

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C 359/2017, 2C 360/2017

Urteil vom 23. März 2018

## II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Seiler, Präsident,  
Bundesrichter Zünd,  
Bundesrichterin Aubry Girardin,  
Gerichtsschreiberin Mayhall.

### Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
B. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Laupenstrasse 27, 3003 Bern,  
Beschwerdegegnerin.

### Gegenstand

Fristerstreckung / Freigabe von Mitteln,

Beschwerden gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. März 2017  
(B-6648/2015, B-6651/2015).

### Sachverhalt:

A.

Mit Schreiben vom 27. August 2015 informierte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_, dass im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der C. \_\_\_\_\_ AG, Feusisberg, je ein separates Enforcementverfahren gegen die C. \_\_\_\_\_ AG, A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ und eine weitere natürliche Person eröffnet worden sei. Dem Schreiben lag ein Untersuchungsbericht in Sachen C. \_\_\_\_\_ AG und eine Aufforderung zur Stellungnahme bis am 17. September 2015 bei. Nachdem die FINMA ein erstes Fristerstreckungsgesuch bis zum 30. Oktober 2015 gutgeheissen hatte, wies sie am 8. Oktober 2015 das mit Schreiben vom 29. September 2015 gestellte Fristerstreckungsgesuch und den sinngemässen Antrag auf Wiedereintragung der Zeichnungsberechtigung und Freigabe von Mitteln der C. \_\_\_\_\_ AG zur Deckung der Kosten der Rechtsvertretung von A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ ab.

B.

Mit Eingabe vom 16. Oktober 2015 reichten A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ in separaten Eingaben eine Beschwerde gegen das Schreiben der FINMA vom 8. Oktober 2015 ein und beantragten:

1. Ziffer 1 der Verfügung der FINMA vom 8. Oktober 2015 sei aufzuheben und die Frist zur Stellungnahme zum Bericht der Untersuchungsbeauftragten vom 24. August 2015 in Sachen C. \_\_\_\_\_ AG sei angemessen bis zu einem vom Bundesverwaltungsgericht zu bestimmenden Termin, aber mindestens bis zum 18. Dezember 2015 zu verlängern.

2. a) Ziffer 2 der Verfügung der FINMA vom 8. Oktober 2015 sei aufzuheben und das Handelsregister des Kantons Schwyz sei in Bezug auf die C. \_\_\_\_\_ AG anzuweisen, die gemäss Dispositivziffer 10 der superprovisorischen Verfügung der FINMA vom 5. März 2015 im Verfahren G01056805 vorgenommenen Eintragungen zu löschen und die Zeichnungsberechtigungen einzutragen, wie sie vor der genannten Verfügung bestanden haben und die Konto- und Depotsperren gemäss Dispositivziffer 11 der superprovisorischen Verfügung der FINMA vom 5. März 2015 im Verfahren G01056805 seien

aufzuheben.

b) eventualiter: Ziffer 2 der Verfügung der FINMA vom 8. Oktober 2015 sei aufzuheben und die gemäss superprovisorischer Verfügung der FINMA vom 5. März 2015 und provisorischer Verfügung der FINMA vom 24. April 2015 im Verfahren G01056805 für die C.\_\_\_\_\_ AG handelnde Untersuchungsbeauftragte sei anzuweisen, aus den Mitteln der C.\_\_\_\_\_ AG zur Deckung der Kosten der Rechtsvertretung im Zusammenhang mit dem Enforcementverfahren G01057829 bzw. G01057784 der FINMA einen Kostenvorschuss in noch zu bestimmender Höhe zwischen CHF 75'000 und CHF 125'000 freizugeben.

3.eventualiter: Ziffer 1 und 2 der Verfügung der FINMA vom 8. Oktober 2015 seien aufzuheben und die FINMA sei anzuweisen, die Rechtsbegehren gemäss den Ziffern 1 und 2 umzusetzen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der FINMA.

Mit zwei separaten Urteilen vom 17. März 2017 ist das Bundesverwaltungsgericht nicht auf die von A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ erhobenen Beschwerden eingetreten.

