

BVGer B-642/2016 vom 11. Juni 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-06-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-642_2016

FR: TAF B-642/2016 du 11 juin 2018

IT: TAF B-642/2016 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 insoweit einzutreten.

E. 1.2

Der Beschwerdeführer beantragt im Hauptbegehren die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und zusätzlich die Einstellung des Enforcementverfahrens gegen ihn. Ein Beschwerdeantrag ist zulässig, wenn er im Beschwerdeentscheid zur Entscheidungsformel (Dispositiv) erhoben werden kann, was sich nach Art. 61 VwVG richtet. Danach entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeinstanz hat indessen keine Kompetenz, die Vorinstanz anzuweisen, ein Verfahren einzustellen. Die Einstellung des Verfahrens durch die FINMA wird zwar in einer Bestimmung zur Information der Öffentlichkeit vorausgesetzt (Art. 22 Abs. 3 FINMAG). Aber eine Verfahrenseinstellung im technischen Sinn, die durch eine formelle Einstellungsverfügung erfolgt, wird weder in der Finanzmarktgesetzgebung noch im allgemeinen Verwaltungsrecht vorgesehen. Die Verwaltungsverfahrensordnung kennt im Unterschied zu anderen Verfahrensordnungen (z.B. Art. 319 ff. der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]) keine Verfahrenseinstellung durch Verfügung. Da eine Einstellung jedenfalls die Rückweisungskompetenz der Beschwerdeinstanz übersteigt, kann sie mit einem Haupt- oder Eventualbegehren nicht beantragt werden. Der zusätzliche Antrag im Hauptbegehren des Beschwerdeführers ist unzulässig; insoweit ist auf die Beschwerde nicht 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 u.a. festgestellt worden, dass Mitarbeitende auf Devisentransaktionen, die im Zusammenhang mit einem bankinternen Produkt erfolgten, exzessiv und treuwidrig Mark-Ups (Aufschläge auf Einstandspreisen) erhoben hätten. Die Anleger hätten von den Mark-Ups keine Kenntnis gehabt und vernünftigerweise nicht mit diesen rechnen müssen. Der Beschwerdeführer, der für strukturierte Produkte im Bereich Devisen tätig gewesen sei, habe zulasten der Anleger selber Mark-Ups erhoben und dasselbe Verhalten durch andere Mitarbeitende zugelassen. Er habe sich über längere Zeit hinweg gegenüber Kunden bzw. Anlegern treuwidrig verhalten und sei nach Art. 33 FINMAG verantwortlich dafür, dass die Bank während Jahren das Gewährserfordernis (Art. 3 Abs. 2 Bst. c sowie Art. 3f des Bankengesetzes vom 8. November 1934 [BankG, SR 952.0]) schwer verletzt habe.

E. 2.3

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe sich zu keinem Zeitpunkt treuwidrig gegenüber Kunden verhalten, sondern seine Pflichten stets gewissenhaft wahrgenommen. Er habe die geltenden Regularien eingehalten und verschiedene Compliance-Mängel gemeldet, woraufhin Fehler erkannt und behoben werden konnten. Er sei wegen seiner Kompetenz, Integrität und Leistung von seinen Vorgesetzten gelobt und zur Beförderung vorgeschlagen worden. Der Entscheid über die Erhebung von Mark-Ups und deren Höhe im Zusammenhang mit dem fraglichen Produkt sei von seinen Vorgesetzten getroffen worden. In der angefochtenen Verfügung werde er für Handlungen anderer Bankmitarbeiter verantwortlich gemacht, von denen er keine Kenntnis gehabt habe. Er habe keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzt. Die Vorinstanz stelle ihn als rein gewinnorientierten und profilierungssüchtigen Bankmitarbeiter dar, der Anleger bewusst geschädigt habe, was persönlichkeitsverletzend sei. Der Beschwerdeführer macht im Einzelnen geltend, der Devisenhandel in der Schweiz sei nicht reguliert, daher habe er gar keine aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzen können (nachfolgend E. 3.1). Ferner sei das Berufsverbot nur auf Personen in leitender Stellung anwendbar und könne gegen ihn nicht ausgesprochen werden, da er lediglich ein untergeordneter Angestellter gewesen sei, ohne jegliche Entscheidungs- und Leitungsfunktion (nachfolgend E. 3.2). Er rügt sinngemäss, die Verfügung sei unter schwerwiegender Verletzung aller Garantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens zustande gekommen (nachfolgend E. 4). Er wirft der Vorinstanz insbesondere eine Gehörsverletzung sowie sinngemäss eine Missachtung der persönlichen und sachlichen Grenzen der Rechtskraft vor, da er eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Bank bestreite und eine allfällige Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Bank nicht zu seinen Lasten verwendet werden dürfe (nachfolgend E. 5). Schliesslich beanstandet er verschiedene Verfahrensrechtsverletzungen (nachfolgend E. 6-E. 8).

E. 3.1

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, dass der Devisenhandel im Untersuchungszeitraum nicht spezifisch behördlich reguliert war, wie der Beschwerdeführer vorbringt. 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). Da Art. 33 FINMAG auf einer Zurechnungsnorm beruht, ist unerheblich, dass das Gewährs- und Organisationserfordernis die Bank und nicht die natürliche Person trifft (zur Ausgestaltung der Enforcementverfahren vgl. E. 5.1). Daher erweist sich die Rüge des Beschwerdeführers, er habe gar keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzen können, als unbegründet.

E. 3.2

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). Unerheblich ist auf der Tatbestandsseite die Frage der Gewährsposition; für die Abklärung der Verantwortlichkeit ist nicht massgebend, ob 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 erweist sich als 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.

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 sinngemäss 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. Zulauf/Wyss et. Al., a.a.O., S. 107). Bei übersichtlichen Verhältnissen wird das Enforcementverfahren oft als Mehrparteienverfahren geführt, weil es um einen ähnlichen oder gleichen Sachverhalt geht. Alle Parteien haben grundsätzlich uneingeschränkte Parteirechte (vgl. Oliver Friedmann/Christoph Kuhn/Florian Schönknecht, Enforcement, in: Peter Sester/Beat Brändli/Oliver Bartholet/Reto Schildknecht [Hrsg.], St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht [nachfolgend: SGHB], Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2018, § 12 N 68). Dies führt dazu, dass sie an einer Beweiserhebung auch dort mitwirken können, wo es um Sachverhaltselemente geht, die sie nicht persönlich betreffen. So kann ein Gewährsträger als Partei im Verfahren des

betroffenen Instituts mitwirken, wenn Massnahmen sowohl gegen ihn als auch gegen das Institut im Dispositiv der Verfügung anzuordnen sind. Gleiches gilt bei Anordnungen gegenüber qualifiziert Beteiligten (vgl. Zulauf/Wyss et. Al., a.a.O., S. 104). Bei komplexen Sachverhalten ist ein solches Verfahren aber praktisch nicht mehr durchführbar (vgl. Kuhn, a.a.o., S. 54, wonach Mehrparteienverfahren aufgrund des erhöhten Koordinationsbedarfs zu bedeutendem Mehraufwand führen und regelmässig länger dauern).

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 zu einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt aus dem Entscheid nicht hervorgehe, wobei sich aus dem materiellen Recht ergebe, ob ein Sachverhaltselement als rechtserheblich zu qualifizieren sei (BGE 142 II 243 E. 2.4).

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 Bezug (angefochtene Verfügung, Rz. 4), 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. 66) als auch im Rahmen der rechtlichen Begründung (angefochtene Verfügung, Rz. 72). Bei der Begründung der ausgesprochenen Massnahme wiederholt die Vorinstanz ausdrücklich, dass die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bereits rechtskräftig festgestellt sei und kein Grund bestehe, auf diese Feststellung zurückzukommen (angefochtene Verfügung, Rz. 83, 104). 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 bringt in der Duplik vor, sie habe die vom Beschwerdeführer im Rahmen des Enforcementverfahrens gestellten Beweisanträge nicht mit der Begründung abgelehnt, die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht sei bereits rechtskräftig festgestellt und bedürfe keiner weiteren Überprüfung. Ferner seien die Einwände des Beschwerdeführers gegen das Vorliegen einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Bank vorwiegend genereller und unsubstanziierter Natur. Die Vorinstanz selbst geht aber davon aus, dass der Beschwerdeführer im Enforcementverfahren hervorgehoben habe, die Feststellungen der FINMA in der Verfügung gegen die Bank würden bestritten und dürften nicht zu seinen Lasten verwendet werden (angefochtene Verfügung, Rz. 58). Der Beschwerdeführer hat in der Tat zahlreiche Editions- und Befragungsanträge gestellt und beantragt, dass die bereits anlässlich der Behandlung des provisorischen Sachverhalts genannten Beweisanträge abgenommen werden müssten, sofern nicht festgestellt werde, dass keine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliege (Eingabe des Beschwerdeführers vom 30. Oktober 2015, Ziff. 2). Die Beweisanträge des Beschwerdeführers wurden zumindest implizit vor dem Hintergrund, dass die Verfügung gegen die Bank in Rechtskraft erwachsen ist, abgewiesen (zu den Folgen vgl. E. 8.4).

E. 5.5

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, dass sich allgemeine Ausführungen zu den Bestimmungen betreffend die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftigkeitstätigkeit der Bank rechtfertigen würden (angefochtene Verfügung, Rz. 72). Sie trifft jedoch keine konkreten Feststellungen darüber, inwiefern die fraglichen Bestimmungen durch die Bank verletzt wurden. Die Vorinstanz verweist diesbezüglich auf die Verfügung gegen die Bank (angefochtene Verfügung, Rz. 80). 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 - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - 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 Beaufichtigte bewirkt (BGE 142 II 243 E. 2.2). Die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bildet ein Tatbestandsmerkmal (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.3). Das bedeutet einmal, dass der entsprechende Sachverhalt im Verfahren gegen die natürliche Person zum Beweisthema gemacht werden kann und die Verwaltungsbehörde die Sachverhaltselemente zu erstellen hat. Es bedeutet aber auch, dass die Verfügung eine entsprechende Begründung enthalten muss (Art. 35 VwVG). Die Begründung eines Entscheids soll dem Betroffenen einerseits die Tatsachen und Rechtsnormen zur Kenntnis bringen, die für die entscheidende Behörde massgeblich waren, andererseits soll der Betroffene in die Lage versetzt werden, den Entscheid sachgerecht anzufechten (Uhlmann/Schilling-Schwank, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 35 N 10 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung). Da Verweise die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zum Sachverhalt der schweren Aufsichtsrechtsverletzung nicht ersetzen können, führt die Rechtskrafterstreckung zu einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung. Eine Verwaltungsverfügung ist nicht geeignet, einen prozessual festgestellten Sachverhalt im Verhältnis zu Dritten zu beweisen. Selbst bei Parteiidentität erstreckt sich die Rechtskraftwirkung in sachlicher Hinsicht nur auf den beurteilten Streitgegenstand und nicht auf die Elemente der Begründung (Urteil des BGer 1P.706/2003 vom 23. Februar 2004 E. 2.6). Die Verfügung gegen die Bank kann daher im vorliegenden Verfahren nicht an die Stelle von Sachverhaltsfeststellungen treten. Der Sachverhalt ist auch insoweit unvollständig festgestellt, als die Verfügung keine Feststellung über die Kausalität trifft. Dies verunmöglichte dem Beschwerdeführer eine sachgerechte Anfechtung was verfahrensrechtlich dazu führt, dass die Begründungspflicht verletzt ist. Mit Blick auf den weiteren Verfahrensgang sind auch die übrigen gerügten Verfahrensrechtsverletzungen zu prüfen.

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, die im Rahmen des Verfahrens gegen die Bank erhobenen Beweise dürften nicht zu seinen Lasten verwertet werden, da diese in Verletzung seiner Mitwirkungsrechte erhoben worden seien. Sinngemäss macht er geltend, er habe sich zu den Beweisen nicht äussern können. Die Rüge geht fehl. Er verkennt, dass er keine Parteistellung im Verfahren gegen die Bank hatte (vgl. E. 5.1.3), soweit er vorbringt, er habe in jenem Verfahren keine Mitwirkungsrechte ausüben können. 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 (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 5 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.). Da die EMRK-Teilnahmerechte nicht greifen (E. 4.2) und die Verfahrensordnung weder auf die private Sonderermittlung noch die Untersuchungsbeauftragte anwendbar ist (E. 4.3), durfte

die Vorinstanz auf die erhobenen Beweise abstellen. Insoweit ist ihr beizupflichten, wenn sie ausführt, aus BGE 142 II 243 könne nicht abgeleitet werden, dass die Erkenntnisse aus dem Verfahren gegen das beaufsichtigte Institut in einem nachgelagerten Berufsverbotsverfahren per se nicht verwendet werden dürften, da dies dem System der Institutsaufsicht widersprechen und die Durchführung nachgelagerter Verfahren praktisch verunmöglichen würde. Das Äusserungsrecht ist gewahrt.

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

Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, aus dem Verfahren gegen die Bank beigezogene Akten dürften nicht zu seinen Lasten verwendet werden. Die Vorinstanz hält fest, sie habe grundsätzlich die gesamten Akten aus dem Verfahren gegen die Bank in das Verfahren gegen den Beschwerdeführer beigezogen. Ihm seien sämtliche Akten vor Erlass der Verfügung zugestellt worden und es sei ihm Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden. Dass die wesentlichen Akten für das Verfahren gegen den Beschwerdeführer grösstenteils aus dem Verfahren gegen die Bank stammten, liege im System der Institutsaufsicht begründet und sei zulässig. Das Bundesgericht habe beispielsweise festgehalten, dass in einem nachgelagerten Berufsverbotsverfahren für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts auf Aussagen der natürlichen Personen im Verfahren gegen die Beaufsichtigte abgestellt werden dürfe.

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 Verfahrensakten, weil es sich nicht um die gleiche Sache handelt. Führt die Vorinstanz das Verfahren als Gesamtverfahren durch (E. 5.1.3), so ist sie nicht gehalten, die gesamten Akten des Verfahrens gegen die Beaufsichtigte in den nachgelagerten Verfahren beizuziehen (vgl. Friedmann/Kuhn/Schönknecht, in: SGHB, § 12 N 69 f.). Das Gesamtverfahren zeichnet sich gerade dadurch aus, dass im Nachgang verschiedene Verfahren gegen natürliche Personen geführt werden. Soweit die Aktenführung aber die Untersuchung unter einem gemeinsamen Dach betrifft, ist die Vorinstanz allerdings nicht frei, ob sie die betreffenden Akten beiziehen will oder nicht. Die Akten der gemeinsamen Untersuchung müssen auch in den Verfahren gegen die jeweiligen Verantwortlichen verfügbar sein. Insoweit ist die Vorinstanz verpflichtet, die Verfahrensakten beizuziehen. Dazu gehört die Einsetzungsverfügung betreffend die Untersuchungsbeauftragte, die Ergebnisse der Untersuchung (Untersuchungsberichte) und der "Informationsfluss" zwischen der Untersuchungsbeauftragten und der Vorinstanz, soweit er den Untersuchungsgang betrifft. Auch allfällige Protokolle von Befragungen der Betroffenen im Verfahren gegen die Beaufsichtigte hat sie in den Verfahrensakten nachgelagerter Verfahren zu dokumentieren. Eine Pflicht, alle Akten beizuziehen, besteht jedoch nicht. Soweit der Beschwerdeführer sich grundsätzlich gegen einen Aktenbeizug wendet, kann ihm nicht gefolgt werden.

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). 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). Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer sämtliche Akten vor Erlass der Verfügung zugestellt und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, weshalb das Akteneinsichtsrecht gewahrt ist (zum Äusserungsrecht vgl. E. 6).

E. 8.1

Gemäss Art. 32 VwVG würdigt die Behörde, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien (Abs. 1). Verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, kann sie trotz der Verspätung berücksichtigen (Abs. 2). Die aus dem Gehörsanspruch fliessende Berücksichtigungspflicht betrifft erhebliche Vorbringen zum Verfahren und zur Sache. Der Begriff "Vorbringen" erfasst entsprechend Sachbehauptungen, eingereichte Beweismittel und rechtliche Parteivorbringen wie Rechtsbegehren, Einwendungen und Einreden (Urteil des BVGer B-6791/2009 vom 8. November 2010 E. 5.3.1; Waldmann/Bickel, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 32 N 6). Die Pflicht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört (Konnex zum Äusserungsrecht), sorgfältig und ernsthaft prüft (Konnex zum Amtsgrundsatz) und in die Entscheidungsfindung einfließen lässt (Konnex zur Begründungspflicht), soweit sie erheblich sind (BGE 137 II 266 E. 3.2; BVGE 2013/46 E. 6.2.3; Waldmann/Bickel, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 32 N 18). Die Pflicht zur Berücksichtigung von Beweisanträgen richtet sich nach Art. 33 VwVG.

E. 8.2

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

E. 8.3

Der Beschwerdeführer bringt vor, das rechtliche Gehör sei verletzt, indem die Vorinstanz angebotene Beweise nicht abgenommen habe. Eine antizipierte Beweiswürdigung zu seinen

Lasten sei unzulässig. Teilweise seien die Beweisanträge auch ohne Begründung abgewiesen worden. Die Vorinstanz führt aus, sie habe die Beweisanträge des Beschwerdeführers geprüft und sich damit in der Verfügung auseinandergesetzt (Verweis auf Rz. 55-60 und 98-102 der angefochtenen Verfügung). Die Beweisanträge habe sie keinesfalls mit der Begründung abgelehnt, die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank sei bereits rechtskräftig erstellt und bedürfe keiner weiteren Überprüfung. Die Einwände des Beschwerdeführers gegen das Vorliegen einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Bank seien vorwiegend genereller und unsubstanziierter Natur gewesen. Beweisanträge hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers sowie der Üblichkeit und Zulässigkeit der Erhebung von Mark-Ups und deren Höhe hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen (angefochtenen Verfügung, Rz. 60, 69-71).

E. 8.4

Ob die Berücksichtigungspflicht verletzt ist, indem die Vorinstanz die Anträge des Beschwerdeführers abgelehnt hat, kann nicht abschliessend beurteilt werden. Die Begründung ist widersprüchlich ausgefallen. Einerseits geht die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung klar davon aus, dass der Sachverhalt der schweren Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank rechtskräftig festgestellt sei und nicht nochmals überprüft werden müsse. Andererseits stellt sie sich nunmehr auf den Standpunkt, sie habe die Beweisanträge nicht aus diesem Grund abgewiesen. Der Sachverhalt ist aber insoweit nicht vollständig erstellt, als die Verfügung keine tatsächlichen Feststellungen zur Aufsichtsrechtsverletzung der Bank enthält (vgl. E. 5.5). Die Begründungspflicht (Art. 35 VwVG) überformt die Berücksichtigungspflicht. Die Begründung einer Verfügung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 141 III 28 E. 3.2.4). Die Begründungspflicht ergänzt die Berücksichtigungspflicht dort, wo anhand der angefochtenen Verfügung nicht überprüft werden kann, ob die entscheidende Behörde die Vorbringen auch tatsächlich hört, ernsthaft und sorgfältig prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. In solchen Konstellationen tritt sie sozusagen als "Surrogat" an die Stelle der Berücksichtigungspflicht. Ob im konkreten Fall das Vorgehen der Behörde den Anforderungen der Berücksichtigungspflicht genügt, lässt sich regelmässig nur anhand der Verfügungsbegründung beurteilen (Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32 N 21). Dadurch, dass die Vorinstanz von einer Rechtskrafterstreckung ausgeht und die Beweisanträge ablehnt, verletzt sie die Begründungspflicht. Für den Beschwerdeführer ist nämlich nicht erkennbar, ob seine Anträge aus dem einen oder anderen Grund abgelehnt wurden, was eine sachgerechte Anfechtung verunmöglicht. Das zeigt sich daran, dass er die Beweisanträge im Beschwerdeverfahren wiederholen musste. Das Bundesverwaltungsgericht kann ebenfalls nicht prüfen, ob die Vorinstanz die Vorbringen deshalb nicht prüfte, weil sie von einer Rechtskraftbelegung ausging, oder das Beweisverfahren in antizipierter Beweiswürdigung frühzeitig schloss. Da die Behandlung der Beweisanträge sich nicht überprüfen lässt, ist die Berücksichtigungspflicht jedenfalls in der Form der Begründungspflicht verletzt.

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). Der Berücksichtigungspflicht (E. 8) ist insoweit nicht Genüge getan, als jedenfalls die

Begründungspflicht verletzt ist. Die Verfügung enthält keine tatsächlichen Feststellungen zum Tatbestandsmerkmal der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank (E. 5.5). 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.

E. 10

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur neuen ergebnisoffenen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Nach der Rückweisung wird die Vorinstanz die Sachvorbringen und Beweisanträge des Beschwerdeführers in Bezug auf die durch die Bank begangene schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen einer Überprüfung zu unterziehen haben. Kommt sie zum Schluss, dass weitere Beweisabnahmen erforderlich sind, kann sie allenfalls eine Beweiselektion treffen. Gestützt auf die nötigen Beweisvorkehren hat sie die tatsächlichen Feststellungen zur Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank zu treffen und in der Sache neu zu verfügen.

E. 11.1

Entsprechend dem Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer im Hauptpunkt, 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. 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 Parteientschädigung von insgesamt Fr. 6'000.- (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.