

BGer 2C 315/2020 vom 7. Oktober 2020

Bundesgericht, 2020-10-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_315_2020

FR: TF 2C 315/2020 du 7 octobre 2020

IT: TF 2C 315/2020 del 7 ottobre 2020

Regeste

Marktmanipulation, Einziehung, Verfügung der FINMA vom 20. Juni 2017 | Wirtschaft

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerdeführer beantragen, die drei Beschwerdeverfahren zu vereinigen. Dies rechtfertigt sich aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit nicht: Das Bundesverwaltungsgericht hat drei separate Urteile erlassen, welche sich auf drei unterschiedliche Verfügungen der FINMA beziehen; die verschiedenen Fragenkomplexe sind im Hinblick auf die jeweils nicht deckungsgleichen Probleme und die unterschiedlichen Rechtsfolgen für die B._____ AG und A._____ getrennt zu behandeln. Das Gesuch, die Verfahren zu vereinigen, wird dementsprechend abgewiesen. Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die Frage, ob A._____ marktmissbräuchlich gehandelt hat und die von der FINMA diesbezüglich ihm gegenüber verfügten Massnahmen Bundesrecht verletzen (B-4757/2017).

E. 1.2

Gegen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich der Finanzmarktaufsicht steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 82 ff. BGG i.V.m. Art. 31 VGG). Die Vorinstanz hat die Verfügung der FINMA bestätigt, wonach der Beschwerdeführer unter "schwerer Verletzung von Börsenrecht" den Markt manipuliert habe, weshalb Fr. 201'500.-- für den Zeitraum vom 1. Mai 2013 bis 31. Dezember 2014 zugunsten der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingezogen würden. Soweit das Bundesverwaltungsgericht die Einziehung sowie das Tätigkeits- und Berufsverbot gegen den Beschwerdeführer bestätigt und diesem die Untersuchungs- und Verfahrenskosten auferlegt hat, ist er in eigenen schutzwürdigen Interessen berührt und deshalb berechtigt, den vorinstanzlichen Entscheid anzufechten. Er ist indessen nicht befugt, allgemein - für unbestimmte Dritte - um eine Änderung bzw. Anpassung des Enforcementverfahrens zu ersuchen.

E. 1.3

Nicht eingetreten wird auf die Kritik des Beschwerdeführers an der Verfügung der FINMA: Diese ist durch das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ersetzt worden (zum Devolutiveffekt: BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; Urteil 2C_92/2019 vom 31. Januar 2020 E. 1.2.2, zur Publikation vorgesehen); die entsprechende Verfügung gilt lediglich im Rahmen des Entscheids der Vorinstanz als mitangefochten; sie bildet indessen vor Bundesgericht kein eigenständiges Anfechtungsobjekt (Urteil 2C_92/2019 vom 31. Januar 2020 E. 1.2.2, zur Publikation vorgesehen). Unzulässig ist die Eingabe zudem, soweit der Beschwerdeführer lediglich auf seine Vorbringen im Vorverfahren verweist: Die

Begründung muss praxisgemäss in der Beschwerdeschrift an das Bundesgericht selber enthalten sein (BGE 143 II 283 E. 1.2.3 S. 286; 138 III 252 E. 3.2 S. 258; 133 II 396 E. 3.1 S. 400). Da die weiteren Prozessvoraussetzungen zu keinen Bemerkungen Anlass geben, ist auf die Beschwerde - unter den genannten Vorbehalten - einzutreten (vgl. Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 90 und Art. 100 BGG).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer beantragt, zahlreiche Zeugen anzuhören und andere Beweismittel (Gutachten/Obergutachten) abzunehmen; das Bundesgericht solle selber in der Sache entscheiden. Den entsprechenden Anträgen wird nicht stattgegeben: Die bundesgerichtliche Ergänzung des Sachverhalts ist die Ausnahme und kommt vor allem bei untergeordneten Unvollständigkeiten zum Tragen; es ist nicht Aufgabe des in erster Linie der Rechtskontrolle verpflichteten Bundesgerichts, die Sachverhaltsabklärungen selber vorzunehmen und die Streitsache wie ein erstinstanzliches Gericht umfassend zu prüfen (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.4 S. 249; 133 IV 93 E. 3.4.2 S. 295).

E. 2.2.1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG); es prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die vorgebrachten Argumente, falls weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 136 II 304 E. 2.5 S. 314). Das Bundesgericht ist an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser erweise sich in einem entscheidewesentlichen Punkt als offensichtlich falsch oder unvollständig (BGE 142 I 135 E. 1.6 S. 144 f.; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).

E. 2.2.2

Inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung und die Sachverhaltsfeststellung klarerweise unhaltbar sein sollen, muss in der Beschwerdeschrift detailliert aufgezeigt werden (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53 mit Hinweisen; 134 II 244 E. 2.2 S. 246 ; 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.). Die Sachverhaltsfeststellung bzw. die Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich im Sinne von Art. 9 BV , wenn sie offensichtlich unhaltbar oder aktenwidrig ist, wenn die Vorinstanz Sinn und Tragweite eines Beweismittels klarerweise verkannt, ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidewesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 265 f.; Urteil 2C_1072/2014 vom 9. Juli 2015 E. 1.4).