C.

Mit je separat eingereichten Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 5. April 2017 an das Bundesgericht beantragen A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_, die angefochtenen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. März 2017 seien kostenfällig aufzuheben. Des Weiteren sei Ziff. 2 der Verfügung der FINMA vom 8. Oktober 2015 aufzuheben und die gemäss superprovisorischer Verfügung der FINMA vom 5. März 2015 und provisorischer Verfügung der FINMA vom 24. April 2015 im Verfahren G01056805 für die C.\_\_\_\_\_ AG handelnde Untersuchungsbeauftragte, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_strasse xxx, U.\_\_\_\_\_, sei anzuweisen, aus den Mitteln der C.\_\_\_\_\_ AG zur Deckung der Kosten der Rechtsvertretung der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den Enforcementverfahren G01057784 bzw. G01057829 der FINMA einen Kostenvorschuss in noch zu bestimmender Höhe zwischen CHF 75'000 und CHF 125'000 freizugeben. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz, subeventualiter an die FINMA zurückzuweisen.

Die Vorinstanz verzichtet auf eine Vernehmlassung. Die FINMA schliesst auf Abweisung, soweit Eintreten. Mit Verfügung vom 15. Mai 2017 hat das präsidiierende Mitglied der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts die Gesuche um aufschiebende Wirkung der Beschwerden abgewiesen. Mit Eingabe vom 14. September 2017 erklärte der mandatierte Rechtsvertreter, er habe die Mandate niedergelegt.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführer haben je eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Diese richten sich gegen zwei separat erlassene Nichteintretensentscheide der Vorinstanz betreffend ein (als Zwischenverfügung qualifiziertes) Schreiben der FINMA vom 8. Oktober 2015 auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die beiden Verfahren betreffen denselben Sachverhalt und werfen dieselben Rechtsfragen auf, weshalb sie praxisgemäss zu vereinigen sind (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP).

1.2.

1.2.1. Angefochten ist ein Urteil, mit welchem das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerden der Beschwerdeführer gegen das Schreiben der FINMA vom 8. Oktober 2015 nicht eingetreten ist. Von Amtes wegen zu prüfen ist, ob die Sachurteilsvoraussetzungen für ein Eintreten auf die vor Bundesgericht erhobenen Beschwerden erfüllt sind.

1.2.2. Als Endentscheid ist ein Entscheid zu qualifizieren, der das Verfahren prozessual abschliesst (Art. 90 BGG), sei dies mit einem materiellen Entscheid oder Nichteintreten, z.B. mangels Zuständigkeit (BGE 133 V 477 E. 4.1.1 S. 480); als Vor- und Zwischenentscheide gelten alle Entscheide, die das (Haupt-) Verfahren nicht abschliessen und daher weder End- noch Teilentscheide sind; sie können formell- oder materiellrechtlicher Natur sein (BGE 133 V 477 E. 4.1.3 S. 481). Rechtsmittelentscheide über Zwischenentscheide sind ihrerseits Zwischenentscheide, es sei denn, sie würden das Hauptverfahren abschliessen. Das gilt auch, wenn mit dem angefochtenen Entscheid auf eine Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung nicht eingetreten wird (Urteile 2C 475/2011, 2C 476/2011 vom 13. Dezember 2011 E. 2.1, unter Verweis auf die Urteile 4A 542/2009 vom 27. April

2010 E. 3; 9C 740/2008 vom 30. Oktober 2008 E. 1).

1.2.3. Das Bundesgericht soll sich wenn möglich nur einmal mit einer Sache befassen (BGE 135 I 261 E. 1.2 S. 263). Die Beschwerde an das Bundesgericht ist daher zulässig gegen End- und Teilentscheide (Art. 90 und Art. 91 BGG), gegen Vor- und Zwischenentscheide jedoch nur unter den in Art. 92 und Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen. Immerhin muss sichergestellt werden, dass das Verfahren insgesamt dem verfassungsrechtlichen Gebot genügt, im Rahmen eines fairen Verfahrens innert angemessener Frist einen wirksamen Rechtsschutz zu gewähren (Art. 29 Abs. 1 BV). Unter diesem Aspekt kann es ausnahmsweise verfassungsrechtlich geboten sein, bereits auf einen Zwischenentscheid einzutreten, wenn es rechtsstaatlich unzumutbar wäre, die Parteien auf die Anfechtung des Endentscheids zu verweisen (BGE 136 II 165 E. 1.2.1 S. 171; Urteile 2C 475/2011, 2C 476/2011 vom 13. Dezember 2011 E. 2.4).

