

**dRSK**

Kommentar zu: Urteil: [2C_959/2019](#) vom 4. Mai 2020
Sachgebiet: Wirtschaft
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. öffentlich-rechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Gesellschaftsrecht und Finanzmarktrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) | 

Die Kostenaufgabe im Enforcementverfahren

Wer trägt die Untersuchungs- und Verfahrenskosten?

Autor / Autorin

Diego Haunreiter, Malik Ong

Redaktor / Redaktorin

Dominik Rieder

Beat Brändli



Universität St. Gallen

Das Bundesgericht ist im Entscheid 2C_959/2019 vom 4. Mai 2020 hinsichtlich der Untersuchungs- und Verfahrenskosten im Enforcementverfahren vom Veranlasserprinzip abgewichen.

I. Sachverhalt und Prozessgang

[1] Die A. AG betrieb ein Geschäftsmodell mit dem Namen «Projekt Napiergras». Napiergras soll auf einer Plantage in den Philippinen angebaut und wirtschaftlich zur Energiegewinnung genutzt werden. Die B. Limited, welche auf den Philippinen mit lokalen Grundeigentümern Pachtverträge abschloss, überliess der A. AG das gepachtete Land. Die A. AG unterhielt mit der C. Limited einen Plantagenmanagementvertrag, der die Bepflanzung und Bewirtschaftung der gepachteten Landwirtschaftsflächen mit Napiergras sowie die anschliessende Einfuhr und den Verkauf der Ernte vorsah. Die A. AG verpflichtete sich gegenüber Investoren zur Überlassung von Parzellen, zum Verkauf von Napiergras-Setzlingen, zur Bewirtschaftung der Parzellen und zum Verkauf des Napiergrases durch ihre beauftragten philippinischen Partner. Die Investoren hatten insoweit unter Zuhilfenahme des soeben dargestellten kaskadenartigen Vertragssystems die Möglichkeit, selbst und direkt in Napiergras zu investieren. Die entsprechenden Verträge sahen einen prognostizierten Ernteerlös vor, der einen Gewinn in Abhängigkeit der Laufzeit ermöglichte. Die Bewerbung des «Projekts Napiergras» erfolgte durch Internetpräsenz, durch Telefonmarketing und mit Broschüren, wobei letzteres den Kunden eine «Auszahlungsgarantie» versprach. Bei dieser Auszahlungsgarantie handelt es sich nicht um eine klassische Auszahlungsgarantie im Sinne eines Zinsversprechens, sondern um die Auszahlung von Ernten, welche in der Form eines Vertrages zugunsten Dritter abgefasst wurde. Im Falle eines Ernteausfalls war die Rückzahlung des Investments oder eine generelle Zahlung nicht zugesichert (vgl. zu allem BVGer [B-4772/2017](#), E. 4.2). Die Kunden haben nach der Zahlung ein Zertifikat mit Vertragsnummer, Kaufdatum, Anzahl Napiergras-Pflanzen, Plantagestandort, Parzellennummer, Parzellengrösse und Geodaten der Parzelle erhalten. Insgesamt wurden 50 Kundenverträge mit 29 verschiedenen Kunden über eine Fläche von 20.75 Hektaren Land abgeschlossen. Die zwischen dem 2. Oktober 2016 und dem 31. März 2017 eingegangenen Zahlungen der Kundengelder beliefen sich auf Fr. 349'583.64 und EUR 4'860 ([2C_959/2019](#),

Sachverhalt A.b).

[2] Die A. AG reichte am 31. Oktober 2016 bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (nachfolgend: FINMA) eine Unterstellungsanfrage auf Negativbestätigung für das «Projekt Napiergras» ein. Nachdem die FINMA im Januar 2017 bei der A. AG weitere Informationen einholte, eröffnete sie mit superprovisorischer Verfügung vom 2. März 2017 ein Enforcementverfahren gegen die A. AG, setze eine Untersuchungsbeauftragte ein und erliess eine Kontosperrung (BVGer [B-4772/2017](#), Sachverhalt A.c.; BVGer [B-3229/2019](#), Sachverhalt A.b.; BGer [2C_959/2019](#), Sachverhalt A.d.). Das Dispositiv der superprovisorischen Verfügung wurde mit Verfügung vom 20. April 2017 bestätigt. Mit Verfügung vom 20. Juli 2017 stellte die FINMA fest, dass die A. AG ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und dadurch das Aufsichtsrecht schwer verletzt habe. Zudem ordnete sie zahlreiche Massnahmen gegen die A. AG und gegen mehrere involvierte Mitarbeiter an. Die A. AG erhob in der Folge Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses hiess mit Urteil vom 19. Dezember 2017 die von der A. AG und ihren belangten Mitarbeitern erhobene Beschwerde gut, hob die Verfügung der FINMA vom 20. Juli 2017 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Erledigung des erstinstanzlichen Verfahrens an die FINMA zurück. Zur Begründung führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass das Geschäftsmodell der A. AG keine Rückzahlungsverpflichtung beinhalte und der Einlagebegriff daher nicht erfüllt sei. Der Tatbestand der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ohne entsprechende Bewilligung sei nicht erfüllt (vgl. BVGer [B-4772/2017](#)). Diesen Entscheid schützte das Bundesgericht mit Urteil vom 2. April 2019 (vgl. BGer [2C_122/2018](#)).

