

# **BVGer B-6932/2018 vom 3. Februar 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6932\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6932_2018)

FR: TAF B-6932/2018 du 3 février 2020

IT: TAF B-6932/2018 del 3 febbraio 2020

## **Regeste**

Finanzmarktaufsicht (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

### **E. 2**

Das Verfahren betreffend das Berufsverbot wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 11. Juni 2018 zur Beweisabnahme an die Vorinstanz zurückgewiesen. Diese nahm das Verfahren anschliessend wieder auf, stellte es jedoch zufolge Zeitablaufs aus Opportunitäts- und Verhältnismässigkeitsgründen ein. Das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers in seiner Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht richtet sich gegen die Verfahrenskostenaufgabe in der vorinstanzlichen Verfügung betreffend die Einstellung des Verfahrens. Damit ist der Streitgegenstand, der durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibegehren bestimmt wird (BGE 133 II 35 E. 2), auf den Kostenpunkt beschränkt, weshalb alles, was der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Einstellung des Verfahrens, der Prüfung seiner Beweisanträge und Sachvorbringen durch die Vorinstanz, der Offenlegung der Verfügung gegen die Bank, den Untersuchungs- und Verfahrenskosten im Verfahren gegen die Bank und der Entstehung des Statement of Facts (unten E. 9.6) vorbringt, nicht zu hören ist.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer bringt in sachverhaltlicher Hinsicht vor, in der angefochtenen Verfügung fehle jeglicher Hinweis darauf, dass das Bundesverwaltungsgericht die Berufsverbotsverfügung wegen unheilbarer Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben und verbindliche Vorgaben für die vorzunehmenden Abklärungen des rechtserheblichen Sachverhalts gemacht habe. Der Sachverhalt sei entsprechend zu ergänzen. Ferner seien die falschen, irreführenden und unvollständigen Ausführungen zur Prozessgeschichte im Sinne seiner Ausführungen zu korrigieren, wonach zusammengefasst keine umfangreiche

Untersuchung geführt worden sei, die Untersuchungsbeauftragte den Verdacht der Vorinstanz gerade nicht bestätigt habe, das Verfahren rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügt habe und der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

### **E. 3.2**

Das Bundesverwaltungsgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz mit freier Kognition auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit überprüfen (vgl. Art. 49 Bst. b VwVG). Ein Sachverhalt gilt dann als unrichtig oder unvollständig erhoben, wenn der Verfügung falsche bzw. aktenwidrige Tatsachen zugrunde gelegt oder Beweise unzutreffend gewürdigt wurden, wenn nicht über alle rechtserheblichen Umstände Beweis geführt oder eine entscheiderelevante Tatsache zwar erhoben wurde, diese jedoch daraufhin nicht in den Entscheid miteinfluss (BVGE 2007/37 E. 2.3; Urteil des BVGer B-5179/2018 vom 4. März 2019 E. 5.4). Was rechtserheblich ist, bestimmt das materielle Recht; eine in Verkennung der Rechtserheblichkeit unvollständige Erstellung der für die rechtliche Beurteilung massgeblichen Tatsachen stellt demzufolge eine Verletzung materiellen Rechts dar (Urteil des BGer 2C\_402/2018 vom 19. September 2018 E. 1.4; vgl. auch BGE 136 II 65 E. 1.4 in fine).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Prozessgeschichte kurz und korrekt dargestellt. Für die vorliegend strittige Kostenaufgabe gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. b der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 (FINMA-GebV, SR 956.122) erweisen sich die vom Beschwerdeführer ergänzend dargelegten Umstände nicht als rechtserheblich. Vorliegend ist zu prüfen, ob die Kostenaufgabe gestützt auf das Veranlasserprinzip zulässig ist, wobei vorgängig zu klären ist, ob für die fragliche Verordnungsbestimmung eine genügende gesetzliche Grundlage besteht. Die Erwägung der Vorinstanz, wonach sie eine umfangreiche Untersuchung geführt habe, bezieht sich sodann auf ihre Verhältnismässigkeitsüberlegungen zur Höhe der auferlegten Verfahrenskosten (unten E. 11).

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz führt aus, sie habe nach der Rückweisung durch das Bundesverwaltungsgericht, den Fall nochmals sorgfältig geprüft, sei aber zum Schluss gekommen, dass sich unter Berücksichtigung des Zeitablaufs eine Weiterführung des Verfahrens mit Blick auf eine allfällige Anordnung von Massnahmen weder als verhältnismässig noch als opportun erweise. Dabei habe insbesondere eine Rolle gespielt, dass der Untersuchungszeitraum inzwischen mehr als fünf Jahre zurückliege und die berufliche Karriere des Beschwerdeführers seither von der Untersuchung betroffen sei. Die Vorinstanz stützt die vorliegend strittige Verfahrenskostenaufgabe auf Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV. Gebührenpflichtig sei, wer eine Verfügung veranlasse. Der Begriff des Veranlassens sei jedoch nicht gleichbedeutend mit einem Verfahrensausgang zu Ungunsten des Adressaten. Vielmehr könnten auch Aufsichtsverfahren, die im Ergebnis einzustellen seien, zu einer Kostenpflicht des Betroffenen führen, sofern dieser jedenfalls genügend Anlass zum Verfahren gegeben habe. Die Kostenregelung folge grundsätzlich dem Störer- bzw. Verursacherprinzip, auf welchem weitgehend das gesamte Finanzierungskonzept der FINMA beruhe. In ihrer Vernehmlassung ergänzt die Vorinstanz, dass dieser Grundsatz vom Bundesverwaltungsgericht wiederholt bestätigt worden sei. Nicht jedes Setzen eines Anlasses bzw. jede Form des Verursachens sei ein Grund für eine Verfahrenskostenaufgabe.

Sei der Anfangsverdacht vollständig unbegründet gewesen, so dass gar kein Verfahren hätte eröffnet werden dürfen, könnten keine Kosten auferlegt werden. Sei das Verfahren rechtmässig eröffnet worden, habe mithin ein begründeter Anfangsverdacht bestanden, so treffe den Betroffenen grundsätzlich eine Kostentragungspflicht. Die Hürden für eine Verfahrenseröffnung würden hoch angesetzt, insbesondere mit Blick auf die möglichen negativen Konsequenzen für den Betroffenen. Im Falle einer Verfahrenseinstellung sei bei der Kostenfestsetzung zudem das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Legalitätsprinzips durch die Kostenaufgabe abweichend vom Unterliegerprinzip. Zur Begründung führt er aus, er habe im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht und vor Vorinstanz vollumfänglich obsiegt. Die Vorinstanz habe, ohne Untersuchungshandlungen vorzunehmen, mit der sanktionslosen Einstellung des Verfahrens reagiert. Nun wolle sie dem Beschwerdeführer genau für diejenigen Tätigkeiten Kosten auferlegen, die das Gericht als unheilbare Verletzung des rechtlichen Gehörs qualifiziert habe. Das sei weder verhältnismässig noch opportun oder legal. Vage, aktenwidrige, unbelegte und unzulässige Verdächtigungen begründeten kein Unterliegen. Soweit Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV ein Abweichen vom Unterliegerprinzip erlaube, fehle eine gesetzliche Grundlage. Die formell-gesetzlich Delegationsnorm für Art. 5 FINMA-GebV sei Art. 46a RVOG (zit. in E. 5.1). Der Beschwerdeführer macht unter Bezugnahme auf BGE 128 II 247 und BVGE 2017 II/1 geltend, diese Bestimmung ermächtige den Bundesrat klarerweise nicht, eine Verfahrenskostenaufgabe nach dem Verursacherprinzip zu statuieren. Eine Kostenaufgabe gestützt auf ein ungeschriebenes, gesetzeswidriges Verursacherprinzip sei ebenfalls unzulässig. Ausserdem stehe die FINMA unter keinerlei finanziellem Druck, vollständig obsiegende Parteien gesetzeswidrig mit Verfahrenskosten zu belegen. Abgesehen davon habe der Beschwerdeführer das Verfahren nicht veranlasst, weshalb ihm auch in Anwendung des Verursacherprinzips keine Kosten auferlegt werden könnten. Sollte das Gericht dennoch die Möglichkeit einer Kostenaufgabe gestützt auf die geäusserten Verdachtsmomente in Betracht ziehen, sei diese wegen einer unheilbaren Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