1.2.4. Vorliegend ist die Vorinstanz auf die Beschwerden der Beschwerdeführer gegen das als selbstständig eröffnete Zwischenverfügung im Sinne von Art. 46 VwVG qualifizierte Schreiben der FINMA vom 8. Oktober 2015 nicht eingetreten. Auch wenn sie eingetreten wäre, hätte ihr Entscheid - ob gutheissend oder abweisend - das Hauptverfahren nicht beendet. Der angefochtene vorinstanzliche Nichteintretensentscheid ist deshalb ein Zwischenentscheid, der grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 oder Art. 93 BGG anfechtbar ist. Ein selbstständig eröffneter Entscheid über Ausstand oder Zuständigkeit (Art. 92 BGG) liegt nicht vor. Die Voraussetzungen gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG sind ebenfalls nicht erfüllt, würde doch selbst im Falle einer Gutheissung noch kein Endentscheid mit Kosten- und Zeitersparnis für ein weitläufiges Beweisverfahren herbeigeführt werden (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). In Frage kommt demnach einzig ein Eintreten auf die Beschwerde gestützt auf Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, wonach die Beschwerde gegen selbstständig eröffnete Zwischenentscheide zulässig ist, wenn sie einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil bewirken können. Der Nachteil in diesem Sinne muss in der Regel rechtlicher Natur sein (BGE 142 III 798 E. 2.2 S. 801; 136 II 165 E. 2.2 S. 170 f.; 135 I 261 E. 1.4 S. 263 f.; Urteil 2C 1009/2014 vom 6. Juli 2015 E. 2.2).

1.2.5. Der blosser Umstand, dass den Beschwerdeführern von ihrer Arbeitgeberin, der beaufsichtigten C.\_\_\_\_\_ AG, keine Mittel zur Deckung ihrer Rechtsvertretungskosten in einem Enforcementverfahren der FINMA vorgeschossen werden, schliesst ihre wirksame und ausreichende Verteidigung im Enforcementverfahren noch nicht aus. Sollten die Beschwerdeführer durch das Enforcementverfahren in eigenen Interessen betroffen sein (BGE 132 I 201 E. 8.2 S. 214; GEROLD STEINMANN, in: St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, N. 15, N. 62 zu Art. 29 BV) und nicht über die erforderlichen Mittel verfügen, hätten sie Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint; soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, haben sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 29 Abs. 3 BV; ANDRÉ E. LEBRECHT, in: Basler Kommentar zum Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 24 zu Art. 53 FINMAG). Angesichts des grundsätzlich auch im Enforcementverfahren vor der FINMA bestehenden verfassungsmässigen Anspruches natürlicher Personen auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV; BGE 132 I 201 E. 8.2 S. 214; STEINMANN, a.a.O., N. 5, N. 65 f. zu Art. 29 BV; LEBRECHT, a.a.O., N. 24 zu Art. 53 FINMAG; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2. Aufl. 2015, S. 300 f.) ist nicht ersichtlich, weshalb den Beschwerdeführern aus der Weigerung, ihnen die Kosten der Rechtswahrung durch Mittel der C.\_\_\_\_\_ AG vorzuschüssen, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil in Form einer Beeinträchtigung der Möglichkeit, ihre Rechte in einem Verwaltungsverfahren wirksam wahrzunehmen, entstanden sein sollte.

