



## **Urteil vom 11. Juni 2018**

---

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Ronald Flury,  
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

---

Parteien

**E.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Raffaele Rossetti, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Berufsverbot.

**Sachverhalt:****A.**

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) schloss mit Verfügung vom 11. November 2014 ein Enforcementverfahren gegen die X.\_\_\_\_\_AG (nachfolgend: Bank) zu ihrem Devisenhandel in der Schweiz ab. Die Vorinstanz stellte fest, dass Händler des Devisenspothandelsdesks in Zürich wiederholt und über längere Zeit zumindest versucht hatten, Devisenreferenzwerte zu manipulieren; zudem hatte die Bank zur Profitmaximierung wiederholt gegen die Interessen eigener Kunden verstossen. Treuwidriges Verhalten wurde auch im Edelmetallspothandel festgestellt. Aufgrund des Mitarbeiterverhaltens und der Verletzung von Organisationsvorschriften in Form von ungenügendem Risikomanagement, ungenügenden Kontrollen und ungenügender Compliance im Devisenhandel versties die Bank schwer gegen die aufsichtsrechtliche Anforderung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Die Vorinstanz zog einen Betrag von insgesamt 134 Mio. Franken bei der Bank ein, ordnete verschiedene korrigierende Massnahmen an und erliess Auflagen. Zur Abklärung der individuellen Vorwerfbarkeit des untersuchten Marktverhaltens führte sie Enforcementverfahren gegen die involvierten Mitarbeiter durch.

**B.**

Mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 sprach die Vorinstanz gegen E.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ein Berufsverbot für die Dauer von einem Jahr ab Rechtskraft der Verfügung aus, unter Verweis auf die gesetzlich vorgesehene Strafandrohung, und auferlegte ihm die Verfahrenskosten von Fr. 30'000.–.

**C.**

Mit Eingabe vom 1. Februar 2016 erhob der Beschwerdeführer dagegen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 27. April 2016 stellte die Vorinstanz den Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

**E.**

Mit Eingabe vom 23. Mai 2016 ersuchte der Beschwerdeführer um Akteneinsicht in die vorinstanzlichen Akten. Mit Stellungnahme vom 7. Juni 2016 erklärte die Vorinstanz, dass sie keine Einwände gegen eine Akteneinsichtnahme habe. Diese erfolgte am 27. Juni 2016.

**F.**

Mit Eingabe vom 22. Juni 2016 äusserte sich der Beschwerdeführer zum Sachverhalt und bestätigte seine Beweisanträge.

**G.**

Mit Replik vom 16. September 2016 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest.

**H.**

Mit Duplik vom 21. November 2016 bekräftigte die Vorinstanz ihren Antrag.

**I.**

Am 12. Juli 2017 zeigte das Bundesverwaltungsgericht den Wechsel des Instruktionsrichters aus gerichtsorganisatorischen Gründen an.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Er hat das Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**2.**

**2.1** Gemäss Art. 33 FINMAG kann die FINMA, wenn sie eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen feststellt, der verantwortlichen

Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten untersagen (Abs. 1). Das Berufsverbot kann für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden (Abs. 2). Das Aufsichtsinstrument des Berufsverbots durchbricht den Grundsatz der Institutsaufsicht (Art. 3 Bst. a FINMAG). Der Tatbestand ist erfüllt, wenn eine Person durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bei einer Beaufsichtigten bewirkt hat (BGE 142 II 243 E. 2.2 f.).

**2.2** Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung zusammengefasst erwogen, dass der Beschwerdeführer sich im Edelmetallspothandel als Händler wiederholt an treuwidrigen Verhaltensweisen beteiligt habe. Insbesondere habe er in Chats mit externen Dritten vertrauliche Kundeninformationen offengelegt und Front Running betrieben; Letzteres v.a. bei marktbewegenden Aufträgen eines einzelnen Kunden für das Silber-Fixing. Der Beschwerdeführer sei nach Art. 33 FINMAG verantwortlich dafür, dass die Bank während Jahren das Gewährserfordernis (Art. 3 Abs. 2 Bst. c sowie Art. 3f des Bankengesetzes vom 8. November 1934 [BankG, SR 952.0]) schwer verletzt habe.

**2.3** Der Beschwerdeführer bringt vor, der Sachverhalt sei unvollständig erhoben worden, in der angefochtenen Verfügung teilweise tatsachenwidrig dargestellt und widerspreche den Sachverhaltsdarstellungen in der Verfügung gegen die Bank. Die Voraussetzungen für die Anordnung eines Berufsverbots seien nicht erfüllt. Er habe seine Tätigkeit im Edelmetallhandel nicht in rechtswidriger Weise, sondern tadellos ausgeübt und es treffe ihn keine Verantwortlichkeit für die Aufsichtsrechtsverletzung der Bank. Das Berufsverbot als solches und in seinem Umfang sei unverhältnismässig. Der Beschwerdeführer macht im Einzelnen geltend, dass die Verfügung Grundprinzipien verletze. Sie verstosse gegen das Legalitätsprinzip, da der Goldhandel in der Schweiz nicht reguliert sei, das Bestimmtheitsgebot, da der Ausdruck "schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen" nicht definiert sei, und das Rückwirkungsverbot, da das Arbeitsverhältnis zur Bank am (Datum) 2014 beendet gewesen sei. Ausserdem habe er keine Führungsfunktion ausgeübt und sei nicht Entscheidungsträger gewesen; als Nicht-Gewährsträger dürfe ihm die Verletzung des Gewährserfordernisses durch die Bank nicht angelastet werden (nachfolgend E. 3). Er rügt, die Verfügung sei unter schwerwiegender Verletzung aller Garantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens zustande gekommen; verletzt sei namentlich das Fairnessgebot, die Unschuldsvermutung, die Waffengleichheit sowie

das Recht auf öffentlichen Anhörung (nachfolgend E. 4). Er wirft der Vorinstanz insbesondere eine Gehörsverletzung sowie sinngemäss eine Missachtung der persönlichen und sachlichen Grenzen der Rechtskraft vor, da die Bank im Bereich des Edelmetallhandels kein Aufsichtsrecht verletzt habe (nachfolgend E. 5). Schliesslich beanstandet er verschiedene Verfahrensrechtsverletzungen (nachfolgend E. 6-E. 11).

### 3.

**3.1** Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Die Anforderungen an die Grundlage für einen Grundrechtseingriff ergeben sich aus Art. 36 BV. Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (Art. 36 Abs. 1 BV).

**3.2** Das FINMAG ist ein Gesetz im formellen Sinn, das die Organisation und die Instrumente der FINMA über den Finanzmarkt nach den Finanzmarktgesetzen regelt (Art. 1 FINMAG). Die FINMA übt die Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen und nach dem FINMAG aus und ist für deren Vollzug zuständig (Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 56 FINMAG; vgl. Urteil des BVGer B-19/2013 vom 27. November 2013, nicht publizierte E. 4.2 von BVGE 2013/59; PETER NOBEL, Sanktionen gemäss FINMAG, in: GesKR 2009, S. 59). Die Bank untersteht als Bewilligungsinhaberin der Aufsicht der FINMA (Art. 3 Bst. a FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BankG). Die Bewilligungsvoraussetzungen, u.a. das Gewähns- und Organisationserfordernis, sind dauernd einzuhalten; die Aufsicht der FINMA ist als laufende Aufsicht ausgestaltet. Zwar trifft zu, wie der Beschwerdeführer vorbringt, dass der Edelmetallmarkt im Untersuchungszeitraum nicht spezifisch behördlich reguliert war (angefochtene Verfügung, Rz. 14). Das Enforcementverfahren erfolgte jedoch nach Massgabe des BankG (vorliegend Art. 1 Abs. 1 Bst. d FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c [Organisations- und Gewährserfordernis] sowie Art. 3f Abs. 1 und 2 BankG [Gewähns- und Organisationserfordernis]). Adressat der verletzten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen ist das beaufsichtigte Institut (vgl. PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz [nachfolgend: BSK FINMAG], 2. Aufl., Basel 2011, Art. 33 N 12). Das Berufsverbot durchbricht das Sys-

tem der Institutsaufsicht, ohne den bei der Beaufsichtigten tätigen Personen neue Pflichten zu statuieren (BGE 142 II 243 E. 2.2 f.). Die Rüge des Beschwerdeführers, der Goldhandeln sei nicht reguliert, weshalb er keine aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt habe, geht an der Sache vorbei.