#### **E. 5.1**

Das Bundesgericht hat sich in BGE 128 II 247 ausführlich mit der Kostenaufgabe bei Einstellung einer Untersuchung durch die Wettbewerbskommission auseinandergesetzt. Das Urteil datiert vom 25. April 2002. Das Gericht hielt für das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) und Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 (GebV-KG, SR 251.2) fest, dass Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes vom 4. Oktober 1974 (in der damaligen Fassung, AS 1975 65) die eigentliche gesetzliche Grundlage für die GebV-KG bilde (E. 2). Die Gesetzesbestimmung räume dem Bundesrat einen erheblichen Regelungsspielraum ein; Bemessungsgrundlagen und Höhe der Gebühren seien aber nicht im Gesetz umrissen, sondern auf Verordnungsstufe delegiert (E. 3). Die Gebührenpflicht nach Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes beziehe sich grundsätzlich auf alle erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, die von Organen der Bundesverwaltung durchgeführt würden (E. 4). Die Gebührenbemessung nach Art. 4 GebV-KG halte sich innerhalb des Delegationsrahmens (E. 5). Dabei gelte eine sinngemässe Anwendung des Unterliegerprinzips: Nur wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung gebe, d.h. mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach

Art. 30 KG auslöse, könne mit Untersuchungskosten belastet werden (E. 6). Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in BVGE 2017 II/1 zur Kostenverlegung im (erstinstanzlichen) Aufsichtsverfahren nach Art. 52 des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009 (PBG, SR 745.1) ausgesprochen. Das Urteil erging zu Art. 2 der Gebührenverordnung BAV vom 25. November 1998 (GebV-BAV, SR 742.102). Das Gericht führte aus, die Bestimmung stütze sich auf Art. 46a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) mit demselben Gehalt wie Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes. Grundsätzlich gelte das Verursacherprinzip; es seien aber Konstellationen denkbar, in denen das Verursacherprinzip hinter das Unterliegerprinzip zurücktreten müsse (E. 8.3.3). BGE 128 II 247 erging unter altem Recht und zum Kartellgesetz. BVGE 2017 II/1 betrifft das Aufsichtsverfahren unter dem Personenbeförderungsgesetz. Weder das Bundesgericht noch das Bundesverwaltungsgericht haben sich in der publizierten Rechtsprechung zur gesetzlichen Grundlage der Gebührenpflicht im Finanzmarktaufsichtsrecht ausdrücklich geäussert (vgl. BVGE 2016/31 zur gesetzlichen Grundlage der Aufsichtsabgabe im Finanzmarktaufsichtsrecht).

### **E. 5.2**

Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der vorfrageweisen Überprüfung von Verordnungen des Bundesrates die gleiche Kognition wie das Bundesgericht. Bei unselbstständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbstständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weites Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) für das Bundesgericht verbindlich; es darf in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Es kann dabei namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützen lässt oder ob sie Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- und zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden müssen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit zu äussern (BGE 141 V 473 E. 8.3 m.w.H.; BVGE 2016/31 E. 4.1).

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz stützt die Kostenaufgabe in der angefochtenen Verfügung auf Art. 5 FINMA-GebV. Die Verordnungsbestimmung kann im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle auf ihre Gesetzes- und Verfassungskonformität überprüft werden. Zunächst ist bei der vorfrageweisen Überprüfung zu klären, ob die Verordnung auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruht (nachfolgend E. 6). Liegt eine gesetzliche Ermächtigung vor, ist zu prüfen, ob die Verordnung die verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere

die Grundsätze der Gesetzesdelegation, wahrt (nachfolgend E. 7). Sind Gesetzes- und Verfassungskonformität zu bejahen, ist die Verordnungsbestimmung und ihre gesetzlichen Grundlagen auszulegen (nachfolgend E. 8). Gestützt auf das Auslegungsergebnis ist alsdann zu entscheiden, ob die Kostenaufgabe im konkreten Fall zu Recht oder Unrecht erfolgte (nachfolgend E. 9).

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 182 BV erlässt der Bundesrat rechtsetzende Bestimmungen in der Form der Verordnung, soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist (Abs. 1). Er sorgt für den Vollzug der Gesetzgebung, der Beschlüsse der Bundesversammlung und der Urteile richterlicher Behörden des Bundes (Abs. 2). Der Bundesrat hat die FINMA-GebV erlassen und am 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt (Art. 40 FINMA-GebV). Nach ihrem Ingress stützt sich der Erlass auf Art. 15 und Art. 55 FINMAG sowie auf Art. 46a RVOG.

#### **E. 6.2.1**

Die Bestimmung von Art. 15 FINMAG mit der Marginalie «Finanzierung» findet sich im 2. Abschnitt («Finanzierung und Finanzhaushalt») des 2. Kapitels («Organisation»). Die Botschaft führt aus, dass die bestehenden Regelungen über die Finanzierung der (bisherigen) drei Aufsichtsbehörden weitgehend übernommen und im FINMAG zusammengefasst wurden (Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG] vom 1. Februar 2006 [nachfolgend: Botschaft FINMAG], BBl 2006 2829, 2867). Art. 15 FINMAG sieht in Abs. 1 vor, dass die FINMA Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen erhebt (1. Satz). Zudem erhebt sie von den Beaufsichtigten jährlich pro Aufsichtsbereich eine Aufsichtsabgabe für die Kosten der FINMA, die durch die Gebühren nicht gedeckt sind (2. Satz). Abs. 2 listet die Kriterien für die Bemessung der Aufsichtsabgabe auf (Bst. a-d), Abs. 3 ermächtigt den Bundesrat, die Aufteilung der Aufsichtsabgabe in eine fixe Grundabgabe und eine variable Zusatzabgabe vorzusehen, Abs. 4 enthält eine Ermächtigung für die Einzelheiten, namentlich die Bemessungsgrundlagen, die Aufsichtsbereiche und die Aufteilung der durch die Aufsichtsabgabe zu finanzierenden Kosten unter den Aufsichtsbereichen (Bst. a-c). Im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 3 und Abs. 4 FINMAG, die den Bundesrat im Bereich «Aufsichtsabgaben» zur Rechtssetzung ermächtigen, enthält Art. 15 Abs. 1 FINMAG keine Ermächtigungsnorm. Die Norm wurde im Gesetzgebungsprozess herangezogen, um die Gebührenpflicht im Bereich «Aufsichtsverfahren» zu begründen, und entsprechend erläutert (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, 2868; dazu unten E. 8.3.2). Sie enthält indes keine Ermächtigung zum Erlass rechtsetzender Bestimmungen über Gebühren, sondern bestimmt die Mittel für eine verursachergerechte Finanzierung der FINMA (Art. 15 Abs. 1 FINMAG).

#### **E. 6.2.2**

Die Bestimmung von Art. 55 FINMAG trägt die Marginalie «Ausführungsbestimmungen» und steht unter den «Schlussbestimmungen» (6. Kapitel) im Abschnitt über den «Vollzug» (1. Abschnitt). Sie statuiert eine Vollzugskompetenz. Die Kompetenz des Bundesrates, Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz zu erlassen (Art. 55 Abs. 1 FINMAG), enthält keine Ermächtigung zur Rechtssetzung von Bestimmungen über Gebühren, da Gebühren den Kausalabgaben zuzurechnen sind (vgl. BGE 128 II 247 E. 2.2 und E. 3.1 zur GebV-KG unter altem Recht; zu Gebühren vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2756 ff.;

Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 57 Rz. 18 ff.; René Wiederkehr, Kausalabgaben, Kleine Schriften zum Recht, Bern 2015, S. 37).

### **E. 6.2.3**

Die Bestimmung von Art. 46a RVOG hatte eine Vorgängerbestimmung in Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes vom 4. Oktober 1974 (AS 1975 65; nachfolgend: Haushaltverbesserungsgesetz). Das Haushaltverbesserungsgesetz sah darin vor, dass der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung erlässt. Diese Bestimmung wurde im Rahmen des Bundesgesetzes über das Entlastungsprogramm 2003 vom 19. Dezember 2003 (AS 2004 1633) per 1. Januar 2005 aufgehoben und durch Art. 46a RVOG ersetzt. Die Botschaft des Bundesrates zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt (EP 03) vom 2. Juli 2003 (nachfolgend: EP 03-Botschaft, BBl 2003 5615 ff.) hält zur Einführung der neuen Gebührenregelung fest (vgl. auch BGE 144 II 454 E. 5.5.2): «Anders als die heutige Regelung hat die Neuregelung nicht mehr subsidiären Charakter. Mit dem neuen Artikel soll eine allgemeine Gesetzesgrundlage für die Gebührenerhebung durch den Bundesrat und die Bundesverwaltung geschaffen werden. Spezialgesetzliche Gebührenregelungen sollen nur noch dort erlassen werden, wo Besonderheiten oder Abweichungen normiert werden müssen. [...] Der neue Gebührenartikel stellt die formell-gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Gebühren für erstinstanzliche Verfügungen, Dienstleistungen sowie andere amtliche Verrichtungen dar. Die Gebühren für Beschwerdeentscheide sind im Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) geregelt. Eine Regelung des gesamten Gebührenbereichs im VwVG erscheint nicht sinnvoll, weil die amtlichen Verrichtungen, denen erstinstanzliche Verfügungen zugrunde liegen, sehr unterschiedlich sind und demzufolge eine Vielzahl von Gebührentarifen erfordern.» (BBl 2003 5615, 5760) [...] «Die Neuregelung gilt - wie die übrigen allgemeinen Regelungen über die Bundesverwaltung - auch für die dezentrale Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 3 RVOG), soweit nicht spezialrechtlich (z.B. in den Organisationserlassen) etwas anderes geregelt ist.» (BBl 2003 5615, 5761)

### **E. 6.3**

Aufgrund der Ausführungen in der Botschaft ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit Art. 46a RVOG eine allgemeine gesetzliche Grundlage für den Erlass von Gebührenverordnungen geschaffen hat (vgl. auch Thomas Braunschweig, Gebührenerhebung durch die Bundesverwaltung - Übersicht über die Neuordnung, in: LeGes 2005, S. 9 ff., 21). Das Parlament diskutierte einen Antrag, wonach die Ermächtigung durch den Zusatz «sofern dies in der entsprechenden Gesetzgebung vorgesehen ist» (Art. 46a Abs. 1 E-RVOG in fine) eingeschränkt werden sollte (AB 2003 N 1604-1607). Der Zusatz wurde nicht ins Gesetz aufgenommen. Die gesetzliche Grundlage für die Gebührenpflicht von Art. 5 FINMA-GebV ist demnach Art. 46a RVOG.

### **E. 7.1**

Gemäss Art. 164 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben (Abs. 1 Bst. d). Rechtssetzungsbefugnisse können durch Bundesgesetz übertragen

werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Abs. 2). Das Gesetz delegiert in Art. 46a RVOG Rechtssetzungsbefugnisse an den Bundesrat. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut: 1 Der Bundesrat erlässt Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung. 2 Er regelt die Erhebung von Gebühren im Einzelnen, insbesondere: a. das Verfahren zur Erhebung von Gebühren; b. die Höhe der Gebühren; c. die Haftung im Fall einer Mehrheit von Gebührenpflichtigen; d. die Verjährung von Gebührenforderungen. 3 Bei der Regelung der Gebühren beachtet er das Äquivalenzprinzip und das Kostendeckungsprinzip. 4 Er kann Ausnahmen von der Gebührenerhebung vorsehen, soweit dies durch ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung oder Dienstleistung gerechtfertigt ist.

### **E. 7.2**

Die Gesetzesdelegation ist nach Rechtsprechung und Lehre zulässig unter den Voraussetzungen, dass sie durch die Verfassung nicht ausgeschlossen sein darf, die Delegationsnorm in einem formellen Gesetz enthalten sein muss, die Delegation auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt ist und die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im Gesetz selbst enthalten sind (vgl. etwa BGE 141 II 169 E. 3.2-3.4; BGE 130 I 113 E. 2.2 zur Delegation bei Kausalabgaben; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 1872-1874; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 368; Georg Müller/Felix Uhlmann, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 415).

### **E. 7.3**

Der Gesetzesvorbehalt für das Abgaberecht nach Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV schliesst die Gesetzesdelegation für Gebühren nicht aus. Verlangt wird, dass der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe und die Grundlagen für ihre Bemessung in einem Bundesgesetz vorgesehen werden (BGE 130 I 113 E. 2.2). Der Kreis der Personen, die zur Entrichtung von Gebühren verpflichtet werden, folgt aus dem Begriff «Gebühren» (Art. 46a Abs. 1 RVOG). Gebühren sind Geldleistungen, die für eine dem Gebührenpflichtigen individuell zurechenbare staatliche Leistung zu entrichten sind (Individualäquivalenz); die Gebührenpflicht bei Verfügungen erfasst die Verfügungsadressaten (EP 03-Botschaft, BBl 2003 5615, 5761; Thomas Sägesser, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Stämpflis Handkommentar, Bern 2007, Art. 46a Rz. 8, 12; zur Definition von Gebühren vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2764; Wiederkehr, a.a.O., S. 37). Der Gegenstand der Abgabe besteht aus dem Verwaltungsaufwand für (erstinstanzliche) «Verfügungen» (und Dienstleistungen, Art. 46a Abs. 1 RVOG; EP 03-Botschaft, BBl 2003 5615, 5762; zum Verwaltungsaufwand vgl. BGE 144 II 454 E. 5.5.3). Die Grundlagen für die Bemessung der Abgabe ergeben sich aus dem «Äquivalenzprinzip» und dem «Kostendeckungsprinzip», die das Gesetz ausdrücklich aufnimmt und bei der Gebührenregelung zu beachten sind (Art. 46a Abs. 3 RVOG). Auch im Fall, dass der Erlass der Verfügung nicht als Nutzen oder persönlicher Vorteil des Gebührenpflichtigen verstanden wird, kann die Individualäquivalenz nach konstanter langjähriger Praxis der Bundesbehörden bejaht werden. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass die Auferlegung von Verfahrenskosten im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nach dem Unterliegerprinzip erfolgen kann (EP 03-Botschaft, BBl 2003 5615, 5761). Demnach ist die Delegation durch die Verfassung nicht ausgeschlossen.

Die Delegationsnorm befindet sich in einem Gesetz im formellen Sinn, ist auf ein genau umschriebenes Gebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie werden durch das Gesetz selbst bestimmt (Art. 46a Abs. 1-4 RVOG). In der Literatur wird Art. 46a RVOG denn auch als typisches Beispiel einer genügenden Delegationsnorm für die verordnungswise weitere Regelung von Verwaltungsgebühren angeführt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2808).

#### **E. 7.4**

Die Rechtssetzungskompetenz hat der Bundesrat mehrfach umgesetzt. Gestützt auf Art. 46a RVOG erliess er einmal die Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1), zum anderen erging auf dem Gebiet des Finanzmarktaufsichtsrechts eine spezialgesetzliche Gebührenverordnung (FINMA-GebV). Innerhalb des 2. Kapitels regelt Art. 5 FINMA-GebV die Gebührenpflicht. Nach Abs. 1 ist gebührenpflichtig, wer a. eine Verfügung veranlasst; b. ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird; c. eine Dienstleistung der FINMA beansprucht. Nach Abs. 2 bezahlen Bundes-, Kantons- und Gemeindebehörden für Leistungen der FINMA im Bereich der Amts- und Rechtshilfe keine Gebühren. Art. 6 FINMA-GebV verweist auf die Bestimmungen der AllgGebV, soweit die vorliegende Verordnung keine besondere Regelung enthält. Da die FINMA zur dezentralen Bundesverwaltung gehört und dem RVOG untersteht (Art. 2 Abs. 3 RVOG), hat der Verweis nur deklaratorische Bedeutung. Art. 7-10 FINMA-GebV zu Auslagen, Gebührenansätze, Gebührenzuschlag sowie Rechnungsstellung und Gebührenverfügung bei Aufsichtsverfahren enthalten schliesslich Regelungen, die von der AllgGebV abweichen.

