Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-872/2011

Urteil vom 16. Mai 2011

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Ronald Flury,
Gerichtsschreiber Michael Barnikol.

Parteien

X._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Michael Winkler und Dr. Dimitri Santoro, Rüd Winkler Partner AG, Gartenstrasse 11, 8002 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Freigabe von Mitteln.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 18. November 2010 die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Vorinstanz) vom 3. Dezember 2009 abgewiesen hat,

dass die Beschwerdeführerin gegen dieses Urteil am 10. Januar 2011 beim Bundesgericht Beschwerde erhoben hat mit dem Rechtsbegehren, das Urteil sei aufzuheben,

dass die Beschwerdeführerin mit Gesuch vom 3. Dezember 2010 die Vorinstanz ersucht hat, die Freigabe von Fr. 10'000.− aus den von der Vorinstanz gesperrten Geldern zu veranlassen,

dass die Vorinstanz das Gesuch mit Verfügung vom 3. Januar 2011 abgewiesen hat,

dass die Beschwerdeführerin gegen diese Verfügung am 3. Februar 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 17. Februar 2011 vorerst von der Leistung eines Kostenvorschusses entbunden hat,

dass die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 21. März 2011 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde beantragt,

dass sie zur Begründung insbesondere anführt, dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sei bereits am 7. Januar 2010 für das Beschwerdeverfahren ein Betrag von Fr. 10'000.− überwiesen worden,

dass das Bundesverwaltungsgericht zuständig ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG] SR 956.1, i.V.m. Art. 31 und Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG], SR 173.32, und Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021) zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt,

dass die Beschwerdeführerin als Adressatin der vorinstanzlichen Verfügung zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 VwVG),

dass daher auf die Beschwerde einzutreten ist,

dass für die Frage, ob die Vorinstanz in Unterstellungsverfahren einen Teil der gesperrten Mittel für die Prozessführung der untersuchten Gesellschaft freizugeben hat, zu berücksichtigen ist, dass durch die Sperrung der Vermögenswerte auf Konten und Depots unnötige Ausgaben verhindert und eine damit verbundene ungerechtfertigte Vermögensverminderung im Interesse der Gläubiger vermieden werden soll,

dass die Abwägung zwischen den Interessen der untersuchten Gesellschaft an der Prozessführung einerseits und den Interessen der Gläubiger andererseits daher analog zu den Voraussetzungen für die unentgeltliche Prozessführung vorzunehmen ist (Urteil des Bundesgerichts 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 3b aa, mit Hinweisen),

dass dabei primär zu prüfen ist, ob zumindest minimale Erfolgschancen bestehen,

dass Prozessbegehren dann als aussichtslos anzusehen sind, wenn ihre Erfolgsaussichten beträchtlich geringer sind als die Gefahr eines Unterliegens und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können,

dass dabei massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 129 I 129 E. 2.3.1; Urteil des Bundesgerichts 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 3b aa, mit Hinweisen),

dass die Vorinstanz in der Begründung der angefochtenen Verfügung sowie in ihrer Vernehmlassung anführt, die Ausführungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts seien nicht zu beanstanden,

dass sie ferner vorbringt, die Beschwerdeführerin habe in ihrer Beschwerde an das Bundesgericht weder stichhaltige Gründe, welche für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. für eine fehlerhafte Sachverhaltsdarstellung sprechen würden, noch relevante, bisher nicht berücksichtigte Beweismittel angeführt,

dass diese Begründung insofern unzutreffend ist, als in der Beschwerde der Beschwerdeführerin an das Bundesgericht eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung sowie die Verletzung von

Bundesrecht gerügt werden (vgl. Art. 95 Bst. a und Art. 97 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110),

dass die Frage gestellt werden kann, ob das gleiche Gericht bzw. der gleiche Spruchkörper geeignet ist, sich zu den Prozessaussichten eines Rechtsmittels gegen den eigenen Entscheid zu äussern, oder ob diesbezüglich nicht ein Anschein von Voreingenommenheit bestehen könnte,

dass die Beschwerdeführerin daher mit Verfügung vom 4. Februar 2011 ausdrücklich über die Zusammensetzung des Spruchkörpers in Kenntnis gesetzt wurde,

dass sie indessen innert der angesetzten Frist keine Ausstandsgründe geltend gemacht hat,

dass es bei der Beurteilung der Prozesschancen eines Rechtsmittels gegen das in Frage stehende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ohnehin nicht auf die eigene Rechtsüberzeugung des Bundesverwaltungsgerichts oder der Vorinstanz, sondern vielmehr auf eine Beurteilung der Wahrscheinlichkeit ankommt, wie das Bundesgericht mutmasslich entscheiden wird,

dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Unterstellungsfällen und insbesondere zur Frage der Gruppenzugehörigkeit in letzter Zeit nicht als derart konsolidiert erscheint, als dass eine zuverlässige Prognose möglich wäre,