E. 2.2.3

Der Beschwerdeführer beanstandet das angefochtene Urteil weitgehend appellatorisch und redundant, d.h. er wiederholt mehrmals seine Sicht der Dinge und stellt diese derjenigen der Vorinstanz gegenüber, ohne sich jedoch in gezielter Auseinandersetzung mit deren für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen in gedrängter Form sachbezogen auseinanderzusetzen. Im Zusammenhang mit der Sachverhaltsfeststellung und der Beweiswürdigung genügt eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht (vgl. LAURENT MERZ, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar BGG, 3. Aufl. 2018, N. 53 zu Art. 42 BGG). Das Bundesgericht

behandelt im Folgenden nur jene Rügen, welche der Beschwerdeführer den gesetzlichen Anforderungen entsprechend begründet. Es übernimmt den Sachverhalt, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat, da der Beschwerdeführer - entgegen seiner qualifizierten Begründungspflicht - nicht verfassungsbezogen aufzeigt, inwiefern die Beweiswürdigung und die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unhaltbar wären (vgl. Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Formelle Aspekte

E. 3

Der Beschwerdeführer kritisiert, seine Verfahrensrechte seien verletzt worden (Unschuldsvermutung, Selbstbelastungsverbot, Beweisverwertungsverbot usw.). Die Einziehung des Reingewinns durch die FINMA sei ebenso strafrechtlicher Natur wie das ihm auferlegte Tätigkeits- und Berufsverbot, weshalb im Enforcementverfahren die entsprechenden bundes- (Art. 29 und Art. 30 BV) und völkerrechtlichen Verfahrensgarantien (Art. 6 EMRK) zu beachten gewesen wären. Das Bundesverwaltungsgericht habe seine Kognition zu Unrecht nicht voll ausgeschöpft; zudem genüge die vom Bundesverwaltungsgericht durchgeführte Verhandlung den Anforderungen von Art. 6 Ziffer 1 EMRK nicht.

E. 4

Entgegen den Darlegungen des Beschwerdeführers sind die von der FINMA im vorliegenden Fall angeordneten finanzmarktrechtlichen Massnahmen nicht strafrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 EMRK :

E. 4.1

Berufsverbot

E. 4.1.1

Das Bundesgericht hat bereits festgehalten, dass das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) bildet (BGE 142 II 243 ff.) : Gemäss der Rechtsprechung des EGMR liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK nur vor, wenn alternativ entweder (1) das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder (2) die Natur des Vergehens bzw. dessen Art und Schwere (3) und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter der Massnahme sprechen (vgl. zu den sog. "Engel"-Kriterien: BGE 140 II 384 E. 3.2.1 S. 388 f. ; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.; Urteil 2C_92/2019 vom 31. Januar 2020 E. 4.3 und E. 5.2, zur Publikation vorgesehen; Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22).

E. 4.1.2

Das finanzmarktrechtliche Berufsverbot ist in Art. 33 FINMAG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses geregelt (Art. 5 FINMAG [in der Fassung vom 22. Juni 2007]; BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff.). Nach dieser Bestimmung kann die FINMA der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten untersagen, wenn sie eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen feststellt (Art. 33 Abs. 1 FINMAG). Das Verbot kann maximal 5 Jahre dauern (Art. 33 Abs. 2 FINMAG). Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG enthält (Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMAG], BBl 2006 2829 ff., dort 2848 f., 2882), ist die Sanktion

nach nationalem Recht als administrativ und nicht als strafrechtlich einzuordnen (BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff. mit Hinweisen auf die Doktrin).

E. 4.1.3

Seiner Natur nach richtet sich das Berufsverbot nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufichtigten und damit an einen spezifischen Berufsstand, welcher durch die Sanktionsandrohung zu einer aufsichtsrechtlich korrekten Berufsausübung angehalten werden soll. Der Markt und die Marktteilnehmer werden dadurch für eine bestimmte Zeit von einem erwiesenermassen bereits in Verletzung des Aufsichtsrechts tätig gewordenen Finanzintermediär geschützt; es handelt sich deshalb gesamthaft betrachtet um eine verwaltungsrechtliche Sanktion (vgl. BGE 142 II 243 E. 3.3 und 3.4 und die Urteile 2C_177/2019 vom 22. Juli 2019 E. 5.1; 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3; 2C_177/2019 vom 22. Juli 2019 E. 5.1 und 2C_739/2015 vom 25. April 2016 E. 3.3 und E. 3.4; je mit Hinweisen).

E. 4.1.4

Zwar ist nicht in Abrede zu stellen, dass selbst ein zeitlich befristetes Berufsausübungsverbot die Wirtschaftsfreiheit empfindlich tangieren kann; die damit verbundene Verringerung der Wahl der Ausübung eines bestimmten Berufs bildet hinsichtlich ihrer Art und Schwere jedoch eine rein polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 in Verbindung mit Art. 36 BV ; BGE 135 I 130 E. 4.2 S. 135 f. ; 130 I 26 E. 4 S. 40 ff.) und keine Massnahme zur Sanktionierung begangenen Unrechts (vgl. die Urteile 2C_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3 und 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008 E. 3.5). Das von der FINMA gegen eine bei einer Beaufichtigten in leitender Stellung tätige Person verhängte Berufsverbot ist identisch mit einem zeitlich beschränkten Berufsausübungsverbot, welches die anwaltsrechtliche Aufsichtskommission aus Gründen des Publikumsschutzes und zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Disziplinar-massnahme anordnen kann (Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA [SR 935.61]; BGE 139 II 173 E. 5 S. 178 ff. ; 125 I 417 E. 5 S. 425 ff. ; 123 I 12 E. 2c/aa S. 16 f.; zu den Anforderungen, wenn "civil rights" zur Diskussion stehen: Urteil 2C_205/2020 vom 3. August 2020 E. 2.2 und E. 2.3).

