unterstellungsverfahren entzieht die FINMA regelmässig den bisherigen Organen die Verfügungsgewalt über die Konten der Gesellschaft. Wollen die Organe namens der Gesellschaft ein Rechtsmittel ergreifen gegen das Vorgehen der FINMA – wozu sie grundsätzlich befugt sind<sup>61</sup> –, so müssen sie den Vorschuss für den Anwalt und das Gericht entweder aus ihren privaten Mitteln bezahlen oder aber die FINMA dazu veranlassen, für diesen Zweck Mittel der Gesellschaft freizugeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist in diesen Fällen eine Güterabwägung vorzunehmen zwischen dem Interesse der untersuchten Gesellschaft an der Prozessführung einerseits und dem Interesse der Gläubiger der Gesellschaft, dass das ihnen haftende Vermögen nicht durch unnötige Ausgaben vermindert werde, andererseits. Diese Abwägung ist insbesondere dann schwierig, wenn sich eine mögliche Überschuldung abzeichnet.

In diesem Kontext hat das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise entschieden, dass die Interessen der Gläubiger, zu deren Gunsten die Mittel der Gesellschaft gesperrt waren, vorgehen, wenn die Gesellschaft möglicherweise überschuldet ist und unbestrittenermassen gar kein aktuelles, praktisches Interesse am Prozess hat<sup>62</sup>.

Die Frage, ob die Gesellschaft illiquid oder überschuldet ist, ist häufig umstritten. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Akonto-

<sup>60</sup> Zwischenverfügungen vom 6. Februar 2012 und 13. Februar 2012 im Verfahren B-0645/2012 (nicht publiziert).

<sup>61</sup> Vgl. vorne Ziff. 3.1.2

<sup>62</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1607/2010 vom 21. Juni 2010.

zahlung für die Kosten des Beauftragten der FINMA die vorhandenen flüssigen Mittel wesentlich vermindern kann. Es ist wiederum eine Konsequenz der Rechtsweggarantie, dass jedenfalls Forderungen wie die Verfahrenskosten der FINMA, die zum eigentlichen Prozessthema des Hauptverfahrens gehören, dem Interesse der Gesellschaft an der Prozessführung nicht ohne Weiteres vorgehen dürfen<sup>63</sup>.

## Fazit

Die dargelegte Rechtsprechung zeigt, dass verschiedene, scheinbar formalistische Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes eine wichtige Funktion bei der Konkretisierung und Durchsetzung der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien haben. Bei den allgemeinen Verfahrensgarantien ist dieser Zusammenhang meistens ziemlich offensichtlich, und die Compliance ist erfreulich hoch. Die Rechtsweggarantie dagegen ist eine neuere Verfahrensgarantie; die Anforderungen, die sie an die Verfahrensführung in allen Instanzen stellt, scheinen noch nicht allen Rechtsanwendenden im wünschbaren Ausmass bewusst zu sein. Es wird die Aufgabe von Lehre und Rechtsprechung sein, die sich stellenden Fragen zu thematisieren und die Rechtsweggarantie weiter zu konkretisieren. Das Referat der Autorin an der FINMA-Juristenkonferenz 2012 und dieser Text sind ein Beitrag zu dieser Diskussion.

<sup>63</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-872/2011 vom 16. Mai 2011.