#### **E. 7.5**

Die Gesetzesbestimmung von Art. 46a RVOG räumt dem Bundesrat einen erheblichen Regelungsspielraum auf Verordnungsstufe ein (vgl. Braunschweig, a.a.O., S. 16). Das Gericht darf bei der vorfrageweisen Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen (BGE 143 II 87 E. 4.4 m.H.; BGE 141 V 473 E. 8.3). Beanstandet wird die Gebührenpflicht nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV, die den Veranlasser eines Aufsichtsverfahrens, das nicht mit einer Verfügung endet oder eingestellt wird, trifft. Der Rahmen der durch das Gesetz delegierten Kompetenzen wird dadurch nicht offensichtlich gesprengt. Die Gebührenpflicht trifft nicht voraussetzungslos einen jeden Verfügungsadressaten oder Verfahrensbeteiligten, sondern nur solche, die ein Aufsichtsverfahren immerhin veranlasst haben. Das Veranlasser- oder Verursacherprinzip besagt, dass die Kosten einer staatlichen Massnahme von derjenigen Person zu tragen sind, die sie verursacht hat (vgl. Urteil des BGer 2C\_1096/2016 vom 18. Mai 2018 E. 2.2). Die Verordnungsbestimmung lässt sich insoweit auf ernsthafte Gründe stützen. Dass sie gesetzes- oder verfassungswidrig wäre, lässt sich auch sonst nicht ausmachen. An den gesetzlich eingeräumten Regelungsspielraum ist das Gericht daher gebunden (Art. 190 BV).

#### **E. 8.1**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 FINMA-GebV ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst (Bst. a); ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird (Bst. b); eine Dienstleistung der FINMA beansprucht (Bst. c). Die Verordnungsbestimmung beruht auf der Ermächtigung des Bundesrates (oben E. 6.3), Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und

Dienstleistungen der Bundesverwaltung erlassen (Art. 46a Abs. 1 RVOG), ihr Erlass ist durch die Gesetzesdelegation gedeckt (oben E. 7.3) und stellt eine spezialgesetzliche Gebührenregelung im Finanzmarktaufsichtsrecht dar (oben E. 7.4). Ob die Gebührenregelung von Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV bei Einstellung eines Verfahrens durch die FINMA zum Tragen kommt, ist strittig. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, dass das Unterliegerprinzip anwendbar sei, während die Vorinstanz auf das Veranlasserprinzip abstellen will. Die Frage ist durch Auslegung zu beantworten.

## **E. 8.2**

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut des Gesetzestextes. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenso der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut (grammatikalische Auslegung) darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historische Auslegung), aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften (systematische Auslegung) oder aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung (teleologische Auslegung) ergeben (BGE 140 II 415 E. 5.4 m.H.).

### **E. 8.3.1**

Grammatikalisch ist vom Wortlaut des Rechtssatzes auszugehen. Alle drei Amtssprachen verwenden eine wörtliche Formulierung, die eine Veranlassung, Verursachung oder Herbeiführung des Aufsichtsverfahrens zum Ausdruck bringt (dt.: «ein Aufsichtsverfahren veranlasst»; frz.: «provoque une procédure de surveillance»; ital. «occasiona una procedura di vigilanza»). Die Bestimmung ist nach ihrem Wortlaut auch keine Kann-Bestimmung, die den Behörden einen Ermessensspielraum einräumt. Sie statuiert eine Pflicht (dt.: «Gebührenpflichtig ist, wer [...]»; frz.: «Est tenue de payer des émoluments toute personne qui [...]»; ital.: «È assoggettato all'emolumento chiunque [...]»). Das ergibt sich aus dem Ingress wie auch aus der Marginalie, die Bestandteil der auszulegenden Bestimmung ist (dt.: «Gebührenpflicht»; ital.: «Obbligo die pagare gli emolumenti»; weniger deutlich frz.: «Régime des émoluments»). Das Gesetz, das am Gebührenbegriff anknüpft (EP 03-Botschaft, BBl 2003 5615, 5761; oben E. 7.3), stellt allgemein auf die individuelle Zurechenbarkeit ab, was eine Veranlassung eines Aufsichtsverfahrens einschliesst. Die Auslegung nach dem grammatikalischen Auslegungselement führt zum Ergebnis, dass das Veranlasserprinzip anwendbar ist.

### **E. 8.3.2**

Historisch sind die Materialien der Rechtssetzungsarbeiten, aus denen der Rechtssatz hervorgeht, anzuführen. Die Arbeiten zur FINMA-GebV sind nicht verfügbar - es existiert einzig ein Erläuterungsbericht des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 6. März 2008 [nachfolgend: Erläuterungsbericht FINMA-GebV] - sondern nur die Materialien zur Gesetzgebung. Die Grundlage für die Gebührenerhebung (Art. 46a Abs. 1 RVOG) wurde im Gesetzgebungsprozess des FINMAG nicht mehr ausdrücklich aufgenommen (vgl. aber Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, 2869 in fine). Das ist auch nicht erforderlich. Der Gesetzgeber braucht eine bestehende Grundlage beim Erlass späterer Spezialgesetze nicht nochmals anzuführen. Der Bundesrat muss sich indes an diesem Gesetz orientieren, wenn er

die spezialgesetzliche Gebührenverordnung umsetzt. Zu beachten sind daher die Materialien beider Gesetzgebungen (RVOG und FINMAG). Die Gesetzesrevision des RVOG erfolgte 2003 im Rahmen des Entlastungsprogramms für den Bundeshaushalt. Die bundesrätliche Botschaft führt aus, «dass die Auferlegung von Verfahrenskosten im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nach dem Unterliegerprinzip erfolgen kann (BGE 128 II 247 E. 4.1; vgl. auch E. 6 zu den Grenzen des Unterliegerprinzips, insbesondere zum engeren Anwendungsbereich des Unterliegerprinzips im Vergleich mit dem Verursacherprinzip). Damit reicht ein persönliches Berührtsein aus, um eine Gebührenpflicht zu begründen, ein individueller Nutzen aus der Verfügung ist keine notwendige Voraussetzung. Somit ergibt sich der Kreis der gebührenpflichtigen Personen implizit aus dem Begriff der Gebühr als auf Individualäquivalenz beruhender Abgabe.» (EP 03-Botschaft, BBl 2003 5615, 5761 f.). Die Diskussion im Parlament nahm zwar auf das Verursacherprinzip Bezug, doch ging es um den Zusatz zu Art. 46a Abs. 1 RVOG am Ende («sofern dies in der entsprechenden Gesetzgebung vorgesehen ist»), der nicht Gesetz wurde (AB 2003 N 1604-1607). Das Gesetzgebungsverfahren zum FINMAG fand 2006-2007 statt. Die Botschaft des Bundesrates umschreibt den Gegenstand der Gebührenerhebung und führt zum Aufsichtsverfahren (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 E-FINMAG) aus: «Die Formulierung &lt;Aufsichtsverfahren im Einzelfall&gt; ist auch mit Blick auf die Fälle gewählt worden, in denen Untersuchungen ohne Verfügung oder bloss mit einer Einstellungsverfügung beendet werden. Während der Aufwand für die Einstellungsverfügung selbst gering ist, kann der vorhergehende Untersuchungsaufwand gross sein. Die gewählte Formulierung ermöglicht, Gebühren auch für solchen Untersuchungsaufwand zu erheben. Die Kostenaufgabe dürfte namentlich im Rahmen des Unterliegerprinzips gerechtfertigt sein, wonach die oder der mutmasslich Unterliegende die Verfahrenskosten zu tragen hat.» Die Fussnote dazu erwähnt BGE 128 II 247 (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, 2868). Die Beratungen im Parlament haben die Gebühren für Aufsichtsverfahren nicht thematisiert. Die Ratsdebatten drehten sich hauptsächlich um die Finanzierung der FINMA durch die beaufsichtigten Finanzintermediäre (AB 2007 N 83 f.; AB 2007 S 405 ff., 412, ohne Diskussion), mithin um die Aufsichtsabgabe (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 E-FINMAG). Da die Gebührenfrage die parlamentarische Beratung diskussionslos passierte, ist davon auszugehen, dass es nach dem gesetzgeberischen Willen auf den «Einzelfall» ankommt, die Kostenaufgabe «namentlich» beim mutmasslichen Unterliegenden gerechtfertigt ist, für den veranlassten «vorhergehenden Untersuchungsaufwand» aber eine Gebühr erhoben werden soll. Der Gesetzgeber hat in Kenntnis von BGE 128 II 247 eine Gebührenpflicht auch für diejenigen Fälle von Aufsichtsverfahren, die mit einer Einstellungsverfügung enden, vorsehen wollen. Auch der Erläuterungsbericht (Erläuterungsbericht FINMA-GebV, S. 4 zu Art. 6 E-FINMA-GebV) führt Entsprechendes aus: «Das heisst, wer genügend Anlass für eine Untersuchung gesetzt hat oder wer in einem Verfahren mutmasslich unterlegen wäre, soll die Kosten des Verfahrens tragen». Die Kosten des vorhergehenden Aufwands könnten aber keinesfalls auferlegt werden, wenn uneingeschränkt das Unterliegerprinzip gälte. In Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers lässt deshalb die FINMA-GebV die Veranlassung eines Aufsichtsverfahrens ausreichen. Die Auslegung nach dem historischen Auslegungselement führt zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber das Veranlasserprinzip nicht ausschliessen wollte.

