

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C\_158/2017

Urteil vom 27. März 2017

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Seiler, Präsident,  
Bundesrichter Stadelmann, Haag,  
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte

1. A. \_\_\_\_\_ AG,
2. B. \_\_\_\_\_,

beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph Good,  
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, Laupenstrasse 27, 3003 Bern,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen / Liquidation und Konkurs /  
Unterlassungsanweisung und Veröffentlichung,

Beschwerde gegen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 6.  
Januar 2017.

Erwägungen:

1.

A. \_\_\_\_\_ AG betreibt gemäss Handelsregistereintrag Handel mit und Vertrieb von Lebensmitteln und kulinarischen Spezialitäten, namentlich solcher der Marke A. \_\_\_\_\_ AG, und die Übernahme von diesbezüglichen Management- und Beratungsdienstleistungen, Research und Development von Produkten aller Art sowie das Erbringen von damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Mit Verfügung vom 8. Juli 2016 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA gegenüber A. \_\_\_\_\_ AG eine Verfügung. Darin stellt sie fest, dass A. \_\_\_\_\_ AG ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hatte (Dispositivziffer 1 und 3). Ebenso stellte sie fest, dass A. \_\_\_\_\_ AG die Voraussetzungen für eine Erteilung der Bankenbewilligung nicht erfülle, weshalb die FINMA die Erteilung einer nachträglichen Bewilligung verweigere (Dispositivziffer 2). Die FINMA ordnete die Auflösung der A. \_\_\_\_\_ AG sowie deren Liquidation auf dem Wege des Konkurses an, wobei die Konkurseröffnung auf Montag, 11. Juli 2016, 8.00 Uhr, festgesetzt wurde (Dispositivziffer 4), setzte eine Liquidatorin ein und entzog den bisherigen Organen die Vertretungsbefugnis (Dispositivziffer 5 und 7). Die Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots, die auf A. \_\_\_\_\_ AG lauten oder an denen sie wirtschaftlich berechtigt ist, wurde aufrecht erhalten (Dispositivziffer 14). Des Weiteren verfügte die FINMA insbesondere die Publikation der Konkurseröffnung auf ihrer Internetseite und im Schweizerischen Handelsamtsblatt, unter gleichzeitigem Erlass eines Schuldenerufes (Dispositivziffer 9). Das Handelsregisteramt des Kantons Obwalden wurde angewiesen, bei A. \_\_\_\_\_ AG am Dienstag, 19. Juli 2016, die entsprechenden Eintragungen im Handelsregister vorzunehmen (Dispositivziffer 10). Die Dispositivziffern 4-10 sowie 14 und 15 wurde für sofort vollstreckbar erklärt und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen (Dispositivziffer 15). Auf während laufender Beschwerdefrist ergänzte Beschwerde gegen die Verfügung der FINMA vom 8. Juli 2016 (nachfolgend: FINMA-Verfügung) hin verfügte das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 6. Januar 2017, der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden

Wirkung in Bezug auf die Dispositivziffern 9, 10 und 15 der angefochtenen FINMA-Verfügung werde insoweit gutgeheissen, als die von der Vorinstanz eingesetzte Liquidatorin ihre Tätigkeit einstweilen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken habe. Insoweit weitergehend wurde das Gesuch abgewiesen.

2.

Die gegen die Zwischenverfügung vom 6. Januar 2017 erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist zulässig (Art. 82 lit. a BGG; Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG; Art. 83 BGG e contrario; BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195), sofern eine der in Art. 92 und Art. 93 Abs. 1 BGG genannten Voraussetzungen erfüllt sind, wobei hier nur Art. 93 lit. a in Betracht fällt. Das Vorliegen eines Nachteils, der auch durch einen günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden kann, ist in der Beschwerdeschrift darzulegen (BGE 136 IV 92 E. 4 S. 95). Der geltend gemachte pekuniäre Schaden vermag, von vorliegend nicht dargelegten aussergewöhnlichen Umständen abgesehen, keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu begründen (Urteil 2C\_97/2015 vom 28. April 2015 E. 5.1). Die in Dispositivziffer 9 der FINMA-Verfügung angeordnete und in der angefochtenen Zwischenverfügung (hinsichtlich der unmittelbaren Vollstreckbarkeit) bestätigte Publikation der Konkursöffnung auf der Internetseite der FINMA und im Schweizerischen Handelsamtsblatt, unter gleichzeitigem Erlass eines Schuldenerufes könnte grundsätzlich geeignet sein, der Beschwerdeführerin einen nicht wieder gut zu machenden Reputationsschaden zu verursachen; ein solcher drohender Schaden müsste aber hinreichend glaubhaft gemacht werden (vgl. Urteil 4A\_497/2014 vom 15. Dezember 2014 E. 5.2). Letztlich kann offenbleiben, ob auf die Beschwerde einzutreten ist, da sie sich ohnehin als offensichtlich unbegründet erweist (Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG), wie im folgenden darzulegen ist.

