

BVGer B-626/2016 vom 11. Juni 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-06-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-626_2016

FR: TAF B-626/2016 du 11 juin 2018

IT: TAF B-626/2016 del 11 giugno 2018

Regeste

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

Erwägungen

E. 1.1

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.

E. 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.).

E. 2.2

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung zusammengefasst erwogen, mit Verfügung gegen die Bank sei festgestellt worden, dass verschiedene Händler wiederholt und über einen längeren Zeitraum hinweg zumindest versucht hätten, Devisenreferenzwerte zu manipulieren. Zudem hätten Devisenspothändler der Bank wiederholt gegen die Interessen ihrer Kunden gehandelt. Sie hätten u.a. deren Stop-Loss-Aufträge ausgelöst, vor Kundenaufträgen Geschäfte für die Bank getätigt (Front Running), in Chats vertrauliche Kundeninformationen offengelegt und treuwidriges Verhalten Dritter in Kauf genommen. Dadurch habe die Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Der Beschwerdeführer, der als Händler tätig gewesen sei, sei wegen wiederholter und regelmässiger entsprechender Handlungen nach Art. 33 FINMAG für die schwere Verletzung des Gewährserfordernisses (Art. 3 Abs. 2 Bst. c sowie Art. 3f des

Bankengesetzes vom 8. November 1934 [BankG, SR 952.0]) durch die Bank verantwortlich.

E. 2.3

Der Beschwerdeführer bringt vor, das FINMAG sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Aufgrund des gesetzgeberischen Entscheids, den Devisen- und Edelmetallhandel in keinem Finanzmarktgesetz zu regeln, dürften allfällige Verstösse gegen Treu und Glauben unterhalb der Gewährsstufe von der Vorinstanz nicht geahndet werden. Die Sachverhaltserstellung und die Beweiswürdigung seien willkürlich vorgenommen worden. Die Datenbasis und die verwendeten Kriterien für die von der Untersuchungsbeauftragten durchgeführte Handelsdatenanalyse seien unklar und entbehrten jeder juristischen Legitimation sowie eines wissenschaftlichen Hintergrunds. Dem Beschwerdeführer könne keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen nachgewiesen werden; es fehle an der Schuldhaftigkeit seines Verhaltens, sei er doch von den Vorgesetzten angehalten worden, sich entsprechend zu verhalten. Die Verhaltensweisen seien im Übrigen nicht unzulässig gewesen; er habe sowohl Aufsichtsrecht als auch bankinterne Reglemente jederzeit eingehalten. Ein tatsächliches Fehlverhalten sei nicht bewiesen. Die Verantwortung der Bank und der Vorgesetzten sei zu wenig berücksichtigt worden. Das ausgesprochene Berufsverbot sei selbst dann unverhältnismässig, wenn sich der Sachverhalt erhärten liesse. Ebenso die Verfahrenskostenaufgabe. Der Beschwerdeführer macht im Einzelnen geltend, die Vorinstanz sei sachlich nicht zuständig, weil der Devisenhandel nicht reguliert und er kein Gewährsträger gewesen sei; er habe nie einem Leitungsgremium angehört und keine Führungsaufgaben wahrgenommen. Eine Ausweitung der Gewährspraxis durch das Berufsverbot sei aufgrund des Legalitätsprinzips unzulässig (nachfolgend E. 3). Er rügt, die Verfügung sei unter Verletzung der Garantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens zustande gekommen, da das Verfahren als strafrechtliche Anklage zu qualifizieren sei; insbesondere sei das Recht auf Information, das Aussageverweigerungsrecht, das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen, das Bestimmtheitsgebot und die Unschuldsvermutung verletzt. Zudem gelte für das vorliegende Verfahren der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs (nachfolgend E. 4). Er wirft der Vorinstanz insbesondere eine Gehörsverletzung sowie eine Missachtung der persönlichen und sachlichen Grenzen der Rechtskraft vor, da die Verfügung gegen die Bank nicht zu seinem Nachteil verwendet werden dürfe, die Feststellungen im Verfahren gegen die Bank keine Gültigkeit für ihn hätten und kein Aufsichtsrecht verletzt worden sei (nachfolgend E. 5). Schliesslich beanstandet er verschiedene Verfahrensrechtsverletzungen (nachfolgend E. 6-E. 8).

E. 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).

E. 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 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 in BVGE 2013/59 publizierte E. 4.2; 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 Gewährs- und Organisationserfordernis, sind dauernd einzuhalten; die Aufsicht der FINMA ist als laufende Aufsicht ausgestaltet. Zwar trifft es zu, wie der Beschwerdeführer vorbringt, dass der Devisenhandel im Untersuchungszeitraum nicht spezifisch behördlich reguliert war (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 17, 88). 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 [Gewährs- und Organisationserfordernis]). Das Berufsverbot durchbricht das System der Institutsaufsicht, ohne den bei der Beaufsichtigten tätigen Personen neue Pflichten zu statuieren (BGE 142 II 243 E. 2.2 f.). Adressat der im konkreten Fall 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). Die Rüge des Beschwerdeführers, der Devisenhandel falle nicht in den Anwendungsbereich der Finanzmarktgesetze, geht an der Sache vorbei.

E. 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), wobei das finanzmarktrechtliche Berufsverbot auch nach beendetem Arbeitsverhältnis zu einem beaufsichtigten Institut ausgesprochen werden kann (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.2). 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. 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 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 - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - nicht weiter zu prüfen, da das Berufsverbot als wirtschaftspolizeirechtlich motivierte Einschränkung gilt (BGE 142 II 243 E. 3.4). Die gesetzliche Grundlage ist gegeben.

E. 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 - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung auch gegen Personen unterhalb der Gewährsschwelle ausgesprochen werden (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG] vom 1. Februar 2006, BBl 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. Fritsche/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). Da Art. 33 FINMAG 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.). Die Rüge, die Bestimmungen der Gewähr nach BankG seien nicht einschlägig, weil der Beschwerdeführer keine Gewährseigenschaft inne gehabt habe und ihn die Institutsgewähr nicht betreffe, sowie die Rüge, die Ausweitung der Gewährspraxis durch das Berufsverbot sei aufgrund des Legalitätsprinzips unzulässig, sind unbegründet.

E. 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 Befugnisse, 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).

E. 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.

E. 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 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, soweit er sich auf die Untersuchung der Beauftragten oder die rein bankinterne Ermittlung bezieht. Die Verfahrensordnung des VwVG findet hier keine Anwendung (vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3.2).

E. 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:

E. 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).

E. 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. Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner/Michel Kähr/Claudia M. Fritsche/Patric Eymann/Fritz Ammann, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, 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. Christoph Kuhn, Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 54, wonach Mehrparteienverfahren aufgrund des erhöhten Koordinationsbedarfs zu bedeutendem Mehraufwand führen und regelmässig länger dauern).

E. 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.

E. 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 Beaufichtigte feststelle, dürfe einer natürlichen Person, die für die Beaufichtigte 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 Beaufichtigte 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 Beaufichtigte sei bereits rechtskräftig festgestellt, was einer formellen Rechtsverweigerung gleichkomme. Die Verletzung der Berücksichtigungspflicht führe zugleich zur 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).

E. 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 und dem Sachverhalt Bezug (angefochtene Verfügung, Rz. 4, 25 f.), sondern auch in den Erwägungen. Die Bezugnahme erfolgt sowohl bei den Erwägungen zu den Beweismitteln unter dem Titel "Verfahren und Verfügung gegen die [Bank]" (angefochtene Verfügung, Rz. 79 f.) als auch im Rahmen der rechtlichen Begründung des Berufsverbots (angefochtene Verfügung, Rz. 89, 96, 99 f., 105). Bei Prüfung der individuellen Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers und bei der Begründung der ausgesprochenen Massnahme wiederholt die Vorinstanz ausdrücklich, dass die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher

Bestimmungen bereits rechtskräftig festgestellt sei. Es bestehe kein Grund, auf diese Feststellung zurückzukommen, und es sei nicht nochmals vorfrageweise zu überprüfen, ob das Institut aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe (angefochtene Verfügung, Rz. 79, 99, 133; vgl. dazu E. 5.5). Diese Ausführungen lassen 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).

E. 5.4

Die Vorinstanz vertritt weiter die Auffassung, die Verfügung gegen die Bank sei selbst dann ein zulässiges Beweismittel, wenn die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank dem Beschwerdeführer nicht direkt entgegengehalten werden könnte (angefochtene Verfügung, Rz. 80). Der Beschwerdeführer wendet ein, die Verfügung gegen die Bank sei kein zulässiges Beweismittel. Sämtliche Erkenntnisse aus dem Verfahren gegen die Bank seien im Verfahren gegen ihn ohne Bedeutung. Aus der Verfügung gegen die Bank dürfe nichts zu seinem Nachteil abgeleitet werden; sie dürfe ihm unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft wegen fehlender Identität der Parteien nicht entgegengehalten werden. Der Untersuchungsgrundsatz nach Art. 12 VwVG besagt, dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und sich nötigenfalls folgender Beweismittel bedient: Urkunden (Bst. a), Auskünfte der Parteien (Bst. b), Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen (Bst. c), Augenschein (Bst. d), Gutachten von Sachverständigen (Bst. e). Eine Urkunde i.S.v. Art. 12 Bst. a VwVG ist eine Aufzeichnung, die bestimmt und geeignet ist, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen (vgl. zum Begriff Waldmann, in: Praxiskommentar, Art. 19 N 37). Eine Verfügung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 VwVG stellt eine einseitige Anordnung einer Behörde dar, die im Einzelfall ein Rechtsverhältnis in verbindlicher und erzwingbarer Weise gestützt auf öffentliches Recht des Bundes regelt (BGE 135 II 38 E. 4.3). Die Regelung des Rechtsverhältnisses beruht auf einem im jeweiligen Verfahren erstellten Sachverhalt. Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren wird vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Das ändert nichts daran, dass eine Verwaltungsverfügung nicht geeignet ist, 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.

E. 5.5

Die Vorinstanz stellt sich sodann auf den Standpunkt, die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen sei im vorliegenden Verfahren nicht nochmals (vorfrageweise) zu prüfen. Sie könne von der rechtskräftigen Feststellung ausgehen und die entsprechende Verfügung als Grundlage heranziehen (angefochtene Verfügung, Rz. 79, 99). Es bestünden keine Anhaltspunkte - weder aufgrund von Einzelverfahren zum Devisenhandel noch aufgrund einer erneuten Würdigung von Beweismittel und Fakten - an der Feststellung gegen die Bank oder der detaillierten Begründung in der Verfügung zu zweifeln oder diese erneut in Erwägung zu ziehen. Sie habe sich mit den vom Beschwerdeführer vorgebrachten Bedenken

