

BVGer B-687/2016 vom 27. Februar 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-02-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-687_2016

FR: TAF B-687/2016 du 27 février 2020

IT: TAF B-687/2016 del 27 febbraio 2020

Regeste

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Darunter fällt grundsätzlich auch die von der Vorinstanz erlassene Verfügung (vgl. Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Da kein Ausschlussgrund nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Sinne der Art. 31 und 33 Bst. e VGG zuständig.

E. 1.2

Die Beschwerde richtet sich gegen die verfahrensabschliessende Verfügung der Vorinstanz vom 17. Dezember 2015. Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind Adressaten der angefochtenen Verfügung. Als Adressaten der angefochtenen Verfügung sind die Beschwerdeführenden durch die sie betreffenden Feststellungen und Anordnungen im Dispositiv der Verfügung berührt. Sie haben insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Verfügungsteile und sind daher in diesen Punkten im Sinne von Art. 48 VwVG beschwerdelegitimiert.

E. 1.3

Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Kostenvorschüsse sind fristgerecht einbezahlt worden (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmachten ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und die Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben.

E. 2.1

Die Beschwerdeführenden 1 und 2 rügen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da die Vorinstanz die verfahrensabschliessende Verfügung am 17. Dezember 2015 zur Unzeit erlassen habe. An diesem Datum seien noch die Verfahren B-3396/2015, B-7262/2015, B-6011/2015 sowie B-6648/2015 und B-6651/2015 hängig gewesen. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 argumentieren, dass mit diesen Beschwerdeverfahren die Zuständigkeit in dieser Sache gemäss Art. 54 VwVG an das Bundesverwaltungsgericht übergegangen sei. In diesem Fall sei ein umfassender Devolutiveffekt eingetreten und die FINMA habe somit die Zuständigkeit verloren, sich mit dem Streitgegenstand zu befassen. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 vertreten die Ansicht, dass nach der Rechtsprechung

eine *litis pendente* erlassene Verfügung der Vorinstanz den Streitgegenstand des Verfahrens nur insoweit beende, als sie den Anträgen der Beschwerde führenden Partei entspreche. Soweit den Anträgen der Beschwerde führenden Partei nicht stattgegeben wurde, bestehe hingegen der Rechtsstreit weiter. Diese Praxis solle auch im Verhältnis zwischen rechtshängigen Beschwerden gegen Zwischenverfügungen und Endverfügungen gelten. Eine Endverfügung dürfe von der Vorinstanz nur dann erlassen werden, wenn der Streitgegenstand der Zwischenverfügung unabhängig von jenem der Endverfügung sei. In dem hier zu beurteilenden Fall bestehe aber zwischen dem Streitgegenstand der vorinstanzlichen Zwischenverfügungen vom 8. Oktober 2015 bzw. 3. Dezember 2015 und der Hauptsache der verfahrensabschliessenden Verfügung vom 17. Dezember 2015 ein enger Zusammenhang, da namentlich die abgelehnte Fristerstreckung sich auf die Wahrnehmung der Parteirechte und damit auf das Ergebnis des Beweisverfahrens auswirke. Die verfahrensabschliessende Verfügung vom 17. Dezember 2015 hätte somit nach Ansicht der Beschwerdeführenden 1 und 2 erst dann erlassen werden dürfen, wenn die Beschwerdeverfahren gegen das Schreiben der FINMA vom 8. Oktober 2015 erledigt worden wären. Durch den Erlass der verfahrensabschliessenden Verfügung am 17. Dezember 2015 hätten die Beschwerdeführenden nicht mehr zum Untersuchungsbericht der Untersuchungsbeauftragten sowie zur Androhung der Liquidation Stellung nehmen können. Somit rügen die Beschwerdeführenden 1 und 2 sinngemäss, dass die Vorinstanz mit der Anfechtung von mehreren Zwischenverfügungen die Herrschaft über den Verfahrensgegenstand verloren habe, da die Verfahrensherrschaft an die Rechtsmittelinstanz übergegangen sei (Devolutiveffekt).

E. 2.2

Bei der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht handelt es sich um ein devolutes Rechtsmittel (Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, S. 317 Rz. 1286 ff.; für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren siehe die ausdrückliche gesetzliche Regelung in Art. 54 VwVG, mit Relativierung in Art. 58 VwVG). Mit der Einreichung der Beschwerde geht die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, auf die Beschwerdeinstanz über (Art. 54 VwVG; BGE 130 V 138 E. 4.2; 127 V 231 f. E. 2b/aa). Damit wird der Devolutiveffekt begründet, was bedeutet, dass mit der Einlegung eines Rechtsmittels die Streitsache an eine höhere Instanz gebracht wird und diese es nunmehr ist, die über die formelle Zulässigkeit des Rechtsmittels und über die materielle Begründetheit der Rechtsmittelvorbringen zu entscheiden hat (Urteil des BVGer A-4956/2012 vom 15. Januar 2013 E. 2.2.2). Bei angefochtenen Zwischenverfügungen verwirklicht sich der Devolutiveffekt einzig im Umfang des Streitgegenstands. So ist es sogar möglich, dass die Vorinstanz eine Endverfügung erlassen kann, wenn eine Zwischenverfügung angefochten wurde, da sich der Devolutiveffekt allein auf die im Rahmen dieses Anfechtungsobjekts und dieses Streitgegenstandes offenen Fragen erstreckt (Urteil des BVGer A-4956/2012 vom 15. Januar 2013 E. 2.2.2). Die Vorinstanz kann somit während der Anfechtung einer Zwischenverfügung eine Endverfügung erlassen, wenn sich der Streitgegenstand der beiden Verfügungen unterscheidet (Urteil des BVGer A-4956/2012 vom 15. Januar 2013 E. 2.2.2).

E. 2.3.1

Somit ist zu prüfen, inwiefern der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens sich von den anderen Verfahren unterscheidet. Beim vorliegenden Beschwerdeverfahren geht es um die Unterstellung der Beschwerdeführenden 1 und 2 unter die Vorschriften des

Börsengesetzes sowie um die Liquidation der Beschwerdeführenden 1. Der Streitgegenstand der angefochtenen Verfügung bildet insbesondere die Frage, ob die Beschwerdeführenden 1 und 2 die Bruttoumsatzschwelle in Höhe von Fr. 5'000'000'000.- überschritten haben und damit eine Bewilligung für Effektenhandel nach Börsengesetz hätten haben müssen. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 behaupten, dass die hier angefochtene Endverfügung nicht erlassen werden können, da der mit den Beschwerdeverfahren B-3396/2015, B-7262/2015, B-6011/2015, B-6648/2015 und B-6651/2015 jeweils eintretende Devolutiveffekt einer gültigen Endverfügung im Wege stehe.

E. 2.3.1.1

Zunächst ist festzustellen, dass die Beschwerdeverfahren B-6648/2015 und B-6651/2015 für das vorliegende Beschwerdeverfahren irrelevant sind, da die Verfahren B-6648/2015 und B-6651/2015 Dritte betreffen, die nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren mitwirken und entsprechend nicht dieselben Verfahrensparteien betrifft. Auf die separat eingereichten Beschwerden gegen die Urteile B-6648/2015 sowie B-6651/2015 trat das Bundesgericht zudem mit Urteil vom 23. März 2018, 2C_359/2017, 2C_360/2017, nicht ein. Ein Entscheid in den beiden Beschwerdeverfahren B-6648/2015 und B-6651/2015 hat demzufolge für das vorliegende Beschwerdeverfahren weder einen Devolutiveffekt noch eine zu beachtende Rechtskraft (vgl. BGE 142 II 243 S. 248 E. 2.3). Damit unterscheiden sich die Streitgegenstände der erwähnten Verfahren vom vorliegenden Beschwerdeverfahren. Die beiden Beschwerdeverfahren B-6648/2015 und B-6651/2015 können somit dem Erlass der hier angefochtenen Verfügung nicht im Wege stehen.

E. 2.3.1.2

Das Urteil des BVGer B-3396/2015 vom 14. April 2016 hatte die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen sowie die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten bei der Beschwerdeführenden 1 zum Streitgegenstand. Die Beschwerdeführende 1 erhob am 27. Mai 2015 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Dieses lehnte mit Zwischenverfügung vom 26. Juni 2015 den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab; auf ein hiergegen gerichtetes Rechtsmittel trat das Bundesgericht nicht ein (Urteil des BGer 2C_642/2015 vom 9. November 2015). Die gegen das Urteil des BVGer B-3396/2015 vom 14. April 2016 (betreffend Vorsorgliche Massnahmen und Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten) erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des BGer 2C_407/2016 vom 5. Oktober 2016 abgewiesen. Da im Beschwerdeverfahren B-3396/2015 keine aufschiebende Wirkung gegeben war, stand es der Vorinstanz frei, das Verfahren unter Mitwirkung der eingesetzten Untersuchungsbeauftragten I. _____ AG fortzusetzen. Insofern stand das inzwischen rechtskräftige Beschwerdeverfahren B-3396/2015 (bzw. Urteil des BGer 2C_407/2016 vom 5. Oktober 2016) mangels relevantem Devolutiveffekt dem Erlass der hier angefochtenen Endverfügung nicht entgegen.

E. 2.3.1.3

Am 10. November 2015 erhoben die Beschwerdeführenden 1 und 2 gegen ein Schreiben der Vorinstanz vom 8. Oktober 2015 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Beschwerdeverfahren B-7262/2015). Die beiden Parteien ersuchten die Vorinstanz um eine Fristerstreckung, damit die Parteien mehr Zeit für die Abfassung einer Stellungnahme zum Untersuchungsbericht haben. Die Fristerstreckung wurde von der Vorinstanz mit

Schreiben vom 8. Oktober 2015 nur teilweise gewährt. Die Parteien konnten nach Erlass der Endverfügung ihren Rechtsschutz wahren und tun dies im vorliegenden Verfahren. Mit der teilweisen Gutheissung der Fristerstreckung wurde keine verbindliche Anordnung verfügt (vgl. Urteil des BVGer B-7262/2015 vom 19. April 2017 E. 1.2). Des Weiteren wurde mit der Beschwerde im Verfahren B-7262/2015 gerügt, dass keine Akteneinsicht und kein Zutritt zu Räumlichkeiten oder Zugang zur Infrastruktur möglich gewesen sei. Diese Akteneinsicht wurde inzwischen nachgeholt. Schliesslich verlangten die Beschwerdeführenden 1 und 2 die Freigabe von Mitteln der Beschwerdeführenden 1 zwecks Prozessverteidigung im Enforcementverfahren sowie die Einvernahme von diversen Personen und die Umsetzung von beantragten Massnahmen, damit die Beschwerdeführende 1 jenseits des Anwendungsbereiches des Börsengesetzes handeln könne. Inzwischen wurde das Urteil des BVGer B-7262/2015 vom 19. April 2017 rechtskräftig. Das Beschwerdeverfahren B-7262/2015 hatte nicht die Frage der Unterstellung unter das Börsengesetz zum Gegenstand. Somit unterscheidet sich der Streitgegenstand der hier angefochtenen verfahrensabschliessenden Verfügung ebenfalls von jenem Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens B-7262/2015. Entsprechend ist insoweit kein Devolutiveffekt gegeben, der die Vorinstanz daran hätte hindern können, die hier angefochtene Verfügung zu erlassen.

E. 2.3.2

Wie bereits erwähnt, kann die Vorinstanz während der Anfechtung einer Zwischenverfügung eine Endverfügung erlassen, wenn der Streitgegenstand unterschiedlich ist. Aus der voranstehenden Erwägung ergibt sich somit, dass sich der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens von denjenigen der Beschwerdeverfahren B-3396/2015, B-7262/2015, B-6011/2015, B-6648/2015 und B-6651/2015 unterscheidet. Damit konnte und durfte die Vorinstanz während den laufenden Beschwerdeverfahren die verfahrensabschliessende Verfügung erlassen, die Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet. Entsprechend erweist sich die Rüge der Beschwerdeführenden, dass die Vorinstanz "zur Unzeit" verfügt und damit das rechtliche Gehör verletzt habe, als unbegründet.

E. 2.4

Die Beschwerdeführenden rügen die unerlaubte Übertragung von hoheitlichen Kompetenzen auf die Untersuchungsbeauftragte, welche die Abklärung oder die Umsetzung von der ihr angeordneten aufsichtsrechtlichen Massnahmen und das Ermessen der Vorinstanz überschreiten (vgl. Beschwerdeschrift S. 58 f.). Dabei beziehen sich die Beschwerdeführenden ausschliesslich auf die superprovisorische Verfügung vom 5. März 2015 und die provisorische Verfügung vom 24. April 2015 und nicht auf die angefochtene Verfügung. Zudem wurde diese provisorische Verfügung bereits rechtskräftig vom Bundesgericht beurteilt (Urteil des BGer 2C_407/2016 vom 5. Oktober 2016). Soweit die Beschwerdeführenden die Kostenregelung der superprovisorischen und provisorischen Verfügungen (vgl. Beschwerdeschrift S. 59 f.) rügen, ist ebenfalls darauf zu verweisen, dass diese bereits rechtskräftig sind (Urteil des BGer 2C_407/2016 vom 5. Oktober 2016). Für die Rügen der Beschwerdeführenden bezüglich der fehlerhaften Beurteilung des Marktverhaltens, ist auf die parallelen Beschwerdeverfahren zu verweisen, mit denen die Verfügungen betreffend Marktverhalten angefochten werden (vgl. die Beschwerdeverfahren B-4757/2017 und B-4762/2017). Soweit sich die Beschwerdeführenden auf andere Verfügungen, bereits rechtskräftig beurteilte

Verfügungen oder Sachverhalte ausserhalb des hier relevanten Streitgegenstandes beziehen, sind diese Rügen unbegründet.

