



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-488/2018

brf/hnd/fao

Zwischenentscheid vom 26. März 2018

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Ronald Flury;
Gerichtsschreiber Diego Haunreiter.

In der Beschwerdesache

Parteien

A. _____,
vertreten durch [...]
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz,

Gegenstand

Berufsverbot,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Mit Verfügung vom 1. Dezember 2017 entschied die Vorinstanz in Dispositiv-Ziff. 1, dem Beschwerdeführer werde die Tätigkeit in leitender Stellung bei einem von der FINMA Beaufsichtigten für die Dauer von zwei Jahren ab Rechtskraft dieser Verfügung verboten. In Dispositiv-Ziff. 2 weist die Vorinstanz den Beschwerdeführer für den Fall der Wiederhandlung gegen Dispositiv-Ziff. 1 auf Art. 48 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG; SR 956.1) und die darin vorgesehene Strafdrohung hin. In Dispositiv-Ziff. 3 werden dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 30'000.– auferlegt.

In der Begründung stützt die Vorinstanz das Verbot der Tätigkeit in leitender Stellung bei einem von der FINMA Beaufsichtigten auf den mit „Berufsverbot“ betitelten Art. 33 FINMAG. Sie begründet das Berufsverbot im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer persönlich für diverse und wiederholte Verletzungen von Aufsichtsrecht bzw. für solche Verletzungen durch die B._____ verantwortlich sei. Nach Meinung der Vorinstanz habe der Beschwerdeführer [...] eine zentrale Rolle bei der Einhaltung der Compliance bei der B._____ inne gehabt. Die entsprechende Verantwortung habe er hinsichtlich gewisser Konten nicht wahrgenommen, was dazu geführt habe, dass mutmasslich kriminelle Gelder in Höhe von [...] über Konten bei der B._____ abgewickelt werden konnten. Dies obwohl der Beschwerdeführer von „klaren“ Alarmsignalen und Verdachtsmomenten für Geldwäscherei gewusst habe. Zugunsten des Beschwerdeführers sei aber festzuhalten, dass ihm letztlich nicht die Entscheidbefugnis zugekommen sei. Insbesondere seien auch der CEO sowie andere, vorgesetzte Mitglieder der Geschäftsleitung als Entscheidungsträger eng in die Transaktionen involviert gewesen und hätten Druck ausgeübt. Zu beachten sei auch, dass sowohl er als auch die B._____ vom eigenen Verwaltungsratspräsidenten, zu welchem sie damals vollstes Vertrauen gehabt hätten, gezielt getäuscht geworden seien.

[...].

B.

Mit Beschwerde vom 22. Januar 2018 wandte sich der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht und stellt neben dem Hauptantrag auf Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2017 auch die folgenden prozessualen Anträge:

„1. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen, so dass das von der FINMA mit Verfügung vom 1. Dezember 2017 angeordnete Berufsverbot sofort zu laufen beginnt.

2. Eventualiter sei als vorsorgliche Massnahme positiv anzuordnen, dass das von der FINMA mit Verfügung vom 1. Dezember 2017 angeordnete Berufsverbot sofort zu laufen beginnt.“

Den Hauptantrag begründet der Beschwerdeführer im Wesentlichen damit, dass die Vorinstanz eine Verletzung der Meldepflicht nach Art. 9 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 (GwG; SR 955.0) rechtswidrig festgestellt habe. Die behauptete Meldepflichtverletzung sei zudem entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht als Verletzung von Aufsichtsrecht zu qualifizieren. Ebenfalls sei die Feststellung einer Gewährsverletzung durch die Vorinstanz rechtswidrig und ein Berufsverbot von zwei Jahren sei unzulässig.

Zu den für den vorliegenden Zwischenentscheid relevanten prozessualen Anträgen hält der Beschwerdeführer fest, die Beantragung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde möge auf den ersten Blick etwas erstaunen. Der Grund dafür liege aber darin, dass, obwohl die von der Vorinstanz erlassene Verfügung aufgrund der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde (Art. 55 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]) erst im Zeitpunkt des Abschlusses des Beschwerdeverfahrens vollstreckt werden könne, der Beschwerdeführer bereits während der Dauer des Beschwerdeverfahrens einem faktischen Berufsverbot unterstehe. Es müsse dem Beschwerdeführer ermöglicht werden, das Berufsverbot schon jetzt anzutreten. Das Gericht werde ersucht, in der Begründung oder allenfalls im Dispositiv klarzustellen, dass die Dauer des Berufsverbots sofort zu laufen beginne.

Die Aufrechterhaltung des Suspensiveffekts würde insbesondere bei Abweisung der Beschwerde zu einem stossenden Ergebnis führen: Würde festgestellt, dass das Berufsverbot ex nunc bzw. erst ab dem Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu laufen beginne, erweise sich die aufschiebende Wirkung geradezu als „poison pill“. Die Aufrufung eines Rechtsmittels

würde zu einer massiven Verlängerung der Sanktion führen. Weil das Berufsverbot faktisch bereits am Laufen sei, vermöge die aufschiebende Wirkung den Lauf der durch die Verfügung angeordneten Sanktion gar nicht mehr zu hemmen. Diese potentielle massive Erstreckung des formellen Berufsverbots bedeute eine untragbare Härte für den Beschwerdeführer, die selbst einen allfälligen materiellen (Teil-)Erfolg im Sinne einer gerichtlichen Aufhebung oder Reduktion der Dauer des Berufsverbots durchaus zunichtemachen könne. Weil dem Beschwerdeführer bei Aufrechterhaltung des Suspensiveffekts die effektive Dauer des Berufsverbots unbekannt bleiben würde, wäre er zudem in der Planung seiner weiteren beruflichen Zukunft gehindert.

In der Praxis, so der Beschwerdeführer weiter, habe üblicherweise lediglich der Verfügungsadressat an der Aufrechterhaltung des Status quo und der aufschiebenden Wirkung ein Interesse. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall. Daher sollte allein sein Antrag genügen, um der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Es sei nicht erkennbar, inwiefern der Verzicht auf die sofortige Vollstreckbarkeit des Berufsverbots im öffentlichen Interesse liegen würde.

C.

Mit Stellungnahme vom 23. Februar 2018 verzichtet die Vorinstanz auf einen expliziten Antrag zu den prozessualen Anträgen. Sie weist jedoch darauf hin, dass die FINMA in der Verfügung vom 1. Dezember 2017 festgehalten habe, dass das Berufsverbot ab Rechtskraft der Verfügung zu laufen beginne. Diese Regelung gebe die gesetzliche Ordnung wieder. Das Gesetz selber sehe in Art. 39 VwVG vor, dass Verfügungen ab Rechtskraft vollstreckbar seien. Weder das Verwaltungsverfahren noch das spezialgesetzliche Aufsichtsrecht würden – im Gegensatz zum Strafrecht – einen „vorzeitigen Vollzug“ von Massnahmen kennen.

D.

Der Schriftenwechsel in Bezug auf die prozessualen Anträge wurde von Amtes wegen unter Vorbehalt allfälliger Instruktionen und/oder Parteieingaben mit Verfügung vom 26. Februar 2018 abgeschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

In vorliegendem Zwischenentscheid ist über den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom

1. Dezember 2017 sowie eventualiter über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu befinden. Beide Prozessanträge stellt der Beschwerdeführer mit dem Ziel, dass das von der Vorinstanz am 1. Dezember 2017 angeordnete Berufsverbot sofort zu laufen beginnt.

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (vgl. Art. 54 Abs. 1 FINMAG i. V. m. Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]).

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Regel in Dreierbesetzung, in Fünferbesetzung auf Anordnung des Abteilungspräsidenten, sofern dies im Interesse der Rechtsfortbildung oder für die Einheit der Rechtsprechung notwendig ist (Art. 21 VGG). Der Instruktionsrichter entscheidet als Einzelrichter über die Abschreibung gegenstandslos gewordener Verfahren sowie über das Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige Rechtsmittel (Art. 23 Abs. 1 VGG). Da Art. 39 Abs. 1 VGG vorsieht, dass der Instruktionsrichter das Verfahren bis zum Entscheid leitet, entscheidet dieser grundsätzlich allein über den Entzug der aufschiebenden Wirkung (Art. 55 Abs. 2 VwVG) oder über andere vorsorgliche Massnahmen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 56 VwVG). Sofern einer entsprechenden Zwischenverfügung eine besondere Bedeutung zukommt, beispielsweise weil sich ein allfällig positiver Ausgang desselben, wie vorliegend, präjudizierend auf die Beurteilung des verfahrensabschliessenden Urteils auswirken könnte (vgl. E. 4.1), kann der Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise einem Dreierspruchkörper überwiesen werden (vgl. Art. 55 Abs. 3 VwVG; vgl. auch die Praxis im öffentlichen Beschaffungswesen insbesondere im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages z. B. Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 E. 1.2).

2.3 Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung von dieser unmittelbar betroffen und daher beschwerdelegitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Vertreter haben sich rechtsgenügend durch eine schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

2.4 Auf die Beschwerde wird voraussichtlich einzutreten sein.

3.

3.1 Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht haben grundsätzlich aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde in einem Fall, in dem der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt und die Vorinstanz diese Wirkung nicht bereits in der angefochtenen Verfügung entzogen hat, stellt eine vorsorgliche Massnahme dar (vgl. Zwischenverfügung des BVGer vom 8. März 2016 im Fall B-7448/2015). Die Kriterien für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen entsprechen denjenigen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung (vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 26 zu Art. 56; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHLI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N 564).

3.2 Ob im Einzelfall der Suspensiveffekt zu belassen oder zu entziehen ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Es ist zu prüfen, ob die Gründe, welche für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Der vermutliche Ausgang des Verfahrens fällt dabei lediglich in Betracht, soweit die Aussichten eindeutig sind (vgl. BGE 106 Ib 115 E. 2a; BGE 99 Ib 215 E. 5). Bei dieser Interessenabwägung kommt der Behörde ein erheblicher Spielraum zu. Im Allgemeinen wird sie ihren Entscheid auf den Sachverhalt stützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen. Es dürfen jedoch keine wesentlichen Interessen ausser Acht gelassen oder offensichtlich falsch bewertet werden und die getroffene Lösung darf den Sachentscheid nicht in unzulässiger Weise präjudizieren und damit im Ergebnis Bundesrecht vereiteln (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; 110 V 40 E. 5b).

3.3 Zusätzlich wird oft verlangt, dass überzeugende Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung vorliegen. Dieses Erfordernis kann dahingehend ausgelegt werden, dass ein schwerer Nachteil drohen muss, würde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen. Die Anforderung an einen „schweren Nachteil“ darf jedoch nicht überdehnt werden. Zwar hat der Gesetzgeber in Art. 55 Abs. 1 VwVG die Grundsatzentscheidung getroffen, wonach der Verwaltungsbeschwerde von Gesetzes wegen Suspensiveffekt zukomme. Diese allgemeine Regel bedeutet jedoch nicht, dass nur

ganz aussergewöhnliche Umstände den Entzug rechtfertigen vermögen (vgl. BGE 129 II 286 E. 3.1 und 3.2; 110 V 40 E. 5b; 105 V 266 E. 2).

Der Beschwerdeführer legt im vorliegenden Fall dar, er unterstehe während der Dauer des Beschwerdeverfahrens bereits einem faktischen Berufsverbot. Jeder potentielle Arbeitgeber, so der Beschwerdeführer, winke ab, wenn er das laufende Berufsverbotsverfahren erwähne. Bei der B. _____ sei er bei Einleitung der Untersuchung freigestellt worden. Die Aufrechterhaltung des Suspensiveffekts würde deshalb insbesondere bei Abweisung der Beschwerde aufgrund der damit einhergehenden faktischen Verlängerung der Dauer des Berufsverbots zu einem stossenden Ergebnis führen.

Zu berücksichtigen ist, dass das mit Verfügung vom 1. Dezember 2017 angeordnete Berufsverbot nicht umfassend ist. Zum einen wird nur eine Tätigkeit in leitender Stellung untersagt. Dem Beschwerdeführer wird eine Tätigkeit in einer anderen, nicht leitender Stellung nicht verboten. Zum anderen findet das Berufsverbot nur gegenüber Arbeitgebern Anwendung, die von der Vorinstanz beaufsichtigt werden. Dem Beschwerdeführer steht es frei, bei anderen, nicht von der Vorinstanz beaufsichtigten Arbeitgebern sogar in leitender Stellung zu arbeiten. Nicht auszuschliessen ist zudem, dass der Beschwerdeführer seine – von ihm erwähnte – frühere [...] Tätigkeit wieder aufnimmt.

In Bezug auf seinen beruflichen Werdegang führt der Beschwerdeführer aus [...]. Praktisch seine gesamte berufliche Laufbahn habe er bei regulierten Instituten wahrgenommen, bei welchen ein aus Sicht der FINMA einwandfreier Leumund für die Anstellung eine notwendige Voraussetzung darstelle. Es sei deshalb nicht davon auszugehen bzw. es erscheine sehr unwahrscheinlich, dass er in seinen bisherigen beruflichen Tätigkeitsfeldern aufgrund der Einleitung eines Verfahrens wie dem vorliegenden und der Freistellung bei der B. _____ einhergehenden Rufschädigung während der Dauer des Beschwerdeverfahrens eine neue Anstellung finde.

Die Ausführungen des Beschwerdeführers legen zumindest nahe, dass aufgrund seines von ihm geltend gemachten beruflichen Werdegangs eine leitende Anstellung bei einem von der Vorinstanz beaufsichtigten Arbeitgeber in Zukunft nicht ausser Frage steht. Im Übrigen ist es nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer im Verlauf eines Bewerbungsprozesses bei einem von der Vorinstanz Beaufsichtigten das laufende Berufsverbotsverfahren erwähnen würde. Damit würde er absehbare Schwierigkeiten vermei-

den, die entstehen könnten, falls das Berufsverbot in Rechtskraft erwachsen sollte. Ebenso ist es einleuchtend, dass potentielle Arbeitgeber den Beschwerdeführer aufgrund des laufenden Berufsverbotsverfahrens möglicherweise nicht in leitender Stellung anstellten. Sofern das Berufsverbot eine leitende Anstellung bei einem von der FINMA Beaufsichtigten und nicht eine andere Stelle betrifft, liegt eine faktische Vorwirkung des mit der Verfügung vom 1. Dezember 2017 angeordneten Berufsverbots nahe.

Mit der Anerkennung eines zumindest teilweisen faktischen Berufsverbots ist jedoch nur erstellt, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht von vornherein, mangels überzeugender Gründe, ausgeschlossen ist. Eine andere Frage ist, ob der dem Beschwerdeführer drohende Nachteil so gewichtig ist, dass er – eventuell zusammen mit anderen, für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechenden Interessen – die öffentlichen und privaten Interessen überwiegt, die für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde angeführt werden können (vgl. BGE 129 II 286 E. 3.3). Dies ist im Folgenden zu prüfen.

4.