### **E. 8.3.3**

Systematisch ist die Stellung des Rechtssatzes im Zusammenhang mit anderen Rechtssätzen zu analysieren. Der Aufbau der FINMA-GebV lässt klar erkennen, dass Art. 5 Abs. 1

FINMA-GebV die Gebühr spezifisch für spezialgesetzliche Aufsichtsverfahren regelt. Im Übrigen gelten die Bestimmungen der AllgGebV, soweit die Verordnung keine besondere Regelung enthält (Art. 6 FINMA-GebV). Art. 2 AllgGebV sieht zwar ebenfalls vor, dass eine Gebühr zu bezahlen hat, wer eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht. Dass das Veranlasserprinzip aber auch zur Anwendung kommt, wenn das Aufsichtsverfahren ohne Verfügung endet oder eingestellt wird, gilt nur im Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Finanzmarktaufsicht. Das zeigt sich auch an der Systematik der Absatzgliederung. Innerhalb von Abs. 1 wird zwischen Gebühren für Dienstleistungen (Bst. c) und Gebühren für entstandenen Verfahrensaufwand unterschieden, wobei diese danach unterteilt werden, ob die Verfügung (Bst. a) oder ein Aufsichtsverfahren, das ohne Verfügung endet oder eingestellt wird (Bst. b), veranlasst wird. Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV nimmt die Absicht des Gesetzgebers, die Gebühr nicht nur für den Aufwand der Einstellungsverfügung, sondern auch den vorausgehenden Untersuchungsaufwand einzuführen (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, 2868), auf. Die Auslegung nach dem systematischen Auslegungselement führt zum Ergebnis, das ein spezialgesetzliches Veranlasserprinzip bestätigt.

#### **E. 8.3.4**

Teleologisch ist auf Sinn und Zweck der Rechtsnorm, die der Rechtssatz ausdrückt, auszulegen. Der ausgewiesene Sinn und Zweck besteht in angemessenen Gebühren für Verfügungen (Art. 46a Abs. 1 RVOG) bzw. für veranlassten Verfahrensaufwand des Aufsichtsverfahrens (Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV). Das Aufsichtsverfahren ist ein eingreifendes Verwaltungsverfahren, das mitunter zu einem enormen Aufwand führt, auch wenn das angehobene Verfahren ohne Verfügung oder mit einer Einstellungsverfügung endet. «Einstellungsverfügung» ist kein Terminus technicus des Finanzmarktaufsichtsrechts und findet sich nicht im FINMAG. Die FINMA verfügt die Einstellung aber oft mit Blick darauf, dass die Kostenaufgabe anfechtbar wird. Die Kosten der Finanzmarktaufsicht werden durch die Beaufsichtigten finanziert, wobei auch Personen erfasst sind, die bewilligungslos tätig werden (vgl. Art. 3 Bst. a FINMAG «[...] die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen [...]»). Dabei handelt es sich einerseits um Gebühren, die individuell für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und das Erbringen von Dienstleistungen erhoben werden. Für sämtliche übrigen Kosten, die nicht durch Gebühreneinnahmen gedeckt werden können, wird von den Beaufsichtigten eine jährliche Pauschalabgabe, die sog. Aufsichtsabgabe, erhoben (vgl. Art. 15 Abs. 1 FINMAG; Art. 2-4 FINMA-GebV; Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, 2844, 2867 f.; Erläuterungsbericht FINMA-GebV, S. 3: «Das verbleibende Defizit und die zu äufnenden Reserven haben die Beaufsichtigten des jeweiligen Aufsichtsereichs durch die Aufsichtsabgabe zu finanzieren.»). Aufsichtsabgaben zeichnen sich dadurch aus, dass sie den Beaufsichtigten nicht individuell, sondern nur als Gruppe (Aufsichtsbereiche, vgl. Art. 3 FINMA-GebV) zugerechnet werden können (vgl. Art. 4 Abs. 2 und Art. 11 FINMA-GebV; Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, 2868 f.; Erläuterungsbericht FINMA-GebV, S. 1). Aus dem Finanzierungssystem der FINMA ergibt sich, dass der Aufwand, den die Beaufsichtigten durch ihr Verhalten direkt verursachen, ihnen und nicht der Allgemeinheit der Beaufsichtigten angelastet werden soll. Das Veranlasserprinzip, auch Verursacherprinzip genannt, ist der allgemeinere Begriff und wird durch das Prinzip von Unterliegen und Obsiegen spezifiziert. Von einem Unterliegen im eigentlichen Sinn kann überhaupt nur die Rede sein, wenn zwei Parteien sich im Verfahren gegenüberstehen und