**3.3** Art. 33 FINMAG ist ein generell-abstrakter Rechtssatz in einem Gesetz im formellen Sinn, der hinreichend bestimmt ist (zu den Anforderungen an die Bestimmtheit vgl. BGE 139 I 280 E. 5.1). Die Bestimmtheit in persönlicher Hinsicht ergibt sich aus der Tätigkeit im Aufsichtsbereich der FINMA (vgl. hierzu MELANIE GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, in: SZW 2016, S. 640 ff., 644). Die Bestimmtheit in sachlicher Hinsicht ergibt sich aus den Finanzmarktgesetzen (vorliegend Art. 1 Abs. 1 Bst. d FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c [Organisations- und Gewährserfordernis] sowie Art. 3f Abs. 1 und 2 BankG [Gewährs- und Organisationserfordernis]). Die Bestimmtheit hinsichtlich der Rechtsfolge des Berufsverbots ergibt sich einerseits aus der organisatorischen Unterstellung bei einem beaufsichtigten Institut (Tätigkeit in leitender Stellung: Gewährsperson und Funktion unterhalb der Gewährsschwelle, wenn die Person "wesentliche Verantwortung" trägt, vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK FINMAG, Art. 33 N 20) und andererseits aus dem angegebenen Zeitrahmen. Zwar ist die Vorsehbarkeit etwas herabgesetzt dadurch, dass die "schwere Verletzung" einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt (vgl. dazu Urteil des BVGer B-5772/2015 vom 20. September 2017 E. 2.4 m.H.); der Rechtsbegriff erlaubt aber die Berücksichtigung aller Umstände im Einzelfall (vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, in: BSK FINMAG, Art. 33 N 11). Den Anforderungen der Verfassung an die gesetzliche Grundlage (für schwere Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit) ist damit Genüge getan (vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, in: BSK FINMAG, Art. 33 N 11 m.H., welche die Frage offen lassen); die Anforderungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) sind nicht weiter zu prüfen, da das Berufsverbot als wirtschaftspolizeirechtlich motivierte Einschränkung gilt (BGE 142 II 243 E. 3.4). Die Rüge, die gesetzliche Grundlage sei nicht genügend bestimmt, geht fehl.

**3.4** Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 33 FINMAG erstreckt sich auf Personen, die im Aufsichtsbereich der FINMA tätig sind, wobei das finanzmarktrechtliche Berufsverbot auch nach beendetem Arbeitsverhältnis zu einem beaufsichtigten Institut verfügt werden kann (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.2 in fine). Berufsverbote können nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung auch gegen Personen unterhalb der Gewährsschwelle aus-

gesprochen werden (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG] vom 1. Februar 2006, BBI 2006 2849, 2881 f.; MELANIE GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, in: SZW 2016, S. 640 ff., 644; DAMIAN K. GRAF, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, in: AJP 2014/9, S. 1202; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, in: BSK FINMAG, Art. 33 N 7, N 12 f.; CHRISTOPH KUHN, Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 23 ff. unter Darlegung der Entstehungsgeschichte von Art. 33; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 230; anders jedoch FELIX UHLMANN, Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, in: SZW 2011, S. 439, nach welchem die betreffende Person bereits eine leitende Stellung innehaben musste oder an der Schwelle zur Übernahme einer solchen Funktion stand). Adressat der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen ist das beaufsichtigte Institut (vgl. E. 3.1). Da Art. 33 FINMAG aber auf einer Zurechnungsnorm beruht, ist unerheblich, dass das Gewährens- und Organisationserfordernis die Bank und nicht die natürliche Person trifft (zur Ausgestaltung der Enforcementverfahren vgl. E. 5.1). Ebenfalls unerheblich ist, ob die für die Aufsichtsrechtsverletzung verantwortliche Person Gewährsträger ist oder nicht; für die Abklärung der Verantwortlichkeit ist nicht massgebend, dass die fragliche Person selber Gewähr bieten muss, sondern ob sie durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bei einer Beaufsichtigten bewirkt hat (BGE 142 II 243 E. 2.2 f.). Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, das Arbeitsverhältnis zur Bank sei am (Datum) 2014 beendet gewesen und als Nicht-Gewährsträger trage er keine Verantwortung für eine allfällige Verletzung der Institutsge- währ, sind die Vorbringen unbegründet.

#### 4.

**4.1** Gemäss Art. 29 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist (Abs. 1). Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs. 2). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (BGE 140 I 99 E. 3.4; 135 II 286 E. 5.1). Als Mitwirkungsrecht umfasst der Anspruch alle Befug-

nisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen und auf den Prozess der Entscheidungsfindung Einfluss nehmen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1). Dazu gehört das Akteneinsichtsrecht (Art. 26-28 VwVG), das Äusserungsrecht (Art. 30-31 VwVG), das Recht auf Berücksichtigung rechtserheblicher Vorbringen (Art. 32 VwVG), das Recht auf Beibringung erheblicher Beweise (Art. 33 VwVG) und das Recht auf Begründung (Art. 35 VwVG) mit jeweils korrelierenden Pflichten auf Seiten der Behörden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist Teilgehalt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens (BGE 140 I 99 E. 3.4; 134 I 140 E. 5.2; BERNHARD WALDMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesverfassung [nachfolgend: BSK BV], Basel 2015, Art. 29 N 40). Der Beschwerdeführer ruft Art. 29 Abs. 1 BV (Fairnessgebot) an, macht aber eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Die Vorbringen sind unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Gehörsverletzung zu prüfen (E. 5).

**4.2** Die Konventionsbestimmung von Art. 6 EMRK garantiert das Recht auf ein faires Verfahren und enthält darüber hinaus in Ziff. 1 (nemo tenetur), Ziff. 2 (Unschuldsvermutung) und Ziff. 3 (Informationsrecht, effektive Verteidigung, Verteidigungsrecht, Fragerecht und Konfrontationsrecht, Recht auf einen unentgeltlichen Dolmetscher) spezifische strafprozessuale Verfahrensgarantien. Diese Garantien kommen im Enforcementverfahren jedoch nicht zum Tragen. Das Berufsverbot stellt keine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar, sondern ist hinsichtlich seiner Art und Schwere eine wirtschaftspolizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (BGE 142 II 243 E. 3.2-3.4). Der Beschwerdeführer beruft sich vergeblich auf Art. 6 EMRK. Das diesbezüglich vom Beschwerdeführer eingereichte Parteigutachten gibt keinen Anlass, diese Rechtsprechung in Zweifel zu ziehen.

**4.3** Die Verfassungsbestimmung von Art. 29 BV garantiert die ordnungsgemässe Anwendung des jeweils anwendbaren Verfahrensrechts (vgl. Urteile des BGer 2C\_162/2015 vom 19. Januar 2016 E. 2.4.3 und 2C\_918/2015 vom 20. Juli 2016 E. 3.2.2; GEROLD STEINMANN, in Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer/Benjamin Schindler/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar [nachfolgend: SKBV], 3. Aufl., St. Gallen/Zürich 2014, Art. 29 N 20). Das Verfahren vor der FINMA richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG (Art. 53 FINMAG). Das Enforcementverfahren stellt ein erstinstanzliches eingreifendes Verwaltungsverfahren dar. Die Besonderheit besteht darin, dass die Verwaltung eine Untersuchungsbeauftragte einsetzen kann (Art. 36 FINMAG),

die der allgemeinen Verfahrensordnung nicht untersteht. Die Verfahrensrechte der Parteien werden nachträglich durch die Verwaltung gewährt, wobei gefordert wird, dass das "Verfahren als Ganzes den gesetzlichen und verfassungsmässigen Garantien zu genügen habe" (BGE 130 II 351 E. 3.3.2). Der Beschwerdeführer verkennt den Anwendungsbereich der Verfahrensordnung. Die Verfahrensordnung des VwVG findet keine Anwendung auf die Untersuchung der Beauftragten oder die rein bankinterne Ermittlung (vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3.2). Soweit er vorbringt, dass das Verfahren den Anforderungen an eine strafrechtliche Anklage nicht genüge, verkennt er, dass die EMRK-Garantien nicht greifen, da das Berufsverbot als wirtschaftspolizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit gilt (BGE 142 II 243 E. 3.2-3.4). Aus dem gleichen Grund dringt er mit dem Vorbringen, dass keine Gewaltentrennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde bestehe, nicht durch; der Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Behörde richtet sich nach dem VwVG. Auch verkennt er, dass im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden keine öffentlichen Verhandlung verlangt werden kann, weil nur Gerichtsverfahren öffentlich sind (Art. 30 Abs. 3 BV). Schliesslich macht er vergeblich geltend, dass die Untersuchungsbeauftragte die Schweizer Prüfungsstandards für Wirtschaftsprüfer (PS) einzuhalten habe und der Untersuchungsbericht diesen Anforderungen nicht genüge; die Untersuchungsbeauftragte war nicht in der Funktion als Prüfgesellschaft tätig.

## **5.**

**5.1** Gemäss Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Gehörsanspruch mit seinen Teilgehalten (E. 4.1) richtet sich im Anwendungsbereich des FINMAG nach den Bestimmungen des VwVG (Art. 53 FINMAG). Das Enforcementverfahren wird aber weder durch das VwVG noch das FINMAG näher geregelt. Der FINMA steht es im Rahmen der vorgegebenen Verfahrensordnung frei, wie sie das Verfahren im konkreten Einzelfall ausgestaltet. Grundsätzlich bestehen drei Möglichkeiten:

**5.1.1** Erstens besteht die Möglichkeit, für jede einzelne Partei ein eigenes Verfahren durchzuführen. Einzelpartei-Verfahren sind separate Verfahren mit Parteistellung der jeweils betroffenen Partei (Einzelparteien), vollständiger Verfahrensabwicklung und eigenen Verfahrensakten. Dabei kann sich das Enforcementverfahren gegen ein beaufsichtigtes Institut, einen unerlaubt tätigen Finanzintermediär oder eine natürliche Person richten, bei denen der Verdacht auf einer Verletzung von Aufsichtsrecht besteht. Beziehen sich mehrere Einzelverfahren auf denselben Sachverhalt, sind

die Vorteile von mehreren selbständigen Einzelverfahren aus verwaltungsökonomischen Gründen allerdings gering. Die FINMA kann zwar die Einvernahme von Zeugen anordnen (Art. 14 Abs. 1 Bst. e VwVG). Der Zeugenbeweis ist jedoch subsidiär gegenüber anderen Beweismitteln und Beweismassnahmen. Die Zeugeneinvernahme von natürlichen Personen im Verfahren gegen eine Beaufschlagte ist zudem regelmässig ausgeschlossen, weil das Verhalten formeller oder faktischer Organen der Beaufschlagten zuzurechnen sind, weshalb die Partei nur als Auskunftsperson befragt werden kann (vgl. PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 14 N 7).

**5.1.2** Zweitens ist ein einheitliches Verfahren mit verschiedenen Parteien möglich. Mehrparteien-Verfahren sind Verfahren mit mehreren Parteien (Partei-Mehrheit), aber einheitlichen Verfahrensabwicklung und nur einer Aktenführung. Abzugrenzen ist ein solches Verfahren von den "Massenverfahren" (Art. 30a Abs. 1 VwVG) und den kontradiktorischen Verfahren, die auf einem "Gegenparteien-Verhältnis mit widerstreitenden Interessen" beruhen (Art. 31 VwVG). Die Interessen der Beteiligten in einem Mehrparteienverfahren können indes nicht gleich gerichtet oder entgegengesetzt sein (vgl. ZULAUF/WYSS ET. AL., a.a.O., S. 107). Bei übersichtlichen Verhältnissen wird das Enforcementverfahren oft als Mehrparteienverfahren geführt, weil es um einen ähnlichen oder gleichen Sachverhalt geht. Alle Parteien haben grundsätzlich uneingeschränkte Parteirechte (vgl. OLIVER FRIEDMANN/CHRISTOPH KUHN/FLORIAN SCHÖNKNECHT, Enforcement, in: Peter Sester/Beat Brändli/Oliver Bartholet/Reto Schildknecht [Hrsg.], St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht [nachfolgend: SGHB], Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2018, § 12 N 68). Dies führt dazu, dass sie an einer Beweiserhebung auch dort mitwirken können, wo es um Sachverhaltselemente geht, die sie nicht persönlich betreffen. So kann ein Gewährsträger als Partei im Verfahren des betroffenen Instituts mitwirken, wenn Massnahmen sowohl gegen ihn als auch gegen das Institut im Dispositiv der Verfügung anzuordnen sind. Gleiches gilt bei Anordnungen gegenüber qualifiziert Beteiligten (vgl. ZULAUF/WYSS ET. AL., a.a.O., S. 104). Bei komplexen Sachverhalten ist ein solches Verfahren aber praktisch nicht mehr durchführbar (vgl. KUHN, a.a.O., S. 54, wonach Mehrparteienverfahren aufgrund des erhöhten Koordinationsbedarfs zu bedeutendem Mehraufwand führen und regelmässig länger dauern).

**5.1.3** Drittens gibt es die Möglichkeit eines Gesamtverfahrens unter einem gemeinsamen Dach. Das Gesamtverfahren besteht aus der Durchführung eines Hauptverfahrens und weiteren Verfahren, die im Nachgang durchgeführt werden (vgl. KUHN, a.a.O., S. 53; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, in: SGHB, § 12 N 67 f.). Dabei handelt es sich um mehrere Einzelverfahren mit getrennter Parteistellung, getrennter Aktenführung, aber gemeinsamer Untersuchung, weshalb keine vollständige Verfahrensabwicklung in den Einzelverfahren mehr erfolgt. Das Hauptverfahren wirkt sich auf die nachgelagerten Verfahren aus. Die Auswirkungen betreffen die Parteistellung (Parteien haben keine Parteistellung in den anderen Verfahren), die Aktenführung (Aktenübernahme und Akteneinsicht aufgrund einer Drittstellung), die Untersuchung (Mitwirkung an der Beweiserhebung ist beschränkt), die Beweiserhebung (Beweisselektion), die Eröffnung der Verfügung und die Möglichkeit zur Rechtsmittelergreifung (Rechtsschutz). Trotz dieser Auswirkungen ist die Durchführung eines Gesamtverfahrens durch die gesetzliche Verfahrensordnung gedeckt, soweit die verfahrensrechtlichen Garantien eingehalten werden. Die Vorinstanz hat vorliegend das Hauptverfahren betreffend die Bank abgewickelt, und im Anschluss führte sie mehrere Einzelverfahren durch, um die Verantwortlichkeit der betroffenen natürlichen Personen abzuklären; mithin hat sie von der Möglichkeit eines Gesamtverfahrens Gebrauch gemacht.

**5.2** Das Enforcementverfahren hat die gesetzlichen Garantien zu wahren. Wird es als Gesamtverfahren ausgestaltet, ist das verfahrensrechtliche Institut der Rechtskraft und deren Reichweite zu beachten. Das Bundesgericht kommt in BGE 142 II 243 zum Schluss, der Entscheid, der eine Pflichtverletzung im Verfahren gegen eine Beaufsichtigte feststelle, dürfe einer natürlichen Person, die für die Beaufsichtigte tätig ist oder war, nicht entgegengehalten werden. Die Bindungswirkung sei auf Entscheide zwischen denselben Parteien beschränkt (Bindung inter partes). Da die natürliche Person im Verfahren gegen die Beaufsichtigte nicht Partei gewesen sei, könne ihr der Entscheid wegen fehlender Identität der Parteien unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft nicht entgegengehalten werden (BGE 142 II 243 E. 2.3). Die aus dem Gehörsanspruch fließende und in Art. 29 ff. VwVG verankerte Berücksichtigungspflicht sei verletzt, wenn die Vorinstanz Vorbringen ungeprüft lasse mit der Begründung, die Pflichtverletzung durch die Beaufsichtigte sei bereits rechtskräftig festgestellt, was einer formellen Rechtsverweigerung gleichkomme. Die Verletzung der Berücksichtigungspflicht führe zugleich zu einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt aus dem Entscheid nicht hervorgehe, wobei sich aus dem materiellen Recht ergebe,

ob ein Sachverhaltselement als rechtserheblich zu qualifizieren sei (BGE 142 II 243 E. 2.4).

**5.3** Die Vorinstanz bezieht sich in der angefochtenen Verfügung mehrfach auf die Verfügung gegen die Bank und stellt fest, dass diese in Rechtskraft erwachsen sei. Sie nimmt auf die rechtskräftige Verfügung nicht nur unter der Verfahrensgeschichte Bezug (angefochtene Verfügung, Rz. 1), sondern auch im Sachverhalt (angefochtene Verfügung, Rz. 29 f.) und in den Erwägungen. Die Bezugnahme erfolgt in den Erwägungen sowohl unter dem Titel "Zuständigkeit der FINMA" und "Rechtliche Vorgaben" (angefochtene Verfügung, Rz. 49 und 70) als auch im Rahmen der rechtlichen Begründung unter dem Titel "Würdigung des Verhaltens [des Beschwerdeführers]" (angefochtene Verfügung, Rz. 78). Offensichtlich besteht für die Vorinstanz kein Anlass, auf die Feststellung der schweren Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank zurückzukommen, obschon der Beschwerdeführer in seinen Eingaben stets sinngemäss geltend gemacht hat, die Bank habe im Bereich des Edelmetallhandels kein Aufsichtsrecht verletzt. Dies lässt einzig den Schluss zu, dass die Vorinstanz der Verfügung gegen den Beschwerdeführer eine Rechtskrafterstreckung zugrunde legt, was unzulässig ist. Sie hat die beschränkte Bindungswirkung des Entscheids gegen die Bank missachtet. Dies führt zur Einschränkung der Mitwirkungsrechte der Partei, sich mit Sachvorbringen und Beweisanträgen in das Verfahren einzubringen, beschränkt das Beweisthema und stellt eine Verletzung des verfassungsrechtlich und gesetzlich garantierten Gehörsanspruchs dar (vgl. E. 4.1).

**5.4** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, dass sich allgemeine Ausführungen zu den Bestimmungen betreffend die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der Bank (im Edelmetallhandel) rechtfertigen würden (angefochtene Verfügung, Rz. 70). Sie trifft jedoch keine konkreten Feststellungen darüber, inwiefern die fraglichen Bestimmungen durch die Bank verletzt wurden. Die Vorinstanz verweist diesbezüglich auf die Verfügung gegen die Bank (angefochtene Verfügung, Rz. 78). Da ein Berufsverbot gegen eine natürliche Person nur ausgesprochen werden kann, soweit eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen festgestellt wird (Art. 33 FINMAG), kann die Frage nach der Verantwortlichkeit der natürlichen Person nicht unabhängig von der Pflicht- bzw. Aufsichtsrechtsverletzung der Beaufsichtigten – vorliegend der Bank – beurteilt werden. Die Pflicht, deren schwere Verletzung die Auferlegung eines Berufsverbots für eine natürliche Person rechtfertigt, trifft die Beaufsichtigte und nicht die natürliche Person (BGE 142 II 243 E. 2.3). Insoweit

handelt es sich um eine Vorfrage, die ein präjudizielles Rechtsverhältnis eines Dritten betrifft. Die Vorfragethematik beurteilt sich allerdings nach dem Gegenstand des streitigen Rechtsverhältnisses, das auf eine sachverhaltliche Grundlage gestellt und durch den Tatbestand umrissen wird. Der aufsichtsrechtliche Tatbestand des Berufsverbots ist erfüllt, wenn eine Person durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Beaufsichtigte bewirkt (BGE 142 II 243 E. 2.2). Die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bildet ein Tatbestandsmerkmal (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.3). Das bedeutet einmal, dass der entsprechende Sachverhalt im Verfahren gegen die natürliche Person zum Beweisthema gemacht werden kann und die Verwaltungsbehörde die Sachverhaltselemente zu erstellen hat. Es bedeutet aber auch, dass die Verfügung eine entsprechende Begründung enthalten muss (Art. 35 VwVG). Die Begründung eines Entscheids soll dem Betroffenen einerseits die Tatsachen und Rechtsnormen zur Kenntnis bringen, die für die entscheidende Behörde massgeblich waren, andererseits soll der Betroffene in die Lage versetzt werden, den Entscheid sachgerecht anzufechten (UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 35 N 10 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Da Verweise die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zum Sachverhalt der schweren Aufsichtsrechtsverletzung nicht ersetzen können, führt die Rechtskrafterstreckung zu einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung. Eine Verfügungsverfügung ist nicht geeignet, einen prozessual festgestellten Sachverhalt im Verhältnis zu Dritten zu beweisen. Selbst bei Parteiidentität erstreckt sich die Rechtskraftwirkung in sachlicher Hinsicht nur auf den beurteilten Streitgegenstand und nicht auf die Elemente der Begründung (Urteil des BGer 1P.706/2003 vom 23. Februar 2004 E. 2.6). Die Verfügung gegen die Bank kann daher im vorliegenden Verfahren nicht an die Stelle von Sachverhaltsfeststellungen treten. Dies verunmöglichte dem Beschwerdeführer eine sachgerechte Anfechtung, was verfahrensrechtlich dazu führt, dass die Begründungspflicht verletzt ist, wie der Beschwerdeführer zutreffend vorbringt. Mit Blick auf den weiteren Verfahrensgang sind auch die übrigen gerügten Verfahrensrechtsverletzungen zu prüfen.

## 6.

Gemäss Art. 30 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Die Vorinstanz hat ein Gesamtverfahren durchgeführt und in Bezug auf die Bank Beweise unter einem gemeinsamen Dach erhoben (vgl. E. 5.1 zur Verfahrensausgestaltung). Der Beschwerdeführer rügt, er habe sich im

Rahmen des Enforcementverfahrens gegen die Bank nie äussern können. Seine Befragung durch die Untersuchungsbeauftragte sei ohne anwaltliche Vertretung und nicht in einer Amtssprache erfolgt. Die Vorinstanz habe ihn im Enforcementverfahren gegen ihn persönlich nicht einvernommen, obschon er dies beantragt habe. Die Rügen gehen fehl. Der Beschwerdeführer übersieht, dass er im Verfahren gegen die Bank keine Parteistellung hatte (vgl. E. 5.1.3), weshalb ihm dort auch keine Mitwirkungsrechte zustanden. Die Untersuchungsbeauftragte (im Verfahren gegen die Bank) unterliegt nicht der Verfahrensordnung des VwVG (vgl. E. 4.3). Im gegen ihn geführten Verfahren konnte sich der Beschwerdeführer schriftlich äussern, wobei er drei Stellungnahmen eingereicht hat. Der Gehörsanspruch räumt keinen Anspruch auf eine mündliche Anhörung ein (BGE 134 I 140 E. 5.3). Die Vorinstanz hatte zwar in Absprache mit dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers einen Einvernahmetermin auf den 9. Juni 2015 anberaumt, der Beschwerdeführer sagte jedoch aus gesundheitlichen Gründen ab. Vier Monate später beantragte der Beschwerdeführer mit Stellungnahme vom 8. Oktober 2015 die Durchführung einer Einvernahme. Die Vorinstanz hat den Antrag in der angefochtenen Verfügung abgewiesen, weil sie eine zusätzliche Einvernahme zu den schriftlichen Stellungnahmen nicht als notwendig erachtet hat (angefochtene Verfügung, Rz. 62). Das ist nicht zu beanstanden. Dem Anspruch, "sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen", ist Genüge getan (BGE 142 I 86 E. 2.2 m.H.). Da die EMRK-Teilnahmerechte nicht greifen (E. 4.2) und die Verfahrensordnung auf die Untersuchungsbeauftragte nicht anwendbar ist (E. 4.3), durfte die Vorinstanz auf die Aussagen des Beschwerdeführers gegenüber der Untersuchungsbeauftragten abstellen. Insoweit ist ihr beizupflichten, wenn sie ausführt, aus BGE 142 II 243 könne nicht abgeleitet werden, dass die Erkenntnisse aus dem Verfahren gegen das beaufsichtigte Institut in einem nachgelagerten Berufsverbotsverfahren per se nicht verwendet werden dürften, da dies dem System der Institutsaufsicht widersprechen und die Durchführung nachgelagerter Verfahren praktisch verunmöglichen würde. Das Äusserungsrecht ist gewahrt.

## 7.

**7.1** Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG hat die Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf, in ihrer Sache folgende Akten am Sitze der verfügenden oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde einzusehen: Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden (Bst. a); alle als Be-

weismittel dienenden Aktenstücke (Bst. b); Niederschriften eröffneter Verfügungen (Bst. c). Der Grundsatz der Akteneinsicht lässt Ausnahmen nach Art. 27 VwVG zu. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn: wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft, die Geheimhaltung erfordern (Bst. a); wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern (Bst. b); das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung es erfordert (Bst. c). Nach Abs. 2 darf sich die Verweigerung der Einsichtnahme nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen. Nach Abs. 3 darf die Einsichtnahme in eigene Eingaben der Partei, ihre als Beweismittel eingereichten Urkunden und ihr eröffnete Verfügungen nicht, die Einsichtnahme in Protokolle über eigene Aussagen der Partei nur bis zum Abschluss der Untersuchung verweigert werden.