[3] Mit Verfügung vom 21. Mai 2019 entschied die FINMA über die Untersuchungs- und Verfahrenskosten des Enforcementverfahrens gegen die Beschwerdeführerin. Die FINMA verfügte, dass die angefallenen Kosten des Untersuchungsbeauftragten von Fr. 49'675.60 und die Verfahrenskosten von Fr. 11'000 der A. AG auferlegt und die Kosten der eingesetzten Liquidatorin von Fr. 17'893.27 ihr rückerstattet werden. Zur Begründung führte die FINMA im Wesentlichen aus, dass die Untersuchungs- und Verfahrenskosten durch die A. AG zu tragen sei, weil sie die Untersuchung respektive das Verfahren veranlasst habe, indem im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung eine unklare Faktenlage bestanden habe und sie ihren Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nicht hinreichend nachgekommen sei. Hiergegen focht die A. AG die Kostenverlegung der FINMA beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragte, sämtliche Kosten des Verfahrens inklusive diejenigen der Untersuchungsbeauftragten seien von der FINMA zu tragen respektive allenfalls auf die Staatskasse zu nehmen. Darüber hinaus seien ihr die bereits vorab bezahlten Kosten in Höhe von Fr. 49'675.60 zuzüglich 5% Verzugszins seit Bezug von ihrem Konto plus Fr. 12'241.32 (bezahlte Liquidationskosten) zuzüglich 5% Verzugszins seit dem Bezug durch die FINMA von ihrem Konto umgehend zurückzuerstatten. Das Bundesverwaltungsgericht wies daraufhin mit Urteil vom 9. Oktober 2019 die Beschwerde ab (vgl. BVGer [B-3229/2019](#)). Dagegen erhob die A. AG Beschwerde beim Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und der Kostenverfügung der FINMA.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Allgemeines

[4] Das Bundesgericht hielt einleitend die Rechtsgrundlagen fest. Die FINMA sei gemäss Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (nachfolgend: [FINMAG](#)) befugt, für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen Gebühren zu erheben. In Konkretisierung dieser Bestimmung halte Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 15. Oktober 2008 (nachfolgend: [FINMA-GebV](#)) fest, dass gebührenpflichtig werde, wer eine Verfügung veranlasse (lit. a), wer ein Aufsichtsverfahren veranlasse, das nicht mit einer Verfügung ende oder das eingestellt werde (lit. b), oder wer eine Dienstleistung der FINMA beanspruche (lit. c).

B. Der Begriff des «Veranlassens» nach Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV

[5] Das Bundesgericht verwies im hier besprochenen Urteil [2C_959/2019](#) auf einen Leitentscheid aus dem Jahr 2002 zur Kostenaufgabe bei Einstellung einer kartellrechtlichen Untersuchung durch die Wettbewerbskommission (BGE [128 II 247](#)), welcher in der Botschaft FINMAG ([BBl 2006 2829](#) ff., 2868) in einer Fussnote erwähnt wurde. In jenem Entscheid führte das Bundesgericht aus, dass sich eine Kostenaufgabe an den «Verursacher» des

Verfahrens bei Verfahrenseinstellung (nur) dann rechtfertige, wenn eine summarische Beurteilung zum Zeitpunkt der Einstellung den Schluss zulasse, dass das untersuchte Verhalten voraussichtlich Anlass zu Massnahmen nach Art. 30 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (nachfolgend: [KG](#)) gegeben hätte.

[6] Vor diesem Hintergrund sei eine Kostenaufgabe nicht in jedem Fall auf den «Veranlasser» bzw. «Verursacher» eines Aufsichtsverfahrens erlaubt, sondern falle im Lichte von BGE [128 II 247](#) dann in Betracht, wenn eine summarische Prognose zum Zeitpunkt der Einstellung des Verfahrens den Schluss ergebe, dass bei materieller Erledigung des Verfahrens eine Aufsichtssanktion angezeigt gewesen wäre; eine solche Prognose impliziere nämlich, dass die Eröffnung des Verfahrens (vgl. Art. 30 Abs. 1 FINMAG) nicht grundlos erfolgt sei (E. 4.4). Zudem rechtfertige sich eine Kostenaufgabe auch dann, wenn der Beaufichtigte zu verantworten habe, dass bei der Eröffnung des Aufsichtsverfahrens aus Sicht der FINMA «Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen» bestanden hätten (Art. 30 Abs. 1 FINMAG). Dies könne unter anderem der Fall sein, wenn der Beaufichtigte vor der Eröffnung des Verfahrens seinen Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen sei (Art. 29 Abs. 1 FINMAG).

[7] Aus dem soeben Gesagten zog das Bundesgericht den folgenden Schluss: «der Umstand, dass die Beschwerdeführerin ein neuartiges Geschäftsmodell verfolgte, das wegen seiner Ungewöhnlichkeit zu einer durch Einstellungsverfügung erledigten aufsichtsrechtlichen Prüfung geführt hat, kann für sich genommen nicht dazu führen, dass die durch das Aufsichtsverfahren ohnehin schon stark betroffene Beschwerdeführerin auch noch mit Verfahrenskosten belegt wird» (E.5.1). Darüber hinaus hielt das Bundesgericht fest, dass aus der vorinstanzlichen Feststellung nicht hervorgehe, dass die Beschwerdeführerin Mitwirkungspflichten verletzt hätte und vielmehr davon auszugehen sei, dass sie den Aufforderungen der FINMA zur Einreichung von Unterlagen zu jeder Zeit nachgekommen sei. Damit sei nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin das Aufsichtsverfahren und die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten veranlasst habe (E. 5.2).

III. Anmerkungen

A. Allgemeines

[8] Sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht haben sich im vorliegenden Fall mit der Voraussetzung des «Verursachers» auseinandergesetzt, kamen aber jeweils zu einem anderen Schluss. Während das Bundesgericht im vorliegenden Fall (BGer [2C 959/2019](#)) sowie in Parallelentscheiden (vgl. BGer [2C 839/2019](#) und BGer [2C 235/2020](#)) die Kostenaufgabe verneint hat, sprach sich das Bundesverwaltungsgericht, wie auch schon in anderen ähnlich gelagerten Fällen, für die Kostenaufgabe aus (vgl. etwa BVGer [B-3229/2019](#), BVGer [B-6932/2018](#) und BVGer [B-6838/2018](#)). Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht in den genannten drei Entscheiden die Kostenaufgabe mit gleicher Begründung verneinte, aber nur das Urteil im vorliegend zu besprechenden Fall neben den Verfahrenskosten auch die Untersuchungskosten zum Gegenstand hatte.

B. Rechtliche Grundlage, Botschaft FINMAG und BGE 128 II 247

[9] Die rechtliche Grundlage für die Gebührenpflicht bildet, wie bereits erwähnt, Art. 15 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 5 FINMA-GebV. Gemäss Art. 5 Abs. 1 FINMA-GebV ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst (lit. a), ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird (lit. b), oder wer eine Dienstleistung der FINMA beansprucht (lit. c).

[10] In der Botschaft FINMAG wird der vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Kostenaufgabe bei Einstellung eines Aufsichtsverfahrens als massgebend betrachtete BGE [128 II 247](#) in einer Fussnote am Schluss des folgenden Absatzes zu Art. 15 Abs. 1 FINMAG erwähnt: «In Absatz 1 werden als Objekte der Gebührenerhebung neben Dienstleistungen Aufsichtsverfahren im Einzelfall genannt. Die Formulierung «Aufsichtsverfahren im Einzelfall» ist auch mit Blick auf die Fälle gewählt worden, in denen Untersuchungen ohne Verfügung oder bloss mit einer Einstellungsverfügung beendet werden. Während der Aufwand für die Einstellungsverfügung selbst gering ist, kann der vorhergehende Untersuchungsaufwand gross sein. Die gewählte Formulierung ermöglicht, Gebühren auch für solchen Untersuchungsaufwand zu erheben. Die Kostenaufgabe dürfte namentlich im Rahmen des Unterliegerprinzips gerechtfertigt sein, wonach die oder der mutmasslich Unterliegende die Verfahrenskosten zu tragen hat.»

[11] Die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 30 KG erwähnte Passage aus BGE [128 II 247](#) lautet wie folgt (E. 6.1): «Selbst bei Verfahrenserledigung zufolge Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen ist eine Kostenaufgabe nicht ausgeschlossen. Es muss in solchen Fällen – in sinngemässer Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 72 [BZP](#) ([SR](#) 273) – nach den Verfahrensaussichten vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit geprüft werden, welchen Ausgang das Verfahren voraussichtlich genommen hätte [...]. Hätte die Partei, deren Verhalten untersucht wurde, voraussichtlich Anlass zu Massnahmen nach Art. 30 KG gegeben, kann sie sinngemäss als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden. Die Beurteilung kann summarisch, ohne weiteres Beweisverfahren erfolgen, weil es nicht dem Sinn der Regelung entspricht und mit dem Grundsatz der Prozessökonomie nicht vereinbar ist, ein gegenstandslos gewordenes Verfahren nur um des Kostenentscheids willen gleichsam weiterzuführen. Dem allenfalls Betroffenen ist zur Kostenverlegung allerdings das rechtliche Gehör zu gewähren.»

C. Voraussetzungen zur Kostenaufgabe an den «Verursacher» im Aufsichtsverfahren

[12] Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV erlaubt die Kostenaufgabe an denjenigen, der ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird. Bei dieser Gebührenregelung handelt es sich um eine spezialgesetzliche Regelung, die sich auf das Veranlasserprinzip abstützt. Wer ein Aufsichtsverfahren im Bereich des Finanzmarktaufsichtsrechts veranlasst, ist gebührenpflichtig, auch wenn das Verfahren eingestellt wird (vgl. Botschaft FINMAG, [BBJ 2006 2829](#), 2868; [B-6932/2018](#) E. 8.4). Die Pflicht zur Übernahme der Kosten kann gemäss bisheriger Rechtsprechung selbst dann bestehen, wenn sich der Anfangsverdacht der FINMA nachträglich als unbegründet erweisen sollte (BVGer [B-2188/2016](#), E. 6.1 m.H.).

[13] Gemäss der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts rechtfertigt sich eine Kostenaufgabe an den Verursacher, wie bereits erwähnt, wenn einer der folgenden zwei Gründen vorliegt (E. 4.4):

- a) Wenn eine summarische Prognose zum Zeitpunkt der Einstellung des Verfahrens den Schluss ergibt, dass bei materieller Erledigung voraussichtlich eine Aufsichtssanktion angezeigt gewesen wäre. Eine solche Prognose impliziert gemäss Bundesgericht nämlich, dass die Eröffnung des Verfahrens nicht ohne Grund erfolgte (vgl. Art. 30 Abs. 1 FINMAG).
- b) Wenn der Beauftragte zu verantworten hat, dass nach Ansicht der FINMA bei der Eröffnung des Aufsichtsverfahrens Anhaltspunkte für Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bestanden haben. Davon ist gemäss Bundesgericht dann auszugehen, wenn die beauftragte Person vor der Eröffnung des Verfahrens ihren Mitwirkungspflichten (vgl. Art. 29 Abs. 1 FINMAG) nicht nachgekommen ist.

D. Zur gegenteiligen Subsumption des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts

1. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts

[14] Das Bundesverwaltungsgericht vertrat die Auffassung, dass die A. AG das Verfahren veranlasst habe, weil im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aufgrund der Akten begründete Verdachtsmomente bestanden hätten, dass sie gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen verstossen haben könnte. Anhaltspunkte für den begründeten Verdacht lieferten gemäss Bundesverwaltungsgericht das von der A. AG beschriebene Geschäftsmodell, die bereits abgeschlossenen Verträge (mindestens 30 Investorenverträge), die aktive Werbung für das Projekt (Internetauftritt, Broschüre, Telefonmarketing), die drei miteinander verbundenen Verträge des kaskadenartigen Vertragssystems und die «Auszahlungsgarantie», welche die FINMA ohne Weiteres als Anzeichen dafür habe ansehen dürfen, dass die A. AG ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegengenommen habe (BVGer [B-3229/2019](#), E. 4.4). Ob die A. AG tatsächlich ihre Auskunftspflichten verletzt habe, war nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts bei der Prüfung nicht rechtserheblich (BVGer [B-3229/2019](#), E. 4.5).