Im vorliegenden Verfahren sind die Erfolgsaussichten der gegen die Verfügung vom 1. Dezember 2017 erhobenen Beschwerde ungewiss. Der Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache erscheint somit nicht als eindeutig. Ferner ist im vorliegenden Verfahren kein Beschwerdegegner vorhanden, für den sich aus einem Entzug der aufschiebenden Wirkung Nachteile ergeben könnten (vgl. BGE 112 V 74 E. 2b). Zudem hat die Vorinstanz auf einen expliziten Antrag zu den prozessualen Anträgen des Beschwerdeführers verzichtet und lediglich auf die gesetzliche Ordnung verwiesen.

Es bleibt daher vorab zu beurteilen, ob in casu grundsätzliche Überlegungen betreffend die aufschiebende Wirkung gegen einen Entzug derselben sprechen könnten.

4.1

Durch den Entscheid über die aufschiebende Wirkung soll, wie bereits angetönt (vgl. E. 3.2), das Ergebnis des Hauptverfahrens nicht vorweggenommen werden, d.h. der durch den Sachentscheid zu regelnde Zustand weder verunmöglicht noch unwiderruflich zementiert werden (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; Urteil des BGer 9C_986/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 3.2.2; SEILER, a.a.O., N 97 zu Art. 55).

Es stellt sich in dieser Hinsicht die Frage, wie das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers für einen Entscheid in der Hauptsache zu beurteilen ist, falls ihm mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung der sofortige Antritt des Berufsverbots gewährt würde. Das Berufsverbot könnte ganz oder zumindest für einen wesentlichen Teil der Berufsverbotsdauer absolviert sein, bevor der Beschwerdeentscheid in der Hauptsache getroffen werden konnte. Sollte in der Konsequenz das aktuelle praktische Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers für den Hauptentscheid als nachträglich weggefallen beurteilt werden, würde mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung der mit dem Sachentscheid zu regelnde Zustand zementiert. Der Wegfall des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses wäre in Betracht zu ziehen, weil die ganze oder teilweise absolvierte Berufsverbotsdauer mit einem positiven Entscheid in der Hauptsache nicht rückgängig gemacht werden könnte. Im Ergebnis würde somit aufgrund des Entzugs der aufschiebenden Wirkung im Hauptverfahren möglicherweise ein Abschreibungsentscheid infolge Gegenstandslosigkeit zu fällen sein. Mit einem solchen Resultat wären von der Vorinstanz ausgesprochene Berufsverbote materiell einer gerichtlichen Überprüfung nicht mehr zugänglich.

Es ergibt sich eine analoge Situation wie im Bildungsrecht, wenn Beschwerde gegen ein Prüfungsergebnis geführt wird und sich der Beschwerdeführer während hängigem Verfahren einer Wiederholungsprüfung stellt. Einer Abschreibung des Beschwerdeverfahrens infolge Wegfall des Rechtsschutzinteresses entgeht in dieser Konstellation nur, wer sich im Rahmen vorsorglich angeordneter Massnahmen vorgängig dazu verpflichtet, auf die Mitteilung des Ergebnisses der Wiederholungsprüfung zu verzichten, solange das Beschwerdeverfahren nicht rechtskräftig und zu Ungunsten des Beschwerdeführenden erledigt ist. Mit anderen Worten wird einem Prüfungskandidaten zugemutet, sich zu entscheiden, ob er mit einer allfälligen Wiederholungsprüfung solange zuwarten will, bis rechtskräftig über seine Beschwerde entschieden ist, was aufgrund eines längeren Zeitablaufs – oftmals über mehrere Instanzen – in Bezug auf den Lernstoff als störend empfunden werden kann, oder ob er auf Anhebung bzw. Weiterführung des Beschwerdeverfahrens verzichtet, indem er sich zur Prüfungswiederholung anmeldet, was zur Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens infolge Wegfalls des aktuellen praktischen Interesses führen kann, soweit nicht andere konkrete Gründe klar für dessen Fortbestand sprechen (vgl. BGE 118 Ia 488 E. 3b; BVGE 2007/12; Urteil des BVGer B-209/2013 vom 16. August 2013 E. 3.2).

Im vorliegenden Fall geht es zwar freilich nicht um einen angefochtenen Prüfungsentscheid. Dennoch läge mit dem zunehmenden bzw. vollständigen Ablauf der Berufsverbotsdauer eine Situation vor, die nicht nur mit einem Prüfungskandidaten vergleichbar ist, welcher sich während hängigem Verfahren zur Wiederholungsprüfung anmeldet, sondern sogar mit jener, da ein Kandidat die unter den oben erwähnten Bedingungen angetretene Wiederholungsprüfung inzwischen auch besteht.

Es liegt in der Natur der Sache, dass der Zeitablauf, mithin die Schwebesituation während einer rechtshängigen Beschwerdesache bis zum Eintritt der Rechtskraft des Entscheides in der Sache bei Massnahmen mit restriktivem bzw. „strafähnlichem“ Charakter zu unerwünschten Neben- oder faktischen Vorwirkungen führen kann (vgl. BVGer-Praxis zur analogen Situation beim befristeten Entzug der Zulassung als Revisor oder Revisionsexperten und zur „strafähnlichen“ Sanktion des Berufsverbotes in BVGE 2011/41 E. 3.3.3.2 und Urteil des BVGer B-4137/2010 vom 17. September 2010 E. 7.4). Der von einer Sanktion Betroffene wird sich deshalb im Allgemeinen, wie bereits angetönt, Rechenschaft darüber ablegen, welche Interessen für ihn überwiegen und, mit anderen Worten, sich entscheiden müssen, ob ihm im Ergebnis eine materielle Beurteilung und somit das Abwarten des Beschwerdeentscheides oder ein sofortiger Antritt der Sanktion mit klar absehbarem Ende wichtiger ist. Wer bei einem zweijährigen Berufsverbot in Kauf nimmt, allenfalls einen grösseren Teil oder gar die gesamte Berufsverbotszeit formell zu absolvieren, bevor der diesbezügliche Beschwerdeentscheid in der Sache gefällt ist, muss sich wie ein Prüfungskandidat, der sich während hängigem Beschwerdeverfahren vorbehaltlos der Wiederholungsprüfung stellt, mit Fug die Frage gefallen lassen, ob er überhaupt ein genügendes Rechtsschutzinteresse an einer materiellen Beurteilung an den Tag legt. Zwar ginge es zu weit, wie im Falle des vorbehaltlosen Antritts einer Wiederholungsprüfung, den Verlust des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses bereits mit dem formellen Antritt des Berufsverbotes anzunehmen. Vor dem gegebenen Hintergrund bestätigt sich aber immerhin die Annahme, dass das Beschwerdeverfahren spätestens mit dem Zeitablauf des Berufsverbotes nach 2 Jahren ohne materiellrechtliche Beurteilung wegen Wegfalls des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos abzuschreiben wäre.

Unter dem Blickwinkel der Rechtsgleichheit zu berücksichtigen sind auch denkbare Fälle, bei denen das Berufsverbot für eine kürzere Dauer, z.B. für ein Jahr ausgesprochen wird. An diesem Beispiel wird deutlich, dass

ein sofortiger Antritt der Sanktion bei gleichzeitig geführtem Beschwerdeverfahren zu Unzulänglichkeiten führen würde, die mit den öffentlichen Interessen an ökonomisch geführten Beschwerdeverfahren nicht mehr zu vereinbaren wären.

Würde nach dem Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde der Hauptentscheid noch während der Dauer des Berufsverbots gefällt, stellte sich die Problematik des möglicherweise fehlenden Rechtsschutzinteresses nicht. Das Rechtsschutzinteresse eines Beschwerdeführers wäre in der Regel ohne weiteres zu bejahen.

Im Weiteren kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Entscheid in der Hauptsache durch das bereits laufende Berufsverbot beeinflusst werden könnte. Insbesondere könnte darin – trotz anderslautender Zusicherungen – auch ein Schuldeingeständnis gesehen werden.

Die nach dem bisher Gesagten angeführten Gründe, die eher gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung sprechen könnten, sind aufgrund der nachfolgenden Erwägungen zu relativieren. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Hauptentscheid bei Entzug der aufschiebenden Wirkung erst nach Ablauf der zweijährigen Dauer des Berufsverbots gefällt wird, besteht in casu nicht. Insofern ist die Gefahr, dass der durch den Sachentscheid zu regelnde Zustand zementiert wird weniger wahrscheinlich als bei kürzerer, z.B. einjähriger, Dauer eines durch die Vorinstanz angeordneten Berufsverbots. Der Beschwerdeführer nimmt mit dem Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung die Umwandlung des nach seiner Ansicht nach bestehenden faktischen Berufsverbots in ein formelles Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG in Kauf, obwohl die entsprechende Verfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Es darf davon ausgegangen werden, dass der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer den entsprechenden Antrag nicht leichtfertig gestellt hat und sich der Konsequenzen, wie z.B. das Risiko, dass es nicht zu einer materiellen Beurteilung kommen könnte, bewusst ist.

4.2

Auf der anderen Seite steht das Interesse des Beschwerdeführers, die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Zunächst ist der Hinweis der Vorinstanz zu entkräften, wonach weder das Verwaltungsverfahren noch das spezialgesetzliche Aufsichtsrecht – im Gegensatz zum Strafrecht – einen „vorzeitigen Vollzug“ von Massnahmen

kennen würden. Gesetzlich ist wie bereits erwähnt die Möglichkeit vorgesehen, die aufschiebende Wirkung entziehen zu können (vgl. E. 2.2 und E. 3.1 f.). Dies verhindert im Ergebnis die Hemmung der mit einer Verfügung angeordneten Rechtswirkung, solange die angefochtene Verfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Damit ist eine Analogie zum vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzug gemäss Art. 236 StPO nicht von der Hand zu weisen. Insbesondere dort, wo eine Verwaltungsmassnahme, wie das Berufsverbot im vorliegenden Verfahren, repressive Elemente enthält (vgl. Urteil des BGer 2C_739/2015 vom 25. April 2016 E. 3.4), erscheinen Parallelen vorhanden zu sein.

Ferner ist festzuhalten, dass die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde bei Verfügungen, die wie hier mit dem Berufsverbot zum Nachteil des Adressaten lauten, in der Regel zugunsten des Beschwerdeführers wirkt. Die mit der angefochtenen Verfügung angeordnete negative Rechtsfolge oder Rechtswirkung tritt vorläufig nicht ein, sondern wird gehemmt und es tritt gewissermassen ein Schwebezustand ein (SEILER, a.a.O., N 8 zu Art. 55). Die aufschiebende Wirkung bezweckt die Gewährleistung eines umfassenden und effektiven Rechtsschutzes, indem eine gerichtliche Beurteilung erfolgt bzw. Gewissheit über Recht und Unrecht besteht, bevor die mit der angefochtenen Verfügung angeordnete negative Rechtswirkung „vollzogen“ wird (vgl. Art. 39 lit. c VwVG; PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, Brennpunkte im Verwaltungsprozess 2013, S. 63).

Im vorliegenden Verfahren wirkt sich die gesetzlich grundsätzlich vorgesehene aufschiebende Wirkung nach Meinung des Beschwerdeführers jedoch zu seinen Ungunsten aus. Er begründet dies damit, dass er bereits während dem Beschwerdeverfahren einem faktischen Berufsverbot unterstehe (vgl. E. 3.3). Der eigentliche Sinn und Zweck der aufschiebenden Wirkung, wonach eine mit der angefochtenen Verfügung angeordnete negative Rechtsfolge oder Rechtswirkung vorläufig nicht eintreten soll, wird im Zusammenhang mit dem verfügten Berufsverbot somit nicht erreicht. Im Gegenteil führt die aufschiebende Wirkung im vorliegenden Verfahren insofern zu erheblichen Nachteilen für den Beschwerdeführer, als dass sich die mit der angefochtenen Verfügung angeordnete negative Rechtswirkung während des Beschwerdeverfahrens verlängert.

