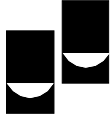


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-8099/2009
{T 0/2}

Urteil vom 11. März 2010

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz), Stephan Breitenmoser
und Philippe Weissenberger;
Gerichtsschreiberin Katharina Walder Salamin.

Parteien

X._____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Rechtsverweigerung/Rechtsverzögerung

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass der Beschwerdeführer am 15. Oktober 2009 per E-Mail an die Vorinstanz gelangte, um auf informelle Weise anzufragen, ob die Vorinstanz bereit wäre, ihn im Sinne einer Übergangslösung als verantwortlichen Mathematiker bzw. Aktuar des eher kleinen Sachversicherers A. AG zu akzeptieren, und er in seiner Anfrage präzierte, dass im Falle eines positiven Bescheids und wenn er mit der A. AG handelseinig sei, diese Anfrage in korrekter Form als Änderung des Geschäftsplans wiederholt werde;

dass er der Vorinstanz am 27. Oktober 2009 auf elektronischem Weg weitere Unterlagen einreichte;

dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit E-Mail vom 12. November 2009 aufforderte, ihr darüber Auskunft zu erteilen, für wie lange sein Engagement als verantwortlicher Aktuar ad interim bei der A. AG vorgesehen sei und ob er auch über Kenntnisse im Nicht-Leben-Bereich als Aktuar verfüge;

dass sie ihm gleichzeitig die relevanten Dokumente betreffend die Ernennung eines Aktuars zustellte und ihm in Aussicht stellte, ihn nach Beantwortung dieser Fragen über das weitere Vorgehen zu informieren;

dass der Beschwerdeführer mit E-Mail vom 13. November 2009 der Vorinstanz weitere Angaben zu seiner bisherigen Tätigkeit machte und diese ihn mit E-Mail vom 16. November 2009 dazu aufforderte, einerseits zu beantworten, was unter aktiver Mathematik genau zu verstehen sei, und andererseits eine Auflistung seiner bisherigen Tätigkeiten sowie Arbeitszeugnisse einzureichen;

dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit E-Mail vom 20. November 2009 aufforderte, zusätzlich zu den Angaben, welche er ihr am 16. November 2009 hatte zukommen lassen, ein Arbeitszeugnis für die Tätigkeit bei der Landesverwaltung des Fürstentums Liechtenstein einzureichen sowie darzulegen, ob er jederzeit in der Lage sei, die Verantwortung für die Berechnung der ausreichenden versicherungstechnischen Rückstellungen, die Berechnung der Solvabilitätsspanne, des Swiss Solvency-Tests und des Sollbetrags des gebundenen Vermögens eines Versicherungsunternehmens zu über-

nehmen sowie für diese Themen auch gegenüber den internen Organen der A. AG (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) verantwortlich zu zeichnen;

dass die A. AG dem Beschwerdeführer am 1. Dezember 2009 mitteilte, dass sie einige Kandidaten bzw. Lösungen pendent habe und mit dem Auswahlverfahren in den nächsten Tagen zum Abschluss kommen möchte, und nachfragte, ob der Beschwerdeführer den Bescheid bzw. das Einverständnis der FINMA erhalten habe;

dass der Beschwerdeführer der Vorinstanz am 1. Dezember 2009 auf elektronischem Weg eine Referenzliste mit den Adressen früherer Arbeitskollegen einreichte;

dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer am 7. Dezember 2009 per E-Mail aufforderte, sein Einverständnis zu erteilen, dass sie bei seinem ehemaligen Vorgesetzten bei der Finanzmarktaufsicht Liechtenstein mündliche und schriftliche Auskünfte einhole, um abschliessend beurteilen zu können, ob eine Gleichwertigkeit bezüglich der Vorgaben der FINMA für einen verantwortlichen Aktuar bestehe;

dass der Beschwerdeführer der Vorinstanz am 8. Dezember 2009 per E-Mail 2009 mitteilte, dass er darauf verzichte, dieses Spiel weiter mitzumachen, und beabsichtige, eine Beschwerde einzureichen über die Art und Weise, wie die FINMA diesen Fall behandelt habe;

dass der Beschwerdeführer am 21. Dezember 2009 beim eidgenössischen Finanzdepartement EFD eine Beschwerde gegen die FINMA wegen einer Nichtverfügung einreichte und beantragte, es sei eine Verfügung zu erlassen, gemäss welcher er als verantwortlicher Aktuar bei der A. AG anerkannt werde oder mindestens eine schriftliche Zusage, gemäss welcher die A. AG ihren Geschäftsplan entsprechend ändern könne;

dass das EFD die Beschwerde am 28. Dezember 2009 zuständigkeitshalber an das Bundesverwaltungsgericht überwies;

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 5. Januar 2010 den Beschwerdeführer aufforderte, bis zum 22. Januar 2010 einen Kostenvorschuss von Fr. 300.-- zu leisten, und die Vorinstanz einlud, bis zum 1. Februar 2010 eine Vernehmlassung zur Beschwerde sowie die Vorakten einzureichen;

dass der Beschwerdeführer am 16. Januar 2010 den Kostenvorschuss bezahlte;

dass die Vorinstanz innert erstreckter Frist am 15. Februar 2010 ihre Vorakten einreichte und in ihrer Vernehmlassung das Nichteintreten auf die Beschwerde, eventualiter deren vollumfängliche Abweisung beantragte;

dass der Beschwerdeführer am 25. Februar 2010 eine schriftliche Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorinstanz einreichte;

dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 8. März 2010 auf weitere Ausführungen verzichtete,

und erwägt,

dass sich die Anfechtung von Verfügungen der Vorinstanz nach den Bestimmungen über die Bundesrechtspflege richtet (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]) und das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 31 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen der Anstalten des Bundes beurteilt;

dass auf das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) anwendbar ist, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG);

dass gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung jederzeit Beschwerde geführt werden kann (Art. 46a und Art. 50 Abs. 2 VwVG) und dafür der gleiche Beschwerdeweg offen steht wie für die verweigerte bzw. verzögerte Verfügung selbst (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4408);

dass damit das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung der Beschwerde zuständig ist;

dass der Beschwerdeführer beantragt, es sei vom Bundesverwaltungsgericht anstelle der Vorinstanz eine Verfügung zu erlassen, und dass er damit das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer

Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde um eine Auseinandersetzung mit der Sache sowie eine materielle Prüfung seiner Anträge ersucht;

dass Streitgegenstand der Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde lediglich die Verweigerung bzw. Verzögerung der angeforderten Verfügung, nicht jedoch deren materieller Aspekt sein kann (vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxis-kommentar VwVG, Zürich 2009, N 30 zu Art. 54);

dass das Bundesverwaltungsgericht – im Falle einer Gutheissung der Beschwerde – gestützt auf Art. 61 Abs. 1 VwVG die Sache an die Vorinstanz zurückweist, verbunden mit der Weisung, in der Sache umgehend zu entscheiden;

dass dies die einzige Möglichkeit wäre, den rechtmässigen Zustand herzustellen, und das Gericht insbesondere nicht anstelle der davor angerufenen Behörde entscheiden kann, da es dadurch den Instanzenzug verkürzen oder weitere Rechte der am Verfahren Beteiligten verletzen würde (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 5.25);

dass daher auf den Antrag des Beschwerdeführers, es sei eine Verfügung in der Sache zu erlassen, nicht einzutreten ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3265/2009 vom 21. Oktober 2009 E. 1.2);

dass der Beschwerdeführer des Weiteren sinngemäss rügt, die Vorinstanz habe eine Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung begangen, da sie über sein Begehren nicht rechtzeitig entschieden habe;

dass Voraussetzung für eine Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde ist, dass der Rechtssuchende zuvor ein Begehren auf Erlass einer Verfügung bei der zuständigen Behörde gestellt hat und Anspruch auf den Erlass einer Verfügung hat (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 255, Rz. 723);

dass ein solcher Anspruch besteht, wenn einerseits eine Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und andererseits die gesuchstellende Person nach Art. 6 in

Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung beanspruchen kann (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 78 Rz. 213 und S. 255 Rz. 723; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1657);

dass die ersuchte Behörde demzufolge zu prüfen hat, ob die gesuchstellende Person ein hinreichend schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung hat, und – wenn es am schutzwürdigen Interesse des Gesuchstellers fehlt – auf das Gesuch mangels Parteieigenschaft des Gesuchstellers nicht einzutreten und darüber eine anfechtbare Nichteintretensverfügung zu erlassen hat (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3265/2009 vom 21. Oktober 2009, BGE 130 II 521 E. 2.5, m.w.H.);

dass die Beschwerdelegitimation, welche vom konkreten Streitgegenstand abhängt, regelmässig erst nach Erlass einer Verfügung beurteilt werden kann und deshalb die verfügende Behörde nach Art. 6 VwVG unter Umständen Personen in das Verfahren einzubeziehen hat, denen nach Verfügungserlass keine Beschwerdelegitimation zukommt, da sie nicht über die Parteieigenschaft verfügen (vgl. SAID HUBER/VERA MARANTELLI-SONANINI, in: VwVG-Praxiskommentar, a.a.O., N 17 zu Art. 6);

dass die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung die Auffassung äussert, die Zulassung als verantwortlicher Aktuar stelle kein eigenständiges Verfahren dar, da die Genehmigung einer Person als verantwortlicher Aktuar ausschliesslich als Bestandteil der Genehmigung bzw. Änderung des Geschäftsplans gestützt auf Art. 4 bzw. Art. 5 Abs. 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01) erfolge und der Beschwerdeführer nicht dazu legitimiert sei, in eigenem Interesse ein solches Verfahren anzustrengen;

dass aus dem regen Mailverkehr zwischen dem Beschwerdeführer und der Vorinstanz geschlossen werden kann, dass der Beschwerdeführer am Verfahren um Änderung des Geschäftsplans des Versicherungsunternehmens teilgenommen hat und als Verfahrensbeteiligter ein tatsächliches und aktuelles Interesse am Erlass einer Verfügung hatte;

dass er damit ein schützenswertes Interesse an der Beurteilung seiner Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde hat;

dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 12 VwVG), die Parteien aber gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG

verpflichtet sind, in einem Verfahren, das sie durch ihr Begehren einleiten, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken;

dass aufgrund der Vorakten erstellt ist, dass die Vorinstanz ihrer Untersuchungspflicht nachgekommen ist und den Beschwerdeführer stets darüber auf dem Laufenden gehalten hat, welche Unterlagen er noch einzureichen habe, damit sie die Gleichwertigkeit seiner Ausbildung und Berufstätigkeit überprüfen könne;

dass die Vorinstanz vom Beschwerdeführer namentlich auch die Ermächtigung erbat, bei seinem letzten Arbeitgeber Referenzen einzuholen, was insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer offenbar von diesem (noch) kein Arbeitszeugnis erhalten hatte, durchaus nachvollziehbar ist;

dass der Beschwerdeführer der Vorinstanz indessen die Ermächtigung zur Kontaktaufnahme mit seinem früheren Vorgesetzten zwecks weiterer Prüfung seines Gesuchs nicht erteilt hat und damit seiner Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen ist;

dass der Beschwerdeführer am 8. Dezember 2009 selbst vom laufenden Prüfungsverfahren Abstand genommen hat;

dass die Vorinstanz, als ihr – wie in ihrer Vernehmlassung vom 15. Februar 2010 geltend gemacht – die A. AG eine Änderung des Geschäftsplans mit einem anderen verantwortlichen Aktuar als dem Beschwerdeführer zur Genehmigung vorlegte, davon ausgehen durfte, dass der Beschwerdeführer nicht mehr als verantwortlicher Aktuar der A. AG in Frage kam und damit auch nicht mehr am Verfahren der Genehmigung der Geschäftsplanänderung interessiert war;

dass mit einer Verfahrensdauer von acht Wochen namentlich vor dem relevanten Hintergrund weder eine Rechtsverzögerung noch eine Rechtsverweigerung vorliegt;

dass der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde im Übrigen vorab aufsichtsrechtliche Kritik vorbringt (Art. 71 VwVG), für deren Prüfung das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz nicht zuständig ist (Art. 31 VGG);

dass die Beschwerde demzufolge abzuweisen ist, soweit auf die Anträge des Beschwerdeführers eingetreten wird;

dass die Verfahrenskosten auf Fr. 500.-- festgesetzt und bei diesem Verfahrensausgang dem Beschwerdeführer auferlegt werden (Art. 63 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 500.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 300.- verrechnet. Der Restbetrag ist innert 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 1037594; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler

Katharina Walder Salamin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage 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 hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 12. April 2010