2. Entscheid des Bundesgerichts

[15] Wie bereits erwähnt, vertrat das Bundesgericht die Auffassung, dass der Umstand, dass die Beschwerdeführerin ein neues Geschäftsmodell verfolge, das wegen seiner Ungewöhnlichkeit zu einer durch Einstellungsverfügung erledigten aufsichtsrechtlichen Prüfung geführt habe, für sich allein nicht dazu führen könne,

dass die Beschwerdeführerin, die ohnehin schon stark von Aufsichtsverfahren betroffen sei, auch mit Verfahrenskosten belastet werde. Im Weiteren stellte das Bundesgericht fest, dass ein solches Vorgehen bereits deshalb untersagt sei, weil die FINMA nach einer einmaligen (positiven) Prüfung des neuen Geschäftsmodells keinen Anlass sehen würde, Konkurrenten mit vergleichbaren Geschäftsmodellen einem weiteren Aufsichtsverfahren zu unterziehen (E. 5.1). Zudem stellte das Bundesgericht fest, dass die A. AG ihre Mitwirkungspflichten nicht verletzt hat (E. 5.2).

3. Schlussfolgerung

[16] Mit dem Entscheid des Bundesgerichts hat diejenige Person, die sich freiwillig mit einem Unterstellungsgesuch an die FINMA gewandt hat, um eine Negativbestätigung ihres Vorhabens zu erhalten, den Fall schliesslich gewonnen. Klar ist aufgrund der Begründung des Bundesgerichts, dass nach dessen Ansicht im gegenständlichen Fall keine Aufsichtssanktion angezeigt gewesen sei und eine Kostenauflage auch deshalb untersagt sei, weil die FINMA nach einer einmaligen (positiven) Prüfung des neuen Geschäftsmodells keinen Anlass sehen würde, Konkurrenten mit vergleichbaren Geschäftsmodellen einem weiteren Aufsichtsverfahren zu unterziehen. Das Bundesgericht will damit unter Berufung auf den in der Botschaft zum FINMAG in einer Fussnote erwähnten Verweis auf BGE [128 II 247](#) trotz des relativ klaren Wortlauts von Art. 5 Abs. 1 FINMA-GebV keine Anwendung des Veranlasserprinzips. In rechtlicher Hinsicht bleibt jedoch offen, wie das Bundesgericht die von ihr im Rahmen der Voraussetzungen für eine Kostenauflage an den Verursacher erwähnte Implikation, dass die Eröffnung des Verfahrens nicht ohne Grund erfolgen dürfen, im gegenständlichen Verfahren beurteilt hat. Es ist aufgrund des bundesgerichtlichen Entscheids nicht klar, ob im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung infolge bestehender Verdachtsmomente – wie dies das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall angenommen hat – nie die Implikation einhergehen kann, dass die Eröffnung des Verfahrens trotz späterer Einstellung des Verfahrens mit Grund erfolgte, was die Kostenauflage an den Verursacher rechtfertigen könnte.

[17] Eine solche retrospektive Betrachtung im Zusammenhang mit der Kostenauflage ist nach Ansicht der Autoren durch die regulatorischen Vorgaben und durch BGer [2C_959/2019](#) zumindest nicht ausgeschlossen. Der für die Kostenerhebung massgebliche Artikel sieht ganz allgemein und generell vor, dass derjenige, der ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder eingestellt wird, eine Gebühr zu entrichten hat (Art. 5 Abs.1 lit. b FINMA-GebV). In der Regel führt die FINMA Abklärungen durch (Vorabklärung) und eröffnet bei Erhärtung entsprechender Anhaltspunkte ein Aufsichtsverfahren (vgl. Art. 30 FINMAG). Die FINMA trifft ihren Entscheid über die Verfahrenseröffnung nach Kriterien, die direkt mit den Betroffenen und ihren Handlungen zusammenhängen (Gefährdung von Anlegern, Versicherten, Gläubigern, Investoren, Beaufsichtigten, der Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes oder dessen Reputation, Schwere der möglichen Aufsichtsrechtsverletzung, Aktualität usw.), aber auch nach Kriterien zum Umfeld und den Rahmenbedingungen (Erwartungsdruck, Parallelverfahren, Alternativen, Ressourcen, Erfolgsaussichten; zum Ganzen vgl. KATJA ROTH PELLANDA/LARA KOPP, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 30 Rz. 4 ff.; URS ZULAUF/DAVID WYSS et. al., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 89 f.; Leitlinien der FINMA zum Enforcement vom 24. September 2014; BVGer B-7283/2018, E. 3.3; BVGer [B-6932/2018](#), E. 9). Das Aufsichtsverfahren wird von der FINMA nur dann eröffnet und den Parteien angezeigt, wenn Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegen (Art. 30 FINMAG). Im konkreten Einzelfall bestünde die retrospektive Beurteilung also darin, ob ein hinreichend begründeter Anlass für Abklärungen im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens der Aufsichtsbehörde gegeben gewesen wäre, was zur Bejahung einer Kostenauflage an den Verursacher führen würde. Die FINMA wäre berechtigt, ein Aufsichtsverfahren unter Kostenauflage an den Verursacher einzuleiten, wenn die von ihr vorgelegten Akten im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung begründete Verdachtsmomente nahelegten, auch wenn das Verfahren später ohne Verfügung enden oder eingestellt würde oder sich das Verfahren als unbegründet erwies. Mit anderen Worten würde nicht jedes Setzen eines Anlasses für eine Kostenauflage ausreichen, sondern gefordert wäre, dass das Geschäftsgebaren der Partei einen hinreichend begründeten Anlass für ein Tätigwerden der Aufsichtsinstanz lieferte (vgl. BVGer [B-6932/2018](#), E. 8.3.4; BVGer [B-5688/2016](#); BVGer [B-5657/2016](#); BVGer [B-2188/2016](#); BVGer [B-6737/2014](#); BVGer [B-6753/2014](#); BVGer [B-6825/2014](#); BVGer [B-5712/2015](#); BVGer [B-6430/2015](#); BVGer [B-6725/2014](#); BVGer [B-4639/2014](#); BVGer [B-4559/2018](#)).