## 7.2

**7.2.1** Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe zwar vollständige Akteneinsicht bei der Vorinstanz verlangt, diese weigere sich aber weiterhin, die ungeschwärzte Verfügung gegen die Bank offenzulegen. Ferner seien ihm die Protokolle der Einvernahmen seiner Arbeitskollegen sowie seiner Vorgesetzten mit der Begründung, diese seien nicht Grundlage für das vorliegende Verfahren, nicht zur Verfügung gestellt worden. Im Bericht "FX Trading Concerns as they relate to the PM Spot Desk – Involvement in, and Awareness of E. \_\_\_\_\_" vom 19. September 2014 (nachfolgend: "Statement of Facts") werde aber auf Aussagen seiner Arbeitskollegen Bezug genommen, weshalb diese Einvernahmeprotokolle sehr wohl Bestandteil des Verfahrens gegen ihn seien. Auch die von der Untersuchungsbeauftragten für ihre Handelsdatenanalyse verwendeten Daten samt Algorithmen seien herauszugeben sowie die für die Repräsentativitätsprüfung und Auswertung der Stichproben verwendete Methode. Zudem habe die Vorinstanz aktenmässig zu belegen, wie das "Statement of Facts" zustande gekommen sei, insbesondere die Weisungen der Vorinstanz an die Untersuchungsbeauftragte seien offenzulegen, damit er prüfen könne, ob die für ihn belastenden Beweise inhaltliche oder formelle Mängel aufwiesen und er sich angemessen verteidigen könne.

**7.2.2** Die Vorinstanz hält fest, sie habe sämtliche Akten des Verfahrens gegen die Bank in das Verfahren gegen den Beschwerdeführer beigezogen. Dazu gehörten namentlich alle der Verfügung gegen die Bank zugrunde

liegenden Untersuchungsberichte sowie die Verfügung gegen die Bank. Nicht beigezogen worden seien einzig Dokumente und Informationen, die nicht Grundlage der angefochtenen Verfügung gebildet hätten. Der Beschwerdeführer habe damit sämtliche Dokumente, Unterlagen und Informationen zur Verfügung gehabt, die Grundlage des Entscheids betreffend die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Bank gewesen seien. Die entsprechenden Erwägungen des Entscheids habe er im Verfahren gegen ihn thematisieren und überprüfen lassen können.

**7.2.3** Streitig ist somit einerseits die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Vorinstanz in nachgelagerten Verfahren zum Aktenbeizug verpflichtet ist (nachfolgend E. 7.3), und andererseits der Anspruch der natürlichen Person auf Akteneinsicht in die Akten eines Verfahrens, das gegen andere Verantwortliche geführt wurde, sei es wie hier in die Verfahrensakten betreffend das beaufsichtigte Bankinstitut oder in die Verfahrensakten einer anderen natürlichen Person (nachfolgend E. 7.4-7.5).

**7.3** Der Aktenbeizug ist nicht geregelt und richtet sich daher nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen. Die Partei hat das Recht, "in ihrer Sache folgende Akten [...] einzusehen" (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Dabei handelt es sich um Aktenstücke und Unterlagen, die zur jeweiligen Sache gehören. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich nur auf die jeweilige Sache und nicht darüber hinaus (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.3; Urteile des BGer 8C\_292/2012 vom 19. Juli 2012 E. 5.1-5.4 und 2C\_63/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 3.2.3). Der Anspruch setzt auf Seiten der Behörden eine Aktenführung voraus und gilt gleichermassen als Vorbedingung für die Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (BGE 142 I 86 E. 2.2; 132 V 387 E. 3.1; WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 6). Das Hauptverfahren betreffend die beaufsichtigte Bank hat eigene Verfahrensakten, weil es sich nicht um die gleiche Sache handelt. Führt die Vorinstanz das Verfahren als Gesamtverfahren durch (E. 5.1.3), so ist sie nicht gehalten, die gesamten Akten des Verfahrens gegen die Beaufsichtigte in den nachgelagerten Verfahren beizuziehen (vgl. FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, in: SGHB, § 12 N 69 f.). Das Gesamtverfahren zeichnet sich gerade dadurch aus, dass im Nachgang verschiedene Verfahren gegen natürliche Personen geführt werden. Soweit die Aktenführung aber die Untersuchung unter einem gemeinsamen Dach betrifft, ist die Vorinstanz allerdings nicht frei, ob sie die betreffenden Akten beiziehen will oder nicht. Die Akten der gemeinsamen Untersuchung müssen auch in den Verfahren gegen die jeweiligen Verantwortlichen verfügbar sein. Insoweit ist die Vor-

instanz verpflichtet, die Verfahrensakten beizuziehen. Dazu gehört die Einsetzungsverfügung betreffend die Untersuchungsbeauftragte, die Ergebnisse der Untersuchung (Untersuchungsberichte) und der "Informationsfluss" zwischen der Untersuchungsbeauftragten und der Vorinstanz, soweit er den Untersuchungsgang betrifft. Auch allfällige Protokolle von Befragungen der Betroffenen im Verfahren gegen die Beaufsichtigte hat sie in den Verfahrensakten nachgelagerter Verfahren zu dokumentieren. Eine Pflicht, alle Akten beizuziehen, besteht nicht.

**7.4** Die Akteneinsicht knüpft in persönlicher Hinsicht an der Parteistellung im Verfahren an, da die "Partei oder ihr Vertreter Anspruch" auf Einsicht in die Akten ihrer Sache hat (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Das Recht steht grundsätzlich allein den Parteien zu (BGE 139 II 279 E. 2.2). Aussenstehende haben nur ausnahmsweise ein Akteneinsichtsrecht, wobei verlangt wird, dass sie ein "besonders schützenswertes Interesse" glaubhaft machen können (Urteil des BGer 1P.330/2004 vom 3. Februar 2005 E. 3.2). Der Beschwerdeführer hat im gegen ihn geführten Enforcementverfahren Parteistellung (Art. 6 VwVG). Hingegen steht er in einer Drittstellung in Bezug auf die Akten, die im Hauptverfahren gegen die Bank und in Verfahren gegen andere Verantwortliche erstellt wurden, weil er in diesen Verfahren nicht Partei war (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.3 in fine). Entsprechend ist das Einsichtsrecht im Enforcementverfahren differenziert zu behandeln.

**7.4.1** Soweit die Vorinstanz die Akten aus dem Verfahren gegen die Bank nicht beigezogen hat und auch nicht beiziehen musste, hat der Beschwerdeführer ein Einsichtsrecht nur unter der Voraussetzung, dass er ein besonderes schützenswertes Interesse glaubhaft machen kann. Das Akteneinsichtsrecht ergibt sich gegebenenfalls aus eben diesem Interesse. Das Interesse ist zu bejahen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Akten als Beweis für oder gegen eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank geeignet sind. In der Regel fällt das besonders schützenswerte Interesse zusammen mit dem Interesse, in die Akten betreffend die gemeinsame Untersuchung Einsicht zu nehmen. Die Ergebnisse der gemeinsamen Untersuchung sind zum Beweis geeignet, weshalb die Vorinstanz die Untersuchungsergebnisse zu den Akten nehmen und – vorbehältlich Art. 27 VwVG – Akteneinsicht gewähren muss.

**7.4.2** Soweit die Vorinstanz die Akten aus dem Verfahren gegen die Bank beigezogen hat oder beiziehen musste (gemeinsame Untersuchung), hat der Beschwerdeführer ohne besondere Voraussetzung ein Einsichtsrecht. Die Einsicht darf ihm nur nach Massgabe von Art. 27 VwVG verweigert

werden (vgl. auch FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, in: SGHB, § 12 N 70 Fn. 213). Die Verweigerung ist allein aus überwiegenden öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen zulässig (Art. 27 Abs. 1 Bst. a-b VwVG). Das Einsichtsrecht darf nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für die Verfügung nicht erheblich, weil die Beurteilung der Erheblichkeit bzw. Relevanz der Akten der Partei überlassen werden muss (BGE 132 V 387 E. 3.2; Urteil des BGer 1C\_560/2008 vom 6. April 2009 E. 2.2; WALDMANN, in: BSK BV, Art. 29 N 55; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 494).