und Argumenten inhaltlich bereits im Verfahren und in der Verfügung gegen die Bank auseinandergesetzt. In diesem Sinn werde auf die Verfügung gegen die Bank verwiesen sowie auf die darin enthaltene detaillierte Begründung und die der Verfügung zugrundeliegenden "und teilweise darin referenzierten Akten" (angefochtene Verfügung, Rz. 96). Die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Bank werde vom Beschwerdeführer auch nicht explizit bestritten; er mache vielmehr sinngemäss geltend, dass ihm keine entsprechenden Verhaltensweisen vorzuwerfen seien. Darüber hinaus bringt sie in der Vernehmlassung vor, sie habe sich mit den wesentlichen Rügen und Vorbringen des Beschwerdeführers bereits im Rahmen des Erlasses der angefochtenen Verfügung auseinandergesetzt, diese gewürdigt und berücksichtigt. In der Duplik legt sie dar, sie habe die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht als Tatbestandsmerkmal (nochmals) geprüft und die Rolle sowie das Fehlverhalten des Beschwerdeführers gewürdigt. Sie habe sich mit den Einwänden und Beweisanträgen des Betroffenen auseinandergesetzt. Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, die Feststellungen im Verfahren gegen die Bank hätten keine Gültigkeit für ihn. Es sei kein Aufsichtsrecht verletzt worden. 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). Die angefochtene Verfügung enthält zwar allgemeine Ausführungen zu den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (Rz. 90-96) und Ausführungen, wonach das Verfahren gegen die Bank ergeben habe, dass aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt worden seien (Rz. 4, 25 f., 79, 89, 96, 99, 105, 133). Sie enthält aber keine tatsächlichen Feststellungen zum Sachverhalt der schweren Aufsichtsrechtsverletzung. Verweise auf die Verfügung gegen die Bank können die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen, die im Verfahren gegen den Beschwerdeführer erforderlich sind, nicht ersetzen. Der Sachverhalt ist insoweit unvollständig festgestellt, was verfahrensrechtlich dazu führt, dass die Begründungspflicht verletzt ist. Mit Blick auf den weiteren Verfahrensgang sind auch die übrigen gerügten Verfahrensrechtsverletzungen zu prüfen (vgl. nachfolgend).

E. 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, unabhängig davon, ob die vorliegende Sache der Natur nach eine strafrechtliche Anklage darstelle, habe die Vorinstanz gegen das Teilnahme- und Fragerecht nach Art. 18 VwVG verstossen. Aussagen von Dritten, die unter Verletzung seiner Teilnahmerechte zustande gekommen seien, seien nicht verwertbar und müssten aus den Akten entfernt werden. Das Äusserungsrecht anlässlich von Zeugeneinvernahmen wird konkretisiert durch Art. 18 VwVG. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung haben die Parteien Anspruch darauf, den Zeugeneinvernahmen beizuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen. Die Einvernahme von Zeugen kann im Verwaltungsverfahren angeordnet werden, wenn sich ein Sachverhalt nicht auf andere Weise hinreichend abklären lässt (Art. 14 Abs. 1 VwVG). Dazu sind bestimmte Behörde der Verwaltungsrechtspflege ermächtigt, wozu die Vorinstanz gehört (Art. 14 Abs. 1 Bst. e VwVG). Wenn die Vorinstanz zur Zeugeneinvernahme schreitet, so hat sie den Parteien dieses Verfahrens das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht nach Art. 18 VwVG zu gewähren. Sie ist zur Abnahme eines beantragten Zeugenbeweises aber nicht verpflichtet, wenn sich der Sachverhalt auf andere Weise abklären lässt. Da die Vorinstanz im Verfahren gegen den Beschwerdeführer keine Zeugen einvernommen hat, beruft er sich vergeblich auf die Gesetzesbestimmung. Die EMRK-Teilnahmerechte greifen nicht (E. 4.2) und die Verfahrensordnung des VwVG ist weder auf die private Sonderermittlung noch die Untersuchungsbeauftragte anwendbar (E. 4.3), weshalb die Vorinstanz auf die Aussagen abstellen durfte. 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. Der Beschwerdeführer konnte in dem gegen ihn geführten Verfahren auch Stellung nehmen zum Sachverhalt betreffend die Bank, in die beigezogenen Akten (zum Aktenbezug E. 7) Einsicht nehmen und hatte hinreichend Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme, wobei er von der Vorinstanz auch befragt wurde (angefochtene Verfügung, Rz. 5 ff., 9, 10, 65 ff.). 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.). Das Äusserungsrecht ist gewahrt.

E. 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 Beweismittel 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.

E. 7.2.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, das Akteneinsichtsrecht sei verletzt. Er habe die Herausgabe aller Handelsdaten und der verwendeten Algorithmen beantragt, die Vorinstanz habe diese jedoch verweigert. Damit verunmögliche sie eine Überprüfung des Sachverständigengutachtens, das sie selber ins Verfahren eingeführt habe und bei dessen Erstellung seine Parteirechte verletzt worden seien. Besonders skurril sei die Behauptung der Vorinstanz, dass sie die Handelsdaten nicht herausgeben müsse, weil diese nicht Bestandteil der Verfahrensakten seien. Wenn das Sachverständigengutachten Aktenbestandteil bilde, dann gelte dies selbstverständlich auch für die dem Gutachten zugrunde liegenden Dokumente. Ansonsten müsse das Sachverständigengutachten aus den Akten entfernt werden. Stossend sei überdies, dass die Vorinstanz die Einsicht in die Handelsdaten verweigere, dem Beschwerdeführer aber gleichzeitig vorwerfe, ihre Vorwürfe nicht genügend substantiiert zu bestreiten. Ohne Offenlegung der gesamten Blotterdaten eines Handelstages könne sich der Beschwerdeführer nicht gehörig verteidigen. Die Zusammenfassung der Handelsdatenanalyse sei ohne diese Daten nicht nachvollziehbar; darauf habe der Beschwerdeführer bereits anlässlich seiner Befragung hingewiesen. Zudem werde die Verweigerung des rechtlichen Gehörs mit Kostengründen begründet, was unzulässig sei.

E. 7.2.2

Die Vorinstanz hält fest, dem Beschwerdeführer seien sämtliche Akten vor Erlass der Verfügung zugestellt worden und ihm sei Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Nicht aus dem Verfahren gegen die Bank beigezogen worden seien Dokumente, Unterlagen und Informationen, die für das Verfahren gegen den Beschwerdeführer nicht relevant gewesen seien. Im Übrigen äussert sich die Vorinstanz nicht zu den Vorbringen des Beschwerdeführers.

E. 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).

E. 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 Verfahrensakte, 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 verschiedenen 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 Vorinstanz verpflichtet, die Verfahrensakte 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.

E. 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.

E. 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 - vorbehaltlich Art. 27 VwVG - Akteneinsicht gewähren muss.

E. 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).

E. 7.5.1

Die Vorinstanz weist den Antrag auf Herausgabe der Handelsdaten, die bei den Handelsdatenanalysen durch die Untersuchungsbeauftragte verwendet wurden, ab. Zur Begründung legt sie dar, die Abweisung erfolge in antizipierter Beweiswürdigung und aus verschiedenen Gründen: Dem Beschwerdeführer sei das rechtliche Gehör zur allgemeinen Vorgehensweise, zu den verwendeten Parametern und zu den Ergebnissen der Untersuchungsbeauftragten gewährt worden, wobei er seine Vorbehalte und Bedenken zum Ausdruck gebracht habe. Es bestünden erhebliche Zweifel, dass er allein anhand der Daten und Algorithmen und ohne die technischen Hilfsmittel der Untersuchungsbeauftragten die Analysen der äusserst umfangreichen Daten zielführend überprüfen könne. Die Daten seien auch nicht Bestandteil der Verfahrensakten im Verfahren gegen die Bank gewesen. Die Untersuchungsbeauftragte, welche die Handelsdatenanalysen vorgenommen habe, sei nicht mehr von der Vorinstanz beauftragt. Die Ergebnisse seien gemäss der Untersuchungsbeauftragten mit gewissen Vorbehalten versehen. Die Handelsdatenanalyse eigne sich ohnehin lediglich dazu, gewisse Handelsmuster aus objektiver Betrachtungsweise und ohne die subjektiven Absichten des jeweiligen Händlers zu eruieren. Die Vorinstanz könne die Beweise frei würdigen und berücksichtige den eingeschränkten Beweiswert der Handelsdatenanalysen auch mangels Herausgabe bzw. Edition der Handelsdaten. Die Vorinstanz habe aufgrund der Aktenlage, insbesondere auch aufgrund der Befragungen und Stellungnahmen des Beschwerdeführers sowie aufgrund von Chats, ihre Überzeugung in zentralen Punkten gebildet und könne ohne Willkür annehmen, dass diese Überzeugung durch die Offenlegung der Handelsdaten nicht mehr grundlegend und entscheidend geändert würde. Die beantragte Herausgabe der Handelsdaten würde lediglich zu einem ungerechtfertigten prozessualen Mehraufwand, zu mehr Kosten und zu einer unnötigen zeitlichen Verzögerung führen (angefochtene Verfügung, Rz. 86).

E. 7.5.2

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; zur verfahrensrechtlichen Behandlung vgl. E. 8.3). 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 dienten 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 (E. 8.3). 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. Das Akteneinsichtsrecht ist insoweit gewährt.

E. 7.5.3

Der Beschwerdeführer bringt sinngemäss vor, er werde auf anonyme Aussagen Dritter abgestellt ("Ein Devisenhändler" in Rz. 36 der angefochtenen Verfügung). Die Identität dieser Personen sei von der Vorinstanz nicht offengelegt worden. Dies trifft nicht zu: In der genannten Randziffer der Verfügung wird auf die entsprechende Aktenstelle in den beigezogenen und offengelegten Akten des Verfahrens gegen die Bank referenziert (Fn. 42 verweist auf "Akten Bank 8 p. 1675"). In der referenzierten Seite ist der Händler namentlich genannt und die entsprechende Aussage wörtlich wiedergegeben. Die Vorinstanz hat die Identität der Person offengelegt, womit das Vorbringen unbegründet ist.

E. 8.1

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.

E. 8.2

Der Beschwerdeführer bringt vor, der Sachverhaltsbericht ("Statement of Facts" vom 1. September 2014) sei kein zulässiges Beweismittel, weshalb es aus den Akten zu entfernen sei. Der Umstand, dass er bei der Erstellung weder Teilnahme- noch Fragerechte gehabt habe und den Gutachtern keine Ergänzungsfragen stellen könne, führe zu dessen Unverwertbarkeit. Es sei fraglich, ob Berichte, die in einem Verfahren eingeholt worden seien, tel quel Eingang in andere Verfahren finden dürften. Es könne nicht angehen, die Parteirechte zu umgehen, indem Sachverständigengutachten aus Verfahren gegen Dritte übernommen würden und anschliessend das rechtliche Gehör verweigert werde, weil es sich um ein Aktenstück aus einem Drittverfahren handle. Das Sachverständigengutachten sei nicht in einer Amtssprache verfasst. Nach der Lehre gelte über die Grundregel von Art. 33a VwVG hinaus eine allgemeine Pflicht zur Übersetzung. Überdies sei die Untersuchungsbeauftragte nicht im vorliegenden Verfahren mit der Gutachtenserstellung beauftragt gewesen. Damit sei der Anspruch auf rechtliches Gehör und Art. 57 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273) verletzt. Ausserdem setze sich die Vorinstanz inhaltlich über die Erklärungen ihrer Gutachterin, wonach es für die von ihr festgestellten Sachverhalte auch legale Erklärungen gebe, hinweg.

E. 8.3

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 Bericht ist als Beweismittel zulässig. Zwar verweist Art. 19 VwVG für das Beweisverfahren ergänzend auf die sinngemässe Anwendung von 57-61 BZP über Sachverständige. Nach Art. 57 Abs. 2 BZP gibt der Richter den Parteien Gelegenheit, sich zu den Fragen an die Sachverständigen zu äussern und Abänderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen. Diese Bestimmung bezieht sich aber in erster Linie auf das Gerichtsverfahren und gilt nur "sinngemäss" für das Verwaltungsverfahren, was erlaubt, den systembedingten Unterschieden Rechnung zu tragen (BGE 133 V 446 E. 7.3; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 31. August 2001, in: VPB 66.104 E. 6b; Waldmann, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 19 N 3-5). Wird ein Gesamtverfahren durchgeführt (vgl. E. 5.1.3), so sind die Parteirechte im Zusammenhang mit dem Untersuchungsbericht jedenfalls im Umfang des verfassungsrechtlichen Gehörsanspruchs zu wahren. Der Minimalgarantie ist Genüge getan, wenn die Parteien nachträglich in das Gutachten Einblick und zu dessen Schlussfolgerungen sowie zur Person des Gutachters Stellung nehmen können (BGE 125 V 332 E. 4b; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 541). Auch genügt in sinngemässer Anwendung von Art. 58 Abs. 2 BZP, wenn die Parteien einen gesetzlichen Ausstandsgrund gegen die Untersuchungsbeauftragte nachträglich geltend machen können. Der Beschwerdeführer bringt gegen die Person der Untersuchungsbeauftragten nichts vor und macht weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Beschwerdeverfahren einen Ausstandsgrund geltend. Er übergeht, dass das "Statement of Facts" vom 1. September 2014 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 Beschwerdeführer hatte ausreichend Gelegenheit, sich zu den Untersuchungsergebnissen umfassend zu äussern (vgl. E. 6). Die Parteirechte wurden

gewahrt. Soweit er vorbringt, die Vorinstanz setze sich inhaltlich über das "Statement of Facts" hinweg, ist festzuhalten, dass die rechtliche Würdigung des Untersuchungsberichts der Vorinstanz und nicht der Untersuchungsbeauftragten obliegt (vgl. Urteil des BGER 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 3; vgl. E. 7.5.2). Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer, der Sachverhaltsbericht sei nicht in einer Amtssprache abgefasst, und verlangt eine Übersetzung. 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.

E. 9.1

Zusammenfassend ist der Gehörsanspruch dadurch verletzt, dass die Vorinstanz der angefochtenen Verfügung eine Rechtskrafterstreckung zugrunde gelegt hat (E. 5.3-5.5). Die Verfügung enthält keine tatsächlichen Feststellungen zum Tatbestandsmerkmal der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank (E. 5.5). Die Verfahrensgarantien sind verletzt.

E. 9.2

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: ZBl 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.

E. 9.3

Aus diesen Gründen scheidet eine ausnahmsweise Heilung der Gehörsverletzung durch das Gericht aus. Die Verletzung führt zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine materielle Prüfung der angefochtenen Verfügung erübrigt sich bei diesem Ergebnis. Angesichts des Verfahrensausgangs ist auf die Durchführung der beantragten Verhandlung zu verzichten. Da die Voraussetzungen für die beantragte Verfahrensvereinbarung nicht erfüllt sind (Art. 24 Abs. 2 Bst. b BZP i.V.m. Art. 4 VwVG sinngemäss), ist der Antrag abzuweisen.

E. 10

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Der Beschwerdeführer beantragt mit dem Hauptbegehren, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich und ersatzlos aufzuheben. Wäre das Hauptbegehren begründet, bliebe es bei der blossen Kassation und das Verfahren wäre vollständig beendet. Da kein Beendigungsgrund vorliegt, sondern die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, kann dem Hauptbegehren nicht entsprochen werden. Hingegen dringt der Beschwerdeführer mit dem Eventualbegehren auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung vollständig durch, soweit er damit die Rückweisung zur Durchführung eines ordnungsgemässen Verfahrens beantragt. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur neuen ergebnisoffenen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 11.1

Entsprechend dem Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer im Hauptpunkt (Aufhebung der angefochtenen Verfügung), weshalb ihm keine Kosten zu auferlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Vorinstanzen tragen keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

E. 11.2

Der Beschwerdeführer hat als teilweise obsiegende Partei Anspruch auf eine leicht reduzierte Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE). 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 leicht reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 12'000.- (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).

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