E. 4.2

Tätigkeitsverbot

E. 4.2.1

Die gleichen Überlegungen gelten für das Tätigkeitsverbot : Nach dem hier noch anwendbaren Art. 35a aBEHG (Fassung vom 22. Juni 2007, in Kraft seit 1. Januar 2009 [AS 2008 5207 5305; BBl 2006 2829]) kann die FINMA Personen - die als verantwortliche Mitarbeiter eines Effekthändlers den Effektenhandel betreiben und das Börsengesetz, die Ausführungsbestimmungen dazu oder die betriebsinternen Vorschriften grob verletzt haben - die Tätigkeit im Effektenhandel dauernd oder vorübergehend untersagen. Heute ist das Tätigkeitsverbot in Art. 33a FINMAG geregelt (vgl. ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH, Prinzipien des Finanzmarktrechts, 2019, N. 1002-1004; SESTER/BRÄNDLI/BARTHOLET/SCHILTKNECHT, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastruktur, 2018, § 12 N. 99 f.; ZULAUF ET AL., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 232 f.).

E. 4.2.2

Art. 35a aBEHG steht im 6. Abschnitt des Börsengesetzes über die Aufsicht. Er richtet sich an die "verantwortlichen Mitarbeiter" eines Effekthändlers und nicht an einen breiten Publikumskreis. Das Tätigkeitsverbot bzw. seine Dauer wird nicht nach Massgabe des strafrechtlichen Verschuldens, sondern dem Grad der Verletzung der börsenrechtlichen Aufsichtsbestimmungen ausgesprochen. Die Massnahme dient nicht der Vergeltung strafrechtlichen Unrechts, sondern dem Schutz der Anleger und des Marktes; das Tätigkeitsverbot hat kein repressives, sondern ein präventives Ziel: Das Publikum und der Markt sollen von verantwortlichen Mitarbeitern von Effekthändlern geschützt werden, die während ihrer Tätigkeit bereits das Gesetz, die Ausführungsbestimmungen oder die betriebsinternen Vorschriften "grob verletzt" haben. Es geht dabei - wie beim Berufsverbot - um eine dem Schutz der Anleger und des Marktes verpflichtete, rein polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 in Verbindung mit Art. 36 BV).

E. 4.3

Einziehung

E. 4.3.1

Die FINMA kann den Gewinn einziehen, den eine Beaufsichtigte, ein Beaufsichtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat (Art. 35 Abs. 1 FINMAG ; finanzmarktrechtliche Einziehung). Seit Mai 2013 ist die FINMA bei Verdacht auf ein "aufsichtsrechtlich unzulässiges Marktverhalten" berechtigt, Verfahren gegen Teilnehmer am Schweizer Effektenhandel zu führen und verwaltungsrechtliche Massnahmen gegen sie zu treffen. Sie ist befugt, auch bei diesen Personen Gewinne aus Marktmanipulationen zu beschlagnahmen (vgl. ZULAUF ET AL., a.a.O., S. 246). Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann die FINMA diesen schätzen (Art. 35 Abs. 3 FINMAG). Die strafrechtliche Einziehung (Art. 70-72 StGB) geht der börsenrechtlichen Beschlagnahme vor (Art. 35 Abs. 5 FINMAG). Die Vermögenswerte werden zugunsten des Bundes eingezogen, soweit sie nicht Geschädigten auszuhändigen bzw. auszuzahlen sind (Art. 35 Abs. 6 BEHG).

E. 4.3.2

Auch diesbezüglich ist keines der sog. "Engel"-Kriterien erfüllt (vgl. vorstehende E. 4.1.1) : Die Einziehung ist in Art. 35 BEHG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses geregelt (vgl. Art. 5 FINMAG [Fassung vom 22. Juni 2007]; BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff.). Es handelt sich nach dem nationalen Recht um eine verwaltungsrechtliche Sanktion, die verhindern soll, dass sich eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bezahlt macht. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, bezweckt die Einziehung eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands, d.h. der Situation, wie sie bestünde ohne die schwere Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (vgl. ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH, a.a.O., N. 1007; SESTER/BRÄNDLI/BARTHOLET/ SCHILTKNECHT, A.A.O., § 12 N. 81; ZULAUF ET AL., a.a.O., S. 238 f.).

E. 4.3.3

Das von der Beschwerdeführerin angerufene Urteil des EGMR Grande Stevens gegen Italien vom 4. März 2014 (Nr.18640/10) unterscheidet sich insofern vom vorliegenden Fall,

als es dort um eine hohe Geldstrafe ging, welche die Aufsichtsbehörde als monetäre Sanktion angeordnet hatte: Das Handeln der FINMA dient dem Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Art. 5 FINMAG [in der Fassung vom 22. Juni 2007]). In diesem Rahmen hat sie dafür zu sorgen, dass bei Missständen der ordnungsgemässe Zustand wiederhergestellt wird (Art. 31 FINMAG). Die FINMA verfügt hierzu über keine unmittelbaren Strafkompetenzen, weshalb der vorliegende Sachverhalt nicht mit jenem im Fall " Grande Stevens " verglichen werden kann.