## 7.5

**7.5.1** Die Vorinstanz hat das Einsichtsbegehren des Beschwerdeführers in die *Stellungnahme der Bank* vom 15. September 2014 (inkl. Beilage) implizit abgewiesen, ohne Bundesrecht zu verletzen. Die Akteneinsicht ist durch kein besonders schützenswertes Interesse gedeckt: Die Stellungnahmen der Bank im gegen sie geführten Verfahren dienen der Wahrung des Gehörsanspruchs der Bank. Sie sind keine Parteiauskunft i.S.v. Art. 12 Bst. b VwVG und deshalb im Verfahren gegen den Beschwerdeführer nicht zum Beweis geeignet. Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, die Akteneinsicht betreffend die Entstehung des "Statement of Facts" sei ihm verweigert worden, insbesondere seien die Weisungen der Vorinstanz an die Untersuchungsbeauftragte offenzulegen. Der Beschwerdeführer hatte im vorinstanzlichen Verfahren, soweit ersichtlich, jedoch keinen entsprechenden Antrag gestellt. Gleichwohl ist festzuhalten, dass in Gesamtverfahren hinsichtlich der gemeinsamen Untersuchung die Einsetzungsverfügung, die Ergebnisse der Untersuchung (Untersuchungsberichte) und der "Informationsfluss" zwischen Untersuchungsbeauftragter und Vorinstanz betreffend den Untersuchungsgang beizuziehen sind (vgl. E. 7.3) und damit auch Teil der Akteneinsicht sein müssen. Diejenigen Dokumente, die das Verhältnis zwischen der Vorinstanz und der Untersuchungsbeauftragten im Hauptverfahren betreffen, aber nicht das Verfahren des Beschwerdeführers, sind jedoch weder beizuziehen noch offenzulegen.

**7.5.2** Die Vorinstanz weist den Antrag auf Herausgabe der *Handelsdaten*, die bei den Handelsdatenanalysen durch die Untersuchungsbeauftragte verwendet wurden, ab. Zur Begründung führt sie aus, dass ein Beizug der Handelsdaten weder verfahrensökonomisch sinnvoll noch praktikabel sei

mit Blick auf das Beweisergebnis keine Änderung bringen würde. Die Handelsdaten seien nicht nur sehr umfangreich, deren Auswertung bedürfe auch des erforderlichen Fachwissens und einer spezifischen technischen Infrastruktur. Die von der Untersuchungsbeauftragten durchgeführten Untersuchungsschritte und das Vorgehen bei der Auswertung der Handelsdaten würden in der Berichterstattung beschrieben und seien aus den Akten ohne weiteres ersichtlich. Die definierten Schritte der Handelsdatenanalyse seien dem Beschwerdeführer damit zugänglich. Allfällige zusätzliche Beweismassnahmen seien nicht notwendig. Inwiefern die vorhandenen Informationen zur Methodik der Handelsdatenanalyse nicht ausreichen sollten, sei nicht ersichtlich und werde vom Beschwerdeführer auch nicht dargelegt (angefochtene Verfügung, Rz. 66-68).

Die Handelsdatenanalysen wurden im Rahmen des Untersuchungsauftrags erstellt. Nach Art. 36 FINMAG kann die FINMA eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären (Untersuchungsbeauftragte). Die Untersuchungsbeauftragte ist hinsichtlich ihrer Funktion eine Sachverständige, die gestützt auf besondere Sachkenntnis einen Bericht über die Sachverhaltsprüfung und die Sachverhaltswürdigung erstellt, ohne eine rechtliche Würdigung vorzunehmen (vgl. MAURENBRECHER/TERLINDEN, in: BSK FINMAG, Art. 36 N 17 ff. und N 21 ff. mit Verweis auf BGE 132 II 257 E. 4.4.1; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, in: SGHB, § 12 N 62; ZULAUF/WYSS ET. AL., a.a.O., S. 135; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 473). Entsprechend gilt der Untersuchungsbericht als Sachverständigengutachten i.S.v. Art. 12 Bst. e VwVG (Urteile des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 3 und 2A.360/2006 vom 12. September 2006 E. 3.2). Der Untersuchungsbericht, der aus First, Second, Third, Fourth Interim Report und "Response to FINMA's questions" vom 26. September 2014 inkl. Beilagen besteht, liegt ebenso bei den Akten wie das Ergebnis der ausgewerteten Handelsdaten, die der Untersuchungsbericht beschreibt. Dem Beschwerdeführer wurde das Akteneinsichtsrecht dazu gewährt. Nicht bei den Akten befinden sich die Handelsdaten selbst (sowie die verwendeten Algorithmen, die den Analysen zugrunde liegen), weil sie nur im Rahmen des besonderen Sachwissens verwendet wurde. Diese dienen zur Aufbereitung des abzuklärenden Sachverhalts, sind für sich allein aber *keine Ergebnisse der gemeinsamen Untersuchung*. Die Untersuchungsbeauftragte setzte für die Analysen eigens interne und externe Spezialisten ein, was ihr durch die Auftragserteilung ausdrücklich erlaubt war. Die Spezialisten wurden nicht zuletzt wegen des Fachwissens beigezogen, um den Sachverhalt abzuklären. Dieses Sachwissen unterliegt weder dem Akteneinsichtsrecht

noch bildet es ein Sachverhaltselement, weshalb es nicht im Einzelnen dokumentiert werden muss. Die Sachverständigen bieten durch ihre Unabhängigkeit gegenüber der Verwaltung und den Betroffenen einerseits sowie andererseits aufgrund der besonderen Fach- und Sachkunde Gewähr dafür, dass die Verwaltung auf das Sachverständigengutachten abstellen darf, wenn sie den Parteien das rechtliche Gehör dazu gewährt. Dabei genügt, dass die Parteien zumindest zur Person des Sachverständigen und dessen Schlussfolgerungen Stellung nehmen können (vgl. BGE 125 V 332 E. 4b; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 541). Der Beschwerdeführer macht zu Recht nicht geltend, dass ihm die Einsicht in das Ergebnis der Handelsdatenanalysen verwehrt worden sei. Auch bringt er nichts gegen die Unabhängigkeit oder Fachkunde der Untersuchungsbeauftragten vor. Da die Handelsdaten nur der *Aufbereitung* des abzuklärenden Sachverhalts dienen, konnte die Vorinstanz den entsprechenden Antrag ohne Bundesrechtsverletzung abweisen. Das gilt selbst für den Fall, dass die verwendeten Handelsdaten nicht durch überwiegende Geheimhaltungsinteressen geschützt wären. Was die Methodik anbelangt, ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass das Vorgehen der Handelsdatenanalysen sich aus den Akten ergibt. Das Akteneinsichtsrecht ist insoweit gewährt.

**7.5.3** Die Vorinstanz verweigert dem Beschwerdeführer die Einsicht in die vollständige Ausfertigung der *Verfügung gegen die Bank* mit der Begründung, dass die geschwärzten Stellen nicht als Grundlagen des Entscheids gegen den Beschwerdeführer dienen. Damit hat sie die Erheblichkeit der Akte selbst beurteilt. Das Akteneinsichtsrecht in diejenigen Akten, die im Verfahren beigezogen worden oder beizuziehen sind, darf aber allein aus Gründen überwiegender Geheimhaltungsinteressen verweigert werden. Der Gehörsanspruch ist vorliegend zwar unter dem Aspekt des Anspruchs, sich zumindest zum Ergebnis der Untersuchung zu äussern, sofern dieses den Entscheid beeinflussen kann (Äusserungsrecht), gewährt (vgl. E. 6); hingegen ist dem Gehörsanspruch nicht Genüge getan unter dem Aspekt des Akteneinsichtsrechts. Diese beiden Teilgehalte des rechtlichen Gehörs sind nicht kongruent; das Akteneinsichtsrecht bildet vielmehr eine Vorbedingung für die Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte (vgl. E. 7.3; WALDMANN, in: BSK BV, Art. 29 N 54). Da es für die Ausübung des Akteneinsichtsrechts der Partei anheimgestellt werden muss, ob sie die Akte als erheblich einstuft oder nicht, verletzt die Begründung der Vorinstanz Bundesrecht. Ob das Akteneinsichtsrecht verweigert werden darf, weil überwiegende Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen (Art. 27 VwVG), kann das Bundesverwaltungsgericht nicht prüfen, weil ihm die Verfügung

gegen die Bank ebenfalls nicht in vollständiger, ungeschwätzter Ausfertigung vorliegt und die Vorinstanz nicht darlegt, welche Geheimhaltungsinteressen überwiegen. Das Akteneinsichtsrecht ist insoweit zumindest in der Form der Begründungspflicht verletzt.

**7.5.4** Die Vorinstanz lehnt die Einsicht in *Einvernahmeprotokolle*, die über die Einvernahme von anderen Händlern erstellt wurden, ab. Sie begründet dies damit, dass die Protokolle im Verfahren gegen den Beschwerdeführer nicht als Grundlage dienen, sondern nur im Enforcementverfahren gegen die jeweils betroffene Person. Es bestünden erhebliche und überwiegende Geheimhaltungsinteressen der Personen. Bei den fraglichen Dokumenten handelt es sich nicht um Akten der gemeinsamen Untersuchung. Die Protokolle wurden in anderen Enforcementverfahren erstellt, in denen der Beschwerdeführer keine Parteistellung hatte, weshalb sie im Verfahren gegen ihn nicht beigezogen werden mussten (vgl. E. 7.3). Als Dritter hat er ein Einsichtsrecht nur unter der Voraussetzung, dass er ein besonders schützenswertes Interesse glaubhaft machen kann (vgl. E. 7.4 f.). Ein solches legt er nicht substantiiert dar und ist auch nicht ersichtlich, zumal ihm die Aussagen seiner Arbeitskollegen mit der Zusammenfassung im "Statement of Facts" (zit. in E. 10) zugänglich waren und Einsicht nehmen konnte.