E. Fazit und Ausblick

[18] Die FINMA hat im vorliegenden Fall ein Verfahren gegen eine Unternehmung wegen einer möglichen Unterstellungspflicht eingeleitet, die ihren Ursprung im Unterstellungsgesuch um Negativbestätigung der untersuchten Person hat. Wird ein solches Unterstellungsverfahren später, wie im vorliegenden Fall, eingestellt, fällt die Person weiterhin nicht in das Aufsichtsregime der FINMA. Das Bundesgericht hat sich in diesem Fall gegen eine Kostenauflage an den Verursacher entschieden. Hingegen könnte im Rahmen der Anwendung des Verursacherprinzips im Zusammenhang mit der Kostenauflage an Personen, die bereits im Aufsichtsbereich der FINMA tätig sind, stärker mit dem Schutz des Finanzmarktes bzw. dem Erfordernis eines sauberen und funktionierenden Finanzmarkts argumentiert werden (vgl. Art. 4 FINMAG; CHRISTOPH WINZELER, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 5, N 10–14). Es wird sich in Zukunft weisen, ob ein solches Argument zusammen mit der vom Bundesgericht erwähnten Implikation, dass die Eröffnung des Verfahrens für eine Kostenauflage an den Verursacher nicht ohne Grund sein darf, für die bisherige Praxis der FINMA, welche die Kostenauflage an den Verursacher auch bei Einstellung des Verfahrens vorsieht, einen Freiraum schafft. Ein solcher Freiraum könnte sich auch aufgrund der bereits erwähnten Auffälligkeit ergeben, dass der hier zu besprechende Fall (BGer [2C_959/2019](#)) im Gegensatz zu den Parallelentscheiden (BGer [2C_839/2019](#) und BGer [2C_235/2020](#)) neben den Verfahrenskosten auch die Untersuchungskosten zum Gegenstand hatte, die Begründung des Bundesgerichts aber in allen drei Entscheiden gleich war und insbesondere die Untersuchungskosten nicht separat thematisierte. Damit bleibt unklar, welche Bedeutung das Bundesgericht Art. 36 Abs. 4 FINMAG zumisst, wonach die Beaufsichtigten die Kosten der oder des Untersuchungsbeauftragten zu tragen haben. Mit anderen Worten mag der Entscheid des Bundesgerichts möglicherweise zu einer höheren Einzelfallgerechtigkeit führen, stärkt infolge des Verlusts allgemein gültiger Kriterien aber nicht unbedingt die Rechtssicherheit.

DIEGO HAUNREITER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht.

MALIK ONG, M.A. HSG in Law & Economics.

Die Autoren legen lediglich ihre persönlichen Auffassungen dar und binden ihre Arbeitgeber nicht.

Zitiervorschlag: Diego Haunreiter / Malik Ong, Die Kostenauflage im Enforcementverfahren, in: dRSK, publiziert am 10. Dezember 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

[weblaw.ch](https://www.weblaw.ch)