E. 4.4

Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, kommen damit - aus der "strafrechtlichen Anklage" von Art. 6 EMRK abgeleitet - weder die Unschuldsvermutung, noch das Verbot, sich selber belasten zu müssen, oder ein allfälliges Beweisverwertungsverbot zur Anwendung; es gilt der in der Bundesverwaltungsrechtspflege allgemein anzuwendende Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Die aktenkundigen Beweise - inklusive Einvernahmeprotokolle - durften deshalb uneingeschränkt verwertet werden und der Beschwerdeführer war im Enforcement- als Verwaltungsverfahren aufsichtsrechtlich zur Kooperation verpflichtet. Da die umstrittenen Anordnungen jedoch "civil rights" im Sinne von Art. 6 EMRK beschlagen, finden die diesbezüglichen Garantien Anwendung (vgl. die Erwägungen zu einem "fairen" Verfahren in E. 5.1, zur öffentlichen Verhandlung in E. 5.3 bzw. zur richterlichen Prüfungskognition in E. 5.4).

E. 5

Was der Beschwerdeführer in verfahrensrechtlicher Hinsicht weiter einwendet, überzeugt nicht:

E. 5.1

Die FINMA und das Bundesverwaltungsgericht haben sich mit den entscheiderelevanten Darlegungen auseinandergesetzt und ihre Entscheide hinreichend begründet. Der Beschwerdeführer war in der Lage, das vorinstanzliche Urteil sachgerecht anzufechten. Praxisgemäss genügt, dass die Begründung eines Entscheids die wesentlichen Überlegungen nennt, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt; es ist nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten ausführlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236, 184 E. 2.2.1 S. 188; je mit weiteren Hinweisen). Dass die Vorinstanzen den Sachverhalt anders als der Beschwerdeführer gewertet haben und von seiner Auffassung bzw. jener seiner Parteigutachter abgewichen sind, verletzt die Begründungspflicht nicht. Inwiefern das Fairnessgebot verletzt worden sein soll, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer nur in Bezug auf die angebliche "strafrechtliche Anklage" (vgl. hierzu aber vorstehende E. 4) geltend gemacht.

E. 5.2

Das Bundesverwaltungsgericht durfte willkürfrei davon ausgehen, dass sich weitere Beweismassnahmen erübrigten und sich der entscheidewesentliche Sachverhalt rechtsgenügend aus den Verfahrensakten ergab: Eine Behörde darf auf die Abnahme beantragter Beweise verzichten, wenn sie gestützt auf die Aktenlage oder aufgrund bereits abgenommener Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und sie ohne Verletzung von Art. 9 BV (Willkürverbot) annehmen darf, dass weitere Beweiserhebungen hieran nichts mehr zu ändern vermögen (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. ; 134

I 140 E. 5.3 S. 148 ; 131 I 153 E. 3 S. 157 f.). Die Vorinstanz verletzte den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV) des Beschwerdeführers nicht, wenn sie seinen Beweisanträgen keine Folge gegeben hat (Anhörung zahlreicher Zeugen, ohne dass ersichtlich wäre, wozu sie Auskunft geben sollten bzw. konnten usw.) : Das Marktverhalten lässt sich aufgrund der in den Akten und in der angefochtenen Verfügung dargestellten Handelsdaten überprüfen. Es ist nicht ersichtlich, wie die Einvernahme von Personen, die das nur mit elektronischen Mitteln wahrnehmbare Handelsverhalten nicht beobachtet haben, zu weiteren Erkenntnissen hätte führen können.

E. 5.3

Das Bundesverwaltungsgericht hat - auf Wunsch des Beschwerdeführers - unter Beachtung der zivilrechtlichen Vorgaben von Art. 6 Ziffer 1 EMRK am 21. Mai 2019 eine öffentliche Verhandlung durchgeführt. Der Beschwerdeführer und seine Rechtsvertretung konnten sich dabei zum Verfahrensgegenstand äussern und den Vertretern der FINMA Fragen stellen. Entgegen ihrer Kritik genügte die Verhandlung damit den zivilrechtlichen Vorgaben von Art. 6 Ziffer 1 EMRK: Aus dem Protokoll der Verhandlung ergibt sich insbesondere, dass sich neben den Parteien und ihren Vertretern auch Publikum im Saal befunden hat, womit die Öffentlichkeit der Sitzung unabhängig davon gewahrt war, ob und wann die Verhandlung auf der Internetseite des Bundesverwaltungsgerichts aufgeschaltet worden ist. Inwiefern das Fairnessgebot verletzt worden sein könnte, ist nicht ersichtlich und wird nicht rechtsgenügend dargetan. Die sich aus Art. 6 EMRK ergebenden strafrechtlichen Verfahrensgarantien kommen - wie dargelegt (vgl. vorstehende E. 4) - nicht zur Anwendung.