die zu erhebende Verwaltungsgebühr nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens auf die Verfahrensparteien zu verlegen ist (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3 zum fernmelderechtlichen Interkonkonnktionsverfahren). Auf das Aufsichtsverfahren trifft dies aber nicht zu. Das erstinstanzliche eingreifende Verwaltungsverfahren ist auch kein Beschwerdeverfahren, in welchem die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Auch eine Gegenstandslosigkeit - Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 72 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273; vgl. BGE 128 II 247 E. 6.1 m.H.) - lässt sich bei Verfahrenseinstellungen nicht annehmen. Das Verfahren ist ja gerade nicht gegenstandslos geworden (wie z.B. im Todesfall der Partei, gegen die das Verfahren geführt wurde), sondern es wird aus anderen Gründen einfach beendet bzw. eingestellt (z.B. aus Gründen der Verhältnismässigkeit oder Opportunitätsgründen). Da kein Erledigungsgrund eingetreten ist, lässt sich nicht auf die Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes abstellen (Art. 72 BZP in fine). Das Kriterium ist schlechterdings unanwendbar, wenn das Verfahren eingestellt wird. Das Veranlasserprinzip wird vorliegend der gesetzgeberischen Absicht besser gerecht. Der Gesetzgeber wollte die Gebührenfrage gerade nicht einheitlich im VwVG regeln, da «amtliche Verrichtungen, denen erstinstanzlichen Verfügungen zugrunde liegen, sehr unterschiedlich sind» (EP 03-Botschaft, BBI 2003 5615, 5760; vgl. Vera Marantelli/Said Huber, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 6 Rz. 43). Trotz Kenntnis von BGE 128 II 247 erklärte er das «namentlich» erwähnte Unterliegerprinzip nicht für allgemein anwendbar (Botschaft FINMAG, BBI 2006 2829, 2868), sondern beabsichtigte einen Spielraum für spezialgesetzliche Gebührenregelungen (oben E. 6.2.3). Auf dem Gebiet des Finanzmarktaufsichtsrechts ist bei Verfahrenseinstellungen eine Gebühr für den «vorausgehenden Untersuchungsaufwand» bezweckt, wenn das Verfahren veranlasst worden ist (vgl. Botschaft FINMAG, BBI 2006 2829, 2868). Das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde kann einen ausserordentlichen Aufwand verursachen. Die Aufsicht durch die FINMA wird nach den Finanzmarktgesetzen und dem FINMAG ausgeübt (Art. 6 i.V.m. Art. 1 FINMAG). Die Finanzmarktaufsicht ist eine Daueraufgabe. Die FINMA setzt neben der Prüfung der Beaufsichtigten (Art. 24-28a FINMAG) die weiteren gesetzlichen Aufsichtsinstrumente ein (Art. 29-37 FINMAG). Solange sie Vorabklärungen trifft (vgl. Art. 29 FINMAG), liegt kein Aufsichtsverfahren vor. Das Aufsichtsverfahren wird erst eröffnet und den Parteien angezeigt, wenn sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ergeben (Art. 30 FINMAG). Ab diesem Zeitpunkt entsteht ein Verfahrensaufwand, auch wenn das Verfahren später ohne Verfügung endet oder eingestellt wird. Nach der Wertung, die der Gesetzgeber vorgenommen hat, soll dieser Aufwand nicht der Allgemeinheit der Beaufsichtigten anheimfallen, sondern demjenigen angelastet werden, der ihn durch sein Verhalten veranlasst hat. Die Auslegung nach dem teleologischen Auslegungselement führt ebenfalls zum Ergebnis, dass das spezialgesetzliche Veranlasserprinzip anwendbar ist.

#### **E. 8.4**

Die Gebührenregelung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV stellt - in Zusammenfassung des einheitlichen Auslegungsergebnisses - eine spezialgesetzliche Regelung dar, die für die Gebührenpflicht auf das Veranlasserprinzip abstellt. Wer ein Aufsichtsverfahren im Bereich des Finanzmarktaufsichtsrechts veranlasst, wird gebührenpflichtig, auch wenn das Verfahren eingestellt wird.

## **E. 8.5**

Die Gebührenpflicht tritt unter der Voraussetzung ein, dass die Verfahrenspartei das «Aufsichtsverfahren veranlasst» hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV). Als Partei eines Aufsichtsverfahrens kommt nur in Betracht, wer als Beaufchtigter i.S.v. Art. 3 FINMAG gilt oder wer als «verantwortliche Person» mit einem Berufsverbot belastet werden kann, da dieses zu den gesetzlichen Aufsichtsinstrumenten gehört (Art. 33 FINMAG). Der Aufwand der FINMA, der im Rahmen von Vorabklärungen - d.h. vor Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens - entsteht, kann der Partei von vornherein nicht auferlegt werden. Das Aufsichtsverfahren wird von der FINMA erst eröffnet und den Parteien angezeigt, wenn sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ergeben (Art. 30 FINMAG). Auch unter Art. 5 Abs. 1 FINMA-GebV gilt, dass nicht jedes Setzen eines Anlasses für eine Kostenaufgabe ausreicht. Eine Veranlassung liegt nur vor, wenn das Verhalten der Partei einen hinreichend begründeten Anlass dazu gibt, dass ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde als angezeigt erscheint. Die Verfahrenseröffnung durch die FINMA muss begründet sein. Wenn im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung keine Anhaltspunkte bestehen, so scheidet eine Kostenaufgabe aus. Bestehen hingegen hinreichende Anhaltspunkte für Abklärungen, ist unerheblich, ob nachträglich eine Massnahme getroffen oder davon abgesehen wird oder ob das Verfahren aus irgendwelchen Gründen eingestellt wird. Schliesslich muss der Aufwand, der verlegt werden soll, individuell zurechenbar sein, damit er als Verfahrenskosten der Partei auferlegt werden kann. Die Individualäquivalenz ist bei der Bemessung der Gebühr zu beachten, ist aber kein Kriterium für die Gebührenpflicht. Gebührenpflichtig wird, wer mit seinem Verhalten einen hinreichend begründeten Anlass für Abklärungen der Aufsichtsbehörde gegeben hat. Nach diesen Grundsätzen ist die Kostenaufgabe im vorliegenden Einzelfall zu beurteilen.

## **E. 9.1**

Was ein hinreichend begründeter Anlass für Abklärungen im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens der Aufsichtsbehörde bildet, kann nicht abstrakt festgelegt werden, sondern ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen. In der Regel wird die FINMA entsprechende Erkenntnisse aus ihrer laufenden Überwachungstätigkeit zum Anlass nehmen, Vorabklärungen durchzuführen und bei Erhärtung entsprechender Anhaltspunkte ein Verfahren eröffnen (vgl. Art. 30 FINMAG). Beaufichtigte melden relevante Vorkommnisse häufig auch selber der Aufsichtsbehörde. Bei möglicherweise unbewilligt Tätigen bilden beispielsweise Anzeigen von Privatpersonen (Anleger, Kunden, Mitarbeitende) Auslöser für Vorabklärungen und anschliessende Verfahrenseröffnungen. Ziel der Vorabklärungen ist die Feststellung, ob ein anfänglicher Anhaltspunkt ausgeräumt werden kann oder sich erhärtet und somit Grund zur Annahme besteht, dass die Betroffenen Aufsichtsrecht verletzt haben (Art. 30 FINMAG: «Ergeben sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen [...]»; vgl. zu den Vorabklärungen der FINMA Urteil des BVGer B-3844/2013 vom 7. November 2013 E. 1.4.2.3.1). Dabei richtet die FINMA ihren Entscheid über die Verfahrenseröffnung nach Kriterien, die direkt mit den Betroffenen und ihren Handlungen zusammenhängen (Gefährdung von Anlegern, Versicherten, Gläubigern, Investoren, Beaufichtigten, der Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes oder dessen Reputation, Schwere der möglichen Aufsichtsrechtsverletzung, Aktualität usw.), aber auch nach Kriterien zum Umfeld und den Rahmenbedingungen (Erwartungsdruck, Parallelverfahren, Alternativen, Ressourcen, Erfolgsaussichten; zum Ganzen vgl. Katja Roth Pellanda/Lara Kopp, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar,

Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 30 Rz. 4 ff.; Urs Zulauf/David Wyss et. al., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 89 f.; Leitlinien der FINMA zum Enforcement vom 24. September 2014). Die Entscheidung darüber, ob ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnet oder die Untersuchung nach den Vorabklärungen beendet werden soll, bildet den Abschluss der Vorabklärungen.

### **E. 9.2**

Führt die FINMA ein Verfahren gegen ein beaufsichtigtes Institut, können sich aus der Untersuchung Hinweise auf ein allfälliges Fehlverhalten natürlicher Personen ergeben. Damit die Eröffnung eines Verfahrens gegen eine involvierte Person gerechtfertigt ist, braucht es immerhin einen Zusammenhang zwischen den faktisch festgestellten (oder verfügungsweise festzustellenden) Aufsichtsrechtsverletzungen der Beaufsichtigten und der fraglichen Person. Sind die Unregelmässigkeiten beispielsweise in einem bestimmten Bereich des beaufsichtigten Instituts anzusiedeln, so kommt eine Abklärung auch des Verhaltens von Personen, die in diesem Bereich eine relevante Funktion bekleiden, in Betracht. Erforderlich ist eine Verknüpfung einer Person mit bestimmten Tätigkeiten, ohne dass ein Fehlverhalten dieser Person bereits feststehen muss.

### **E. 9.3**

Die Vorinstanz hat erwogen, der Beschwerdeführer habe das Verfahren veranlasst, indem im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aufgrund der Akten begründete Verdachtsmomente bestanden hätten, dass er in seiner Funktion als Co-Leiter des weltweiten Devisenhandels gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen verstossen haben könnte. Es hätten Hinweise dafür bestanden, dass er sich der erhöhten Risiken im Devisenspothandel infolge des vermehrten Eigenhandels sowie der Kommunikation mittels Chats bewusst gewesen sei, diese jedoch in Kauf genommen habe, um Gewinne zu steigern. Er habe keine ausreichenden Massnahmen zur Begrenzung und Überwachung der Risiken im Spothandel getroffen und es versäumt, ein wirksames Weisungs- und Überwachungssystem für diesen Bereich zu implementieren. Zudem hätten Hinweise dafür vorgelegen, dass er mit B.\_\_\_\_\_ einen für diese zentrale Rolle ungeeigneten, profitgesteuerten Händler als verantwortlichen Desk Head/Supervisor für den Handelsdesk Y.\_\_\_\_\_ eingesetzt und anschliessend über dessen gravierende Versäumnisse bei der Einhaltung der Compliance hinweggesehen habe, damit der Desk mehr Gewinn erzielte. Hinweise hätten auch dafür bestanden, dass der Beschwerdeführer mit der von ihm zu verantwortenden Beförderungs- und Entlohnungspolitik eine schlechte Compliance-Kultur am Handelsdesk gefördert habe, wonach einzig Gewinne und Kundenkontakte gezählt hätten und die Einhaltung von Weisungen sekundär gewesen sei. Zudem hätten Hinweise vorgelegen, dass er im Untersuchungszeitraum mehrfach Warnzeichen für Fehlverhalten ignoriert und es unterlassen habe, notwendige Korrekturmassnahmen für den Devisen- und Edelmetallspothandel einzuleiten. Schliesslich habe der Verdacht bestanden, dass er vom Fehlverhalten betreffend ein bankeigenes Produkt gewusst und dieses toleriert habe (Verrechnung überhöhter Gebühren, Front Running im Devisenspothandel). Das Risikomanagement und die Gesamtorganisation einer Bank seien auf Art und Umfang der Geschäftstätigkeit auszurichten und beinhalteten die Erfassung, Begrenzung und Überwachung möglicher Risiken, wobei die Erkenntnis der einem Geschäft inhärenten Risiken zum Fachwissen eines jeden operativ tätigen Bankangestellten gehöre. Manipulatives, missbräuchliches und treuwidriges Verhalten sei mit dem aufsichtsrechtlichen Gewährserfordernis nicht vereinbar. Schliesslich hätten

Verdachtsmomente bestanden, dass der Beschwerdeführer gegen interne Weisungen zu Aufsichts- und Kontrollpflichten verstossen haben könnte.

#### **E. 9.4**

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe das Verfahren nicht veranlasst. Die behaupteten Verdachtsmomente hätten bei Verfahrenseröffnung nicht bestanden und die Vorinstanz habe bereits damals gewusst, dass sich die Vorwürfe gegen ihn nicht erhärten lassen würden. Sie schrecke nicht davor zurück, dieselben falschen Vorwürfe, die sie bereits in der Berufsverbotsverfügung erhoben habe und die laut Gericht auf einer unheilbaren Verletzung des rechtlichen Gehörs und einer mangelnden Sachverhaltsfeststellung beruhten, zur Begründung des Kostenentscheids anzuführen, wie bis anhin unter Missachtung seiner Sachvorbringen. Für Verfassungsbrüche könne eine Behörde keine (reduzierten) Kosten erheben. Die Untersuchungsbeauftragte habe keine manipulativen Tätigkeiten bestätigt. Nachdem die Vorinstanz sich entschieden habe, das Verfahren einzustellen, müsse ihr die Behauptung angeblich weiterbestehender Verdachtsmomente, die den Beschwerdeführer zeitlich unbefristet stigmatisierten, verwehrt sein. Das Statement of Facts sei zudem nicht im Verfahren gegen die Bank erstellt worden und bilde keine Zusammenfassung der ihn betreffenden Untersuchungsergebnisse im Verfahren gegen die Bank. Es bestünden Abweichungen zu den Untersuchungsberichten und verschiedene Vorbehalte. Das Dokument sei ferner nicht unterzeichnet. Es sei eine Sammlung von Behauptungen eines voreingenommenen Dritten.

#### **E. 9.5**

Vorliegend hat die Vorinstanz ein Gesamtverfahren unter einem gemeinsamen Dach geführt. Dieses besteht aus der Durchführung eines Hauptverfahrens und weiteren Verfahren, die im Nachgang durchgeführt werden. Die Durchführung eines Gesamtverfahrens ist durch die gesetzliche Verfahrensordnung gedeckt, soweit die verfahrensrechtlichen Garantien eingehalten werden (BVG 2018 IV/5 E. 5.1.3). Die Vorinstanz hat das Hauptverfahren betreffend die Bank abgewickelt und im Anschluss mehrere Einzelverfahren durchgeführt, um die Verantwortlichkeit der betroffenen natürlichen Personen abzuklären. Das Verfahren gegen die Bank war Ende September 2013 gestützt auf deren Mitteilung eröffnet worden, wonach eine interne Untersuchung wegen Verdachts auf Manipulationen, Absprachen und anderem marktmissbräuchlichem Verhalten im Devisenhandel elektronische Kommunikationen hervorgebracht habe, die eine Beteiligung der Bank an entsprechenden Verhaltensweisen als möglich erscheinen lasse. Es bestanden damit Hinweise auf Unregelmässigkeiten in der Bank, mithin begründete Verdachtsmomente. Die Vorinstanz setzte eine Untersuchungsbeauftragte zur Sachverhaltsermittlung ein (Art. 36 FINMAG), deren Mandat auch Abklärungen zu den involvierten Personen im Devisenhandel der Bank im Untersuchungszeitraum (1. Januar 2008 bis 30. September 2013) umfasste. Die Untersuchungsbeauftragte erstattete mehrere Berichte (zwischen dem 29. November 2013 und dem 7. Oktober 2014) im Verfahren gegen die Bank und - ihrem Mandat entsprechend - Zusammenfassungen ihrer Erkenntnisse bzw. Untersuchungsergebnisse mit Bezug auf einzelne natürliche Personen (Statements of Facts [Sachverhaltsberichte]). Das Statement of Facts betreffend den Beschwerdeführer datiert vom 1. September 2014. Die Vorinstanz eröffnete das Verfahren gegen ihn am 10. November 2014, wobei dieses auf den Zeitraum ab Eintritt des Beschwerdeführers in die Bank im Oktober 2009 bis Ende September 2013 beschränkt war. Die Verfügung gegen die Bank erging am 11. November 2014.