## **8.**

**8.1** Nach der Rechtsprechung wird aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör eine allgemeine Aktenführungspflicht der Behörden abgeleitet, die sich als Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Parteien ergibt (BGE 142 I 86 E. 2.2). Der verfassungsmässige Anspruch auf eine geordnete und übersichtliche Aktenführung verpflichtet die Behörden und Gerichte, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen (BGE 138 V 218 E. 8.1.2). Sämtliche im Verfahren vorgenommenen Erhebungen und entscheiderelevanten Tatsachen sind vollständig festzuhalten (Urteil des BGer 8C\_322/2010 vom 9. August 2010 E. 3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 497). Dabei können sie sich jedoch auf die für die Entscheidungsfindung im konkreten Fall wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 130 II 473 E. 4.1 und 4.3 m.H.). Ferner ergeben sich aus der Aktenführungspflicht Anforderungen an die Systematik der Aktenführung: Vorausgesetzt wird ein chronologisches, zum Zeitpunkt der Entscheidung in sich geschlossenes Dossier. Die systematische Aktenführung ist stets nach sachgerechten und zweckmässigen Kriterien vorzunehmen (Urteil des BGer 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.2; WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 38). In der

Regel ist auch ein Aktenverzeichnis zu erstellen, das eine chronologische Auflistung aller eingereichten Eingaben enthält, wenn ein Gesuch um Akteneinsicht gestellt wird. Spätestens im Zeitpunkt des Entscheids müssen die Akten durchgehend paginiert werden (Urteil des BGer 2C\_327/2010 vom 19. Mai 2011, in BGE 137 I 247 nicht veröffentlichte E. 3.2). Die Anforderungen an die Verwaltung des Dossiers dürfen allerdings auch nicht überspannt werden; kleinere Unzulänglichkeiten bei der Dossierverwaltung begründen keine (oder zumindest keine schwere) Verletzung der Aktenführungspflicht (BGE 138 V 218 E. 8.3). Aus den Akten muss schliesslich ersichtlich sein, wer sie erstellt hat und wie sie zustande gekommen sind (WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 38).

**8.2** Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe ihm kein vollständiges Dossier zur Verfügung gestellt. Dies sei auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – nicht korrigiert worden. Diese habe nicht alle wesentlichen Dokumente aus dem Verfahren gegen die Bank beigezogen, weshalb das Aktenverzeichnis unvollständig sei.

**8.3** Die Aktenführung ist nicht zu beanstanden. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Dossier unvollständig ist. Der Beschwerdeführer macht denn auch nicht geltend, dass bestimmte Akten fehlen würden, und er wurde über erfolgte Aktenbezüge aus dem Verfahren gegen die Bank informiert. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum Aktenbezug (E. 7.3) und zur Einsicht in die ungeschwärzte Ausfertigung der Verfügung gegen die Bank (E. 7.5.3) verwiesen werden.

## **9.**

**9.1** Gemäss Art. 32 VwVG würdigt die Behörde, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien (Abs. 1). Verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, kann sie trotz der Verspätung berücksichtigen (Abs. 2). Die aus dem Gehörsanspruch fliessende Berücksichtigungspflicht betrifft erhebliche Vorbringen zum Verfahren und zur Sache. Der Begriff "Vorbringen" erfasst entsprechend Sachbehauptungen, eingereichte Beweismittel und rechtliche Parteivorbringen wie Rechtsbegehren, Einwendungen und Einreden (Urteil des BVGer B-6791/2009 vom 8. November 2010 E. 5.3.1; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32 N 6). Die Pflicht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört (Konnex zum Äusserungsrecht), sorgfältig und ernsthaft prüft (Konnex

zum Amtsgrundsatz) und in die Entscheidungsfindung einfließen lässt (Konnex zur Begründungspflicht), soweit sie erheblich sind (BGE 137 II 266 E. 3.2; BVGE 2013/46 E. 6.2.3; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32 N 18). Die Pflicht zur Berücksichtigung von Beweisanträgen richtet sich nach Art. 33 VwVG.

**9.2** Gemäss Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Die Beweisabnahmepflicht korreliert mit dem Recht des Betroffenen, Beweisanträge zu stellen und beantragte Beweise abnehmen zu lassen. Die Pflicht zur Beweisabnahme besteht unter der Voraussetzung, dass der Beweis form- und fristgerecht beantragt wird, der Beweisantrag erheblich und das anbotene Beweismittel zulässig ist. Der Beweis muss sich auf einen rechtserheblichen Umstand beziehen und tauglich sein, diesen Umstand zu beweisen. Auch wenn alle formellen und materiellen Voraussetzungen der Beweisabnahmepflicht erfüllt sind, kann die Behörde von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 141 I 60 E. 3.3; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32 N 21 f.).

**9.3** Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe Beweisanträge gestellt, die nicht berücksichtigt worden seien. Beispielsweise sei der Antrag auf eine Einvernahme abgewiesen worden mit der Begründung, dass eine solche nur durchzuführen sei, wenn er neue, entscheidende Erkenntnisse vorbringen könne. Die Beweisanträge seien nur in den Erwägungen, nicht aber im Dispositiv der Verfügung abgewiesen worden. Die Vorinstanz führt aus, sie habe die Beweisanträge des Beschwerdeführers geprüft, in antizipierter Beweiswürdigung abgelehnt und ihre Beweisentscheide in der Verfügung begründet (Verweis auf Rz. 52 ff. der angefochtenen Verfügung). Die Beweisanträge seien keinesfalls mit der Begründung abgelehnt worden, die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank sei bereits rechtskräftig erstellt und bedürfe keiner weiteren Überprüfung. Sie habe sich mit den Vorbringen des Beschwerdeführers zur schweren Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Bank auseinandergesetzt.

**9.4** Ob die Berücksichtigungspflicht verletzt ist, indem die Vorinstanz die Anträge des Beschwerdeführers abgelehnt hat, kann nicht abschliessend beurteilt werden. Anträge ohne selbständigen Charakter gehören nicht in das Dispositiv der Endverfügung; sie sind in der Begründung zu behandeln. Die Begründung ist jedoch widersprüchlich ausgefallen. Einerseits geht die

Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung klar davon aus, dass der Sachverhalt der schweren Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank bereits rechtskräftig festgestellt sei, auch wenn sie einzelne Beweisentscheide begründet (angefochtene Verfügung, Rz. 55-68). Andererseits stellt sie sich nun ausschliesslich auf den Standpunkt, sie habe die Beweisanträge nicht aus dem Grund der Rechtskraftbelegung abgewiesen. Der Sachverhalt ist jedenfalls insoweit nicht vollständig erstellt, als die Verfügung keine tatsächlichen Feststellungen zur Aufsichtsrechtsverletzung der Bank enthält (vgl. E. 5.4). Die Begründungspflicht (Art. 35 VwVG) überformt die Berücksichtigungspflicht. Die Begründung einer Verfügung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 141 III 28 E. 3.2.4). Die Begründungspflicht ergänzt die Berücksichtigungspflicht dort, wo anhand der angefochtenen Verfügung nicht überprüft werden kann, ob die entscheidende Behörde die Vorbringen auch tatsächlich hört, ernsthaft und sorgfältig prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. In solchen Konstellationen tritt sie sozusagen als "Surrogat" an die Stelle der Berücksichtigungspflicht. Ob im konkreten Fall das Vorgehen der Behörde den Anforderungen der Berücksichtigungspflicht genügt, lässt sich regelmässig nur anhand der Verfügungsbegründung beurteilen (WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32 N 21). Dadurch, dass die Vorinstanz von einer Rechtskrafterstreckung ausgeht und die Beweisanträge ablehnt, verletzt sie Begründungspflicht. Für den Beschwerdeführer ist nämlich nicht erkennbar, ob seine Anträge aus dem einen oder anderen Grund abgelehnt wurden, was eine sachgerechte Anfechtung verunmöglicht. Das zeigt sich daran, dass er die Beweisanträge im Beschwerdeverfahren wiederholen musste. Das Bundesverwaltungsgericht kann ebenfalls nicht prüfen, ob die Vorinstanz die Vorbringen deshalb nicht prüfte, weil sie von einer Rechtskraftbelegung ausging, oder das Beweisverfahren in antizipierter Beweiswürdigung frühzeitig schloss. Da die Behandlung der Beweisanträge sich nicht überprüfen lässt, ist die Berücksichtigungspflicht jedenfalls in der Form der Begründungspflicht verletzt.