3.

3.1. Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz im vorinstanzlichen Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung sachverhaltsmässig in erster Linie auf die vorhandenen Akten abgestellt und keine eigenen Sachverhaltsfeststellungen getroffen hat (BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476 f.; 130 II 149 E. 2.2 S. 155; 129 II 286 E. 3 S. 289; 117 V 185 E. 2b S. 19). Auf die erhobene Sachverhaltsrüge - fehlender weiterer Kundenkontakt - ist vorliegend bereits deswegen nicht weiter einzugehen, weil die Beschwerdeführerin nicht darlegt, inwiefern bei einer Behebung der geltend gemachten Mängel ein anderer Ausgang des vorinstanzlichen Verfahrens möglich gewesen wäre (Art. 97 e contrario BGG).

3.2. Mit der Beschwerde gegen die angefochtene Zwischenverfügung über vorsorgliche Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte angefochten werden (Art. 98 BGG). Die Vorinstanz hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung (Urteile 2C\_146/2016 vom 11. Februar 2016 E. 2.1; 2C\_567/2015 vom 24. Juli 2015 E. 2.2) zusammenfassend (angefochtenes Urteil, E. 6) erwogen, in Konstellationen wie der vorliegenden, in welchen keine eindeutigen Erfolgsprognosen abgegeben werden könnten, müssten im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung die in Frage stehenden Interessen gegeneinander abgewogen werden. Bei einer Liquidation infolge bewilligungslos ausgeübter bewilligungspflichtiger Tätigkeit müsse dem Gläubigerschutz angemessen Rechnung getragen und dieser gegen allfällige, beim Verfügungsadressaten eintretende Nachteile abgewogen werden; aus diesem Grund würde eine Rechtsmittelinstanz Beschwerden gegen Liquidationsanordnungen nur insofern aufschiebende Wirkung erteilen, als während hängigem Verfahren die Liquidation nicht aufgeschoben, Liquidationshandlungen jedoch auf werterhaltende und sichernde Massnahmen beschränkt würden. Diese Erwägungen entsprechen ständiger bundesgerichtlicher Praxis (Urteile 2A.51/2007 vom 5. Juni 2007, Sachverhalt D; 2C\_276/2009 vom 22. September 2009, Sachverhalt D, nicht publ. in BGE 136 II 43). Entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift dürfen im Rahmen der materiellen Interessenabwägung mögliche Beeinträchtigungen des Konkurssubstrats berücksichtigt werden, weshalb bei einer zulässigerweise summarisch erfolgten Prüfung der Sach- und Rechtslage (oben, E. 3.1) wahrscheinlich anfallende und nicht nur formell genehmigte Betriebs-, Transport- und Versicherungskosten berücksichtigt werden können. Auch ist in der vorinstanzlichen Berücksichtigung der Unumkehrbarkeit des bereits bei der Beschwerdeführerin eingetretenen Reputationsschadens anlässlich der Abwägung, welcher Verfahrenspartei ein möglicher Nachteil eher zuzumuten ist, noch keine Willkür (Art. 9 BV) zu erblicken. Die Begründung der angefochtenen Zwischenverfügung mochte in den Augen der Beschwerdeführerin wohl knapp ausgefallen sein, hat ihr aber eine sachgerechte Anfechtung ermöglicht, weshalb auch keine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV (BGE 130 II 530 E. 4.3 S. 540; 129 I 232 E. 3.2 S. 236; 126 I 97 E. 2b S. 102 f.) vorliegt.

4.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteienschädigungen werden nicht zugesprochen (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Das Bundesgericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. März 2017

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

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall