



Urteil vom 28. April 2015

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Philippe Weissenberger,
Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiber Alexander Schaer.

Parteien

X._____,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Roberto Dallafior und/oder Patrik Salzmann,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Laupenstrasse 27, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auskunftsverfahren im Rahmen eines internationalen
Amtshilfeverfahrens.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am (...) auferlegte die britische Financial Services Authority (nachfolgend: FSA) der A._____ AG wegen (...) eine Busse von (...). In diesem Zusammenhang eröffnete die FSA zudem unter anderem auch eine Untersuchung gegen einen früheren A._____ -Angestellten wegen (...). Dabei soll abgeklärt werden, ob die betreffende Person wissentlich an der Verletzung von Bestimmungen des Financial Services and Markets Act 2000 (nachfolgend: FSMA) beteiligt gewesen ist und sie noch Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zur Ausübung von regulierten Funktionen bei einer bewilligten Person im Sinne des FSMA bietet.

A.b. Mit Schreiben vom 24. Mai 2013 ersuchte die FSA-Nachfolgebehörde, die Financial Conduct Authority (nachfolgend: FCA), die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (Vorinstanz) um internationale Amtshilfe im Zusammenhang mit der genannten Untersuchung. Konkret bat die FCA darum, den ehemaligen A._____ -Angestellten X._____ (Beschwerdeführer) auf freiwilliger Basis vernehmen zu können. Die Vorinstanz lud daraufhin den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 13. Juni 2013 zur freiwilligen Einvernahme als Auskunftsperson ein. Mit Schreiben vom 21. Juni 2013 orientierte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Vorinstanz dahingehend, dass er seinem Mandanten aus rechtsstaatlichen Überlegungen habe empfehlen müssen, die Einladung zur freiwilligen Einvernahme abzulehnen.

A.c Mit Schreiben vom 25. Juli 2013 erneuerte die FCA ihr Amtshilfeersuchen und bat die Vorinstanz dabei, den Beschwerdeführer zu einer Zeugenaussage zu verpflichten und amtshilfeweise selbigen zu befragen, da man im Zusammenhang mit der genannten Untersuchung darauf angewiesen sei, den Beschwerdeführer einvernehmen zu können. Dieser sei in der (...) -Abteilung der A._____ in B._____ (...) sowie (...) und (...) wie auch (...) gewesen. Es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer die von der Untersuchung betroffene Person im Wissen, dass dies (...), routinemässig dazu angehalten habe, (...). Der Beschwerdeführer selber sei nicht Gegenstand der Untersuchung der FCA; sämtliche erhaltene Informationen würden vertraulich und in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Multilateral Memorandum of Understanding concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information der International Organization of Securities Commissions (nachfolgend: IOSCO MMoU) sowie dem FSMA behandelt.

A.d Mit Schreiben vom 21. August 2013 forderte die Vorinstanz den Beschwerdeführer auf, als Zeuge zu einer Befragung zu erscheinen. Der Beschwerdeführer wiederum stellte mit Schreiben vom 5. September 2013 ein Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Daraufhin bot die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 9. Mai 2014 unter der Androhung von Art. 48 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1; in der vorliegend anwendbaren Fassung vom 1. Juli 2013) auf, am Mittwoch, 25. Juni 2014 um 14 Uhr für eine Befragung als Zeuge zu erscheinen.

B.

Mit Beschwerde vom 11. Juni 2014 gelangte der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt dabei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, die vorinstanzliche Verfügung vom 9. Mai 2014 aufzuheben und die Zeugenbefragung zu verweigern. Eventualiter sei die Verfügung mit der Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, dass der Beschwerdeführer als Auskunftsperson erneut vorzuladen sei.

Im Rahmen seiner Beschwerde führt der Beschwerdeführer aus, dass er entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht als Zeuge einvernommen werden könne bzw. er nicht der Zeugnispflicht unterliege und daher zur Auskunftsverweigerung berechtigt sei. So könnten nur "unbeteiligte Dritte" zur Zeugenaussage aufgefordert werden, er selber sei jedoch aufgrund seiner Beziehung zum Untersuchungsgegenstand und den involvierten Personen "Partei" oder zumindest "beteiligter Dritter", dies auch, wenn gegen ihn selber derzeit keine Untersuchung geführt werde. Der Beschwerdeführer sei wie alle von den FCA-Untersuchungen betroffenen Personen am (...) beteiligt gewesen und alle Beteiligten hätten daher ein Interesse daran, ihre jeweiligen Verhaltensweisen in einem günstigen Licht erscheinen zu lassen. Der Beschwerdeführer könne daher höchstens als Auskunftsperson vorgeladen werden, dann jedoch habe er mangels spezialgesetzlicher Auskunftspflicht ein Aussageverweigerungsrecht. Im Übrigen weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass die FCA auf dem Weg der beabsichtigten Zeugenbefragung an Informationen gelangen könnte, die zu einer Ausweitung der Untersuchung auf den Beschwerdeführer führen könnte.

C.

Mit Vernehmlassung vom 11. Juli 2014 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdeführers.

Im Rahmen ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, dass weder (...) noch die allfällige Beteiligung des Beschwerdeführers an selbigen Gegenstand der FCA-Untersuchung darstellen würden. Auch sonst gebe es kein Verfahren, das den Beschwerdeführer betreffe und er habe daher als nicht betroffene Drittperson zu gelten. Im Übrigen hätten sowohl Parteien als auch Zeugen oder Dritte der Vorinstanz wahrheitsgemäss Auskunft zu erteilen. Die Grenzen der Aussagepflicht würden daher auch bei Auskunftspersonen in der Gefahr der strafrechtlichen Selbstbelastung liegen. Schliesslich sei die Befragung verhältnismässig und es sei der FCA verboten, die erhaltenen Informationen in allfälligen zukünftigen Strafverfahren bzw. Verfahren wegen Marktmissbrauchs gegen den Beschwerdeführer zu verwenden.

D.

Mit Replik vom 15. Oktober 2014 hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen und Ausführungen fest, wobei er zugleich die Frage aufwirft, ob das Amtshilfegesuch aufgrund der seither verstrichenen Zeitdauer und einem allfälligen, bereits erfolgten Abschluss der Untersuchungen nicht bereits als gegenstandslos angesehen werden müsse. Im Übrigen betont der Beschwerdeführer insbesondere auch, dass die von der FCA gemachten Zusagen bzw. angerufenen rechtlichen Bestimmungen keine ausreichende Sicherheit dafür bieten würden, dass die Aussagen des Beschwerdeführers nicht Eingang in ein Strafverfahren finden oder die Eröffnung eines solchen bewirken könnten, zumal dies durch Ziff. 10 des IOSCO MMoU explizit zugelassen sei. Auch sei nicht auszuschliessen, dass die Vorinstanz selber allfällige im Rahmen des vorliegenden Verfahrens gewonnene Erkenntnisse in einem späteren Verfahren gegen den Beschwerdeführer verwenden werde.

E.

Mit Duplik vom 20. November 2014 hält auch die Vorinstanz an ihren Anträgen und Ausführungen fest. Ergänzend bringt sie dabei vor, dass die FCA bislang weder ihr Amtshilfeersuchen zurückgezogen noch von der Untersuchung gegen die betreffende Person Abstand genommen habe, wodurch das vorliegende Verfahren nicht als gegenstandslos zu betrachten sei.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1

1.1.1 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021).

Bei der angefochtenen Verfügung vom 9. Mai 2014 handelt es sich um eine selbstständig eröffnete Zwischenverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG. Eine solche ist vorbehaltlich Art. 45 VwVG nur dann anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (vgl. Art. 46 Abs. 1 VwVG).

Im Hinblick auf den Umstand, dass dem Beschwerdeführer voraussichtlich keine Beschwerdelegitimation gegen die verfahrensabschliessende Amtshilfeverfügung zukommen wird (vgl. nachfolgend E. 4.3) droht ihm ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, da die Möglichkeit besteht, dass die Amtshilfeverfügung und damit letzten Endes auch das Handeln der Vorinstanz ohne gerichtliche Überprüfung in Rechtskraft erwächst. Auch besteht die Möglichkeit, dass ein faktischer Endentscheid im Ausgangsverfahren bewirkt wird: Sollte nämlich das Bundesverwaltungsgericht in vorliegendem Verfahren zum Schluss gelangen, dass der Beschwerdeführer überhaupt nicht einvernommen werden darf, könnte die Vorinstanz sogleich die (negative) Amtshilfeverfügung erlassen. Es ist daher festzustellen, dass die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 9. Mai 2014 zulässig ist.

1.1.2 Da kein Ausschlussgrund nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung der Hauptsache und damit auch für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Sinne der Art. 31 und 33 lit. e VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 1 FINMAG zuständig (vgl. ANDRÉ MOSER ET AL., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, S. 45, Rz. 2.44).

1.2

1.2.1 Die Zwischenverfügung vom 9. Mai 2014 setzte die Zeugenbefragung auf den 25. Juni 2014 an. Dieser Termin wurde aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (vgl. Art. 55 Abs. 1 VwVG) durch den Verfahrensforgang hinfällig, wodurch sich vorliegend die Frage stellt, ob der Beschwerdeführer überhaupt noch über ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG hat. Ist doch ein Interesse grundsätzlich nur dann schutzwürdig, wenn es nicht bloss bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch noch im Urteilszeitpunkt aktuell ist (vgl. MOSER ET AL., a.a.O., S. 56, Rz. 2.70, VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, Praxiskommentar VwVG, Art. 48 N 15, ISABELLE HÄNER, VwVG-Kommentar, Art. 48 N 3). Ausnahmsweise kann indessen auf das aktuelle Interesse verzichtet werden, wenn sich die aufgeworfenen Fragen jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, an deren Beantwortung angesichts ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige richterliche Prüfung im Einzelfall kaum je stattfinden könnte (vgl. MOSER ET AL., a.a.O., S. 57, Rz. 2.72, MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N 15, HÄNER, a.a.O., Art. 48 N 22).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. So ist absehbar, dass bei einem bundesverwaltungsgerichtlichen Abschreiben der Beschwerde infolge Gegenstandslosigkeit die Vorinstanz einen neuen Termin festlegen wird und dieser infolge einer absehbaren erneuten Beschwerde ebenfalls wieder hinfällig würde. Der Grundsatz der Prozessökonomie erfordert, die sich vorliegend stellenden grundsätzlichen Fragen zu beantworten. Der Beschwerdeführer ist daher beschwerdelegitimiert im Sinne von Art. 48 VwVG.

1.2.2 Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift wurden gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 sowie 52 Abs. 1 VwVG), die Vertretungsvollmacht liegt vor (vgl. Art. 11 Abs. 2 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde geleistet (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG). Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten (vgl. Art. 44 ff. VwVG).

2.

Soweit der Beschwerdeführer Bedenken äussert, dass die FCA seine Aussage entgegen ihrer Zusicherung dennoch in anderen Verfahren strafrechtlicher Art verwerten werde, ist ihm nicht zu folgen.

Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits festgestellt hat, stellt die FCA eine Aufsichtsbehörde dar, welcher die Vorinstanz Amtshilfe leisten kann (vgl. Urteil B-2700/2013 vom 2. Juli 2013 E. 4). In diesem Zusammenhang hat das Bundesverwaltungsgericht zudem erwogen, es dürfe davon ausgegangen werden, dass die FCA als Vollmitglied (A-Signatar) des IOSCO MMoU die Anforderungen an die Spezialität (Ziff. 10) und Vertraulichkeit (Ziff. 11) der übermittelten Informationen einhalte. Dies wird auch in den beiden Gesuchen vom 24. Mai 2013 bzw. 25. Juli 2013 zugesichert; gemäss Rechtsprechung stellt aufgrund der völkervertraglichen Rechtsnatur des Amts- und Rechtshilferechts auch eine solche ad-hoc-Zusicherung einen völkerrechtlichen Vertrag dar (vgl. Urteil B-2700/2013 vom 2. Juli 2013 E. 4).

Wenn nun der Beschwerdeführer vorbringt, dass die Informationen gemäss FCA auch für "nachfolgende Verfahren" verwendet würden und Ziff. 10 des IOSCO MMoU die strafprozessuale Verwertung von Informationen explizit zulasse, so übersieht er, dass auch solche Verfahren der Durchsetzung des Finanzmarktrechts dienen müssen und daher die Aussagen des Beschwerdeführers nicht schrankenlos weiterverwendet werden dürfen (vgl. Ziff. 10 i.V.m. Ziff. 4 IOSCO MMoU; vgl. im Übrigen auch Art. 42 Abs. 3 FINMAG bzw. Art. 38 Abs. 6 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 [Börsengesetz, BEHG, SR 954.1; in der vorliegend anwendbaren Fassung vom 1. Mai 2013]).

Ein wichtiges Element der internationalen Behördenzusammenarbeit bildet zudem der Grundsatz, wonach – ausser bei offenbarem Rechtsmissbrauch oder bei berechtigten Fragen im Zusammenhang mit dem Schutz des schweizerischen oder internationalen ordre public – grundsätzlich kein Anlass besteht, an Erklärungen anderer Staaten und deren Richtigkeit zu zweifeln (sog. *völkerrechtliches Vertrauensprinzip*; vgl. Urteil B-2700/2013 E. 2 m.w.H.). Bis zum Beweis des Gegenteils ist denn auch davon auszugehen, dass sich die FCA an ihre Zusicherungen (namentlich auch im Hinblick auf Sect. 174 FSMA) halten wird (vgl. Urteil B-2700/2013 vom 2. Juli 2013 E. 5.2). Berechtigte Zweifel, welche diese Vertrauensvermutung umzustossen vermöchten, vermag der Beschwerdeführer keine zu wecken. Nach den Akten, die dem Gericht vorliegen, ist gegen den Beschwerdeführer kein (insbesondere auch strafrechtliches) Verfahren bei der FCA und/oder einer Schweizer Behörde hängig. Es bestehen auch keinerlei Anzeichen dafür, dass solche in absehbarer Zeit eröffnet werden könnten. In diesem Zusammenhang ist ohne Belang, dass

dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 4. Juni 2013 der sog. "Gewährsbrief" zugestellt worden ist. Findet doch eine Gewährsprüfung und damit auch ein Verwaltungsverfahren erst dann statt, wenn der Beschwerdeführer *konkret* eine *Gewährsposition* in einem beaufsichtigten Institut in Aussicht hat, was vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht wird. Ist diese Voraussetzung indessen nicht gegeben, fehlt es Personen auf der sog. "Watchlist" mangels Aktualität regelmässig an einem schützenswerten Interesse (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2343/2013 vom 4. Juni 2014 E. 2.5 sowie B-1360/2009 vom 11. Mai 2010 E. 3.3.1 m.w.H.). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich die schweizerischen Behörden gemäss ständiger Rechtsprechung im Rahmen von Amtshilfeverfahren nicht auf juristische Diskussionen über die Auslegung ausländischen Rechts einzulassen haben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2980/2007 vom 26. Juli 2007 E. 6.2 m.w.H.). Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz in ihrer späteren Amtshilfeverfügung praxisgemäss allenfalls notwendige Auflagen (z.B. einen Zustimmungsvorbehalt im Falle der Absicht der Weiterleitung der Informationen an weitere Behörden) anbringen wird.

3.

Gemäss Art. 42 Abs. 2 FINMAG darf die Vorinstanz ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und Unterlagen übermitteln, sofern diese an das Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind und sie die Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung von ausländischen Instituten verwenden und nur aufgrund einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag oder mit der Zustimmung der Vorinstanz an zuständige Behörden und an Organe weiterleiten, die mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut sind. Art. 38 Abs. 2 BEHG räumt der Vorinstanz zudem als *lex specialis* das Recht ein, ausländischen Finanzaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche und sachbezogene Unterlagen zu übermitteln, sofern diese Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effekthändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden und die ersuchende Behörde an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden ist, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben.

4.

4.1 Als Aufsichtsbehörde über den Finanzmarkt trifft die Vorinstanz die zum Vollzug des Finanzmarktrechts notwendigen Anordnungen. Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist dabei weitgehend ihrem "technischen Ermessen" anheimgestellt, wobei sie grundsätzlich auch von allen Marktteilnehmenden alle Informationen einverlangen kann, die sie zur Wahrnehmung ihrer Funktionen benötigt. Nichts desto trotz hat die Vorinstanz bei der Wahl des geeigneten Mittels die allgemeinen Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben) zu wahren (vgl. BGE 135 II 356 E. 3.1 m.w.H., BVGE 2008/66 E. 6).

4.2 Gemäss Art. 53 FINMAG richtet sich das Verfahren vor der Vorinstanz nach den Bestimmungen des VwVG. Dieses sieht unter anderem vor, dass sich die Vorinstanz zur Sachverhaltsfeststellung auch Auskünften von Parteien (vgl. Art. 12 lit. b VwVG) sowie Auskünften bzw. dem Zeugnis von Drittpersonen (vgl. Art. 12 lit. c VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. e VwVG) bedienen kann (vgl. auch HANS-PETER SCHAAD, BSK-FINMAG, Art. 42 N 16 bzw. BSK-BEHG, Art. 38 N 23).

4.3

Einleitend ist festzustellen, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer zurecht nicht als "Partei" behandelt hat.

4.3.1 Parteien im Sinne von Art. 12 lit. b VwVG i.V.m. Art. 6 VwVG sind lediglich die an einem Verfahren unmittelbar Beteiligten, d.h. diejenigen Personen, denen potentiell ein Rechtsmittel gegen die Endverfügung zur Verfügung steht, sei dies als materieller Verfügungsadressat, sei dies als Rechtsmittelberechtigter im Sinne von Art. 48 VwVG (vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 6 N 3, PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N 102, HÄNER, a.a.O., Art. 6 N 5 f., CHRISTOPH AUER, VwVG-Kommentar, Art. 12 N 32).

4.3.2 Die dem Amtshilfesuch zugrundeliegende Untersuchung der FCA richtet sich gegen einen Dritten und ausdrücklich nicht gegen den Beschwerdeführer. Allein dieser Dritte wird später allenfalls legitimiert sein, als Adressat die ihn belastende Amtshilfeverfügung der Vorinstanz vor Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Im Hinblick auf den Prognoseentscheid der Vorinstanz zum Vorladungszeitpunkt ist zudem festzustellen, dass diese zurecht davon ausgegangen ist, dass dem Beschwerdeführer mangels schützenswertem Interesse potentiell keine Rechtsmittelberechtigung nach Art. 48 VwVG zukommen wird (vgl. E. 2).

4.4

4.4.1 Drittpersonen im Sinne von Art. 12 lit. c VwVG sind all jene nicht am Verfahren beteiligten Personen, die nicht "Partei" im Sinne von Art. 6 VwVG sind. Dies sind mithin nur jene Dritte, welche die Voraussetzungen von Art. 48 VwVG nicht erfüllen und daher kein schutzwürdiges Interesse am Verfahrensausgang haben (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 12 N 114, AUER, a.a.O., Art. 12 N 35). Drittpersonen im Sinne dieser Bestimmung können dabei entweder als Auskunftsperson oder als Zeuge befragt werden, wobei Auskunftspersonen im Gegensatz zu Zeugen – vorbehaltlich spezialgesetzlicher Bestimmungen – nicht zur wahrheitsgemässen Aussage angehalten werden können und sie die Aussage ohne jegliche Rechtsnachteile verweigern dürfen (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 12 N 125, PHILIPPE WEISSENBERGER/BERNHARD WALDMANN, Praxis-kommentar VwVG, Art. 14 N 9, AUER, a.a.O., Art. 12 N 36 u. 44).

4.4.2 Wie alles staatliche Handeln hat auch das Handeln der Vorinstanz verhältnismässig zu sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV sowie explizit auch Art. 38 Abs. 4 Satz 2 BEHG). Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass dem Instrument der Zeugenaussage im Verwaltungsrecht eine andere Bedeutung zukommt als beispielsweise im Strafrecht. So ist diese im Verwaltungsverfahren insbesondere im Hinblick auf die strenge Strafsanktion wegen falschen Zeugnisses als subsidiäres Beweismittel zu betrachten und darf nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen (vgl. ALFRED KÖLZ ET AL., Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 165, Rz. 471, WEISSENBERGER/WALDMANN, a.a.O., Art. 14 N 2, 15 u. 17, AUER, a.a.O., Art. 12 N 37 sowie Art. 14 N 1, BGE 130 II 169 E. 2.3.3 f. m.w.H., BBI 1965 II 1348, 1366 f.). Art. 14 Abs. 1 VwVG setzt denn auch für die Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme voraus, dass der Sachverhalt nicht auf andere Weise abgeklärt werden kann und somit alle anderen Beweismittel bereits erfolglos erhoben worden sind (vgl. WEISSENBERGER/WALDMANN, a.a.O., Art. 14 N 17). Aufgrund der Subsidiarität der Zeugeneinvernahme sind Dritte daher grundsätzlich als Auskunftsperson zu befragen, dies insbesondere dann, wenn der Dritte in einer "besonderen Beziehung" zum späteren Adressaten der Endverfügung steht bzw. wenn allenfalls aufgrund dieses Umstandes gar die Glaubwürdigkeit des Dritten in Frage zu stellen ist (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 12 N 114, AUER, a.a.O., Art. 12 N 36).

4.4.3 Durch deren Subsidiarität ist eine Zeugeneinvernahme namentlich auch in den Fällen ausgeschlossen, in denen ein angerufener Zeuge bereit

ist als Auskunftsperson auszusagen (vgl. KÖLZ ET AL., a.a.O., S. 165, Rz. 471, WEISSENBERGER/WALDMANN, a.a.O., Art. 14 N 19, BGE 130 II 169 E. 2.3.3). Eine Vorladung zur Zeugeneinvernahme wäre in solchen Fällen erst dann denkbar, wenn sich die Auskunftsperson weigern sollte Auskunft hinsichtlich unentbehrlicher Punkte zu geben bzw. wenn berechtigte Zweifel an der Richtigkeit der eingeholten Auskunft bestehen (vgl. WEISSENBERGER/WALDMANN, a.a.O., Art. 14 N 19, AUER, a.a.O., Art. 12 N 37 sowie Art. 14 N 1, BGE 130 II 169 E. 2.3.3).

Vorliegend stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die Vorladung zur Zeugenaussage das mildeste geeignete Mittel gewesen sei, da es der Beschwerdeführer abgelehnt habe, sich freiwillig als Auskunftsperson einvernehmen zu lassen. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zutreffend ist, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 13. Juni 2013 eingeladen hat, *auf freiwilliger Basis* als Auskunftsperson Auskunft zu geben, was der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 21. Juni 2013 abgelehnt hat. In diesem Zusammenhang gilt es jedoch festzuhalten, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer in ihrem Schreiben vom 13. Juni 2013 lediglich gebeten hat mitzuteilen, ob er für eine Einvernahme grundsätzlich zur Verfügung stehe und ob er einen Termin in einer konkret genannten Woche wahrnehmen könne; Konsequenzen wurden keine angedroht. In einem solchen Schreiben kann mangels jeglicher Verbindlichkeit oder gar Androhung von Konsequenzen bei Nichtbefolgung keine formelle Vorladung gesehen werden, dessen negative Beantwortung als Verweigerungshaltung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung taxiert werden könnte. Dies nicht zuletzt auch, nachdem Auskunftspersonen – zumindest in einem ersten Schritt – grundsätzlich schriftlich zu befragen sind (vgl. KÖLZ ET AL., a.a.O., S. 165, Rz. 472, KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 12 N 48, WEISSENBERGER/WALDMANN, a.a.O., Art. 14 N 9, BGE 130 II 473 E. 4.2 m.w.H.).

Vorliegend führt der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Rechtsschriften aus, dass er sich einer Einvernahme als Auskunftsperson im Grundsatz nicht widersetzt, er jedoch auf einer formellen Vorladung bestanden habe. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks erneuter Vorladung als Auskunftsperson stellt denn auch das Eventualbegehren des Beschwerdeführers dar. Zudem führt er in seiner Beschwerdeschrift explizit aus, dass es der Vorinstanz unter Einhaltung der rechtsstaatlichen Verfahrensrechte offen stehe, von ihm eine schriftliche Auskunft einzuholen bzw.

ihn als Auskunftsperson zu einer mündlichen Aussage vorzuladen ([...]). Klarerweise kann dem Beschwerdeführer aufgrund der Haltung, eine formelle Vorladung in der Form einer anfechtbaren Verfügung zu verlangen (und diese allenfalls auch anschliessend anzufechten), keine Verweigerungshaltung vorgeworfen werden, nimmt er doch damit lediglich seine ihm zukommenden Verfahrensrechte wahr. Auch sind vorliegend – insbesondere auch mangels Vorliegens eines Fragenkatalogs – keine substantiierten Anzeichen ersichtlich bzw. werden selbige von der Vorinstanz auch nicht vorgebracht, dass der Beschwerdeführer einer formellen Vorladung zur Einvernahme als Auskunftsperson nicht nachkommen würde oder dass bereits zum jetzigen Zeitpunkt absehbar ist, dass er die Auskunft grundsätzlich und unberechtigterweise verweigern würde. Vor diesem Hintergrund ist die unter Androhung von Art. 48 FINMAG ergangene Vorladung zur Zeugeneinvernahme als unverhältnismässige Massnahme anzusehen und demzufolge die angefochtene Zwischenverfügung zur Gänze aufzuheben.

5.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die unter Androhung von Art. 48 FINMAG ergangene Vorladung zur Zeugeneinvernahme als unverhältnismässige Massnahme anzusehen ist. In Gutheissung des Eventualantrags der Beschwerde ist die Zwischenverfügung aufzuheben und die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Weisung, den Beschwerdeführer als Auskunftsperson zu befragen.

6.

6.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei; unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Nachdem in vorliegendem Fall die angefochtene Zwischenverfügung aufzuheben, die geplante Zeugenbefragung zum jetzigen Zeitpunkt zu verweigern und die Streitsache mit der Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, den Beschwerdeführer als Auskunftsperson erneut vorzuladen, ist der Beschwerdeführer als vollumfänglich obsiegende Partei anzusehen. Der vom ihm geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'000.- ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten; der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

6.2 Eine ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe

Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Wird – wie vorliegend – keine Kostennote eingereicht, so setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend erscheint dem Gericht eine Parteientschädigung von Fr. 7'600.- (inkl. MwSt.) für angemessen. Die Vorinstanz hat diese dem Beschwerdeführer innert 30 Tagen nach Erhalt dieses Urteils zu entrichten (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG).

7.

Dieses Urteil kann nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (vgl. Art. 83 lit. h des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110], SCHAAD, BSK-FINMAG, Art. 42 N 141). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass die angefochtene Zwischenverfügung vom 9. Mai 2014 aufgehoben und die Streitsache zwecks neuerlicher Vorladung des Beschwerdeführers als Auskunftsperson an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben; dem Beschwerdeführer wird der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'000.- zurückerstattet.

3.

Dem Beschwerdeführer wird eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 7'600.- (inkl. MwSt.) zugesprochen. Diese hat ihm die Vorinstanz innert 30 Tagen nach Erhalt dieses Urteils zu entrichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Rückerstattungsformular; Beschwerdebeilagen zurück)
- die Vorinstanz (Einschreiben; Vorakten zurück)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Alexander Schaer

Versand: 29. April 2015