

2 **Beschwerdelegitimation der FINMA**

URTEIL des Bundesgerichts 2C_570/2009 vom 1. März 2010

Behördenbeschwerde (Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG, Art. 54 Abs. 2 FINMAG); Legitimation der FINMA; kein zusätzliches, aber ein zureichendes Interesse an der Beschwerde.

1. Die FINMA ist nur dann legitimiert, ein sie betreffendes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht anzufechten, wenn sie mit Blick auf die einheitliche Anwendung des Bundesrechts in vergleichbaren Fällen ein zureichendes Interesse an der Beurteilung der aufgeworfenen Problematik hat (E. 1.1).
2. Die FINMA hat im konkreten Fall kein Interesse an einer materiellen Beurteilung, da auch nach der teilweisen Gutheissung der Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung der FINMA im Ergebnis geschützt wurde. Mithin hätte auch die Gutheissung der Beschwerde der FINMA durch das Bundesgericht keine Konsequenzen auf die bereits rechtskräftig verfügte Konkursöffnung (E. 1.2).

**Recours des autorités (art. 89 al. 2 let. d LTF, art. 54 al. 2 LFINMA);
légitimité de la FINMA; pas d'intérêt supplémentaire à recourir
mais un intérêt suffisant.**

1. La FINMA ne peut légitimement recourir devant le Tribunal fédéral contre un arrêt du Tribunal administratif fédéral la concernant que si, au regard de l'application uniforme du droit fédéral dans des cas comparables, elle a un intérêt suffisant à ce que la problématique invoquée soit tranchée (consid. 1.1).
2. En l'espèce, la FINMA n'a pas d'intérêt à ce qu'un arrêt matériel soit rendu, dans la mesure où même après que le recours a été déclaré partiellement recevable par le Tribunal administratif fédéral, la décision de la FINMA a finalement été protégée. Par conséquent, l'admission du recours de la FINMA par le Tribunal fédéral n'aurait pas non plus d'incidence sur l'ouverture de la faillite qui a déjà fait l'objet d'une décision entrée en force (consid. 1.2).

Ricorso delle autorità (art. 89 cpv. 2 lett. d LTF, art. 54 cpv. 2 LFINMA); diritto di ricorrere della FINMA; interesse sufficiente al ricorso e irrilevanza di interessi supplementari.

1. La FINMA è legittimata a impugnare presso il Tribunale federale una sentenza del Tribunale amministrativo federale che la riguarda solo se, in considerazione dell'applicazione unitaria del diritto federale in casi comparabili, ha un interesse sufficiente nella valutazione della problematica sollevata (consid. 1.1).
2. Nel caso concreto, la FINMA non ha alcun interesse in una valutazione materiale perché, anche dopo il parziale accoglimento del ricorso da parte del Tribunale amministrativo federale, la sua decisione è stata tutelata nel risultato. Dunque, anche l'accoglimento del ricorso della FINMA da parte del Tribunale federale non avrebbe alcuna conseguenza sull'apertura del fallimento già passata in giudicato (consid. 1.2).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die FINMA, resp. damals noch die EBK, stellte fest, dass die X. _____-Gruppe kollektive Kapitalanlagen verwalte, aufbewahre, öffentlich anbiete und vertreibe, ohne über die notwendigen Bewilligungen zu verfügen, und damit gegen das KAG verstosse. Überdies nehme sie gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen, was dem BankG widerspreche. Gestützt hierauf wurde über die X. _____ AG der Konkurs eröffnet.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess die von der X. _____ AG in Liquidation hiergegen eingereichte Beschwerde teilweise gut und stellte fest, dass diese als Teil der X. _____-Gruppe nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe, und hob die angefochtene Verfügung diesbezüglich auf; im Übrigen wies es die Beschwerde ab.

Gegen den abschlägigen Teil des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts gelangte die FINMA an das Bundesgericht.

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts

1.

1.1 Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit bzw. die Zulässigkeit eines Rechtsmittels von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.1). Immerhin hat der Beschwerdeführer seine Eingabe hinreichend zu begründen und in diesem Rahmen nötigenfalls auch darzulegen, dass und inwiefern er die gesetzlichen Legitimationsvoraussetzungen erfüllt (BGE 133 II 249 E. 1.1). Nach Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG sind Personen, Organisationen und Behörden vor Bundesgericht beschwerdeberechtigt, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt. Für die Bankenkommision war das bis zum 1. Januar 2009 gestützt auf Art. 24 Abs. 1 BankG (in der Fassung vom 1. Januar 2007) der Fall; die

Finanzmarktaufsicht verfügt heute nach Art. 54 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) über die gleiche Befugnis. Das Beschwerderecht der FINMA soll in deren Aufsichtsbereich den richtigen und rechtsgleichen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts sicherstellen; sie hat diesbezüglich kein zusätzliches öffentliches Interesse an der Anfechtung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts darzutun (vgl. BGE 129 II 1 E. 1.1 S. 4; 128 II 193 E. 1 S. 195 f., je mit Hinweisen). Immerhin muss sie ein mit Blick auf die einheitliche Anwendung des Bundesrechts in vergleichbaren Fällen zureichendes Interesse an der Beurteilung der aufgeworfenen Problematik haben. Dies ist praxismässig etwa dann der Fall, wenn dem Gericht eine neue Rechtsfrage unterbreitet oder eine konkret drohende und nicht anders abwendbare bundesrechtswidrige Rechtsentwicklung verhindert werden soll (BGE 134 II 201 E. 1.1 mit Hinweisen). Die Behördenbeschwerde darf nicht der Behandlung einer vom konkreten Fall losgelösten abstrakten Frage des objektiven Rechts dienen. Sie hat sich auf konkrete Probleme eines tatsächlich bestehenden Einzelfalls mit Auswirkungen über diesen hinaus zu beziehen und muss auch für ihn selber noch von einer gewissen Aktualität und (wenigstens potentiellen) Relevanz sein (vgl. BGE 135 II 338 E. 1.2.1 S. 342; 134 II 201 E. 1.1; zur EBK: Urteil 2C_171/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 3.3).

1.2 Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht legt nicht dar, inwiefern sie im vorliegenden Zusammenhang über ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse verfügen würde; ein solches ist auch nicht ersichtlich: Die Vorinstanz hat die Verfügung der EBK vom 20. Mai 2008 bezüglich der von dieser festgestellten Verletzung des Bankengesetzes aufgehoben. Im Resultat beeinflusste dies den konkreten Verfahrensausgang indessen nicht. Wie bereits das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, kommen der teilweisen Gutheissung im konkreten Fall keine Auswirkungen auf den Hauptpunkt, die verfügte Konkursöffnung, zu. Selbst wenn die Beschwerde gutgeheissen würde, änderte sich weder für die FINMA noch die Beschwer-

degegnerin irgendetwas am Ausgang des Aufsichtsverfahrens. Auch der Kostenpunkt der vorinstanzlichen Verfahren wird dadurch nicht betroffen. Zwar mag allenfalls ein gewisses öffentliches Interesse daran bestehen, dass sich das Bundesgericht dazu äussert, was beim umstrittenen Anlagemodell finanzmarktrechtlich als Fremd- und was als Eigenkapital zu gelten hat, doch wird es dies im Parallelverfahren bezüglich der X. _____ & Co. VIII Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft zusammen mit der Unterstellungsfrage unter das Kollektivanlagengesetz so oder anders umfassend tun müssen (2C_571/2009). Die FINMA verfügt deshalb über kein schutzwürdiges Interesse daran, dass das Bundesgericht die von ihr aufgeworfene Frage der Anwendbarkeit des Bankengesetzes im vorliegenden Zusammenhang prüft, wo sie keinerlei Einfluss auf den Ausgang des Aufsichtsverfahrens hat. Auf ihre Beschwerde ist deshalb nicht einzutreten.

2.

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind keine Kosten geschuldet (vgl. Art. 66 Abs. 3 BGG). Die FINMA muss die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Dispositiv