Auch unter Berücksichtigung aller Konsequenzen, die mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung einhergehen, ist dem anwaltlich vertretenen Be-

schwerdeführer abzunehmen, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung für ihn vorteilhaft wäre. Der Beschwerdeführer wüsste zum einen, wann das Berufsverbot endet und könnte seine berufliche Planung entsprechend anpassen. Zum anderen würde das formell angeordnete Berufsverbot von zwei Jahren während der Dauer des Beschwerdeverfahrens nicht durch das vom Beschwerdeführer geltend gemachte faktische Berufsverbot verlängert.

4.3 Zusammenfassend spricht im vorliegenden Verfahren nicht Vieles für das Belassen der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Insbesondere sind keine Interessen einer Gegenpartei betroffen und auch die Vorinstanz stellt keinen expliziten Antrag, sondern verweist lediglich auf die gesetzliche Ordnung. Andere öffentliche Interessen, die eher gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung sprechen, sind vorwiegend hypothetischer Natur, wobei davon auszugehen ist, dass damit verbundene mögliche Nachteile für den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer bewusst in Kauf genommen werden. Die hypothetische Natur der gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung sprechenden Interessen zeigt sich erstens darin, dass die Gefahr einer Vorwegnahme des Ergebnisses des Hauptverfahrens im vorliegenden Verfahren aufgrund der immerhin zweijährigen Dauer des Berufsverbots nicht überwiegend wahrscheinlich ist. Zweitens ist es zumindest unsicher, ob das Gericht in einem bereits angetretenen Berufsverbot tatsächlich ein Schuldeingeständnis sehen würde, das den Hauptentscheid beeinflussen könnte.

Auf der anderen Seite sind die Nachteile, namentlich ein langes faktisches Berufsverbot, für den Beschwerdeführer offenbar gewichtig, sollte die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden. Auch Sinn und Zweck der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde sprechen im vorliegenden Verfahren gegen das Belassen des Suspensiveffekts. Die mit einer angefochtenen Verfügung angeordnete negative Rechtsfolge oder Rechtswirkung, wie ein Berufsverbot, sollte grundsätzlich zugunsten eines Beschwerdeführers vorläufig nicht eintreten bis über die angeordneten Massnahmen rechtskräftig entschieden ist. Im vorliegenden Verfahren vertritt der Beschwerdeführer jedoch die gerade entgegengesetzte Interessenlage. Das mit dem vorliegenden Verfahren angefochtene Berufsverbot soll zugunsten des Beschwerdeführers seine negative Rechtswirkung bereits entfalten können, um eine als ungebührlich empfundene Verlängerung der negativen Folgen zu verhindern.

Insgesamt führt die Interessenabwägung zum Ergebnis, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde antragsgemäss entzogen werden kann, ohne dass hierbei wesentliche öffentliche Interessen aufs Spiel gesetzt würden. Ebenfalls antragsgemäss wird klargestellt, dass die Dauer des Berufsverbots mit vorliegendem Zwischenentscheid sofort zu laufen beginnt.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der eventualiter gestellte Prozessantrag des Beschwerdeführers nicht mehr zu prüfen.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag des Beschwerdeführers wird gutgeheissen und die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird entzogen.

2.

Der Beschwerdeführer erhält Gelegenheit, bis zum 24. April 2018 eine Replik in zwei Exemplaren und entsprechende Beweismittel einzureichen.

3.

Die Kosten dieses Zwischenentscheids werden zur Hauptsache geschlagen.

4.

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben mit Rückschein; Beilage: Doppel des Schreibens des Beschwerdeführers vom 14. März 2018).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Diego Haunreiter

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 29. März 2018