1.2.6. Auch aus Gründen einer rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) mit einer Organperson ihrer Arbeitgeberin, der C.\_\_\_\_\_ AG, lässt sich kein solcher Nachteil rechtlicher Art konstruieren: Selbst für den Fall, dass eine Organperson einen Rechtsanspruch auf Vorfinanzierung von Prozesskosten durch die betreffende Gesellschaft hätte, was - soweit ersichtlich - bis anhin (auch in Urteil 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001 E. 3b/aa) nicht höchststrichterlich entschieden wurde und vorliegend offen bleiben kann, sieht die Lehre die sachliche Rechtfertigung einer vorläufigen Prozessfinanzierung einer Organperson durch die Gesellschaft in den Risiken von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen (Art. 754 Abs. 1, Art. 756 Abs. 1, Art. 757 Abs. 1 OR), denen zwar Organpersonen, jedoch Arbeitnehmer einer Aktiengesellschaft (wie die Beschwerdeführer) gerade nicht ausgesetzt sind (siehe grundlegend DANIEL DÄNIKER, Versicherung, Prozesskostenersatz und Freistellung [Indemnification] von Organpersonen, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, 2003, S. 523 ff.; DERS., Kann eine

schweizerische Publikumsgesellschaft ihre Organe von Verantwortlichkeitsansprüchen schadlos halten?, in:

GesKR 2009 S. 378 ff.; vgl. auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl. 2009, S. 1895 ff.; MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN/MARC BAUEN, Le conseil d'administration, 2017, S. 381 ff.). Das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), wonach Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, hingegen Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (BGE 142 II 425 E. 4.2 S. 427), würde somit aufgrund der unterschiedlichen Haftungsrisiken eher eine Ungleichbehandlung von Organpersonen und Arbeitnehmern durch die FINMA nahelegen. Auch für den Fall, dass die Organperson keinen Rechtsanspruch auf eine solche Vorfinanzierung von Prozesskosten aus Mitteln der C.\_\_\_\_\_ AG hätte, könnten die Beschwerdeführer aus der erfolgten Gewährung von Mitteln an die Organperson nichts zu ihren Gunsten ableiten, besteht doch aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht und geht aus der Beschwerdeschrift nicht hervor, dass die FINMA eine ständige rechtswidrige Praxis verfolgen würde, an welcher sie auch künftig festzuhalten gedenkt (BGE 139 II 49 E. 7.1 S. 61; 136 I 65 E. 5.6 S. 78). Das angefochtene Urteil, mit welchem die Vorinstanz auf die Beschwerden gegen ein Schreiben der FINMA, mit welchem den Beschwerdeführern eine Vorfinanzierung ihrer Rechtsverfolgungskosten aus Mitteln der C.\_\_\_\_\_ AG verweigert worden ist, nicht eingetreten ist, vermochte den Beschwerdeführern auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit (Verletzung von Art. 8 Abs. 1 BV) keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Art zuzufügen.

1.2.7. Der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid auf eine Beschwerde gegen ein Schreiben, mit welchem die FINMA eine Vorfinanzierung der durch ein Enforcementverfahren verursachten Rechtsvertretungskosten der Beschwerdeführer aus Mitteln ihrer Arbeitgeberin abgelehnt hat, begründet daher keinen nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Dass den Beschwerdeführern aus Gründen der Verfahrensfairness (Art. 29 Abs. 1 BV) eine Verweisung auf die Anfechtbarkeit des Endentscheids der FINMA (Art. 46 Abs. 2 VwVG) aus rechtsstaatlichen Gründen unzumutbar wäre (vgl. oben, E. 1.2.3), haben die Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift an das Bundesgericht nicht dargelegt, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

2.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die reduzierten Gerichtskosten den Beschwerdeführern, die keine Verfahrensvereinigung beantragt haben, je zur Hälfte aufzuerlegen (HANSJÖRG SEILER, Kommentar BGG, 2. Aufl. 2015, N. 59 zu Art. 66 BGG). Parteienschädigungen werden nicht gesprochen (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 2C 359/2017 und 2C 360/2017 werden vereinigt.

2.

Auf die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird nicht eingetreten.

3.

Die Beschwerdeführer haben die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens von Fr. 3'000.-- je zur Hälfte (Fr. 1'500.--) zu tragen.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. März 2018

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall