



---

Abteilung II  
B-7038/2009  
{T 0/2}

## Urteil vom 20. November 2009

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani, Richter Ronald Flury, Richter  
Jean-Luc Baechler, Richter Philippe Weissenberger,  
Gerichtsschreiberin Myriam Senn.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer 1

**B.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin 2

**C.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin 3  
alle vertreten durch  
Rechtsanwälte Dr. Michael Winkler und  
Dr. Dimitri Santoro, Rüd Winkler Partner AG,  
Gartenstrasse 11, 8002 Zürich,

gegen

**Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Superprovisorisch verfügte vorsorgliche Massnahmen.

**Sachverhalt:****A.**

Im Kontext einer Untersuchung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Vorinstanz) gegen die D.\_\_\_\_\_, die E.\_\_\_\_\_, die F.\_\_\_\_\_, die G.\_\_\_\_\_, die H.\_\_\_\_\_, die J.\_\_\_\_\_ sowie gegen K.\_\_\_\_\_ wegen Verdachts auf unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen ergaben sich nach Auffassung der Untersuchungsbeauftragten konkrete Anhaltspunkte für enge personelle Verflechtungen und ein arbeitsteiliges Zusammenwirken zwischen den untersuchten Gesellschaften bzw. Personen und dem Beschwerdeführer 1, der Beschwerdeführerin 2, der Beschwerdeführerin 3, der L.\_\_\_\_\_, der M.\_\_\_\_\_, und der N.\_\_\_\_\_.

**B.**

Mit Schreiben vom 16. Oktober und 9. November 2009 bestritten die Beschwerdeführer, vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Michael Winkler und Dr. Dimitri Santoro, dass sie Publikumseinlagen entgegen genommen hätten. Der Untersuchungsbericht sei insofern teilweise falsch. Die wirtschaftliche (finanzielle und geschäftliche), organisatorische und personelle Verflechtung sei nicht derart intensiv, dass eine gesamthafte Betrachtungsweise angezeigt sei.

**C.**

Mit superprovisorischer Verfügung vom 11. November 2009 ordnete die Vorinstanz vorsorgliche Massnahmen an und setzte die gleichen Untersuchungsbeauftragten für eine Untersuchung bei den Beschwerdeführern sowie bei der L.\_\_\_\_\_, der M.\_\_\_\_\_, und der N.\_\_\_\_\_, ein. Sie untersagte den Organen der Verfügungsadressaten jegliche Rechtshandlungen ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten und insbesondere die Entgegennahme von Publikumseinlagen oder die Werbung dafür. Sie verpflichtete die Verfügungsadressaten, den Untersuchungsbeauftragten sämtliche Informationen und Unterlagen zu den Geschäftsaktivitäten zur Verfügung zu stellen und Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen. Weiter wies sie die zuständigen Handelsregisterämter an, die Ermächtigung der Untersuchungsbeauftragten, allein für die Verfügungsadressaten zu handeln, und das Verbot, gegenüber den Organen der Verfügungsadressaten ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten Rechtshandlungen vorzunehmen, einzutragen und die sich daraus ergebenden Änderungen nachzutragen. Die Vor-

instanz sperrte weiter sämtliche Konten und Depots, die auf die Verfügungsadressaten lauten oder an denen sie wirtschaftlich berechtigt sind, und räumte den Untersuchungsbeauftragten die Verfügungsberechtigung darüber ein. Sie auferlegte die Kosten der Untersuchungsbeauftragten den Verfügungsadressaten in solidarischer Haftung und ermächtigte die Untersuchungsbeauftragten, von den Verfügungsadressaten einen Kostenvorschuss zu verlangen. Die Vorinstanz erklärte diese vorsorglichen Massnahmen als sofort vollstreckbar und entzog einer allfälligen Beschwerde dagegen die aufschiebende Wirkung. Weiter lud sie die Verfügungsadressaten ein, bis am 24. November 2009 zu diesen superprovisorisch verfügten Massnahmen Stellung zu nehmen.

#### **D.**

Mit Beschwerde vom 12. November 2009 beantragen die Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht die kostenfällige Aufhebung dieser superprovisorischen Verfügung. In prozessualer Hinsicht beantragen sie, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren, eventualiter nur bezüglich der Ziffern 5 bis 11 (Entzug der Handlungsbefähigung der eigenen Organe und Verfügungsmacht über die Konten, alleinige Ermächtigung der Untersuchungsbeauftragten sowie entsprechende Einträge in die jeweiligen Handelsregister), und die in Frage stehenden Handelsregister seien anzuweisen, keine diesbezüglichen Einträge vorzunehmen. Diesen prozessualen Anträge sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Vorinstanz, stattzugeben.

#### **E.**

Mit Zwischenverfügung vom 12. November 2009 wies die Instruktionsrichterin den Antrag auf superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

#### **F.**

Gegen diese Zwischenverfügung erhob die Beschwerdeführerin 2 am 12. November 2009 Beschwerde beim Bundesgericht und beantragte, das zuständige Handelsregisteramt bis spätestens am 16. November 2009, 13.00 Uhr, per Fax anzuweisen, keine sie betreffenden Einträge vorzunehmen.

Mit Präsidialverfügung vom 16. November 2009 wies das Bundesgericht das Gesuch um sofortige vorsorgliche Massnahmen ab.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die FINMA ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. e VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

**1.2** Die Beschwerde richtet sich gegen die selbständig eröffnete superprovisorische Zwischenverfügung der FINMA vom 11. November 2009. Auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen gelten als anfechtbare Verfügungen gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VwVG, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG).

Die angefochtene superprovisorische Verfügung ist im Kontext eines Untersuchungsverfahrens der Vorinstanz zu sehen. Gegenstand dieses Verfahrens ist die Frage, ob die Beschwerdeführer eine nach den Finanzmarktaufsichtsgesetzen unterstellungspflichtige Tätigkeit ausüben oder nicht. Gegenstand der angefochtenen superprovisorischen Zwischenverfügung ist vorab die Einsetzung von zwei Untersuchungsbeauftragten und der Entzug der Verfügungsberechtigung der bisherigen Organe der Beschwerdeführer während der Dauer des Untersuchungsverfahrens. Eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde wäre daher nicht geeignet, sofort einen Endentscheid im Untersuchungsverfahren herbeizuführen (vgl. Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG).

Die Beschwerde gegen die angefochtene superprovisorische Zwischenverfügung ist daher nur zulässig, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG bewirken kann. Diese Frage ist daher in der Folge zu prüfen.

**1.3** Das besondere Rechtsschutzinteresse, das die sofortige Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung begründet, liegt im Nachteil, der entstünde, wenn die Anfechtung der Zwischenverfügung erst zusammen mit der Beschwerde gegen den Endentscheid zugelassen wäre (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 28 N. 84; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 46 N 4ff.). Bei superprovisorischen Massnahmen liegt das besondere Rechtsschutzinteresse somit im Nachteil, der entstünde, wenn die Anfechtung der Zwischenverfügung erst zusammen mit der Beschwerde gegen eine sie bestätigende provisorische Massnahme oder gegen den Endentscheid zugelassen würde. Der Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG kann sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein. Das schutzwürdige Interesse kann namentlich wirtschaftlich begründet sein, der Prozessökonomie oder der Rechtssicherheit entspringen, sofern es den Beschwerdeführern bei der Anfechtung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1100/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 2.2.1).

**1.4** In der Folge ist daher zu prüfen, welches die relevanten Kriterien sind, damit in einem konkreten Fall davon auszugehen ist, dass eine superprovisorische Verfügung der Vorinstanz für die Betroffenen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Dazu ist vorab die Entwicklung der Praxis der Vorinstanz und deren Bewertung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – bzw., soweit vorhanden, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – darzustellen.

**1.4.1** Das Bundesgericht kam in mehreren Urteilen zum Schluss, dass die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten und der Entzug der Verfügungsberechtigung der eigenen Organe durch die Vorinstanz für den Zeitraum von mehreren Monaten bis zum rechtskräftigen Abschluss der Untersuchung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Betroffenen darstellen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.509/1999 vom 24. März 2000 E. 1b, BGE 126 II 111 nicht veröffentlichte E. 1b, Urteil des Bundesgerichts 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001 E. 1b). Das Bundesverwaltungsgericht folgte dieser Auffassung in den bisherigen beiden Urteilen zu dieser Fragestellung (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2627/2009 vom 27. Mai 2009 und B-4935/2009 vom 31. August 2009).

**1.4.2** Die Eidgenössische Bankenkommision, die Rechtsvorgängerin der Vorinstanz, hatte offenbar gemäss ihrer früheren Praxis in Fällen, in denen konkreter Verdacht auf eine unterstellungspflichtige Tätigkeit bestand und Gefahr im Verzug war, superprovisorisch, d.h. ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs, einen Beobachter eingesetzt und in die Geschäftstätigkeit eingegriffen, beispielsweise durch eine Kontensperre oder die Einschränkung der Handlungsbefähigung der Organe der untersuchten Gesellschaft. Das Bundesgericht entschied daraufhin, dass es nicht angängig sei, wenn die Vorinstanz es bis zum Endentscheid im Untersuchungsverfahren bei dieser superprovisorischen Verfügung belasse. Nach Art. 30 Abs. 1 VwVG habe die Behörde die Parteien anzuhören, bevor sie verfüge. Hiervon könne sie lediglich absehen bei Zwischenverfügungen, die nicht selbständig durch Beschwerde anfechtbar seien (Art. 30 Abs. 2 Bst. a VwVG), falls eine Einsprachemöglichkeit bestehe (Art. 30 Abs. 2 Bst. b VwVG), wenn dem Begehren der Parteien voll entsprochen werde (Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG), bei Vollstreckungsverfügungen (Art. 30 Abs. 2 Bst. d VwVG) sowie bei anderen Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, soweit Gefahr im Verzug sei, die Parteien gegen die Verfügung Beschwerde führen könnten und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung einräume (Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG). Artikel 30 Abs. 2 Bst. e VwVG ermögliche den Verzicht auf eine vorgängige Anhörung nur, wenn kumulativ einerseits Gefahr im Verzug sei und andererseits gegen die Verfügung ein verwaltungsinterner Beschwerdeweg mit voller Überprüfungsbefugnis offen stehe; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde genüge für den Verzicht auf eine Anhörung grundsätzlich nicht. Könne keine Rechtsmittelinstanz mit voller Kognition angerufen werden, so sei bei Gefahr im Verzug die vorgesehene Massnahme superprovisorisch anzuordnen und unmittelbar anschliessend das rechtliche Gehör zu gewähren, worauf die superprovisorische Anordnung allenfalls als vorsorgliche Massnahme aufrechterhalten werden könne. Dieser Entscheid sei dann im Rahmen von Art. 45 Abs. 2 Bst. g VwVG (heute Art. 46 Abs. 1 VwVG) vor Bundesgericht wiederum mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar (BGE 126 II 111 E. 6b).

**1.4.3** In der Folge änderte die Vorinstanz, bzw. ihre Rechtsvorgängerin, ihre Praxis und wies in ihren superprovisorischen Verfügungen jeweils darauf hin, dass sie dazu bereit sei, nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs eine anfechtbare Verfügung über die allenfalls bestätigten vorsorglichen Massnahmen zu erlassen, sofern

die Betroffenen dies verlangten. Das Bundesgericht bestätigte diese neue Praxis in mehreren Entscheiden als korrekt und stellte fest, erst diese Bestätigung als vorsorgliche Massnahme stelle einen Zwischenentscheid dar, der einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge habe und deshalb beim Bundesgericht angefochten werden könne (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.65/2002 E. 2.2.2, Urteil des Bundesgerichts 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001 E. 1b/aa, BGE 132 II 382 E. 1.2.1). Es sei auch zulässig, wenn die Vorinstanz darauf verzichte, von sich aus eine solche anfechtbare Verfügung über die allenfalls bestätigten vorsorglichen Massnahmen zu erlassen, sofern sie die Betroffenen in der Rechtsmittelbelehrung der superprovisorischen Verfügung darauf hinweise, dass sie dazu bereit sei. Wer die Einsetzung eines Beobachters oder Untersuchungsbeauftragten für die Dauer des Unterstellungsverfahrens nicht in Frage stellen wolle, habe ein Interesse daran, dass kein unnötiger Aufwand betrieben werde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.65/2002 E. 2.2.2). Es sei daher Sache der Betroffenen, sich um den Erlass einer derartigen selbständig anfechtbaren Verfügung zu bemühen, nötigenfalls mit einer Rechtsverweigerungsbeschwerde.

**1.5** Im Kontext dieser neueren Praxis der Vorinstanz ist die Frage, ob bereits eine superprovisorische Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, somit nicht mehr mit Blick auf die ganze voraussichtliche Dauer des Untersuchungsverfahrens zu beantworten. Massgeblich ist vielmehr die voraussichtliche Zeitspanne, bis die Vorinstanz nach Eingang der Einwände der Betroffenen über die allfällige Bestätigung ihrer superprovisorisch verfügten Massnahmen entschieden haben wird. In einem vergleichbaren Fall aus einem anderen Rechtsgebiet, in dem zwar ein ungleich geringerer Eingriff in Frage stand als im vorliegenden Fall, der aber ansonsten von der verfahrensrechtlichen Problematik her eine ähnliche Fragestellung aufwies, führte das Bundesgericht aus, es sei klar, dass die superprovisorische Verfügung nur bis zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gelte und die Behörde "unmittelbar danach" über die allfällige Bestätigung dieser superprovisorisch angeordneten Massnahmen entscheiden werde. Als allfälliger Nachteil komme daher lediglich diese kurzfristige Beeinträchtigung der Betroffenen in Frage (vgl. das Urteil 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004 E. 1.3.2).

**1.6** Die Frage, ob eine superprovisorische Zwischenverfügung, in der die Vorinstanz einen Untersuchungsbeauftragten eingesetzt und die

Geschäftsführungsbefugnis der Organe der Betroffenen entzogen hat, geeignet ist, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu bewirken und daher separat anfechtbar ist, wurde vom Bundesgericht seit der Praxisänderung der Vorinstanz zwar stets verneint. Die Frage kann indessen nicht generell beantwortet werden; massgeblich sind vielmehr die jeweiligen Umstände des konkreten Einzelfalles. In erster Linie dürfte diesbezüglich entscheidend sein, ob bzw. innert welcher Frist die Vorinstanz im konkreten Einzelfall nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs über die Bestätigung, Modifizierung oder Aufhebung der superprovisorisch verfügten Massnahmen verfügen sollte, und ob konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie dies nicht zeitgerecht tun wird oder gar bereits im Verzug ist.

**1.7** Über die Bestätigung von superprovisorisch verfügten Massnahmen ist "unmittelbar" nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs bzw. nach Eingang der Einwände der Betroffenen zu verfügen (vgl. das Urteil 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004 E. 1.3.2). Wie schnell "unmittelbar" ist, kann nicht generell gesagt werden. Massgeblich sind die konkreten Umstände des Einzelfalles. Je nach Schwere des Eingriffes und Relevanz des Zeitablaufs ist ein Entscheid mehr oder weniger rasch zu fällen. Im Allgemeinen wird die Behörde sich bis zum Entscheid einige Tage oder auch mehr Zeit nehmen können. In besonderen Fällen sind bedeutend kürzere oder auch längere Entscheidungsfristen zu verlangen. Entscheidend ist letztlich, wie viel Zeit objektiv erforderlich ist, um in einer summarischen Würdigung und aufgrund der bereits vorhandenen oder rasch greifbaren Beweismittel zu entscheiden, ob die objektiven Anhaltspunkte auch angesichts der von den Betroffenen dagegen vorgebrachten Einwände die superprovisorisch verfügten Massnahmen als angemessen erscheinen lassen oder ob letztere aufzuheben oder durch mildere zu ersetzen sind.

**1.8** Darin allein, dass die Beschwerdeführer ihre Einwände zuerst bei der Vorinstanz vorbringen müssen und erst die dadurch erwirkte Verfügung – falls noch erforderlich – beim Bundesverwaltungsgericht anfechten können, kann kein nicht wieder gutzumachender Nachteil gesehen werden. Im Zeitpunkt des Beschwerdeingangs verfügt das Bundesverwaltungsgericht nämlich weder über die Vorakten noch über eine Vernehmlassung der Vorinstanz. Gerade im Kontext der Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens steht der Vorinstanz nach ständiger Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts aber

ein "technisches Ermessen" zu bezüglich der Frage, ob und welche Massnahmen sie ergreift (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.1, BGE 131 II 306 E. 3.1.2, BGE 130 II 351 E. 2.2, BGE 126 II 111 E. 3b, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4935/2009 vom 31. August 2009 E. 2.4). Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht auf eine Beschwerde gegen eine superprovisorische Zwischenverfügung eintreten würde, müsste es daher zwingend zuerst einen Schriftenwechsel durchführen und die Vernehmlassung und die Vorakten der Vorinstanz einholen, bevor es über die Beschwerde entscheiden könnte. Ob unter Berücksichtigung dieser unumgänglichen Verfahrensnotwendigkeiten überhaupt angenommen werden kann, die Beschwerdeführer könnten mit einer direkten Anrufung des Bundesverwaltungsgerichts einen relevanten Zeitgewinn erzielen, erscheint daher als zweifelhaft.

Sofern keine Anhaltspunkte vorliegen, dass die Vorinstanz ihre Verfügung nicht zeitgerecht erlassen wird, dürfte daher in aller Regel davon auszugehen sein, dass die Notwendigkeit, zuerst eine Verfügung der Vorinstanz zu verlangen, keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirkt.

**1.9** Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Vorinstanz in Fällen der vorliegenden Art ihre superprovisorische Verfügung jeweils sofort vollzieht und den Übergang der Verfügungsberechtigung von den Organen der Gesellschaft auf den Untersuchungsbeauftragten unverzüglich ins Handelsregister eintragen lässt. Selbst wenn auf die Beschwerde gegen die superprovisorische Verfügung eingetreten und diese gutgeheissen würde, würde der Vollzug der Verfügung daher nicht aufgehalten, sondern nur mehr rückgängig gemacht werden. Als möglicher Nachteil in Betracht fällt daher nur eine allfällige, wie dargelegt höchstens geringfügige Verzögerung in dieser nachträglichen Korrektur.

**1.10** Insgesamt ergibt sich somit, dass zwar jeder konkrete Fall einzeln zu prüfen, mit dem Bundesgericht aber davon auszugehen ist, dass die superprovisorische Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten und die damit einhergehende Einschränkung in der Geschäftstätigkeit der Betroffenen in der Regel keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil beinhaltet, sofern davon ausgegangen werden kann, dass die Vorinstanz gebührend rasch nach Eingang der Einwände der Betroffenen über die allfällige Bestätigung der superprovisorisch verfügten Massnahmen entscheiden wird.

**1.11** Wie das Bundesverwaltungsgericht kürzlich in zwei Urteilen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2627/2009 vom 27. Mai 2009 und B-4935/2009 vom 31. August 2009) ausgeführt hat, hat sich die Rechtslage seit Anfangs 2007 insofern geändert, als mit der Revision der Bundesrechtspflege das Bundesverwaltungsgericht als erste Rechtsmittelinstanz gegen Verfügungen der Vorinstanz geschaffen wurde. Im Gegensatz zum Bundesgericht verfügt das Bundesverwaltungsgericht über volle Kognition, d.h. es kann eine angefochtene Verfügung nicht nur auf eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung und auf Rechtsfehler, sondern auch auf ihre Angemessenheit überprüfen (vgl. Art. 49 VwVG). Insofern ist eine Heilung allfälliger Gehörsverletzungen durch die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nunmehr grundsätzlich in allen Fällen möglich.

**1.12** Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2, BGE 132 V 387 E. 5.1, mit Hinweisen).

In den beiden zitierten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts hatte die Vorinstanz bereits im Rahmen ihrer Vernehmlassung zu den Einwänden der Beschwerdeführer Stellung genommen und ausgeführt, dass sie an den superprovisorisch verfügten Massnahmen festhalten wolle. Eine Rückweisung nach dieser Vernehmlassung wäre daher prozessualer Leerlauf gewesen; es war offensichtlich, wie die Vorinstanz verfügt hätte, wenn die Sache an sie zurück gewiesen worden wäre, damit sie die bisher erst superprovisorisch verfügten Massnahmen als vorsorgliche Massnahmen bestätige oder modifiziere. Das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils war bei dieser Sachlage zu bejahen.

**1.13** Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts – nicht nur in finanzmarktrechtlichen Verfahren – und der herrschenden Lehre sollen Gehörsverletzungen durch die Beschwerdeinstanz indessen – wie erwähnt – nur ausnahmsweise und nicht systematisch geheilt werden, auch wenn die Beschwerdeinstanz über volle Kognition verfügt (vgl. BGE 124 V 180 E. 4, BGE 124 II 132 E. 2c, je mit Hinweisen). Nur so kann vermieden werden, dass systematisch im erstinstanzlichen Verfahren der Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet wird und die Rechtsmittelinstanz sich allenfalls mit neuen Einwänden beschäftigen muss, die das erstinstanzliche Verfahren zu beeinflussen bzw. zu verkürzen oder zu beenden geeignet gewesen wären. Die Wahrung der Verfahrensrechte der Betroffenen ist diesbezüglich von zentraler Bedeutung. Eine nachträgliche Heilung eines entsprechenden Mangels kommt daher nur ausnahmsweise in Frage; die erstinstanzliche Behörde darf nicht darauf vertrauen, dass von ihr missachtete Verfahrensrechte systematisch nachträglich geheilt würden. Ansonsten würden die gerade für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehenen prozessualen Garantien ihren Sinn verlieren (BGE 126 II 111 E. 6b).

**1.14** Wie dargelegt, ist die Vorinstanz seit ihrer durch das Bundesgericht veranlassten Praxisänderung durchaus bereit, den durch eine superprovisorische Verfügung Betroffenen das rechtliche Gehör zu gewähren. Insofern kann von einer Verletzung oder Missachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht gesprochen werden. Würde das Bundesverwaltungsgericht in derartigen Beschwerdeverfahren gegen superprovisorische Verfügungen aber nun regelmässig einen vollständigen Schriftenwechsel durchführen und die Vorinstanz zur Vernehmung und zum Einreichen ihrer Vorakten auffordern, so würde dies zu einer systematischen Verlagerung des erstmaligen rechtlichen Gehörs in das Rechtsmittelverfahren führen. Dies wäre aber nach dem Gesagten weder zulässig noch erwünscht.

Von der Möglichkeit, das vor der Vorinstanz noch nicht gewährte Gehör vor dem Bundesverwaltungsgericht nachzuholen, ist daher nicht als Regelfall, sondern nur ausnahmsweise Gebrauch zu machen, insbesondere etwa, wenn eigentliche Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsrügen vorgebracht werden, weil die Vorinstanz ihre Verfügung über die allfällige Bestätigung der superprovisorisch verfügten Massnahmen nicht gebührend rasch erlassen sollte.

**1.15** Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Beschwerdeführer eingeladen, allfällige Einwände gegen die superprovisorisch verfügten Massnahmen bis zum 24. November 2009 vorzubringen, damit sie anschliessend über die Bestätigung der Massnahmen entscheide. Wie dieser Entscheid ausfallen wird, ist daher noch nicht bekannt, da die Vorinstanz noch keine Kenntnis von den Einwänden der Beschwerdeführer hat und dazu auch noch keine Stellung nehmen konnte. Es sind auch keinerlei Anhaltspunkte dargetan oder ersichtlich dafür, dass die Vorinstanz diese Verfügung nicht – der Dringlichkeit der Sache angemessen – unverzüglich nach Eingang der Einwände der Beschwerdeführer erlassen würde. Insofern steht im vorliegenden Fall noch nicht fest, ob der den Beschwerdeführern entstandene Nachteil nicht bereits durch eine entsprechende Verfügung der Vorinstanz behoben würde. Auch kann nicht gesagt werden, dass den Beschwerdeführern insofern ein nicht wieder gutzumachender Nachteil erwächst, als sie zuerst bei der Vorinstanz ihre Einwände vorbringen und erst die dadurch erwirkte Verfügung – falls noch erforderlich – beim Bundesverwaltungsgericht anfechten können.

**1.16** Nach dem Gesagten erweist sich die angefochtene superprovisorische Zwischenverfügung als nicht selbständig anfechtbar. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten. Die Beschwerdeschrift ist an die Vorinstanz zu überweisen, damit sie die darin vorgebrachten Einwände der Beschwerdeführer prüfe und unverzüglich über die Bestätigung oder Nichtbestätigung ihrer bisher erst superprovisorisch verfügten Massnahmen entscheide.

## **2.**

Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführer zwar als unterliegend, weshalb ihnen an sich die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen wären. Verfahrenskosten können indessen ausnahmsweise erlassen werden (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. und 6 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da das vorliegende Urteil eine Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beinhaltet, ist von der Auferlegung von Verfahrenskosten abzusehen.

## **3.**

Angesichts des Verfahrensausgangs ist den Beschwerdeführern keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1

VGKE). Der Vorinstanz steht kein Anspruch auf Parteientschädigung zu (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. Die Eingabe wird an die Vorinstanz überwiesen zur Fortführung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde, vorab per Fax; Beilage: Doppel der Beschwerde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Myriam Senn

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 20. November 2009