E. 5.4

Das Bundesverwaltungsgericht hat im angefochtenen Entscheid festgehalten, dass es bei der Bewertung von ausgesprochenen Fachfragen der FINMA einen gewissen Beurteilungsspielraum einräume, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt habe. Dies ist unter dem Aspekt der zivilrechtlichen Vorgaben von Art. 6 Ziffer 1 EMRK nicht zu beanstanden: Auch wenn dem Gericht gestützt auf diese Bestimmung volle Kognitionsbefugnis in Rechts- und Tatsachenfragen zukommen muss, schliesst dies nicht aus, dass die den Verwaltungsentscheid überprüfende richterliche Behörde in Bereichen des Sachverständigenermessens ihre Kognition nicht voll ausschöpft und dem technischen Fachwissen der Verwaltungsbehörde Rechnung trägt (Urteil des EGMR Sigma Radio Television Ltd gegen Zypern vom 21. Juli 2011 [Nr. 32181/04 und 35122/05] § 153 mit weiteren Hinweisen; BGE 139 I 72 E. 4.5 S. 82 ff. mit Hinweisen; 133 II 232 E. 4.1 S. 244). Massgebend ist, ob sich das überprüfende Gericht mit den Argumenten bzw. Rügen des Beschwerdeführers sorgfältig auseinandergesetzt hat (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.5 S. 83). Dies war hier der Fall. Beschleunigungsgebot

E. 6

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die ihn betreffenden Verfahren zu lange gedauert hätten; während langer Zeit sei er im Unklaren darüber gelassen worden, ob die B. _____ AG liquidiert würde. Während Jahren habe er am Finanzmarkt nicht tätig werden können.

E. 6.1

Das Beschleunigungsgebot bzw. Verbot der Rechtsverzögerung verschafft den Parteien eines Verfahrens einen Anspruch darauf, dass ihre Sache "innert angemessener Frist" beurteilt wird (Art. 29 Abs. 1 BV). Ob eine Frist als "angemessen" gelten kann, bestimmt sich nach dem Umfang und der Komplexität des Verfahrens sowie der besonderen Bedeutung der Angelegenheit für die beschwerdeführende Partei; zu berücksichtigen ist zudem, ob und inwieweit diese durch ihr Verhalten selber zur Verzögerung des Verfahrens beigetragen hat (BGE 135 I 265 E. 4.4 S. 277; vgl. auch GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Rz. 22 ff. zu Art. 29 BV ; Bernhard Waldmann, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], BSK Bundesverfassung, 2015, Rz. 26 ff. zu Art. 29 BV ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Ziff. 3038 f.).

E. 6.2.1

Im vorliegenden Fall gingen die Abklärungen wegen der Marktmanipulation bis in die Jahre 2013 (13. Dezember 2013) und 2014 (14. Januar 2014) zurück (vgl. das Urteil 2C_425/2016 vom 5. Oktober 2016). Der Beschwerdeführer arbeitete damals noch für die C._____ AG und machte sich erst später selbständig, wonach das Verfahren am 27. August 2015 auf seine Händlertätigkeit bei der B._____ AG ausgeweitet wurde. Die Endverfügung der FINMA bezüglich des eigenständigen Handelns des Beschwerdeführers erging am 20. Juni 2017, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts am 27. Februar 2020. Das Enforcementverfahren wurde unter Berücksichtigung des Verhaltens des Beschwerdeführers und der Komplexität der sich stellenden Fragen innert einer angemessenen Frist beendet.

E. 6.2.2

Zwischen der Schlussverfügung der FINMA und dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts liegen rund 2½ Jahre, was das Beschleunigungsgebot im Hinblick auf die komplexen Umstände des Falles noch nicht verletzt: Der Beschwerdeführer hat mit seinen zahlreichen Eingaben und Anträgen zu den Verzögerungen beigetragen; zudem wurden ihm wiederholt Fristverlängerungen gewährt. Seine Anfechtung der verschiedenen Zwischenentscheide bis vor Bundesgericht führte dazu, dass das Verfahren vor der FINMA bzw. dem Bundesverwaltungsgericht jeweils faktisch nicht weitergeführt werden konnte. Durch das Vorgehen des Beschwerdeführers und seine zum Teil weitschweifigen Ausführungen wurde das Verfahren umfangreicher und komplizierter; die Vorinstanzen mussten zahlreiche Rechtsschriften betreffend eines komplexen Sachverhalts prüfen und das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf den entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers zudem noch eine öffentliche Verhandlung durchführen, was mit zusätzlichem Aufwand verbunden war. Zudem musste das Bundesverwaltungsgericht die drei Verfahren instruieren und koordinieren. Der Beschwerdeführer hätte mit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde auf eine Beschleunigung des Verfahrens hinwirken können, falls ihm dieses zu lange dauerte; von der entsprechenden Möglichkeit hat er jedoch keinen Gebrauch gemacht. Marktmanipulation

E. 7

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, durch seine Handelstätigkeit bzw. jene seiner Händler den Markt nicht manipuliert zu haben, kann seinen Darlegungen nicht gefolgt werden:

E. 7.1

Gemäss Art. 33f aBEHG (eingefügt durch Ziff. I des BG vom 28. September 2012, in Kraft seit 1. Mai 2013 [AS 2013 1103]) - welcher vom 1. Mai 2013 bis Ende 2015 in Kraft stand und auf die umstrittene Geschäftstätigkeit des Beschwerdeführers Anwendung findet - handelt unzulässig, wer: - Informationen öffentlich verbreitet, von denen er weiss oder wissen muss, dass sie falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Effekten geben, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind (Abs. 1 lit. a BEHG); - Geschäfte oder Kauf- oder Verkaufsaufträge tätigt, von denen er weiss oder wissen muss, dass sie falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Effekten geben, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind (Abs. 1 lit. b BEHG).