dass insbesondere auch kein konkretes Präjudiz vorhanden ist, welches in Bezug auf die Sachverhaltskonstellation mit dem vorliegenden Fall vergleichbar wäre,

dass die Prozessaussichten daher nicht als geradezu aussichtslos eingestuft werden können,

dass der Vorinstanz daher in diesem Punkt nicht gefolgt werden kann,

dass die Vorinstanz weiter ausführt, die Beschwerdeführerin verfüge zur Zeit noch über flüssige Mittel von rund Fr. 38'000.−,

dass die geltend gemachten Gläubigerforderungen gemäss der von der Vorinstanz eingereichten Zusammenstellung des Untersuchungsbeauftragten insgesamt Fr. 12'508.05 betragen,

dass somit eigentlich genügend flüssige Mittel vorhanden sind, um die von der Beschwerdeführerin verlangten weiteren Fr. 10'000.− freizugeben,

dass sich die Frage einer Abwägung zwischen den Interessen der Beschwerde führenden Gesellschaft an der Prozessführung einerseits und den Interessen der Gläubiger andererseits im vorliegenden Fall daher lediglich insofern stellt, als die Beschwerdeführerin aufgrund der von der Vorinstanz verfügten Solidarhaft über den bei ihr bereits bezogenen anteilsmässigen Kostenvorschuss hinaus letztlich für die Gesamtkosten des Untersuchungsbeauftragten haften soll, soweit diese Kosten bei den übrigen, teilweise massiv überschuldeten Gesellschaften nicht erhältlich gemacht werden können,

dass diese vorgesehene indirekte Mithaftung für die Schulden anderer Gesellschaften einer angemessenen Verteidigung der eigenen Existenz nicht entgegen stehen darf,

dass der Umfang der anwaltlichen Bemühungen dabei jedoch nicht im freien Ermessen der ehemaligen Organe der Beschwerdeführerin steht,

dass vielmehr nur insoweit Mittel freizugeben sind, als die Bemühungen auch als objektiv erforderlich erscheinen,

dass der Vorinstanz bezüglich der Frage, welcher Aufwand objektiv erforderlich, d.h. für eine effiziente, aber nicht übertrieben aufwendige Vertretung angemessen ist, ein gewisser Ermessenspielraum zusteht,

dass die Vorinstanz diesbezüglich geltend macht, dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin seien am 7. Januar 2010 bereits Fr. 10'000.− überwiesen worden, welche bei einer kostenbewussten Verfahrensführung für das gesamte Beschwerdeverfahren einschliesslich des Verfahrens vor Bundesgericht, ausreichend sein sollten,

dass die Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht hat, weshalb das objektiv erforderliche Ausmass aufgrund der Akten abzuschätzen ist,

dass dabei zu berücksichtigen ist, dass die Vorakten zwar sehr umfangreich sind, der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin aber bereits aus dem Verfahren vor der Vorinstanz mit dem Sachverhalt und den sich stellenden Rechtsfragen vertraut war,

dass der Beschwerdeführerin angesichts der eingereichten Rechtsschriften nicht vorgeworfen werden kann, sie habe einen völlig übertriebenen Aufwand betrieben,

dass der erforderliche Aufwand für die anwaltliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sowie für die Beschwerde an das Bundesgericht daher auf mindestens Fr. 8'000.− zu veranschlagen ist,

dass in diesem Betrag der im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.− sowie der im bundesgerichtlichen Verfahren geleistete bzw. noch zu leistende Kostenvorschuss indessen noch nicht enthalten sind,

dass die Beschwerde sich daher teilweise als begründet erweist und gutzuheissen ist,

dass die Vorinstanz dem Gesuch um Mittelfreigabe daher insofern teilweise stattzugeben hat, als der Beschwerdeführerin zusätzlich zu den im Januar 2010 bereits überwiesenen Fr. 10'000.− weitere Fr. 1'000.− sowie der für den Kostenvorschuss im Verfahren vor dem Bundesgericht benötigte Betrag freizugeben sind,

dass die Beschwerdeführerin daher in diesem Verfahren als teilweise obsiegend zu betrachten ist, weshalb ihr in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) lediglich ermässigte Verfahrenskosten aufzuerlegen sind,

dass einer teilweise obsiegenden Partei eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG),

dass die Beschwerdeführerin – entgegen der Ankündigung in ihrer Beschwerde – keine Kostennote eingereicht hat, weshalb die ihr zuzusprechende, reduzierte Parteientschädigung nach Ermessen und aufgrund der Akten auf Fr. 500.− (inklusive Mehrwertsteuer und Auslagen) festzusetzen ist (Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen.

2.
Der Beschwerdeführerin werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 400.− auferlegt. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils.

3.
Der Beschwerdeführerin wird eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 500.− (inkl. MWST) zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Eva Schneeberger Michael Barnikol

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 17. Mai 2011