E. 3

Die Beschwerdeführenden stellen zahlreiche Beweis- und Editionsbegehren (vgl. Beschwerde vom 1. Februar 2016 sowie die Eingabe vom 8. Juni 2016). Dazu gehören die Parteieinvernahme des Beschwerdeführenden 2 sowie die Befragung von zwei Privatgutachtern und von 13 Zeugen. Von diesen Zeugen arbeiten zehn Personen bei der Vorinstanz und drei Personen sind bei der SIX Swiss Exchange tätig. Die Beschwerdeführenden verlangen weiter mit Schreiben vom 8. Juni 2016 Einsicht in die Unterlagen zum Evaluations- und Ausschreibungsverfahren sowie Entscheidungsfindung für die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten i.S. Beschwerdeführende 1 sowie diesbezüglich die Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und der Untersuchungsbeauftragten. Zudem sei die Auswertung der Daten der Untersuchungsbeauftragten auch bis Ablauf der Beschwerdefrist den Beschwerdeführenden nicht zur Verfügung gestanden. Im Übrigen seien die Unterlagen zum Evaluations- und Ausschreibungsverfahren sowie Entscheidungsfindung für die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten i.S. Beschwerdeführende 1 zu den Verfahrensakten zu nehmen. Zum jetzigen Zeitpunkt könnten die Beschwerdeführenden nicht beurteilen, inwiefern es für die Zuteilung des Mandats an die Untersuchungsbeauftragte relevant gewesen sei, dass deren Mandatsleiter zulasten der Beschwerdeführenden voreingenommen gewesen seien. Die Voreingenommenheit ergebe sich aus der zwischen Vorinstanz und Untersuchungsbeauftragten gegen die Beschwerdeführenden abgesprochene Strategie, insbesondere da weder die Untersuchungsbeauftragte noch die Vorinstanz auf sämtliche Anträge und Begehren der Beschwerdeführenden eingegangen sei.

E. 3.1

Aus dem Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs folgt u. a. der Anspruch auf Abnahme der von einer Partei angebotenen Beweise (BGE 127 I 54 E. 2b; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 33 Abs. 1 VwVG). Diese Beweismittel sind von der Behörde abzunehmen, wenn die ihr angebotenen Beweise zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Beweisabnahmepflicht; Urteil des BGer 2C_483/2013 vom 13. September 2013 E. 3.1.1). Angebotene Beweise müssen nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen (Urteil des BGer 2C_1019/2013, 2C_1027/2013, 2C_1051/2013 vom 2. Juni 2014 E. 4.1). Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil die antizipierte Beweiswürdigung ergibt, dass die Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung an sich abgeht oder die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist und angenommen werden kann, dass die Durchführung des Beweises im Ergebnis nichts ändern wird (BGE 130 II 425 E. 2.1; Urteile des BGer 2C_712/2011 vom 19. Januar 2012 und 2C_115/2007 vom 11. Februar 2008 E. 2.2). Die Beschwerdeführenden bringen nicht vor, welchen Erkenntnisgewinn im Vergleich zu den Akten die Einvernahme der zehn erwähnten Personen der Vorinstanz, drei Personen von der SIX Swiss Exchange sowie zwei weiteren Personen hervorbringen soll (vgl. vorne E. 3). Von der SIX Swiss Exchange wird u.a. der erste Unterzeichner des Untersuchungsberichts 26/13 der SIX Swiss Exchange als Zeuge angerufen. Für das Bundesverwaltungsgericht sind die Akten, insbesondere die quantitativen Auswertungen des 165 Seiten umfassenden Untersuchungsberichts 26/13 der

SIX Swiss Exchange sowie die Abklärungen der Untersuchungsbeauftragten genügend aussagekräftig. Dies insbesondere aufgrund der Tatsache, da sich der Untersuchungsbericht der SIX Swiss Exchange auf das Marktverhalten und nicht auf die erzielten Handelsumsätze bezieht. Die Handelsumsätze ergeben sich aus dem Untersuchungsbericht der Untersuchungsbeauftragten und den in den Akten enthaltenen Aufzeichnungen der Handelsdaten. Im Übrigen haben die beantragten Zeugen die erzielten Umsätze nicht selbst wahrgenommen. Demzufolge sind ihre Wahrnehmungen auch nicht geeignet, elektronisch erfasste Handelsdaten wiederzugeben. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich der Beschwerdeführende 2 an der öffentlichen Parteiverhandlung vom 21. Mai 2019 zum Sachverhalt äussern konnte (dazu unten E. 9.5.7.1). Die Beschwerdeführenden verweisen auf den Untersuchungsbericht 26/13 der SIX Swiss Exchange AG (act. FINMA 1 001 ff.). Dieser Bericht inkl. der darin enthaltenen Korrespondenz zeige nach Ansicht der Beschwerdeführenden, dass überhaupt kein systematisches marktmanipulatives Verhalten gegeben sei. Da die Beschwerdeführenden ebenfalls Anträge stellen, Mitarbeiter der SIX Swiss Exchange zu befragen, ist die Eingabe der Beschwerdeführenden wohl dahingehend zu verstehen, dass diese Zeugen den Bericht der SIX Swiss Exchange erläutern sollen. Dieser Bericht bezieht sich allerdings auf den Themenkomplex "Marktverhalten" und nicht auf den Themenkomplex "Unterstellung". Entsprechend ist dieser Bericht nicht für das Beschwerdeverfahren B-687/2016 sondern allenfalls für das Beschwerdeverfahren B-4762/2017 relevant. Daraus folgt, dass die Zeugen der SIX Swiss Exchange nicht für das vorliegende Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen sind. Im Übrigen spricht der Bericht der SIX Swiss Exchange für sich selbst, soweit dafür Umsatzschwellen hergeleitet werden können. Die anderen beantragten Zeugen sollen zu Tatsachen aussagen, die sich aus den Akten ergeben. Zudem haben diese Zeugen die behaupteten Tatsachen gar nicht selbst wahrgenommen. Ein paar Briefe und Emails von einigen der genannten Personen befinden sich in den Akten. Des Weiteren sind Rechtsschriften der als "Zeugen" bezeichneten Personen vorhanden; diese "Zeugen" sind bei der Vorinstanz angestellt und für die Vorinstanz für dieses Verfahren verantwortlich. Vorliegend geht es insbesondere um die Frage, ob die Beschwerdeführenden aufgrund der erzielten Börsenhandelsumsätze dem Börsengesetz zu unterstellen sind. Die hier zu prüfenden Umsätze lassen sich den Akten entnehmen und die vom Beschwerdeführenden 2 als "Zeugen" bezeichneten Personen haben die erzielten Umsätze gar nicht selbst wahrgenommen. Da die Zeugen gar keine rechtserheblichen Aussagen zu den Handelsumsätzen machen können, liegt im Hinblick auf die Beurteilung der Handelsumsätze ein untauglicher Beweisantrag vor. Dasselbe gilt für den beantragten Parteigutachter; er hat ebenfalls die erzielten Umsätze nicht beobachtet. Die Umsätze wurden von der SIX Swiss Exchange, E. _____ AG und von der F. _____ AG auf Basis der jeweiligen Trading Accounts des Beschwerdeführenden 2 sowie der Mitarbeiter der Beschwerdeführenden 1 ermittelt. Der Beweis für die Ermittlung der Umsätze ist anhand der vorliegenden Datenreihen zu führen. Diese Datensätze liegen auch den Beschwerdeführenden 1 und 2 vor. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Untersuchungsbeauftragte im Wesentlichen die von der SIX Swiss Exchange zur Verfügung gestellten Daten zusammengetragen hat. Entsprechend ist in antizipierter Beweiswürdigung auf die beantragten zusätzlichen Beweismittel im Zusammenhang mit der Untersuchungsbeauftragten zu verzichten, da sich aus diesen Unterlagen keine weitere Erkenntnis gewinnen lässt als aus den Rohdaten, die bereits von der SIX Swiss Exchange, der F. _____ AG und des Trading Accounts bei der E. _____ AG bezogen und im Untersuchungsbericht zusammengetragen wurden, ergeben. Demzufolge sind die

Beweisbegehren abzuweisen.

E. 3.2

Das Akteneinsichtsrecht erstreckt sich nicht auf verwaltungsinterne Akten der Vorinstanz, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, welche vielmehr ausschliesslich der Willensbildung dienen und somit für den verwaltungsinternen Eigengebrauch bestimmt sind (Urteil des BGer 2C_1044/2016 vom 6. August 2018, E. 3.3; vgl. Waldmann/Oeschger, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 65 ff. zu Art. 26 VwVG). Des Weiteren umfasst das Akteneinsichtsrecht nur verfahrensbezogene Unterlagen und Informationsträger, die geeignet sind, die Grundlage eines (späteren) Entscheides zu bilden. Mit ihrer Stellungnahme vom 28. Juni 2016 hat die Vorinstanz erklärt, dass sie sämtliche Verfahrensakten mit Bezug zum vorliegenden Verfahrensgegenstand gegenüber den Beschwerdeführenden und dem Bundesverwaltungsgericht offengelegt hat. Die Beschwerdeführenden beziehen sich mit ihrem Akteneinsichtsgesuch auf verwaltungsinterne Unterlagen, namentlich auf Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und der Untersuchungsbeauftragten. Diese Korrespondenz ist für das Verfahren nicht relevant. Soweit dies ersichtlich ist, hat die Vorinstanz sämtliche Unterlagen und Beweismittel, die einen Bezug zum vorliegenden Verfahren haben, offengelegt. Es gibt im vorliegenden Verfahren keine Anhaltspunkte, dass die Verfahrensakten unvollständig sind. Der Antrag auf Einsicht in die Korrespondenz zwischen Vorinstanz und Untersuchungsbeauftragten ist somit abzuweisen.

E. 4.1

Die Beschwerdeführenden bringen vor, dass allgemeine Verfahrensgarantien verletzt worden seien. Sinngemäss behaupten die Beschwerdeführenden zunächst, dass die Grundsätze des Strafverfahrens auf das Enforcementverfahren der FINMA angewandt werden sollen. Dies sei insbesondere deshalb relevant, da nach Ansicht der Beschwerdeführenden die Unterlassungsanweisung und deren Veröffentlichung (Ziff. 12 ff. der angefochtenen Verfügung) einem Berufsverbot gleichkäme und die Liquidation der Beschwerdeführenden 1 repressiven und damit strafrechtlichen Charakter hätten. Eine Nichtanwendung der strafrechtlichen Verfahrensgarantien und Verfahrensrechte hätten nach Ansicht der Beschwerdeführenden die Konsequenz, dass das Recht auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verletzt würde. Die Beschwerdeführenden hätten im hier betreffenden Finanzmarktenforcementverfahren ihr Recht auf Aussageverweigerung nicht ausüben können.

E. 4.2.1

Das Bundesverwaltungsgericht hatte schon mehrmals die Frage thematisiert, inwiefern Verfügungen im Bereich des Finanzmarktenforcementverfahrens eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellen (vgl. die Urteile des BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015 E. 3.3, B-6584/2013 vom 18. Januar 2016 E. 3.3 sowie B-797/2012, B-19/2012 vom 27. November 2013 bzw. BVGE 2013/59 E. 9; Lukas Müller/Julia Haas/Natalie V. Stauber, FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen, GesKR 3/2019, S. 391 ff.; Damian K. Graf, Berufsverbote im Straf- und Finanzmarktrecht, GesKR 3/2019, S. 372 ff.; Melanie Gottini/Hans Caspar von der Crone, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 6/2016, S. 640 ff.). Dabei orientiert sich das Bundesverwaltungsgericht mitunter an den Leitsätzen des Europäischen Gerichtshofs für

Menschenrechte (EGMR). Der EGMR stützt sich zur Bestimmung des Begriffs "strafrechtliche Anklage" im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in ständiger Rechtsprechung auf drei grundsätzlich alternativ anzuwendende Kriterien (sog. "Engel-Kriterien" nach dem grundlegenden Urteil des EGMR, Urteil Engel gegen die Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Nr. 22; vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2; BVGE 2013/59 E. 9.3.1; Urteil des BGer 2C_177/2019 vom 22. Juli 2019; Müller/Haas/Stauber, a.a.O., S. 392 f.). Als erstes Kriterium wird geprüft, ob die (angeblich) verletzte Regelung landesintern dem Strafrecht oder einem anderen Rechtsbereich zugeordnet wird. Als zweites Kriterium wird die Natur der Zuwiderhandlung untersucht, wobei für die Beurteilung, ob es sich um ein Vergehen strafrechtlicher oder disziplinarischer Natur handelt, insbesondere auf den Regelungsgegenstand und den Kreis der Adressaten abgestellt wird. Richtet sich eine Regelung (zumindest potenziell) an die Allgemeinheit, spricht das für deren strafrechtlichen Charakter (Urteil des BGer 8C_417/2010 vom 6. September 2010 E. 4.2.2). Bezieht sich eine Regelung demgegenüber auf einen beschränkten Adressatenkreis wie eine Disziplinarnorm im Bereich der staatlichen Aufsicht über die freien Berufe, spricht dies für einen disziplinarrechtlichen Charakter (in Bezug auf Disziplinarmaßnahmen bei Anwälten vgl. BGE 128 I 346 E. 2.2 f.; Urteil des BGer 2C_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3; BVGE 2013/59 E. 9.3.1). Das dritte Kriterium bezieht sich auf die Natur und Schwere der angedrohten Strafe, wobei jeweils auf die theoretisch höchstmögliche Sanktion abzustellen ist (vgl. Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Kehl 2009, Rz. 26 ff. zu Art. 6 EMRK; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012, § 24 Rz. 20). Liegt eine strafrechtliche Anklage vor, hat der Betroffene Anspruch auf die spezifischen in Art. 6 EMRK verankerten Verfahrensgarantien (BVGE 2013/59 E. 9.3.1; Müller/Haas/Stauber, a.a.O., S. 392 f.).

E. 4.2.2

Die Beschwerdeführenden behaupten, dass der EGMR im Fall Grande Stevens u.a. gegen Italien vom 4. März 2014, 18640/10, entschieden habe, dass für ein Finanzmarktenforcementverfahren zwingend Strafverfahrensrecht und die damit verbundenen Verfahrensgarantien zu beachten seien. Im Fall Grande Stevens wurde drei Italienern sowie zwei in Italien registrierten Unternehmungen die Verletzung der börsenaufsichtsrechtlichen Marktmanipulationsvorschriften vorgeworfen (Urteil Grande Stevens u.a. §§ 20 ff.). Dieser Fall wurde nach dem anwendbaren italienischen Gesetzeserlass nicht von Bestimmungen erfasst, die als Strafrecht sondern als Verwaltungsrecht bezeichnet wurde (vgl. Marco Ventrizzo, When Market Abuse Rules Violate Human Rights: Grande Stevens v. Italy and the Different Approaches to Double Jeopardy in Europe and the US, European Business Organization Law Review, 2015, S. 163). Im Fall "Grande Stevens" hat die zuständige italienische Verwaltungsbehörde "Commissione Nazionale per le Società e la Borsa" (CONSOB) erstinstanzlich geurteilt, dass Grande Stevens u.a. jeweils im Sinne von "administrativen Bussen" Beträge in Höhe von 3'000'000 bis 5'000'000 Euro an den Staat zu zahlen hatten, wobei diese Beträge im italienischen Rechtsmittelverfahren reduziert wurden (Urteil Grande Stevens u.a. §§ 25 ff.). Der EGMR prüfte die "administrativen Bussen" anhand der Engel-Kriterien und gelangte zum Ergebnis, dass die angedrohten Sanktionen eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellt und diese Geldstrafen somit strafrechtlicher Natur sind (Urteil Grande Stevens u.a. §§ 95 ff.). Demzufolge waren im Fall "Grande Stevens u.a." die strafrechtlichen Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK anzuwenden (vgl. Urteil Grande Stevens u.a. §§ 95 ff.; Ventrizzo, a.a.O., S. 145 ff.; Niggli/Maeder, Das

Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA), in: Jusletter 7. März 2016, Rz. 82 f.; Müller/Haas/Stauber, a.a.O., S. 392 f.; Ines Meier, Der Dualismus von Verwaltungs- und Strafverfahren, illustriert am Recht des Strassenverkehrs, der Finanzmarktaufsicht und der Heilmittelordnung, Diss. Zürich, Zürich 2017, S. 147). Das streitgegenständliche Beschwerdeverfahren unterscheidet sich jedoch insofern vom Sachverhalt des Falls "Grande Stevens", dass hier keine Geldstrafen oder andere monetäre Sanktionen verfügt wurden, zumal die Vorinstanz überhaupt keine Kompetenz hat, Geldstrafen (oder "administrative fines" bzw. "administrative Bussen" im Sinne des Urteils Grande Stevens §§ 25 ff. und §§ 95 ff.) auszufällen. Demzufolge lässt sich aus dem EGMR-Urteil "Grande Stevens" nichts zugunsten der Beschwerdeführenden ableiten.

E. 4.2.3

Entgegen dem Inhalt der angefochtenen Verfügung vertreten die Beschwerdeführenden die Ansicht, dass der Beschwerdeführende 2 mit der angefochtenen Verfügung ein lebenslanges Berufsverbot erhalten habe. Das gegen den Beschwerdeführenden 2 vorgesehene Berufsverbot sei seiner Ansicht nach per Definitionem eine Streitigkeit in Bezug auf [sic!] zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK, weshalb man in diesem Fall gemäss den "Engel"-Kriterien des EGMR zum Schluss kommen müsse, dass Strafrecht anwendbar sei. Die Beschwerdeführenden (miss-)verstehen die Unterlassungsanweisung in dem Sinne, als dass es sich hier um ein lebenslanges Berufsverbot handeln solle, wonach der Beschwerdeführende 2 nie mehr "ohne Bewilligung" eine finanzmarktrechtliche Tätigkeit ausüben dürfe. Im Dispositiv sei eine Strafandrohung vermerkt, die unbefristet und somit lebenslänglich gelte, sollte der Beschwerdeführende 2 gegen diese Unterlassungsanweisung verstossen. Entsprechend könne keine Rede davon sein, dass es sich nur um eine "Warnung" bzw. "blosse Erinnerung" handle, sich an das Gesetz zu halten, wie dies die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung umschreibe. Die Unterlassungsverfügung werde damit nach Ansicht der Beschwerdeführenden zu einem unbefristeten Berufsverbot mit präventiver und repressiver Zielsetzung. Zudem halte Art. 5 FINMAG fest, dass die Finanzmarktaufsicht nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubiger und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte bezwecke. Dies sei gerade ein allgemeines Interesse, das vom Strafrecht geschützt werde. Im Sinne von Art. 33 Abs. 2 FINMAG könne das Berufsverbot für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden, obschon die wirtschaftlichen Folgen eines solchen Berufsverbotes - insbesondere, wenn sie mit einer "naming and shaming"-Publikation verbunden würden - viel schwerer wiegen würden. Aus der Veröffentlichung dieses Berufsverbots, welches für unbestimmte Dauer ab Rechtskraft der angefochtenen Verfügung gegen den Beschwerdeführenden 2 auferlegt worden sei, ergebe sich, dass gemäss den Engel-Kriterien entsprechend eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliege. Weiter führen die Beschwerdeführenden aus, falls die Ansicht vertreten werde, dass die Unterlassungsanweisung kein Berufsverbot darstelle, so fehle eine gesetzliche Grundlage für die Unterlassungsanweisung. Sofern man die Unterlassungsanweisung aus Art. 31 FINMAG ableiten wolle, dann wäre dies laut den Beschwerdeführenden ein Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot. Ohnehin würden die gleichen Überlegungen zum Berufsverbot auch für die Unterlassungsanweisung gelten. Somit sei die Unterlassungsanweisung nicht nur präventiver, sondern repressiver Natur und habe strafrechtlichen Charakter. Da mit dem Erlass der Unterlassungsanweisung auch die Liquidation der Beschwerdeführenden 1 angeordnet werde, sei dies nach Ansicht der Beschwerdeführenden eindeutig sowohl

präventiver als auch repressiver Natur. Dasselbe gelte für die Veröffentlichung der Unterlassungsanweisung. Es ginge bei diesen Massnahmen nicht um einen Schadensausgleich. Zudem würde der Beschwerdeführende 2 gar nicht einem Sonderstatus unterstehen, da er nicht Träger einer Bewilligung sei. Selbst wenn ein Sonderstatusverhältnis vorliegen würde, dann schliesse dies die Berufung auf Art. 6 EMRK nicht aus. Damit führe das zweite Engel-Kriterium zur Bejahung des strafrechtlichen Charakters des von der Vorinstanz geführten Verfahrens (Art. 53 i.V.m. Art. 33 FINMAG). Entsprechend hätten nach Ansicht der Beschwerdeführenden im finanzmarktrechtlichen Enforcementverfahren strafrechtliche Verfahrensgarantien angewandt werden müssen.

E. 4.2.4

Zunächst verwechseln die Beschwerdeführenden das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG mit der Unterlassungsanweisung. Laut Art. 33 FINMAG kann im Falle einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten für die Dauer von maximal fünf Jahren untersagen; hierbei handelt es sich um ein Berufsverbot. Das Berufsverbot ist indessen von der Unterlassungsanweisung zu unterscheiden. Nach Art. 31 FINMAG sorgt die Aufsichtsbehörde für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands und für die Beseitigung der Missstände. Mit dem ausdrücklichen Verbot, zukünftig ohne Bewilligung gewerbsmässig Kundengelder entgegenzunehmen, wird dem Betroffenen lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt (vgl. BGE 135 II 356 E. 5.1 S. 365; Urteile des BGer 2C_176/2014 vom 19. Juli 2014 E. 3.1; 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.1). Laut der Unterlassungsanweisung soll der Beschwerdeführende 2 keine bewilligungspflichtige finanzmarktrechtliche Tätigkeit ohne Bewilligung ausüben. Hierzu gehören insbesondere die bewilligungslose Ausübung einer gewerbsmässigen Effektenhändlerstätigkeit und die dazu gehörende Werbung in irgendeiner Form, da diese Aktivitäten nach Art. 44 FINMAG strafbar sind. Art. 44 FINMAG sieht vor, dass "wer vorsätzlich ohne Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung eine nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtige Tätigkeit ausübt" mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird (Abs. 1), wobei fahrlässige Verstösse mit Busse bis zu Fr. 250'000.- bestraft werden (Abs. 2). Art. 48 FINMAG enthält eine Strafandrohung für die Missachtung von Verfügungen der FINMA. Die strafrechtlichen Verfahrensgarantien kommen dann zur Anwendung, wenn eine Person beschuldigt wird, sie habe gegen strafrechtliche Normen - wie z.B. Art. 44 oder Art. 48 FINMAG - verstossen und wenn deshalb ein Strafverfahren eingeleitet wird (vgl. z.B. Niggli/Maeder, a.a.O., Rz. 6). Dies ist hier allerdings nicht der Fall. Die Grundrechte des Beschwerdeführenden 2 sind nicht intensiver tangiert, als dies ohne eine solche Unterlassungsanweisung der Fall wäre. Selbst wenn davon auszugehen wäre - wie die Beschwerdeführenden dies behaupten -, dass es sich bei der Unterlassungsanweisung um ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG handeln würde, dann wäre für diesen Fall darauf hinzuweisen, dass ungeachtet der repressiven Elemente, welche das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG enthält (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2848, 2882), diese Sanktion nach nationalem Recht als administrativ und nicht als strafrechtlich zu qualifizieren ist (vgl. BGE 142 II 243 E. 3.4; Urteil des BGer 2C_177/2019 vom 22. Juli 2019, E. 5.1; Felix Uhlmann, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011 S. 442; Damian Graf, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 2014, S. 1201). Ihrer Natur nach richtet sich das Berufsverbot denn auch nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen in leitender Stellung bei einer

oder einem Beaufichtigten und damit an einen spezifischen Berufsstand, welcher durch die Sanktionsandrohung zu einer im Sinne des Aufsichtsrechts korrekten Berufsausübung angehalten werden soll (vgl. Hsu/Bahar/Flühmann, Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl. 2019 [nachfolgend: BSK FINMAG], N. 5 ff. zu Art. 33 FINMAG; widersprüchlich Niggli/Maeder, a.a.O., N. 12, N. 16, N. 49). Ein Berufsverbot hat seine Rechtsgrundlage in Art. 33 FINMAG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses (Art. 5 FINMAG; BGE 142 II 243 E. 3.4). Im Übrigen hat das Bundesgericht bereits entschieden, dass die strafrechtlichen Verfahrensgarantien im Kontext von Art. 33 FINMAG nicht zur Anwendung gelangen (vgl. BGE 142 II 243 E. 3.4; Urteil des BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2014 E. 3.3; BVGE 2013/59 E. 9.4.1; Ines Meier, a.a.O., S. 130).

E. 4.2.5

Im vorliegenden Fall soll die Unterlassungsanweisung nach Eintritt der Rechtskraft der Endverfügung veröffentlicht werden. Nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen, falls eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt. Diese verwaltungsrechtliche Massnahme setzt eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss im Einzelfall verhältnismässig sein. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht (Urteile des BGer 2C_122/2014 vom 19. Juli 2014 E. 6.1, 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1 und 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1). Die Veröffentlichung gemäss Art. 34 FINMAG stellt eine verwaltungsrechtliche Sanktion dar und bezweckt als solche eine abschreckende und generalpräventive Wirkung (vgl. Hsu/Bahar/Renninger, BSK FINMAG, N. 9 zu Art. 34 FINMAG). Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes - die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) und die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten (Individualschutz) - müssen die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen (Urteile des BGer 2C_359/2012 vom 1. November 2012 E. 3.2; 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2; 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1). Obschon Sanktionen im Finanzmarktrecht notwendig sind, um die Marktintegrität sicherzustellen, ist dabei zu berücksichtigen, dass eine Überkriminalisierung von Wirtschaftsaktivitäten sowie die Verletzung von Verfahrensgarantien ebenso disruptiv für das Wirtschaftsleben sein können wie Verletzungen der Finanzmarktgesetze (vgl. Vantoruzzo, a.a.O., S. 163).

E. 4.2.6

Im Folgenden werden die drei Engel-Kriterien für die Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG) geprüft, um zu untersuchen, ob Verfahrensgarantien verletzt wurden (vgl. Urteil des EGMR, Engel gegen die Niederlande vom 8. Juni 1976, §§ 82 ff., Serie A Nr. 22; Urteil des EGMR, Grande Stevens u.a. §§ 94 ff.; vgl. auch BGE 139 I 72 E. 2.2.2; BVGE 2013/59 E. 9.3.1).

E. 4.2.6.1

Was die Frage der landesrechtlichen Qualifikation betrifft, so ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes, dass die Vorinstanz nur Verfügungen veröffentlichen kann, die als Ergebnis eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens erlassen wurden. Dieser gesetzliche Kontext qualifiziert die Veröffentlichung daher als eine Art Disziplinarsanktion (Urteil des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.1).

E. 4.2.6.2

Ob diese Zuordnung gemäss innerstaatlichem Recht auch der "Natur der Widerhandlung" entspricht, bestimmt sich in erster Linie nach dem Adressatenkreis der Regelung. Richtet sich eine Regelung (zumindest potentiell) an die Allgemeinheit, spricht das für deren strafrechtlichen Charakter (Urteil des BGer 8C_417/2010 vom 6. September 2010 E. 4.2.2; Urteil des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.2). Widerhandlungen, die Anlass zu einer zu veröffentlichenden Verfügung nach Art. 34 FINMAG geben, sind nach der Definition des Gesetzes "schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen". Der Adressatenkreis umfasst damit ausschliesslich Personen, die der Aufsicht der Vorinstanz unterstehen. Ob dies der Fall ist, ergibt sich insbesondere aus der nicht abschliessenden Liste gemäss Art. 3 FINMAG (vgl. Urteile des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.2 und B-1215/2009 vom 9. November 2010 E. 4.2). So können nicht nur die juristischen Personen selbst, sondern auch Personen in leitender Stellung oder Organe der Beaufsichtigten Adressaten derartiger aufsichtsrechtlicher Verfügungen sein (vgl. Art. 33 FINMAG; Urteil des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.2). Auch der im vorliegenden Fall in Frage stehende Vorwurf, ohne Bewilligung als gewerbmässige Effektenhändler tätig gewesen zu sein, kann sich nur gegen Personen richten, die eine Aktivität auf dem Finanzmarkt ausüben und damit ausdrücklich unter die Aufsicht der Vorinstanz fallen (vgl. Art. 3 Bst. a FINMAG). Insofern ist der mögliche Adressatenkreis beschränkt, was für die Qualifikation als Disziplinarsanktion spricht.

E. 4.2.7

Die Auffassung, wonach die Publikation einer aufsichtsrechtlichen Verfügung eine repressive verwaltungsrechtliche Sanktion mit primär generalpräventiver Zweckrichtung darstelle, bezieht sich insofern vor allem auf Sachverhalte, in denen die Vorinstanz eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch ein bewilligtes Institut feststellt. Geht es dagegen - wie im vorliegenden Fall - um die Publikation eines Werbeverbots als Sanktion einer unerlaubten Ausübung von bewilligungspflichtigen finanzmarktrechtlichen Tätigkeiten, so steht weniger die repressive Wirkung im Vordergrund als vielmehr der Schutz des Publikums bzw. potentieller künftiger Anleger, die vor dem Adressaten des Werbeverbots gewarnt werden sollen (Urteil des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.3). Das vorrangige Ziel der Sanktion ist somit kein repressives, sondern eher ein präventives. Auch dieser Umstand spricht für die Qualifikation als Disziplinarsanktion (vgl. BGE 128 I 346 E. 2.2; Urteil des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.3).

E. 4.2.8

Die gesetzliche Ordnung sieht für die in Frage stehende unerlaubte Tätigkeit an sich auch eine eigentliche repressive Sanktion vor, nämlich die in Art. 44 FINMAG vorgesehene Strafdrohung. Diese Bestimmung sanktioniert die vorsätzliche Ausübung einer Tätigkeit ohne Bewilligung, die nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtig ist, wobei die fahrlässige Handlung mit Busse bis zu Fr. 250'000.- bestraft wird. Mit dem aufsichtsrechtlichen Verfahren einerseits, das in

einer zu veröffentlichenden Verfügung münden kann, und dem möglichen Strafverfahren wegen einer Verletzung von Art. 44 FINMAG andererseits bestehen somit nebeneinander zwei verschiedene, je anderen Prozessgrundsätzen gehorchende Verfahren, die sich gegenseitig nicht präjudizieren (Urteil des BGer 2C_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.3.4) und die in unterschiedlichen Sanktionen mit je anderer Zweckrichtung münden können. Der Vergleich zeigt somit, dass die in Art. 44 FINMAG vorgesehenen Sanktionen eigentliche strafrechtliche Sanktionen sind, während die Veröffentlichung der Verfügung nach Art. 34 FINMAG daneben lediglich eine Art Disziplinarsanktion darstellt. Diese gegenseitige Unabhängigkeit spricht eher gegen eine Anwendung von Art. 6 EMRK (vgl. Urteil des EGMR 44485/98 vom 13. September 2007 i.S. Moullet gegen Frankreich § 1 f.).

E. 4.2.9

Auch eine Disziplinarsanktion kann ausnahmsweise als derart schwer erachtet werden, um das betreffende Verfahren als strafrechtliche Anklage im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu qualifizieren. In Betracht fallen diesbezüglich typischerweise Freiheitsstrafen oder hohe Bussen, wobei jeweils auf die für die betreffende Regelverletzung theoretisch höchstmögliche Sanktion abzustellen ist (vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte EGMR 18996/91 vom 24. September 1997 i.S. Garyfallou Aebe gegen Griechenland, § 34).

E. 4.2.10

Ein Werbeverbot, wie es hier in Frage steht, wiederholt lediglich die allgemeingültige Rechtslage und ist mit keiner konkreten Feststellung bezüglich des den Adressaten vorgeworfenen Verhaltens verknüpft. Richtig ist indessen, dass sich - angesichts der Voraussetzungen von Art. 34 FINMAG - daraus trotzdem indirekt schliessen lässt, dass den Adressaten eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorgeworfen wird, insbesondere die unbewilligte gewerbsmässige Effektenhändlerstätigkeit. Insofern macht der Beschwerdeführende 2 nicht ohne Grund geltend, dass die Publikation eines derartigen Werbeverbots geeignet sein könnte, sein berufliches Fortkommen erheblich zu erschweren. Einerseits ist jedoch grundsätzlich fraglich, inwieweit eine derartige indirekte Folge einer Sanktion überhaupt zu beachten ist (vgl. Urteil des BGer 8C_417/2010 vom 6. September 2010 E. 4.2.2). Andererseits ist in tatsächlicher Hinsicht zu berücksichtigen, dass das berufliche Fortkommen des Beschwerdeführenden 2 in erster Linie auch ohne die Publikation des Werbeverbots bereits stark beeinträchtigt ist. Die Vorkommnisse im Zusammenhang mit der bewilligungslosen Tätigkeit als Effektenhändler sind in den wesentlichen Punkten bereits mittels anonymisierten Zeitungsberichten und einer Medienmitteilung der Vorinstanz via Internet abrufbar. Zudem ist es nachvollziehbar, dass die bewilligungslose Tätigkeit des Beschwerdeführenden 2 noch während mehreren Jahren auch aus den im Internet auffindbaren Handelsregistereinträgen erschliessen lässt. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Aussicht, eine verantwortungsvolle Stelle innerhalb der seiner Ausbildung und Erfahrung entsprechenden oder verwandten Branchen zu finden, zurzeit bereits erheblich erschwert sein dürfte. Soweit für die Frage nach der Schwere der angedrohten bzw. verhängten Sanktion überhaupt indirekte Folgen zu berücksichtigen sind, könnten nur allfällige zusätzliche Auswirkungen betrachtet werden, welche die Veröffentlichung des Werbeverbots auf der Website der Vorinstanz haben würde. Angesichts der ohnehin bereits bestehenden starken Beeinträchtigung des beruflichen Fortkommens sind diese Folgen daher wesentlich weniger eingreifend als der Beschwerdeführende 2 geltend macht. Die angedrohte Sanktion erscheint daher nicht als

derart schwer, als dass ihr strafrechtliche Qualität im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zukommen würde. Sowohl die landesrechtliche Qualifikation, die Natur der Widerhandlung als auch die Art und Schwere der Sanktion sprechen daher dagegen, die Veröffentlichung eines Werbeverbots gestützt auf Art. 34 FINMAG als Strafe im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK einzustufen (Urteil des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.4). In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat dieses Ergebnis zur Folge, dass weder die Unschuldsvermutung noch ein allfälliges Beweisverwertungsverbot, sondern der in der Bundesverwaltungsrechtspflege allgemein geltende Grundsatz der freien Beweiswürdigung zur Anwendung kommt. Daraus folgt, dass die aktenkundigen Beweise - inklusive Einvernahmeprotokolle - uneingeschränkt verwertet werden dürfen und dass die Beschwerdeführenden in diesem Verwaltungsverfahren zur Mitwirkung verpflichtet sind. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass für dieses Verfahren keine strafrechtlichen Garantien anzuwenden sind.

E. 5.1

Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung des Anspruchs auf richtige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde und dass diese weder unabhängig, unparteiisch und unvoreingenommen sei. Bei der Vorinstanz sei die institutionelle Trennung von Anklage und Gericht verletzt worden, wie dies in Strafverfahren zwingend vorgeschrieben sei.

E. 5.2

Gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 10 VwVG haben Parteien eines öffentlichen Verfahrens Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Aus dieser Garantie folgt unter anderem ein Anspruch auf Unparteilichkeit. Für das gerichtliche Verfahren statuiert Art. 30 Abs. 1 BV ausdrücklich einen Anspruch auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Diese Garantien sind zwar aufgrund ihres sachlichen Geltungsbereiches - sie gelten für gerichtliche Verfahren - in Verwaltungsverfahren nicht anwendbar. In der Lehre wird aber teilweise eine analoge Anwendung auf Verwaltungsverfahren gefordert. Was die institutionelle Unabhängigkeit betrifft, ist indessen eine analoge Anwendung von Art. 30 Abs. 1 BV zumindest in Bezug auf verwaltungsinterne Behörden abzulehnen (vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, a.a.O., S. 132 Rz. 530). Nach Art. 10 Abs. 1 VwVG gelten die Ausstandsgründe für Personen, die eine Verfügung treffen oder eine solche vorzubereiten haben. Ausstandsgründe können stets nur bei einzelnen Personen, nie aber bei der Gesamtbehörde vorliegen; nur die für eine Behörde tätigen Personen, nicht die Behörde als solche können befangen sein (BGE 137 II 431 E. 5.2; 137 V 210 E. 1.3.3 S. 227; 97 I 860 E. 4 S. 862; Kiener/Rütsche/Kuhn, a.a.O., S. 134 Rz. 537). Für verwaltungsinterne Verfahren gilt nicht der gleich strenge Massstab wie gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) für unabhängige richterliche Behörden (vgl. BGE 137 II 431 E. 5.2; Urteil des BVGer B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 E. 2 und E. 5.2; Urteil des BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, mit Hinweis u.a. auf BGE 125 I 209 E. 8, BGE 112 Ia 142 E. 2d). Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen bzw. gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege nicht leichthin gutzuheissen (vgl. Urteil des BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, mit Hinweisen). Die in Art. 10 Abs. 1 VwVG verankerten Ausstandsgründe sind zwingender Natur und müssen

von Amtes wegen berücksichtigt werden (BGE 119 V 456 E. 3b S. 463; Kiener/Rütsche/Kuhn, a.a.O., S. 138 Rz. 552). Den Parteien ist es unbenommen, ein Ausstandsbegehren zu stellen. Ausstandsgründe sind dem Grundsatz von Treu und Glauben entsprechend nach deren Kenntnis bei erster Gelegenheit geltend zu machen. Wer einen Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er Kenntnis davon erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der Ausstandsbestimmungen (BGE 132 II 485 E. 4.3 S. 496).

E. 5.3

Die Beschwerdeführenden machen sinngemäss eine Vorbefassung der für die Vorinstanz arbeitenden Personen geltend, da diese bereits in früheren Verfahren mit den Beschwerdeführenden zu tun hatten (insb. beim Verfahren gegen die G._____ AG, dem früheren Arbeitgeber des Beschwerdeführenden 2). Von Vorbefassung ist zu sprechen, wenn sich dasselbe Behördenmitglied bereits in einem früheren Zeitpunkt in amtlicher Funktion mit derselben Angelegenheit befasst hat und dabei eine ähnliche Frage zu beantworten hatte. Dabei begründet die Vorbefassung solange keinen Ausstandsgrund, als die zu entscheidenden Rechts- und Sachfragen noch als offen erscheinen (BVGE 2012/10 E. 2; Urteil des BVGer B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 E. 2 und E. 5.2). Dies ist etwa der Fall, wenn eine Amtsperson über vorsorgliche Massnahmen oder die unentgeltliche Rechtspflege entschieden hat, nicht aber dann, wenn sie sich schon so festgelegt hat, dass sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich und der Verfahrensausgang deswegen nicht mehr offen erscheint (Urteil des BVGer B-1583/2011 vom 8. Juni 2011, E. 5.2). Im vorliegenden Fall wurden von den Beschwerdeführenden keine konkreten Gründe vorgebracht, weshalb die für die Vorinstanz arbeitenden Personen vorbefasst sein sollen respektive weshalb die zu entscheidenden Rechts- und Sachfragen nicht mehr als offen erscheinen könnten.

E. 5.4

In diesem Verfahren kann zudem nicht die Trennung der "Anklage" und des Gerichts verlangt werden. Wie bereits in E. 4 dargestellt wurde, finden auf das vorliegende Verfahren keine strafrechtlichen Verfahrensgarantien Anwendung. Des Weiteren ist das Verwaltungsverfahren in der massgeblichen Verfahrensordnung nicht nach dem Modell des Strafprozesses mit einer Trennung von Anklage und Gericht konzipiert. Eine analoge Anwendung des Anklagemodells würde eine Verletzung des öffentlichen Verwaltungsverfahrenrechts bewirken.

E. 5.5

Soweit die Beschwerdeführenden sinngemäss ein Ausstandsbegehren gegen die Vorinstanz respektive der für sie arbeitenden Personen stellen, ist ohnehin der Zeitpunkt des Begehrens kritisch zu beurteilen. Die Organisation und die beim Verfahren mitwirkenden Personen der Vorinstanz waren den Beschwerdeführenden bereits seit längerer Zeit bekannt, zumal sie - wie die Beschwerdeführenden selbst ausführen - ständig mit den verantwortlichen Personen in Kontakt waren. Im Übrigen waren, gemäss Angabe der Beschwerdeführenden, die Namen der für das Verfahren zuständigen Personen der Vorinstanz während der gesamten Verfahrensdauer im Internet abrufbar (vgl. Beschwerdeschrift, Rz. 112). Da die Organisationsstruktur und für dieses Finanzmarktenforcementverfahren verantwortlichen Personen den Beschwerdeführenden bereits von Anfang an bekannt waren oder vernünftigerweise hätten bekannt sein müssen, hätte bei erster Gelegenheit der Ausstand

gegen die entsprechenden Personen verlangt werden müssen. Dies ist nicht geschehen. Entsprechend ist dem Grundsatz von Treu und Glauben folgend, der Ausstandsgrund nicht bei erster Gelegenheit geltend gemacht worden. Somit haben sich die Beschwerdeführenden stillschweigend auf das Verfahren eingelassen und die spätere Anrufung der Ausstandsbestimmungen verwirkt.

E. 6.1

Die Beschwerdeführenden rügen weiter eine Verletzung des Anwaltsgeheimnisses. Die Verletzung des Anwaltsgeheimnisses sei geschehen, da Mitarbeiter der Untersuchungsbeauftragten im Hinblick auf die Erstellung des Untersuchungsberichts vom 24. August 2015 Beweismittel verwendet hätten, die vom Anwaltsgeheimnis geschützt seien. Diese Beweismittel seien verboten und dürften nicht für den Prozess verwendet werden. Es gehe dabei um die Beweismittel, die im laufenden FINMA-Verfahren G01033441 i.S. Beschwerdeführender 2 (vgl. Beschwerdeverfahren beim Bundesverwaltungsgericht B-4757/2017) erstellt worden seien. Dabei handle es sich um Notizen (Unterlagen und Daten) des Beschwerdeführenden an seinen damaligen Rechtsvertreter. Diese Notizen unterstünden dem Anwaltsgeheimnis. Durch die Beschlagnahme der Unterlagen durch die Untersuchungsbeauftragte sei der grundrechtliche Anspruch des Beschwerdeführenden 2 als Organ der Beschwerdeführenden sich selbst in strafrechtlich relevanter Weise nicht bezichtigen zu müssen, verletzt worden. Es seien damit Art. 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) sowie weitere Bestimmungen verletzt worden.

E. 6.2.1

Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel ist grundsätzlich verboten. Eine Ausnahme hiervon sind Zufallsfunde, die rechtmässig auch auf ordentlichem Weg der Sachverhaltsermittlung hätten beschafft werden können; diese dürfen ohne Einschränkung verwendet werden (Urteil des BGer 6A.113/2006 vom 30. April 2017, E. 5.2). Die zweite Ausnahme hiervon stellen Zufallsfunde dar, bei denen die rechtmässige Beschaffung nicht möglich war. In diesem Fall ist eine Güterabwägung zwischen dem Interesse des Privaten an einem ordnungsgemässen Verfahren und dem öffentlichen Interesse der Wahrheitsfindung vorzunehmen (vgl. Krauskopf/Emmenegger/Babey, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 205 zu Art. 12 VwVG).

E. 6.2.2

Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 321 StGB eine Verletzung des Anwaltsgeheimnisses sanktioniert, die ein Anwalt oder eine Hilfsperson desselben begeht. Im vorliegenden Fall bestehen allerdings keine Hinweise, dass der hier prozessierende Anwalt oder dessen Hilfspersonen das Anwaltsgeheimnis verletzt haben könnten. Das Anwaltsgeheimnis ist auch gegen andere Personen gerichtet, um sicherzustellen, dass vertrauliche Informationen nicht an Dritte weitergegeben werden. Es geht hier namentlich darum, dass Anwälte in Zivil- und Strafprozessen das Zeugnis oder ihre Mitwirkung bei der Beweiserhebung verweigern können (insb. müssen sie keine Dokumente herausgeben, wenn sie hierzu von einer Behörde aufgefordert werden; vgl. Walter Fellmann, Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017, S. 268 ff. Rz. 641 ff.) und z.T. besteht sogar ein strafprozessuales Beschlagnahmeverbot (vgl. Wohlers/Lynn, Das Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen, recht 2018, S. 9 und 13). Sachlich gilt das Anwaltsgeheimnis für alle dem

Anwalt im Rahmen des Mandats anvertrauten oder anderweitig von ihm wahrgenommenen Informationen, soweit er dies infolge seines Berufes wahrgenommen hat (vgl. BGE 117 Ia 341 S. 349; Wohlers/Lynn, a.a.O., S. 15; Müller/Haas/Stauber, a.a.O., S. 395 f.).

E. 6.2.3

Im Verwaltungsverfahren des Bundes haben Anwälte ein Zeugnisverweigerungsrecht. Nach Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) können sie das Zeugnis über Tatsachen verweigern, die nach Art. 321 StGB unter das Berufsgeheimnis fallen, sofern der Berechtigte nicht in die Offenbarung des Geheimnisses eingewilligt hat (vgl. Fellmann, a.a.O., S. 278 Rz. 672). Gestützt auf Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 51 BZP sind Anwälte ferner der Verpflichtung enthoben, dem Gericht Urkunden vorzulegen, wenn diese sich auf Tatsachen beziehen, über welche sie nach Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) i.V.m. Art. 42 BZP als Zeugen die Aussage verweigern könnten. Im VwVG findet sich hingegen keine Bestimmung zu den Folgen einer Entbindung vom Berufsgeheimnis. Es ist aber davon auszugehen, dass Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) vom 23. Juni 2000 als jüngeres und spezielles Gesetz dem Anwalt auch im Verwaltungsverfahren gestattet, die Mitwirkung bei der Beweiserhebung trotz Entbindung vom Berufsgeheimnis zu verweigern (vgl. Fellmann, a.a.O., S. 278 Rz. 674). Nach Art. 13 Abs. 1 VwVG sind die Parteien eines Verwaltungsverfahrens vor Bundesverwaltungsbehörden zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts verpflichtet. Dies umfasst alle Arten von Beweismitteln wie etwa die Vorlage von Urkunden. Art. 13 Abs. 1bis VwVG enthält jedoch eine Ausnahme: Nicht herauszugeben sind Gegenstände und Unterlagen, soweit sie aus dem Verkehr einer Partei mit ihrem Anwalt stammen. Hierbei ist irrelevant, wo sich diese Unterlagen befinden und wann sie geschaffen wurden (vgl. Fellmann, a.a.O., S. 278 Rz. 675). Während sich Art. 13 Abs. 1bis VwVG auf die Mitwirkungspflicht der Parteien bezieht, sind gemäss Art. 17 VwVG i.V.m. Art. 51a BZP auch Zeugen von der Pflicht befreit, Unterlagen aus dem Verkehr mit ihrem Anwalt vorzuweisen (vgl. Fellmann, a.a.O., S. 278 Rz. 676). Dabei spielt es keine Rolle, wo sich die Unterlagen aus dem Verkehr mit ihrem Anwalt befinden (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis vom 26. Oktober 2011, BBl 2011, S. 8185).

E. 6.2.4

Aus der Beschwerdeschrift und aus der Rüge betreffend die behauptete Verletzung des Anwaltsgeheimnisses und aus den Akten ergibt sich nicht, um welche Beweismittel es sich handeln sollte. Ausserdem ergibt sich aus der Beschwerdeschrift nicht, dass die Beschwerdeführenden oder der Rechtsvertreter zur Herausgabe von Unterlagen aufgefordert wurden, die vom Anwaltsgeheimnis geschützt werden und entsprechend gestützt auf Art. 13 Abs. 2 VwVG die Mitwirkung respektive die Herausgabe der Unterlagen verweigert werden können. Immerhin zeigt die angefochtene Verfügung, Rz. 34, dass sich ein Händler der Beschwerdeführenden 1 bei einem spezialisierten Rechtsanwalt mit Email vom 18. September 2012 in Bezug auf eine Rechtsfrage informierte. Es ging konkret um die Thematik des für Eigenhändler geltenden Schwellenwerts von Fr. 5'000'000'000.-. Aus den Akten ergibt sich, dass keine in dieses Verfahren involvierte Person zu einer Mitwirkung aufgefordert wurde, die in einer

Verletzung des Anwaltsgeheimnisses hätte resultieren können. Das zufällige Auffinden des Emails eines Mitarbeiters (der nicht Partei dieses Verfahrens ist; vgl. vorne E. 6.2.2) ist für dieses Verfahren nicht relevant. Im Übrigen wurde das Anwaltsgeheimnis erst im Beschwerdeverfahren geltend gemacht, als die angeblich vom Anwaltsgeheimnis erfassten Akten schon in Besitz der Untersuchungsbeauftragten waren. Demzufolge wäre die Verweigerung der Mitwirkung der Partei nach Art. 13 Abs. 1 bis VwVG, nachdem das entsprechende Aktenstück bereits von der Vorinstanz zur Kenntnis genommen wurde, zu spät erfolgt. Des Weiteren ist der Beweis bezüglich des Überschreitens der Fr. 5'000'000'000.- mit den vorhandenen Daten, welche die Tatsachen bezüglich der erzielten Umsätze zeigen, zu führen und nicht mit einem Email betreffend eine abstrakte Rechtsfrage, die gar keine Angaben zum Sachverhalt enthält. Im Übrigen gilt auch das vom Beschwerdeführenden geltend gemachte Selbstbelastungsverbot in diesem Verfahren nicht (vgl. E. 4). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass im vorliegenden Fall keine Verletzung des Anwaltsgeheimnisses erblickt werden kann. Im Übrigen scheinen die beschlagnahmten Dokumente ohnehin für das vorliegende Verfahren nicht wesentlich zu sein, da der Beweis für die Überschreitung der relevanten Umsatzschwellen anhand der konkret ermittelten Umsätze anstatt mit Emails von Mitarbeitern zu abstrakten Rechtsfragen zu führen ist. Entsprechend ist die Rüge bezüglich der Verletzung des Anwaltsrechtgeheimnisses unbegründet.

E. 7.1.1

Die Beschwerdeführenden rügen, dass das Verfahren von der Vorinstanz nur schriftlich geführt worden sei. Es sei keine öffentliche Anhörung gehalten worden, obschon der Sachverhalt von den Beschwerdeführenden bestritten worden sei. Ferner sei auf die Verfahrens- und die Beweisanträge der Beschwerdeführenden, wenn überhaupt, erst im Rahmen der angefochtenen Verfügung eingegangen worden; und dort nur in den Erwägungen, jedoch nicht im Dispositiv. Damit seien die Beschwerdeführenden ihres Rechts auf verbale Konfrontation der Vorinstanz im Sinne von Art. 29 Abs. 1, Art. 30 Abs. 2 BV sowie Art. 6 EMRK entzogen worden.

E. 7.1.2

Der Anspruch auf Öffentlichkeit der Verhandlung nach Art. 30 Abs. 3 BV gilt nach dem Wortlaut und der Sachüberschrift zu diesem Verfassungsartikel für gerichtliche Verfahren. Als Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Im vorliegenden Verfahren ist die Vorinstanz eine Verwaltungsbehörde und somit kein Gericht. Entsprechend kann eine öffentliche Verhandlung im vorinstanzlichen Verfahren grundsätzlich nicht verlangt werden. Stattdessen erfolgt dort das Verfahren schriftlich. Wenn in einem Verfahren dennoch das Recht auf die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung verletzt wurde, kann eine Rechtsmittelinstanz, die über umfassende Kognition verfügt, diese Rechtsverletzung heilen und in der Sache selbst entscheiden (vgl. EGMR-Urteil Grande Stevens gegen Italien, §§ 138 ff.; Ventrizzo, a.a.O., S. 154 f.). Ob das Recht auf eine öffentliche Parteiverhandlung verletzt wurde, kann in diesem Verfahren offenbleiben, da die Beschwerdeführenden im vorliegenden Beschwerdeverfahren eine öffentliche Parteiverhandlung nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt haben und da diese inzwischen am 21. Mai 2019 durchgeführt wurde. Eine entsprechende Gehörsverletzung wäre damit ohnehin geheilt. Demzufolge wurde das Recht auf eine öffentliche Verhandlung vor Gericht

in diesem Verfahren nicht verletzt (vgl. EGMR-Urteil Grande Stevens gegen Italien, §§ 138 ff.).

E. 7.2.1

Die Beschwerdeführenden rügen weiter, dass sie sich nie vorgängig zum Erlass einer Verfügung zu den Vorwürfen und den Strafandrohungen haben äussern können. Des Weiteren habe die Vorinstanz ihre Stellungnahmen gar nicht geprüft.

E. 7.2.2

Die Behörde ist verpflichtet, Vorbringen der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen. Die rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel muss sie abnehmen, es sei denn, diese betreffen nicht erhebliche Tatsachen oder seien offensichtlich untauglich, über die streitigen Tatsachen Beweis zu erbringen (vgl. BGE 117 Ia 262 E. 4b S. 268 f; 131 I 153 E. 3 S. 157; Kiener/Rütsche/Kuhn, a.a.O., S. 63 f. Rz. 233). Die Behörden haben dabei die Pflicht, die Vorbringen der Parteien tatsächlich zu hören, sorgfältig zu prüfen und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (BGE 129 I 232 E. 3.2 S. 236). Die Behörde muss jedoch nicht alle vorgebrachten Argumente würdigen und darf sich auf die Prüfung der für die Verfügung wesentlichen Argumente beschränken (BGE 129 I 232 E. 3.2 S. 236). Der Kernpunkt des Verfahrens bildet die Ermittlung von aktenkundigen Umsatzgrössen, um festzustellen, ob von den Beschwerdeführenden eine unbewilligte Effektenhändlerstätigkeit ausgeübt wurde. Die Beschwerdeführenden haben sich mehrmals zu diesen Umsatzgrössen geäußert; teils sogar mit Hilfe eines Parteigutachtens. Entsprechend erhielten die Beschwerdeführenden mehrere Gelegenheiten, sich zu den Vorwürfen zu äussern. Die Vorinstanz hat wiederum die Vorbringen der Parteien in den Erwägungen der angefochtenen Verfügung berücksichtigt, soweit dies bezüglich des Vorwurfs der Überschreitung der Fr. 5'000'000'000.- Handelsumsatz relevant ist und ihre Verfügung begründet. Demzufolge sind die Rügen, dass sich die Beschwerdeführenden nicht haben vorgängig zum Erlass der angefochtenen Verfügung äussern können und dass ihre Stellungnahmen nicht von der Vorinstanz geprüft worden seien, unbegründet.

E. 8.1

Die Beschwerdeführenden 1 und 2 rügen eine Verletzung des Legalitätsprinzips sowie des Bestimmtheitsgebots. Der Grenzwert in Höhe von Fr. 5'000'000'000.- sei ausschliesslich im FINMA-Rundschreiben 2008/5 festgelegt und es sei die Berechnungsmethode dieses Umsatzgrenzwertes unklar. Die Festlegung in einem FINMA-Rundschreiben sei unvereinbar mit Art. 6 EMRK, da das Rundschreiben keine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Vorgehensweise der Vorinstanz biete. Aufgrund des Legalitätsprinzips müsse die Interpretation einer Bestimmung vernünftigerweise vorhersehbar sein. Hierbei komme das Bestimmtheitsgebot ("nullum crimen sine lege") zum Tragen. Etwaige Lücken und Spielräume seien daher durch kohärente und für die Normadressaten plausibel nachvollziehbare Norminterpretationen zu schliessen. Im Übrigen sei der Schwellenwert mit Fr. 5'000'000'000.- viel zu tief angesetzt. Dieser Schwellenwert sei von der Eidgenössischen Bankenkommission 1998 eingeführt worden und berücksichtige die seitherige Zunahme des Börsenhandelsvolumens nicht. Deshalb müsste dieser nicht mehr zeitgemässe Schwellenwert viel höher angesetzt werden. Entsprechend sei es unverhältnismässig, die Beschwerdeführenden wegen einer angeblichen Verletzung des für sie nicht nachvollziehbaren Umsatzschwellenwerts zu sanktionieren und die Beschwerdeführende 1 aufsichtsrechtlich zu liquidieren.

E. 8.2.1

Das Legalitätsprinzip leitet sich aus Art. 5 Abs. 1 BV ab. Demnach ist das Recht die Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Das Legalitätsprinzip verlangt eine generell-abstrakte Norm des öffentlichen Rechts (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 137 § 19 Rz. 2). Ohne Rechtssatzbindung gibt es keine rechtssichere, rechtsgleiche und willkürfreie Verwaltungspraxis. Dabei existieren keine festen Regeln zur Bestimmung der zutreffenden Normstufe. Wesentliches gehört ins Gesetz und Verordnungen sind in erster Linie dazu bestimmt, die Einzelheiten des Vollzugs zu ordnen (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., S. S. 142 § 19 Rz. 17). Normen müssen entsprechend dem Bestimmtheitsgebot so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten nach ihnen richtet und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (BGE 138 IV 12 E. 4.1 S. 20). Die Rügen, dass das Legalitätsprinzip und das Bestimmtheitsgebot verletzt sein sollen, betrifft das FINMA-Rundschreiben 2008/5. Die Vorinstanz begründet u.a. anhand des erwähnten Rundschreibens die Unterstellung der Beschwerdeführenden 1 und 2 unter das Börsengesetz. In diesem Rundschreiben, das den Titel "Effektenhändler" trägt, hielt die FINMA fest: "Als Eigenhändler fällt [. . .] nur unter das Börsengesetz, wer als solcher Effektengeschäfte im Umfang (Umsatz) von mehr als 5 Milliarden Schweizerfranken brutto pro Jahr abwickelt." Begründet wurde dieser Schwellenwert damit, dass mit der Unterstellung des Eigenhändlers unter das BEHG der Markt geschützt werden soll und nicht die Anleger; die Funktionsfähigkeit des Marktes ist aber nur bei einem "beträchtlichen Volumen an Effektentransaktionen" gefährdet (FINMA-Rundschreiben 2008/5, Rz. 23).

E. 8.2.2

Die Behauptung, das FINMA-Rundschreiben 2008/5 bilde keine ausreichende Rechtsgrundlage und berücksichtige das seit 1998 beobachtete Wachstum der Handelsumsätze an der Börse nicht, geht von einer falschen Prämisse aus. Die Bewilligungspflicht für die gewerbsmässige Tätigkeit als im Eigengeschäft tätige Effektenhändler ist nicht von der FINMA eingeführt worden. Stattdessen ist sie in Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. d BEHG verankert (vgl. BGE 141 II 103 S. 106 E. 3.3 = Pra 104 [2015] Nr. 110). Der letztgenannte Artikel definiert Effektenhändler als "natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, die gewerbsmässig für eigene Rechnung zum kurzfristigen Wiederverkauf oder für Rechnung Dritter Effekten auf dem Sekundärmarkt kaufen und verkaufen, auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten oder selbst Derivate schaffen und öffentlich anbieten". Der Wortlaut dieser Bestimmungen, wie im Übrigen auch von Art. 2 f. sowie Art. 17 ff. der Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996 (BEHV; SR 954.11), unterscheidet nicht zwischen gewerbsmässigen Effektenhändlern, die auf eigene Rechnung tätig sind, und jenen, die für Dritte tätig sind, und erst recht ist für die erstgenannten keine unterschiedliche Behandlung je nach Transaktionsvolumen vorgesehen. Die wörtliche Auslegung des Gesetzes beinhaltet hingegen eine allgemeine Bewilligungspflicht, unabhängig vom Erreichen einer bestimmten Umsatzschwelle, und das FINMA-Rundschreiben 2008/5 hat somit die Tragweite von Art. 10 BEHG eingeschränkt bzw. den Effektenhandel diesbezüglich teilweise liberalisiert (vgl. BGE 141 II 103 S. 106 E. 3.3 = Pra 104 [2015] Nr. 110). Dennoch ist insbesondere aus der Botschaft zu Art. 2 Bst. c des Entwurfs bzw. Art. 2 Bst. d im geltenden BEHG, der Wille des Gesetzgebers herauszulesen, ein Transaktionsvolumen als massgebendes Kriterium für die Unterstellung

des Eigenhändlers unter das BEHG festzulegen (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1369, 1396 ff.). Diese Auslegung wurde vom Bundesgericht bestätigt (BGE 141 II 103 E. 3.4 = Pra 104 [2015] Nr. 110).

E. 8.2.3

Im Übrigen spielt es - entgegen der unzutreffenden Ansicht der Beschwerdeführenden 1 und 2 - für die Frage der Unterstellung unter das Börsengesetz gestützt auf die erzielten Fr. 5'000'000'000.- auch keine Rolle, ob mit den erzielten Umsätzen eine Kursmanipulation begangen wurde. Für die Frage der Unterstellung unter das Börsengesetz interessiert in diesem Verfahren nur der effektiv erzielte Börsenhandelsumsatz, unabhängig davon, ob dieser Umsatz unter Verletzung des Marktverhaltensrechts erzielt wurde. Die Beurteilung des Marktverhaltens und ob allenfalls eine Kursmanipulation vorliegt, bildet Gegenstand der beiden anderen Beschwerdeverfahren B-4757/2017 und B-4762/2017.

E. 8.3.1

Die Beschwerdeführenden 1 und 2 rügen weiter, dass die drei Händler jeweils unabhängig und auf eigene Rechnung in verschiedenen Titeln handelten. Deshalb sei eine Abstützung auf die zusammengerechneten Umsätze ohnehin verfehlt. Und für sich alleine habe kein einziger Händler Fr. 5'000'000'000.- an Umsätzen erzielt. Entsprechend sei - selbst wenn der Fr. 5'000'000'000.-Umsatzschwellenwert gelten würde - keine unter das Börsengesetz unterstellungspflichtige Tätigkeit gegeben. Dieselbe Rüge wiederholten die Beschwerdeführenden an der öffentlichen Verhandlung vom 21. Mai 2019.

E. 8.3.2

Aus den Ausführungen der Beschwerdeführenden 1 und 2 sowie aus der angefochtenen Verfügung und den Akten lässt sich entnehmen, dass alle drei Händler (der Beschwerdeführende 2 sowie C._____ und D._____), als Arbeitnehmer an der Adresse der Beschwerdeführenden 1 tätig waren. Hierbei war der Beschwerdeführende 2 als "Leiter Handel" tätig. Im Übrigen nutzten alle drei Händler gemeinsam dieselben Geschäftsverbindungen bei der F._____ AG und der E._____ AG. Der Beschwerdeführende 2 und die beiden anderen Arbeitnehmer waren somit alle gemeinsam für die Beschwerdeführende 1 tätig. Eine simple Aufteilung der Umsätze auf die Anzahl aller Arbeitnehmer, die für die Beschwerdeführende 1 tätig waren, kann somit - entgegen der Rüge der Beschwerdeführenden 1 und 2 - von Vornherein nicht zulässig sein, da damit eine Unternehmung jegliche umsatz- oder mengenbezogene Regulierung umgehen könnte.

E. 9.1

Weiter rügen die Beschwerdeführenden, dass die Vorinstanz nicht die Methodik zur Erfassung und Auswertung der Handelsumsätze offengelegt habe. Die Berechnungsgrundlagen der Handelsvolumina der Beschwerdeführenden 1 sei bei den Derivaten nicht verifizierbar. Es fehlten nach Ansicht der Beschwerdeführenden 1 und 2 die Berechnungsformeln und entsprechend sei nicht nachvollziehbar ob die berechneten Werte korrekt seien oder nach welcher Logik die Berechnung erstellt worden sei. Die angefochtene Verfügung verletze daher die für Verfügungen zwingende Begründungspflicht von Art. 35 Abs. 1 VwVG und Art. 29 Abs. 2 BV.

E. 9.2

Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV gebietet es, dass staatliche Entscheidungen begründet werden müssen. Die Begründung soll der oder dem Betroffenen einerseits die Tatsachen und Rechtsnormen zur Kenntnis bringen, welche für die entscheidende Behörde massgeblich waren. Die Begründung 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 Behörde muss die für ihren Entscheid wesentlichen Überlegungen mindestens kurz begründen (BGE 138 I 232 E. 5.1). Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die Behörde mit jeder tatbestandlichen Behauptung, jedem rechtlichen Einwand und jedem Beweismittel auseinandersetzen muss; es genügt eine Beschränkung auf die wesentlichen Gesichtspunkte (BGE 141 III 28 E. 3.2.4). Der genaue Umfang der Begründungspflicht, d.h. die Frage, was die "wesentlichen Gesichtspunkte" einer Entscheidung sind, lässt sich nur begrenzt abstrakt erfassen und muss für jeden Einzelfall individuell bestimmt werden. Bei schweren Eingriffen und bei ausgeprägten Ermessensentscheiden sind die Begründungsanforderungen erhöht (BGE 125 II 369 E. 2c; Urteil des BVGer A-2556/2014 vom 27. Mai 2014 E. 3.2). Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass andere Gesichtspunkte, etwa verfahrensökonomische Überlegungen oder besondere Kenntnisse der Betroffenen, die Begründungsdichte herabsetzen können (vgl. BGE 131 II 200 E. 4.2 f.; Uhlmann/Schilling-Schwank, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 18 f. zu Art. 35 VwVG).

E. 9.3

Es liegt in der Natur der Sache, dass (deskriptive) statistische Auswertungen aufwendig sind und dass nicht jeder Zwischenschritt in dieser Auswertung ausführlich erklärt oder begründet werden kann. Deshalb stellt sich die Frage, was für Anforderungen an eine solche Verfügung gestellt werden müssen und wie eine solche deskriptive statistische Auswertung darzustellen ist, damit die Begründungsdichte genügt. Bei einer zu geringen Begründungsdichte wäre das rechtliche Gehör verletzt (vgl. vorne E. 9.2). Eine deskriptive statistische Auswertung ist verlässlich, wenn sachverständige Dritte anhand der gleichen Daten den Bericht oder die Analyse nachbilden können. Sobald ein Bericht nicht anhand derselben Eingabedaten reproduzierbar ist - und sich somit nicht verifizieren lässt -, hält dieser einer kritischen Betrachtung nicht mehr stand und ist als Beweis ungeeignet. Nur was nachvollziehbar und verlässlich ist, kann bei der Verarbeitung von komplexen und zahlreichen Informationen zu einer Schlussfolgerung führen, die frei von Willkür ist (vgl. Martin Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung, Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Zürich/St. Gallen 2009, 171 ff.; Lukas Müller, Der Beweis der Kausalität mittels 'Event Study'-Gutachten im Kontext des Kapitalmarktrechts, AJP 2015, S. 251 und S. 266 f.). In der angefochtenen Verfügung, Rz. 33 sind die Datenquellen aufgeführt. Des Weiteren wurde beschrieben, wie die Umsätze ermittelt wurden. Die Handelsumsätze wurden demnach von der Untersuchungsbeauftragten auf Basis der Börsenjournale der F._____ AG (jeweilige Trading Accounts des Beschwerdeführenden 2 sowie der Händler C._____ und D._____) und des Trading Accounts bei der E._____ AG zusammengerechnet und für die Jahre 2011 bis und mit 2014 vollständig ausgewertet. Für das Jahr 2015 wurden nur die ersten 50 Handelstage bis 6. März 2015 berücksichtigt; anschliessend konnten die Beschwerdeführende 1 und ihre Angestellten nicht mehr weiter handeln. Entsprechend erübrigt sich für 2015 die Auswertung der restlichen Handelstage.

E. 9.4

Im Untersuchungsbericht (act. FINMA 8 080 ff.), auf den sich die Vorinstanz stützt, sind die in der angefochtenen Verfügung, Rz. 33, erwähnten Datenquellen im Detail erläutert. Im Übrigen sind sämtliche Analysedaten der SIX Swiss Exchange auf elektronischen Datenträgern im Excel-Format jeweils für sämtliche Transaktionen nach Käufen, Verkäufen, Erlösen, Umsätzen auf die jeweiligen Titel und Händler aufgeschlüsselt und übersichtlich dargestellt. Bei der E. _____ AG sind die Umsätze, Käufe und Verkäufe lediglich für die Beschwerdeführende 1 ausgewiesen, nicht jedoch auf einzelne Händler bezogen. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 haben diese Rohdaten ebenfalls zur Verfügung gestellt erhalten. Ein sachkundiger Dritter würde anhand der Angabe der Datenherkunft in der angefochtenen Verfügung mit denselben Daten dieselben Ergebnisse erhalten. Für das Bundesverwaltungsgericht ist es anhand der angefochtenen Verfügung und der Akten nachvollziehbar, auf welcher Datenbasis die Handelsumsätze berechnet wurden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit in der Herleitung und Auswertung der Umsätze nicht zu erblicken.

E. 9.5.1

Die Beschwerdeführenden erachten die Umsatzermittlung für die Derivate als nicht nachvollziehbar und es fehle eine klare gesetzliche Regelung dieser Umsatzermittlung. Die Beschwerdeführenden führen unter anderem auf, dass die Ermittlung des Umsatzes von Derivaten, da eine klare gesetzliche Regelung fehle, sich nach internationalen Standards richten solle, insbesondere nach dem Recht der Europäischen Union. Im Übrigen bestreiten die Beschwerdeführenden generell sämtliche Beweismittel und Würdigungen im Zusammenhang mit den von der Vorinstanz ermittelten Umsätzen. Pauschal wird etwa vorgebracht, dass unklar sei, wie die Umsätze von der SIX Swiss Exchange, von der F. _____ AG sowie E. _____ AG hergeleitet worden seien. Des Weiteren sei unklar, ob die Datensätze im Vergleich zum Untersuchungsbericht, auf den sich die Vorinstanz stütze, bereinigt worden seien. Im Übrigen dürften nach Ansicht der Beschwerdeführenden 1 und 2 die Umsätze mit den Derivaten nur mit dem intrinsischen Wert berücksichtigt werden und die restlichen Elemente, die den Wert (respektive Preis) einer Option ausmachen würden (d.h. Zeitwert, Volatilität, Marge und "Aufgeld") müssten bei der Umsatzberechnung vernachlässigt werden, da nur der intrinsische Wert der Option entscheidend sei. Dieser Umstand sei hier relevant, da die gehandelten Derivate ca. 40 % des gesamten Handelsumsatzes der Beschwerdeführenden ausmache. Alternativ sollen Steuerwerte verwendet werden oder es solle eine Berechnung nach den Standards der Europäischen Union vorgenommen werden.

E. 9.5.2

Die Beschwerdeführenden 1 und 2 kannten ihre Umsätze oder mussten sie kennen. Aus verschiedenen Gesetzen ergibt sich für die Beschwerdeführende 1 die Pflicht, die Umsätze zu dokumentieren und hierfür beispielsweise die geschuldeten Steuern zu deklarieren. Im Börsenhandel sind insbesondere die Umsatzabgaben auf den gehandelten Wertpapieren unaufgefordert der Eidg. Steuerverwaltung anzumelden (vgl. Art. 34 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973; StG, SR 641.10). Aus dem Zivilrecht ergibt sich ebenfalls die Pflicht, die Umsätze zu kennen, insbesondere da die Beschwerdeführende 1 als Aktiengesellschaft (AG) nach Art. 620 ff. des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220) organisiert ist und der Verwaltungsrat dafür

verantwortlich ist, dass die AG ihre Geschäftsbücher führt und einen Geschäftsbericht erstellt (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR i.V.m. Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 958 OR). Gesellschaften unterstehen zudem dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind (vgl. Art. 154 Abs. 1 i.V.m. Art. 155 ff. des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291). Die Anwendung ausländischen oder supranationalen Rechts (z.B. dem Recht der Europäischen Union) auf die Buchführung und Rechnungslegung einer schweizerischen AG ist somit - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden - nicht geboten; für aufsichtsrechtliche Zwecke gilt ohnehin schweizerisches Recht. Für die Börsenhandelsumsatzerfassung, Buchführung und Rechnungslegung einer schweizerischen AG ist schweizerisches Recht anzuwenden.

E. 9.5.3

Der Begriff "Umsatz" ist im Gesetz nicht ausdrücklich definiert, aber nach den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung (Art. 958c OR) und den Wirtschaftswissenschaften ist anerkannt, dass es sich bei "Umsatz" um eine abgesetzte Menge multipliziert mal den jeweiligen bezahlten Preis handelt. Aus dem Steuerrecht ergibt sich für Effektenhändler grundsätzlich aus Art. 13 i.V.m. Art. 19 StG die Pflicht, bei der entgeltlichen Übertragung von Eigentum an Wertpapieren eine Umsatzabgabe zu entrichten. In Rz. 23 des einschlägigen FINMA-Rundschreibens 2008/5 wird zudem unter der Überschrift "Mindestvolumen von SFR 5 Mia. brutto pro Jahr" folgendes festgehalten: "Da der Eigenhändler nur in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt, hat er definitionsgemäss keine Kunden. Seine Unterstellung unter das Börsengesetz erfolgt daher nicht wegen des Anlegerschutzes. Eine solche rechtfertigt sich nur aus Gründen des Funktionsschutzes. Er kann aber die Funktionsfähigkeit des Marktes nur gefährden, wenn er ein beträchtliches Volumen an Effekientransaktionen ausführt. Als Eigenhändler fällt daher nur unter das Börsengesetz, wer als solcher Effekientgeschäfte im Umfang (Umsatz) von mehr als 5 Milliarden Schweizerfranken brutto pro Jahr abwickelt. Für die Berechnung des Umsatzes ist sowohl im Kassa- wie Derivatgeschäft auf die bezahlten bzw. erzielten Kurswerte abzustellen." Aus der voranstehenden Definition ergibt sich für den Effektenhändler, dass sich dessen Umsatz aus der folgenden Formel berechnet: gehandelte Menge mal bezahlter bzw. erzielter Kurswert für ein Wertpapier (unabhängig davon, ob es sich um Aktien oder Derivate handelt). Im vorliegenden Fall interessiert im Hinblick auf die Unterstellung unter das Börsengesetz, welcher Umsatz im Börsenhandelsbereich erzielt wurde; andere Umsätze, die keinen Bezug zum Börsenhandel haben, sind hierfür nicht hinzuzurechnen. Die Beschwerdeführende 1 hat die gehandelten Finanzinstrumente meist nur wenige Sekunden oder Minuten gehalten und fast ausschliesslich wieder am selben Tag verkauft (act. FINMA 8 087). Bezüglich der Bewertung von Derivaten (und der damit erzielten Umsätze) enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung (vgl. Franz J. Kessler, in: Pfaff/Glanz/ Stenz/Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014, Art. 959c OR N. 88). Bei Derivaten handelt es sich unzweifelhaft um Aktiven (Art. 959 Abs. 2 OR), wobei diese unbestrittenermassen während Jahren namens der Beschwerdeführenden 1 von ihren Mitarbeitern und dem Beschwerdeführenden 2 gehandelt wurden. Mit dem Kriterium des jährlichen Mindestumsatzvolumens soll die Bewilligungspflicht für den gewerbsmässigen Effektenhandel auf eigene Rechnung auf das Effekientgeschäft beschränkt werden und die Funktionsfähigkeit des Marktes sicherstellen. Dieses Kriterium ist laut Bundesgericht bundesrechtskonform (BGE 141 II 103). Die Festsetzung des Schwellenwertes von 5 Milliarden Franken basiert auf der Überlegung, dass das Effekientgeschäft unabhängig von

den tatsächlich eingegangenen Risiken ab einem bestimmten Umsatzvolumen die Funktionsfähigkeit des Marktes gefährden kann (BGE 141 II 103).

E. 9.5.4

Ein Derivat ist ein Finanzinstrument, dessen Wert sich von einem Basiswert ableitet (vgl. Volkart/Wagner, Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition, 6. Aufl., Zürich 2014, S. 193). Als Basiswert gelten beispielsweise Aktiven wie Aktien, Obligationen, Rohstoffe, Edelmetalle oder Referenzwerte wie Währungen, Zinsen und Indizes. Für die Verbuchung von Erwerb und Veräusserung von Aktiven - wozu auch Derivate gehören - gelten die im Rechnungslegungsrecht üblichen Bewertungsgrundsätze (Art. 959 Abs. 2 i.V.m. Art. 960 ff. OR) unter Berücksichtigung des Zwecks der Rechnungslegung. Die Rechnungslegung hat den Zweck, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so darzustellen, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können (Art. 958 Abs. 1 OR). In Übereinstimmung mit den Bewertungsgrundsätzen und den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung (Art. 958c OR) ergibt sich folgende gesetzliche Vorgabe für Derivate: Zunächst ist Art. 960 Abs. 2 OR zu beachten. Demnach hat die Bewertung vorsichtig zu erfolgen, darf aber die zuverlässige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens nicht verhindern (Art. 960 Abs. 2 i.V.m. Art. 958 Abs. 1 OR). Art. 960a OR regelt für den allgemeinen Fall die Bewertung der Bilanzposten. Art. 960a Abs. 1 OR sieht vor, dass Aktiven bei ihrer Ersterfassung höchstens zu den Anschaffungskosten bewertet werden müssen. Unter der Ersterfassung ist die erstmalige Berücksichtigung in der Bilanz zu verstehen; etwa bei einem Kauf des Aktivums. Da für die Bewertung von Derivaten keine ausdrückliche Regelung im OR enthalten ist, muss entsprechend den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung eine sachgerechte Regelung angewandt werden. Das geltende Rechnungslegungsrecht orientiert sich dabei nach seiner Konzeption massgeblich an internationalen Rechnungslegungsstandards (vgl. Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, BBl 2008, 1634 f.; Beat Brändli/Tobias Müller, Schweizer Rechnungslegungsrecht, quo vadis?, EF 1-2/2018, S. 22 ff.; Lukas Müller, Das Rahmenkonzept des Rechnungslegungsrechtsentwurfes SZW, 2008 S. 400 ff.). Das Bundesgericht hat in einem steuerrechtlichen Entscheid bezüglich der Rechnungslegung von Fremdwährungsumrechnungsdifferenzen internationale Rechnungslegungsstandards als Auslegungshilfe verwendet (BGE 136 II 88 S. 92 ff. E. 3.2 ff.; Müller/Henry/Barmettler, veb.ch Praxiskommentar, Art. 958c OR N. 78 ff. mit Hinweisen). Es spricht somit grundsätzlich nichts dagegen, im Falle einer unklaren Regelung internationale Standards als Auslegungshilfsmittel zu berücksichtigen, solange diese Auslegung mit den allgemein gehaltenen Vorgaben, dem Zweck und den Grundannahmen der OR-Rechnungslegung kompatibel ist.

E. 9.5.5

In den internationalen Standards ist es üblich, Derivate zum Marktwert zu verbuchen. Das gilt umso mehr, wenn diese Derivate gekauft oder verkauft werden. Entsprechend ergibt sich daraus, dass sich der Umsatz aus der Anzahl der gehandelten Positionen multipliziert mit ihrem Preis ergibt. Diese Variante ist beispielsweise im Recht der Europäischen Union anzuwenden. In der Europäischen Union gibt es die Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards (ABl. L 243 vom 11.9.2002, S. 1-4; "International Accounting Standards Verordnung" bzw. "IAS-VO"). In den laut der IAS-VO und der gestützt darauf für anwendbar erklärten International Financial Reporting

Standards (IFRS) respektive der früher als "International Accounting Standards" bzw. "IAS" bezeichneten Rechnungslegungsstandards gibt es ausführliche Regelungen für die Rechnungslegung von Derivaten. Der "International Accounting Standard 39: Finanzinstrumente: Ansatz und Bewertung" ("IAS 39") regelt den Bilanzansatz und die Bewertung von Derivaten. Gestützt auf die IAS-VO galt zumindest im hier betrachteten Zeitraum die Regelung von IAS 39 im Recht der Europäischen Union. In IAS 39 § 39 ist klar festgehalten, dass der Erwerb eines Finanzinstruments respektive Derivats zum Marktwert (bzw. "fair value" bzw. "beizulegenden Zeitwert") zu erfolgen hat. Entsprechend ist die Anzahl erworbener Titel mit dem jeweiligen Marktwert zu multiplizieren. Die neuere Regelung des IFRS 9 "Finanzinstrumente" ist für den vorliegenden Zeitraum ebenfalls nicht relevant (vgl. Verordnung [EU] 2016/2067 der Kommission vom 22. November 2016 zur Änderung der Verordnung [EG] Nr. 1126/2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäß der Verordnung [EG] Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den International Financial Reporting Standard 9, Artikel 2 f.).

E. 9.5.6

Es stellt sich die Frage, was unter dem beizulegenden Zeitwert respektive "fair value" zu verstehen ist. Die Beschwerdeführenden verlangen bei der Umsatzermittlung eine Bewertung zum (tieferen) "intrinsischen Wert", da der Zeitwert für die Ermittlung des Umsatzes nicht relevant sei. Der intrinsische Wert eines Derivats entspricht der Differenz aus aktuellem Wert des Derivats und dessen Ausübungspreis. Eine Bewertung mit der lediglich der innere Wert ("intrinsic value") berücksichtigt wird, ist indes seit Ende 2004 nicht mehr zulässig (vgl. Volkart/Wagner, a.a.O., S. 959 ff.; Lukas Müller, Eigenkapitalbasierte Vergütung de lege ferenda, AJP 2008, S. 530). In internationalen Rechnungslegungsstandards ist es spätestens seither nötig, auch den Zeitwert ("time value") bei Derivaten zu berücksichtigen (Müller, a.a.O., S. 530). Im Übrigen bestehen beim Erwerb und beim Verkauf von Derivaten keine buchhalterischen Gestaltungsspielräume, da jeweils auf die konkret vereinbarten Preise abzustützen ist (vgl. IAS 39 § 43 f.). Entsprechend ist von vornherein nicht nachvollziehbar, weshalb von den konkret bezahlten Preisen abgewichen werden soll. Im Gegensatz zur Folgebewertung ergibt sich somit bei der Erstbewertung ohnehin kein Ermessensspielraum für die (erstmalige) Bewertung der Derivate, die in der Bilanz und in der Erfolgsrechnung erfolgswirksam erfasst werden. Ganz im Gegenteil: Bei der erstmaligen Verbuchung von Käufen und Verkäufen ist im Hinblick auf die Umsatzerlöse jeweils Soll und Haben mit den bezahlten Preisen multipliziert mit der Anzahl gehandelter Titel buchhalterisch zu erfassen. Dieses Konzept ist seit über 500 Jahren anerkannt und auch auf den Handel mit Derivaten anzuwenden (vgl. eine der ersten Darstellungen des Konzepts der doppelten Buchführung in Luca Pacioli, *Summa de arithmetica, geometria, proportionio et priportionalità*, Venedig 1494, passim und Conrad Meyer, *Finanzielles Rechnungswesen, Einführung mit Beispielen und Aufgaben*, 3. Aufl., Zürich 2017, S. 16 ff.). Angesichts der bewährten Buchführungstradition kann nicht die Rede davon sein, dass die buchhalterische Erfassung von Handelsumsätzen für die Beschwerdeführende 1 unvorhersehbar oder unklar sein soll. Erst in der Folgebewertung würde sich allenfalls bei der Erfassung der Derivatbestände eine allfällige Bewertungskorrektur - insbesondere ein Wertverlust oder eine Wertsteigerung - nach Art. 960a Abs. 2 und Art. 960b OR erfolgswirksam auswirken. Diese Wertveränderungen, die evtl. im Rahmen der Folgebewertung wichtig sein könnten, wären zwar erfolgswirksam, stellen jedoch keine Umsätze dar, die für die hier streitgegenständliche börsengesetzliche

Unterstellungsfrage irrelevant sind, da sie nicht unmittelbar mit der betrieblichen Handelstätigkeit erzielt werden (vgl. dazu vorne E. 9.5.3). Bei diesen Wertveränderungen würde es sich lediglich um Bewertungsanpassungen des Derivatbestandes handeln (vgl. Meyer, a.a.O., S. 110). Auch eine Berücksichtigung zum (allenfalls tieferen) Steuerwert, ist - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden 1 und 2 - für die Umsatzermittlung nicht zulässig, da es beim Steuerwert um Bestandesgrössen zum Ende einer Fiskalperiode (und damit um die Folgebewertung) geht, etwa im Hinblick auf eine Kapital- oder Vermögenssteuer. Ebenfalls nicht zur Anwendung gelangen die Bewertungsgrundsätze wie sie etwa für die Besteuerung von Mitarbeiteroptionen in Art. 17b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG; SR 642.11) definiert sind. Die Anwendung dieser Verbuchungsmethoden fällt jedoch ausser Betracht, da keine Mitarbeiteroptionen zugeteilt werden. Allfällige Bewertungsanpassungen oder steuerliche Bewertungen sind für die Frage, ob gestützt auf die Umsatzerlöse eine bewilligungspflichtige Effekthändlerstätigkeit vorliegt, irrelevant. Entsprechend kann - entgegen den Behauptungen und Rügen der Beschwerdeführenden 1 und 2 - gar kein Ermessensspielraum im Hinblick auf die Erstbewertung bzw. die Bewertung der erstmaligen Erfassung der Käufe und Verkäufe der Derivate vorliegen. Demzufolge ist ebenfalls nicht nachvollziehbar, inwiefern die Umsatzerlöse bezüglich ihrer Methode hätten falsch ermittelt worden sein. Ganz im Gegenteil, es sind keine Anzeichen auf Unstimmigkeiten bei der Ermittlung der Transaktionsdaten und der Umsätze bezüglich der verwendeten Methode ersichtlich. Entsprechend ist die Rüge der Beschwerdeführenden 1 und 2, dass die Umsatzberechnungsmethode unklar sei, unbegründet.