E. 7.2

Die aufsichtsrechtlichen Pflichten im Zusammenhang mit dem Verbot der Marktmanipulation ergeben sich damit aus einer formell gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip). Diese genügt gestützt auf die Darlegungen in der bundesrätlichen Botschaft vom 31. August 2011 zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch; BBl 2011 6873 ff., dort S. 6888 bzw. S. 6902 f.) im Hinblick auf die Technizität der Regelung auch dem Bestimmtheitsgebot:

E. 7.2.1

Aus der Botschaft ergibt sich, dass aufgrund ihrer grossen Schädlichkeit für den Finanzmarkt sowie, um eine Lücke im Vergleich zum europäischen Recht zu schliessen, der Insiderhandel und die Marktmanipulation auf Ebene des Aufsichtsrechts "für sämtliche Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer" verboten werden sollten (BBl 2011 S. 6888). Nach den Ausführungen des Bundesrats umfasst das Verbot der Marktmanipulation - im Gegensatz zum strafrechtlichen Tatbestand der Kursmanipulation - nebst Scheingeschäften "sämtliche Transaktionen mit manipulatorischem Charakter" (BBl 2011 S. 6888).

E. 7.2.2

Da das Aufsichtsrecht im Unterschied zum Strafrecht nicht die Vergeltung eines Fehlverhaltens, sondern den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte bezweckt, setzen die aufsichtsrechtlichen Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation im Unterschied zu den strafrechtlichen Tatbeständen "keinen Vermögensvorteil, keine Bereicherungsabsicht und kein subjektives Verschulden voraus" (BBl 2011 S. 6888). Der Beschwerdeführer wendet deshalb vergeblich ein, keine Schädigungs- bzw. Bereicherungsabsicht gehabt zu haben; eine Schädigung oder eine entsprechende Absicht bildet keine Voraussetzung für das Bestehen einer aufsichtsrechtlich relevanten Marktmanipulation (BBl 2011 S. 6888 und S. 6902 f.).

E. 7.2.3

Die betroffene Person muss wissen, dass die verbreiteten Informationen, die vorgenommenen Geschäfte oder die erteilten Aufträge irreführende Informationen in Bezug auf Effekten geben, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind. Massgebend ist, ob eine durchschnittliche Marktteilnehmerin oder ein durchschnittlicher Marktteilnehmer erkennen kann, ob eine bestimmte Information falsch oder irreführend ist. Das Tatbestandsmerkmal "Signal" wird seinerseits benutzt, um das Kursbeeinflussungspotenzial der Handlung zu erfassen. Ein

"falsches" Signal widerspricht den üblichen und wahren Marktverhältnissen; ein "irreführendes Signal" kann einen verständigen und mit dem Markt des Finanzinstruments vertrauten Anleger täuschen (BBl 2011 S. 6903).

E. 7.2.4

Konkret hielt der Bundesrat in seiner Botschaft zu den als missbräuchlich zu beurteilenden Handlungen fest (BBl 2011 S. 6903) : "Buchstabe b beinhaltet ein umfassendes Verbot von Scheingeschäften und Scheinaufträgen "Wash Sales, Matches Orders" sowie von echten Transaktionen mit manipulatorischem Charakter. Effektengeschäfte müssen einen wirtschaftlichen Hintergrund aufweisen und einem echten Angebots- und Nachfrageverhalten entsprechen. Effektengeschäfte oder blosser Auftragseingaben, die den Anschein von Marktaktivität erwecken oder Liquidität, Börsenkurse oder Bewertungen von Effekten verzerren, sind nicht zulässig. Verboten sind insbesondere die folgenden Handlungen: - bewusste Verursachung eines Überhangs an Verkaufs- oder Kaufaufträgen zur Liquiditäts- und Preisverzerrung ("Ramping", "Camping", "Pegging"; - Aufbau von grossen Positionen mit der Absicht den Markt zu verengen ("Squeeze" oder "Corner"); - Platzieren von Scheinaufträgen für grosse Blöcke im Handelssystem in der Absicht, diese umgehend wieder zu löschen ("Spoofing")." Vom Verbot erfasst werden nicht nur Transaktionen in Effekten, sondern auch Geschäfte sowie Kauf- und Verkaufsaufträge in abgeleiteten Finanzinstrumenten (OTC-Produkte) oder bei Derivaten in den zugrunde liegenden Basiswerten, soweit dadurch falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Effekten erfolgen, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind (BBl 2011 S. 6903).