## **10.**

**10.1** Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls der folgenden Beweismittel: a. Urkunden; b. Auskünfte der Parteien; c. Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen; d. Augenschein; e. Gutachten von Sachverständigen. Zulässige Beweismittel sind verwertbar in der Beweiswürdigung.

**10.2** Der Beschwerdeführer bringt vor, das "Statement of Facts" sei ein unzulässiges Beweismittel und nicht verwertbar, weil es kein behördliches Dokument in einer Amtssprache sei. Die Untersuchungsbeauftragte selber habe einleitend die Beweisfähigkeit stark eingeschränkt. Es bestünden erhebliche Zweifel an der Beweisqualität, der Datenerhebung und der darauf gestützten Schlussfolgerungen. Er habe vor der Vorinstanz beantragt, das "Statement of Facts" aus dem Verfahren zu entfernen und damit auch alle entsprechenden Verweise in der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz hat den betreffenden Antrag in der angefochtenen Verfügung abgewiesen (Rz. 55-59).

**10.3** Als Beweismittel dient der Behörde unter anderem ein Gutachten von Sachverständigen (Art. 12 Bst. e VwVG), wozu der Untersuchungsbericht des Beauftragten i.S.v. Art. 36 FINMAG gehört (E. 7.5.2). Der Beschwerdeführer übergeht, dass das "Statement of Facts" nichts anderes als eine Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse, die ihn betreffen, enthält. Sie bietet eine Hilfestellung. Die Untersuchungsbeauftragte erstellte den Bericht im Rahmen des Hauptverfahrens, sodass im nachgelagerten Verfahren keine Notwendigkeit mehr bestand, eine Untersuchungsbeauftragte mit einem neuen Auftrag einzusetzen. Sie hatte den Auftrag, auch Abklärungen zu den involvierten Personen im Devisenhandel der Bank vorzunehmen. Der Bericht ist als Beweismittel zulässig. Schliesslich beanstandet er, der Sachverhaltsbericht sei nicht in einer Amtssprache abgefasst. Die Untersuchungsberichte und der zusammengefasste Sachverhaltsbericht sind Sachverständigengutachten und keine "von einer Partei eingereichte Urkunden", die nicht in einer Amtssprache verfasst sind (Art. 33a Abs. 3 VwVG). Nach Art. 33a Abs. 4 VwVG ist eine Übersetzung ganz offensichtlich nicht nötig. Wer im Finanzmarktsektor arbeitet, ist notorisch der englischen Sprache mächtig. Die Rüge, der Bericht sei als Beweismittel unverwertbar, weil in keiner Amtssprache abgefasst, grenzt an treuwidriges Prozessieren.

## **11.**

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Der Beschwerdeführer bringt vor, der "andauernde Zustand eines sich dahinziehenden Verfahrens" sei eine Zumutung und stelle eine Verletzung der Verfahrensgarantie auf Beurteilung innert angemessener Frist dar. Die Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens ist nicht zu beanstanden: Die Vorinstanz hat die Eröffnung

des Enforcementverfahrens mit Schreiben vom 10. November 2014 angezeigt. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 wurde das Verfahren abgeschlossen. Das Gesamtverfahren wurde im Oktober 2013 eröffnet und mit Verfügung vom 11. November 2014 beendet. Selbst unter Berücksichtigung der Dauer des Hauptverfahrens kann nicht von einer überlangen Verfahrensdauer gesprochen werden.

## 12.

**12.1** Zusammenfassend ist der Gehörsanspruch dadurch verletzt, dass die Vorinstanz der angefochtenen Verfügung eine Rechtskrafterstreckung zugrunde gelegt hat (E. 5.3-5.4). Dem Akteneinsichtsrecht (E. 7.5) und der Berücksichtigungspflicht (E. 9) ist insoweit nicht Genüge getan, als jedenfalls die Begründungspflicht verletzt ist. Die Verfügung enthält keine tatsächlichen Feststellungen zum Tatbestandsmerkmal der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank (E. 5.4). Die Verfahrensgarantien sind verletzt.

**12.2** Der Gehörsanspruch als allgemeine Verfahrensgarantie ist "formeller Natur" (statt vieler BGE 142 II 218 E. 2.8.1; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerischen Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 839; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 174; STEINMANN, in: SKBV, Art. 29 N 59; WALDMANN, in: BSK BV, Art. 29 N 7; BENJAMIN SCHINDLER, Die "formelle Natur" von Verfahrensgrundrechten, Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der Heilung, in: ZBI 2005, S. 169 ff.). Die Gehörsverletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 141 V 495 E. 2.2; 141 I 60 E. 5.4) und zur Wiederholung des Verfahrens durch die zuständige Instanz (SCHINDLER, a.a.O., S. 195). Wenn die Verletzung nicht schwer wiegt, ist eine Heilung des Mangels im Rechtsmittelverfahren ausnahmsweise möglich. Das ist namentlich der Fall, wenn die Rückweisung einem formalistischen "Leerlauf" gleichkommt und zu unnötigen Verzögerungen führt, die mit dem gleichwertigen Interesse der Partei an der beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 m.H.). Die Heilung des Mangels soll die Ausnahme bleiben, für den Betroffenen keinen Rechtsnachteil bedeuten und nicht zu einem Resultat führen, das bei korrektem Vorgehen nicht hätte erreicht werden können (STEINMANN, in: SKBV, Art. 29 N 59 m.H.). Ob die Verletzung im vorliegenden Fall schwer wiegt oder nicht, kann offen bleiben. Eine Heilung der Gehörsverletzung fällt aus anderen Gründen ausser Betracht:

Erstens handelt es sich bei der Vorinstanz um eine Fachbehörde, die über ein sog. fachtechnisches Ermessen verfügt. Mit dem Fachwissen ist sie zweitens besser geeignet, die fehlenden Sachverhaltsfeststellungen zu treffen und die Beweisanträge zu behandeln. Drittens kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer einen Instanzenverlust zu gewärtigen hätte, wenn die Gehörsverletzung durch das Gericht geheilt würde.

**12.3** Aus diesen Gründen scheidet eine ausnahmsweise Heilung der Gehörsverletzung durch das Gericht aus. Die Verletzung zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Die "Beweisbegehren" des Beschwerdeführers vor Bundesverwaltungsgericht werden mit dem Rückweisungsentscheid gegenstandslos. Eine materielle Prüfung der Verfügung erübrigt sich bei diesem Ergebnis.

### **13.**

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur neuen ergebnisoffenen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Nach der Rückweisung wird die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die gegen die Bank ergangene Verfügung offenlegen müssen, soweit einer Offenlegung keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Sie wird die Sachvorbringen und Beweisanträge des Beschwerdeführers in Bezug auf die durch die Bank begangene schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen einer Überprüfung zu unterziehen haben. Kommt sie zum Schluss, dass weitere Beweisabnahmen erforderlich sind, kann sie allenfalls eine Beweiselektion treffen. Gestützt auf die nötigen Beweisvorkehrungen hat sie die tatsächlichen Feststellungen zur Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank zu treffen und in der Sache neu zu verfügen.

### **14.**

**14.1** Entsprechend dem Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer, weshalb ihm keine Kosten zu auferlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen tragen keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**14.2** Der Beschwerdeführer hat als obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht

[VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei; unnötiger Aufwand wird nicht entschädigt (Art. 8 ff. VGKE). Das Anwaltshonorar ist nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters zu bemessen (Art. 10 VwVG). Wird keine Kostennote eingereicht, so setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE). Der Beschwerdeführer, der sich vor Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten liess, hat keine Kostennote eingereicht. Aufgrund der Akten und des geschätzten notwendigen Aufwands der Vertretung sowie unter Berücksichtigung, dass ein Grossteil der Ausführungen bereits im vorinstanzlichen Verfahren erarbeitet wurden, erscheint eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 9'000.– (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) als angemessen. Die Vorinstanz ist als verfügende Behörde zu verpflichten, dem Beschwerdeführer diesen Betrag als Parteientschädigung zu entrichten (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung vom 11. Dezember 2015 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Dem Beschwerdeführer wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 14'000.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

**3.**

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.– zugesprochen. Dieser Betrag ist dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Astrid Hirzel

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 20. Juni 2018