E. 9.5.7.1

In der öffentlichen Parteiverhandlung vom 21. Mai 2019 haben die Beschwerdeführenden vorgebracht, dass die Vorinstanz schon 2012 und 2013 wusste, dass die Beschwerdeführende 1 die Fr. 5 Mia. Umsatzschwelle überschritten habe. Auch im Jahr 2014 habe die Vorinstanz nicht interveniert. Zudem sei im Jahr 2015 absehbar gewesen, dass ab dann die Fr. 5 Mia. Umsatzgrenze nicht mehr erreicht werde. Da die Überschreitung der Fr. 5 Mia. nur geringfügig gewesen sei, hätte die Vorinstanz die Beschwerdeführende 1 nur darauf hinweisen müssen, dass deren Umsätze zu hoch gewesen seien und dass entsprechend Massnahmen zu ergreifen seien, damit die Fr. 5 Mia. Umsatzschwelle nicht mehr überschritten werde.

E. 9.5.7.2

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführende 1 unter Berücksichtigung der Handelsaktivitäten aller ihrer Händler (wozu auch der Beschwerdeführende 2 gehört), jährlich ein Mindestbruttovolumen von Fr. 5'000'000'000.- pro Jahr erzielt hat, was dazu führt, dass eine Effekthändlerlizenz erforderlich wird (vgl. FINMA Rundschreiben 2008/5, Rz. 23). Aufgrund der vorliegenden Daten ergeben sich folgende Handelsumsätze:

Beträge in CHF	2011	2012	2013	2014	2015
BESF2	6'716'979'365	4'431'307'045	4'028'094'551	3'740'782'414	787'286'862
C. _____	489'386'831	1'378'848'012	1'480'919'424	1'705'305'486	486'082
D. _____	57'594'941	533'555'595	482'025'868	336'753'308	1'955'707
E. _____	9'085	2'222'124	2'649'604	15'145'984	1'945'975
Total	7'263'970'222	6'345'932'777	5'993'689'448	5'797'987'191	791'674'626

Für das Jahr 2015 wurden nur die Börsenhandelstage bis zum 6. März 2015 erfasst, da nachher die Börsenhandelstätigkeit der Beschwerdeführenden 1 sowie deren Mitarbeitern eingestellt wurde. Die ersten drei Zeilen der Tabelle (Beschwerdeführender 2 ["BESF2"], C. _____,

D. _____ sind die Umsatzzahlen aus den Börsenjournalen der F. _____ AG, die Zeile " E. _____ " bildet den gesamten Börsenhandelsumsatz ab, der von den Mitarbeitenden der Beschwerdeführenden 1 über E. _____ AG abgewickelt wurde. Anders als bei den Daten der F. _____ AG, sind die Transaktionen, die über E. _____ AG erfolgten, nicht auf einzelne Händler aufgeschlüsselt worden. Im Hinblick auf die hier zu prüfende Frage, ob die Beschwerdeführende 1 die Fr. 5'000'000'000.- Börsenhandelsvolumen überschritten hat, ist dies aber auch nicht notwendig, da die Handlungen aller Händler der Beschwerdeführenden 1 zuzurechnen sind (vgl. vorne E. 8.3.2). Die Daten von den Börsenjournalen der F. _____ AG wurden nachvollziehbar und übersichtlich in Excel-Dateien von der SIX Swiss Exchange aufbereitet und von der Untersuchungsbeauftragten um die Daten der E. _____ AG nachvollziehbar ergänzt. Das Bundesverwaltungsgericht ist anhand dieser Daten auf dieselben Umsatzergebnisse für die Jahre 2011 bis 2015 gelangt wie die Vorinstanz in Rz. 33 ihrer Verfügung. Somit erweist es sich, dass die Börsenhandelsumsätze der Beschwerdeführenden 1 sowie ihrer Mitarbeitenden in den Jahren 2011 bis und mit 2014 jeweils deutlich grösser als Fr. 5'000'000'000.- sind. Im Jahr 2015 wurden in den ersten 65 Tagen (zwischen 1. Januar bis 6. März 2015) respektive den ersten 50 Börsenhandelstagen, bereits Fr. 791'674'626.- an Börsenhandelsumsatz erzielt. Die Analyse der Börsenhandelsumsätze ist nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat nachvollziehbar belegt und begründet, dass die Beschwerdeführende 1 und ihre Mitarbeiter während mehrerer Jahre, zumindest während der Jahre 2011 bis und mit 2014 deutlich über Fr. 5'000'000'000.- an Börsenhandelsumsatz erzielt haben.

E. 9.5.7.3

Der Einwand, dass die FINMA ihre Feststellung, die Handelsumsätze der Beschwerdeführenden seien zu hoch, hätte frühzeitig der Beschwerdeführenden mitteilen sollen geht ins Leere. Die FINMA hat keine gesetzliche Pflicht Marktteilnehmer präventiv über die Einhaltung der Finanzmarktgesetze zu informieren und sämtliche Marktteilnehmer laufend zu überwachen. Jeder Marktteilnehmer und Effektenhändler ist selbst dafür verantwortlich, die massgeblichen Gesetze einzuhalten. Zudem stellen Umsätze, die zu hoch, aber mit Tendenz sinkend sind, ebenfalls Verstösse gegen Finanzmarktrecht dar.

E. 10.1

Mit den Eventualbegehren verlangen die Beschwerdeführenden sinngemäss die Umsetzung verschiedener Massnahmen, womit die aufsichtsrechtliche Liquidation der Beschwerdeführenden 1 verhindert werden soll, damit die Beschwerdeführende 1 wieder unter der Leitung des Beschwerdeführenden 2 aktiv sein könne. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 argumentieren sinngemäss, dass die Sanktion, die Beschwerdeführende 1 aufzulösen, unverhältnismässig sei, da - wenn überhaupt - nur eine leichte Verletzung von finanzmarktrechtlichem Aufsichtsrecht vorliegen würde. Die Beschwerdeführende 1 würde zudem alles unternehmen, damit sie in Zukunft weniger als Fr. 5'000'000'000.- Börsenhandelsumsatz pro Jahr erzielen würde. Dies würde sie mit organisatorischen Massnahmen sicherstellen und zudem statutarisch festhalten, dass lediglich Börsenhandel unterhalb der Schwelle von Fr. 5'000'000'000.- vom Gesellschaftszweck gedeckt sei. Damit würde die ultima ratio - die aufsichtsrechtliche Auflösung der Gesellschaft - hinfällig werden. Es müsste deshalb die mildere Massnahme auf die Beschwerdeführenden angewandt werden, damit diese innerhalb des nicht bewilligungspflichtigen Bereiches weiterhin Börsenhandel betreiben können. Im Übrigen soll die angefochtene Verfügung

dahingehend abgeändert werden, dass festzustellen sei, dass die Beschwerdeführenden 1 und 2 aufsichtsrechtliche Bestimmungen lediglich leicht verletzt hätten.

E. 10.2

Die angefochtene Verfügung hat die Börsenhandelsumsätze der Beschwerdeführenden vom Zeitraum 2011 bis 2015 zum Streitgegenstand. Die Beschwerdeführenden beziehen sich bei ihrem Eventualbegehren auf künftiges Verhalten und wollen Massnahmen umsetzen, womit in Zukunft die Fr. 5'000'000'000.- Handelsumsatz pro Jahr nicht mehr übertroffen werden. Sinngemäss kann dieses Eventualbegehren so verstanden werden, dass die Beschwerdeführenden die Anordnung der aufsichtsrechtlichen Massnahme als unverhältnismässig beurteilen, da sie mit der Umsetzung der verschiedenen Massnahmen die Wiederholungsgefahr ausschliessen möchten. Soweit jedoch auf künftige Sachverhalte Bezug genommen wird, sind die Rügen unbegründet.

E. 10.3

Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, so kann die FINMA gestützt auf Art. 34 Abs. 1 FINMAG ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen. Die Veröffentlichung ist in der Verfügung selber anzuordnen (Art. 34 Abs. 2 FINMAG). Der Ausdruck "schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen" bildet einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung als Rechtsfrage grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist (vgl. Urteile des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.3.1 und B-5121/2011 vom 31. Mai 2012 E. 8.1.1). Nach konstanter Praxis und Doktrin ist indes Zurückhaltung auszuüben und der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen nähersteht oder über spezifische Fachkenntnisse verfügt. Das Gericht hat nicht einzugreifen, solange die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint. Bezüglich der Frage, ob die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen schwer ist, ist der FINMA daher ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum einzuräumen (vgl. Hsu/Bahar/Flühmann, BSK FINMAG, N. 17 zu Art. 33 FINMAG). Die Beschwerdeführenden 1 und 2 haben über mehrere Jahre hinweg beträchtliche Börsenhandelsumsätze erzielt, die jeweils die im FINMA-Rundschreiben 2008/5 festgelegte Fr. 5'000'000'000-Schwelle deutlich überschritten haben. Im Übrigen haben sich die Beschwerdeführenden während des gesamten Verfahrens uneinsichtig gezeigt, obschon von der Vorinstanz leicht überprüfbar Excel-Datenreihen vorgelegt wurden sowie in der angefochtenen Verfügung die Herleitung und die Ergebnisse der Untersuchung transparent dargelegt wurden. Angesichts des milliardenschweren Börsenhandelsumsatzes, der über mehrere Jahre hinweg erzielt wurde, kann nicht von einer leichten Verletzung gesprochen werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts gilt das unbewilligte Ausüben einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit als schwere Verletzung von Aufsichtsrecht (vgl. z.B. BGE 141 II 103, S. 104 ff. = Pra 104 [2015] Nr. 110; Urteil des BGer 2C_571/2018 vom 30. April 2019, E. 5.3.1; Urteil des BVGer B-6737/2014, B-6753/2014, B-6825/2014 vom 17. Februar 2016, E. 5.2). Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass in den parallelen Verfahren ebenfalls festgestellt wurde, dass die Beschwerdeführenden über mehrere Jahre in grossem Ausmass Marktmanipulationen bewirkt haben (vgl. Beschwerdeverfahren B-4757/2018 und B-4762/2018). Es ist somit angesichts der Gesamtumstände nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Erzielung

derart grosse Börsenhandelsumsätze während mehrerer Jahre ohne Effektenhändlerbewilligung als eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht qualifiziert. Schliesslich gilt es zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhält. Die Massnahme erweist sich als geeignet, wenn sie die im öffentlichen Interesse stehende Zielsetzung (Schutz der Funktion des Kapitalmarkts) sicherstellt. Die aufsichtsrechtliche Liquidation der Beschwerdeführenden 1 sowie die den Beschwerdeführenden 2 betreffende Veröffentlichung der Unterlassungsanweisung erweisen sich als erforderliche Massnahmen, um die Zielsetzung des Finanzmarktes zu erreichen. Es ist ebenfalls nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums annimmt, dass vorliegend angesichts der Anzahl der Transaktionen und des hieraus sich ergebenden Börsenhandelsumsatzes über mehrere Jahre, eine mildere Massnahme nicht genügt hätte. In zeitlicher Hinsicht gilt es darauf hinzuweisen, dass sich die Vorinstanz mit der Veröffentlichung der Unterlassungsanweisung für die Dauer von 3 Jahren im mittleren Rahmen bewegt, zumal die Beschwerdeführenden keine Einsicht zeigen (vgl. Urteil des BVGer B-605/2011 vom 8. Mai 2012, E. 4.3.5, 5.1.1 f.; BVGE 2013/59 E. 9.4.4. S. 918). Zudem steht es dem Beschwerdeführenden 2 nach wie vor offen, beispielsweise in einem nicht von der Vorinstanz beaufsichtigten Bereich tätig zu sein. Da der Beschwerdeführende 2 über Kenntnisse und Erfahrung im Bereich der Kapitalmärkte verfügt, stehen ihm nach wie vor nicht unerhebliche Tätigkeitsfelder offen, so dass die Massnahme auch in sachlicher Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgeht. Im Ergebnis sind somit auch die Eventualbegehren der Beschwerdeführenden 1 und 2 abzuweisen.

E. 11.1

Mit den Subeventualbegehren verlangen die Beschwerdeführenden 1 und 2 die Einstellung der Verfahren der Vorinstanz G01056806 und G01033441 i.S. A. _____ AG und B. _____ betreffend unerlaubte Tätigkeit als Effektenhändler.

E. 11.2

Die Beschwerdeführenden haben in Enforcementverfahren nicht die Aufgabe, das Verfahren zu leiten, sondern bei der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken. Im Übrigen hat beispielsweise die Mitteilung, dass ein Verfahren gegen die Beschwerdeführenden 1 und 2 eröffnet wurde, keinen Verfügungscharakter (vgl. Urteil des BGer 2C_167/2016 vom 17. März 2017, E. 3.3.1 f.). Aus diesen Gründen ergibt sich, dass die Beschwerdeführenden 1 und 2 auch nicht die Einstellung des Verfahrens verlangen können, zumal das Verfahren mit der angefochtenen Verfügung ohnehin erstinstanzlich entschieden wurde.

E. 12

Die Beschwerden erweisen sich somit insgesamt als unbegründet und sind abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]), und es steht ihnen keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Verfahrenskosten werden angesichts der Schwierigkeit der Streitsache, der umfangreichen Akten und der in Frage stehenden Vermögensinteressen auf insgesamt Fr. 10'000.- festgesetzt und den Beschwerdeführenden solidarisch sowie zu gleichen Teilen auferlegt. Die Verfahrenskosten werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils fällig und den durch die Beschwerdeführenden bereits geleisteten

Kostenvorschüssen von je Fr. 5'000.- entnommen.

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