E. 7.2.5

Das Gesetz richtet sich gegen die genannten Arten von Marktmanipulationen. Die Kommentierung des Bundesrats unterstreicht dies und trägt der Technizität der Problematik erläuternd Rechnung. Gestützt hierauf konnte der Beschwerdeführer sich ohne Weiteres ein Bild machen, auf welche konkreten Fälle sich die Regelung bezog. Das FINMA-Rundschreiben 2013/8 "Marktverhaltensregeln, Aufsichtsregeln zum Marktverhalten im Effektenhandel" vom 29. August 2013 bezeichnet seinerseits beispielhaft dieselben Verhaltensweisen als marktmissbräuchlich, so etwa: - Käufe und Verkäufe von Effekten mit dem Ziel, die Preise zu bewegen ("Ramping"); - das Verursachen eines Überhangs an Kauf- oder Verkaufsaufträgen durch die Erfassung umfangreicher, potentiell preisbeeinflussender Aufträge im Orderbuch mit dem Ziel, die Bewertung einer Effekte zu beeinflussen; - sowie das Platzieren von Aufträgen im Handelssystem mit dem Ziel, den Anschein von Nachfrage oder Angebot zu erwecken und die Aufträge vor der Ausführung wieder zu löschen ("Spoofing", "Layering").

E. 7.3

Wenn das Bundesverwaltungsgericht davon ausgegangen ist, dass sich der Beschwerdeführer in diesem Sinn manipulativ verhalten hat, ist dies nicht bundesrechtswidrig:

E. 7.3.1

Das Handelsverhalten des Beschwerdeführers an allen analysierten Handelstagen, an denen er derivative Instrumente mit der entsprechenden Aktie als Basiswert handelte (rund 100 Stichproben), zeichnete sich dadurch aus, dass ein täuschender Auftragsüberhang im

Basiswert (Spoofing), überwiegend auf verschiedenen Preisstufen (Layering) geschaffen und die Aufträge umgehend gelöscht wurden (irreführende Aufträge); der Beschwerdeführer profitierte dabei im Wert des jeweiligen Derivats. Er wechselte in seiner Handelssequenz sehr häufig die Orderbuchseite und wiederholte so sein Verhalten mehrfach (irreführende Aufträge); in praktisch allen Fällen fehlte wiederholt die Gleichläufigkeit der Abschlüsse mit den eingegebenen Aufträgen (irreführende Aufträge). Im Rahmen der untersuchten Stichproben führte der Beschwerdeführer nur einen Bruchteil des erfassten Auftragsvolumens tatsächlich auch aus.

E. 7.3.2

Der Beschwerdeführer baute Handelspositionen auf, von denen 99 % (nach dem Beschwerdeführer 89,7 %) innert weniger Sekunden wieder gelöscht wurden. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die kurze Zeit zwischen Auftrag und Löschung sowie deren hohe Anzahl darauf hinweisen, dass bei diesen Transaktionen kein wirtschaftlicher Hintergrund bestand. Praktisch allen analysierten Stichproben liegt ein systematisches, verpöntes Handelsmuster zugrunde. Gestützt auf deren Auswertung ergibt sich, dass das Verhalten des Beschwerdeführers darauf ausgerichtet war, durch manipulative Handelsstrategien unzulässige Erträge zu generieren, was ihm bewusst sein musste. Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, das geeignet wäre, die entsprechende Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung der Vorinstanz als offensichtlich unhaltbar erscheinen zu lassen (vgl. vorstehende E. 2).

E. 7.3.3

Der Beschwerdeführer hat gemäss den Stichproben, welche - entgegen seiner Kritik - von der FINMA in ihrer Verfügung nachvollziehbar dargestellt, kommentiert und qualifiziert wurden, wiederholt vorgetäuscht, eine bestimmte Anzahl eines Wertpapiers zu verkaufen. Andere Marktteilnehmer folgten der durch den Beschwerdeführer ausgelösten Bewegung, was einen Verkaufsdruck auf die entsprechenden Titel erzeugte. Anschliessend hat der Beschwerdeführer seine Verkaufsaufträge jeweils wieder gelöscht, ein paar Sekunden gewartet und seine Bestände in den entsprechenden Wertpapieren zu tieferen Preisen wieder aufgestockt. Nachdem die Wertpapiere gekauft wurden, reagierte der Markt mit steigenden Kursen, wobei der Beschwerdeführer die Wertpapiere wieder verkaufen konnte.

E. 7.3.4

Der Beschwerdeführer bestreitet, missbräuchlich gehandelt zu haben. Er vermag indessen nicht darzulegen, welchen tatsächlichen wirtschaftlichen Hintergrund die von ihm getätigten Transaktionen gehabt hätten. Soweit er einwendet, er habe für Liquidität am Markt sorgen wollen bzw. er habe "Market Making" bzw. "Hedging" betrieben, überzeugen seine Ausführungen nicht: Liquiditätsbetreiber ("Market Maker") sorgen bei Effekten für fortwährende Angebots- und Nachfragekurse mit beidseitig praktisch identischen Volumen mit dem Ziel, Gewinn mit der Spanne zwischen Geld- und Briefwert zu machen. "Hedging" dient der Kursabsicherung, wobei die Risiken im Basiswert in der Regel durch derivative Positionen kompensiert werden. Es sind keine Elemente ersichtlich, die darauf hinweisen, dass der Beschwerdeführer in diesem Sinn gehandelt hätte: Er stellte Liquidität in hohem Masse nur kurzfristig und einseitig bereit (einseitige Orderbuchüberhänge) und entzog diese regelmässig sofort wieder dem Markt, was - wie die FINMA zu Recht angenommen hat - nicht dem Verhalten eines "Market Makers" entspricht. Inwiefern der Beschwerdeführer "Hedging" betrieben hat, ist nicht ersichtlich und wird von ihm auch nicht dargetan;

dagegen spricht, dass die eingegangenen Positionen im Basiswert (Abschlüsse) wertmässig in aller Regel ziemlich unbedeutend waren und der wertmässige Hebel im Derivat sich im Verhältnis hierzu als sehr hoch erwies, was gegen die Neutralisierung eines möglichen Marktrisikos spricht.

E. 8.1

Der Beschwerdeführer hat die aufsichtsrechtlichen Regeln über den Marktmissbrauch über Jahre hinweg schwer verletzt, weshalb die FINMA den entsprechend erwirtschafteten Gewinn einziehen durfte (Art. 35 FINMAG) : Marktmanipulation ist explizit verboten. Mit Art. 33f aBEHG und heute Art. 143 FinFrag (vgl. MAURENBRECHER/HANSLIN, in: Watter/Bahar, BSK Finanzmarktaufsichtsgesetz und Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl. 2019, N. 25 ff. zu Art. 143 FinfraG) sollen der Funktionsschutz nach Art. 5 FINMAG (Fassung vom 22. Juni 2007) sichergestellt und die Anleger in ihrem Vertrauen geschützt werden, dass die Börsenkurse auf einem echten Angebots- und Nachfrageverhalten der Marktteilnehmer und keinen manipulativen Eingriffen beruhen. Durch sein Verhalten hat der Beschwerdeführer systematisch gegen Art. 33f aBEHG verstossen. Aufgrund der Dauer und der Planmässigkeit seines Handelns wiegen die festgestellten Aufsichtsrechtsverletzungen schwer. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Grundsätze, nach denen der einzuziehende Betrag zu berechnen war, zutreffend dargelegt (E. 15.8 des angefochtenen Entscheids; vgl. auch das Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2 u. E. 3) und die Verfügung der FINMA bezüglich der abziehbaren Steuern korrigiert. Dies hatte auf den Ausgang des Verfahrens jedoch keine Auswirkungen, da die FINMA den Rückforderungsanspruch für die Verrechnungssteuer, der die Summe der gesamten kantonalen Einkommenssteuern und der direkten Bundessteuern überstieg, dem Beschwerdeführer überliess.

E. 8.2

Im Hinblick auf die Vorkommnisse ist nicht zu beanstanden, dass das Bundesverwaltungsgericht das von der FINMA auf acht Jahre verfügte Tätigkeitsverbot (vgl. Art. 35a aBEHG) geschützt hat: Das systematische, bis zur Kontrolle der FINMA andauernde marktmanipulierende Verhalten des Beschwerdeführers war geeignet, das Vertrauen in den Markt nachhaltig zu erschüttern und dessen Funktionsfähigkeit zu beeinträchtigen; der Beschwerdeführer ist hierfür direkt und persönlich verantwortlich. Er erfüllt wegen des festgestellten Marktmissbrauchs die Anforderungen an einen für den Effektenhandel verantwortlichen Mitarbeiter eines Effekthändlers nicht, da er die ihm in dieser Eigenschaft zukommende besondere Vertrauensstellung für marktmanipulative Verhaltensweisen missbraucht hat mit dem Ziel, aufsichtswidrig erwirtschaftete Erträge für die Gesellschaften, für die er arbeitete, zu generieren und für sich selber einen hohen Bonus bzw. eine hohe Dividende zu erzielen. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdeführer wieder als verantwortlicher Mitarbeiter Effektenhandel für einen Effekthändler in der bisherigen Art betreiben könnte, nachdem er sich bezüglich seiner bisherigen, verpönten Tätigkeit wenig einsichtig gezeigt hat. Mit Blick auf die Schwere der Verfehlungen sowie der Dauer und der Systematik des missbräuchlichen Verhaltens ist ein Tätigkeitsverbot von acht Jahren vertretbar. Der Beschwerdeführer legt nichts dar, das hiergegen sprechen würde. Aufgrund seines Werdegangs und seiner Ausbildung wird es ihm möglich sein, anderweitig eine Arbeitsstelle im Finanzbereich zu finden.

E. 8.3

Auch das gegen den Beschwerdeführer auf fünf Jahre verhängte Berufsverbot ist gestützt auf die ihm vorzuwerfenden schwerwiegenden Verstösse gegen das Aufsichtsrecht gerechtfertigt und verhältnismässig: Es kann - wie die FINMA zu Recht festhält - nicht ausgeschlossen werden, dass er eine leitende Stellung bei einem beaufsichtigten Institut anstreben könnte. In diesem Fall bestünde "wegen des hohen von ihm ausgehenden Schädigungspotenzials angesichts der an den Tag gelegten beharrlichen Nichtbeachtung verbindlicher Vorschriften und der mangelnden Einsicht die andauernde Gefahr der Wiederholung aufsichtsrechtlicher Verletzungen". Das entsprechende Berufsverbot, ist geeignet und erforderlich, um die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und den Schutz der Marktteilnehmer sicherzustellen. Es verstösst nicht gegen das Übermassverbot, da der Beschwerdeführer anderweitig eine Stelle im Finanzbereich finden kann.

E. 9.1

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist deshalb abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 9.2

Dem Verfahrensausgang entsprechend wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

E. 9.3

Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache selber wird das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegenstandslos.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.