## **E. 9.6**

Der Beschwerdeführer beanstandet - wie bereits im Verfahren betreffend das Berufsverbot - das Zustandekommen des Statement of Facts sowie die seiner Ansicht nach in Verletzung seiner Parteirechte durchgeführten Befragungen der bankinternen Sonderermittlerin und der Untersuchungsbeauftragten. Er macht damit sinngemäss geltend, diesen der Vorinstanz bei Verfahrenseröffnung vorliegenden Dokumenten und Aussagen könnten keine Hinweise auf ein allfälliges Fehlverhalten seinerseits entnommen werden, die eine Verfahrenseröffnung rechtfertigten bzw. es könne für die Prüfung der Veranlassung des Verfahrens nicht darauf abgestellt werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, dass weder die bankinterne Sonderermittlerin noch die Untersuchungsbeauftragte der Verfahrensordnung des Bundes untersteht und das Statement of Facts ein zulässiges Beweismittel im Verfahren gegen den Beschwerdeführer bildete (BVGE 2018 IV/5 E. 4.3 und 12.3; vgl. auch Urteil des BVer B-626/2016 vom 11. Juni 2018 E. 8.3). Die Untersuchungsbeauftragte ist hinsichtlich ihrer Funktion eine Sachverständige, die gestützt auf besondere Sachkenntnis einen Bericht über die Sachverhaltsprüfung und die Sachverhaltswürdigung erstellt, ohne eine rechtliche Würdigung vorzunehmen. Entsprechend gilt der Untersuchungsbericht als Sachverständigengutachten i.S.v. Art. 12 Bst. e VwVG (Urteile des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 3 und 2A.360/2006 vom 12. September 2006 E. 3.2; BVGE 2018 IV/5 E. 7.5.2). Die Vorinstanz hat in einem Gesamtverfahren Hinweise auf mögliches Fehlverhalten bestimmter Personen, auch mit Blick auf mögliche Konsequenzen und eine allfällige Kostenpflicht, zu prüfen und zu würdigen, bevor sie ein nachgelagertes Verfahren eröffnet (oben E. 9.1). Dabei ist sie nicht an allfällige Wertungen der Untersuchungsbeauftragten gebunden, sondern nimmt eine eigene Beurteilung, insbesondere gestützt auf Quelldokumente und Belege, vor, weshalb die Vorbringen des Beschwerdeführers, die Untersuchungsbeauftragte hätte keine Manipulationen von Devisenreferenzwerten noch entsprechende Versuche bestätigt und im Statement of Facts bestünden Abweichungen zu den offiziellen Untersuchungsberichten, unerheblich sind. Die von der Untersuchungsbeauftragten im Statement of Facts angebrachten Vorbehalte in sachverhaltlicher Hinsicht, hat die Vorinstanz bei ihrer Prüfung der Verfahrenseröffnung zu berücksichtigen, beeinträchtigen aber nicht dessen Qualifikation als Beweismittel. Der Umstand, dass das Statement of Facts nicht unterzeichnet ist, ist sodann unbehelflich, da unbestritten ist, dass es sich bei der Verfasserin um die Untersuchungsbeauftragte handelt. Den Vorwurf der Voreingenommenheit der Untersuchungsbeauftragten bringt der Beschwerdeführer erstmals vor (vgl. BVGE 2018 IV/5 E. 7.5.2 in fine), weshalb er verspätet ist. Soweit der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz hätte bereits vor Verfahrenseröffnung erkennen müssen, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte auf eine allfällige Aufsichtsrechtsverletzung seinerseits vorgelegen hätten, ist dies nachfolgend zu prüfen.

### **E. 9.7.1**

Aus den Akten ergab sich vor dem Eröffnungszeitpunkt des Verfahrens gegen den Beschwerdeführer gemäss Ausführungen der Vorinstanz, dass eine mangelnde Compliance-Kultur am Handelsdesk Y. \_\_\_\_\_ geherrscht habe. Die Händler hätten angegeben, die einschlägigen Regeln zum Marktverhalten nicht im Detail gekannt zu haben. Der zuständige Supervisor B. \_\_\_\_\_ habe angegeben, er habe gewusst, dass einzelne Devisenspothändler Probleme mit der Einhaltung von Regeln gehabt hätten, er habe diese aber nicht pausenlos «babysitten» können. Er habe gegenüber der Vorinstanz

erklärt: «nobody read beyond the first two lines» und er selber habe beispielsweise den Code of Conduct nie gelesen. Dessen Einhaltung sei auch nicht kontrolliert worden. Die Vorinstanz führt weiter aus, der Bonus für die Devisenspotthändler habe i.d.R. ein Mehrfaches des Grundgehalts, unabhängig von der Leistung ausgemacht. Compliance-Themen hätten bei der ohnehin intransparenten Leistungsbeurteilung keine Rolle gespielt, was auch durch die interne Revision im Jahr 2011 kritisiert worden sei. Mehrere Händler seien in Chatgruppen mit Mitarbeitern anderer Banken aktiv gewesen (bezeichnet bspw. als «EUR/USD Interbank Mafia» oder «Swiss Mafia»). Sie hätten ausgesagt, dass sie von den Vorgesetzten ermutigt worden seien, in Chatgruppen mit Externen aktiv zu sein, um Informationen auszutauschen und erfolgreich zu sein. Wenig Kommunikation sei vom Supervisor gerügt worden, was dieser auch bestätigt habe. Gestützt auf diese Aussagen habe der Verdacht bestanden, dass der Beschwerdeführer von diesen Chats gewusst haben könnte. Aus den Aussagen von Händlern sowie den Ergebnissen der Analyse von Chats und Handelsdaten seien Hinweise auf regelmässige problematische Verhaltensweisen und aufsichtsrechtlich verpönte Front Running hervorgegangen. Gleiches gelte für den Edelmetallspothandel. Aus den Chats habe sich weiter ergeben, dass regelmässig vertrauliche Kundeninformationen offengelegt worden sein könnten. Die vorherrschende mangelnde Compliance-Kultur habe dazu beigetragen, dass die Devisen- und Edelmetallspothändler regelmässig gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen und bankinterne Richtlinien verstossen haben könnten.

#### **E. 9.7.2**

Der Beschwerdeführer bezweifelt sämtliche von der Vorinstanz zitierten Aussagen von Bankangestellten, bezeichnet diese als spekulativ und erklärt, deren Unwahrheit sei der Vorinstanz bereits im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung klar gewesen. Es sei zu berücksichtigen, dass Mitarbeitende die Tendenz hätten, Verantwortung nach oben abzuschieben. Kommunikation im Devisenhandel sei unabdingbar und die Verwendung von Chats üblich, legal und notwendig. Die Untersuchungsbeauftragte habe lediglich festgehalten, dass potentiell Fehlverhalten durch den Einsatz von Chatgruppen möglicherweise erleichtert worden sei. Die Mitarbeitenden seien in Compliance-Themen geschult gewesen und es habe ein entsprechendes Weisungswesen bestanden, was auch die Bank in ihrer Stellungnahme gegenüber der Vorinstanz festgehalten habe. Die Händler hätten jährlich über Affirmation online ihre Kenntnis des FICC Code of Conduct und weiterer Weisungen bestätigt. Es habe auch verschiedene Kontrollen gegeben. Die Abteilung Compliance sei für ein adäquates Weisungs-, Überwachungs- und Schulungswesen verantwortlich gewesen. Compliance-Themen hätten bei Leistungsbeurteilungen durchaus eine Rolle gespielt. Der von der Vorinstanz genannte interne Revisionsbericht sei nicht an den Beschwerdeführer, sondern an Personen auf höherer hierarchischer Ebene adressiert gewesen. Der Bericht habe lediglich Anregungen für Verbesserungen beinhaltet. Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, dass bei Verfahrenseröffnung auch die Stellungnahme der Bank vorgelegen habe, in welcher diese kritisiert habe, dass die Vorinstanz die Untersuchungsergebnisse der Transaktionsanalyse der Untersuchungsbeauftragten falsch wiedergegeben habe. Die Bank habe der Vorinstanz zudem vorgeworfen, dass sie vollkommen legale Praktiken, ohne die der Devisenhandel nicht funktionieren könne, als illegal darstelle. Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, dass man in der gesamten Branche davon ausgegangen sei, dass der Devisenmarkt (und spezifisch der Devisenspotmarkt) kaum manipulierbar sei, also keine erhöhten Risiken bestanden hätten.

### E. 9.7.3

Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Einwände verfangen nicht. Die Abklärung des Wahrheitsgehalts der Aussagen von Mitarbeitenden bildet nach Verfahrenseröffnung Teil des Beweisverfahrens. Die Vorinstanz nahm ferner nicht die Verwendung von Chats an sich zum Anlass, ein Verfahren gegen den Beschwerdeführer zu eröffnen, sondern die darin enthaltenen Hinweise auf mögliches aufsichtsrechtlich relevantes Fehlverhalten, Absprachen und das Offenlegen von vertraulichen oder sensiblen Daten und Informationen, u.a. gegenüber bankexternen Dritten. Die Vorinstanz nahm auch nicht an, dass kein Weisungswesen existierte, sie hatte aber Hinweise darauf, dass dieses den Mitarbeitenden (trotz bestehenden Kontrollwesens, ungeachtet dessen, ob ausreichend oder nicht, und trotz Schulungen) nicht hinreichend bekannt war. Die Stellungnahme der Bank zum provisorischen Sachverhalt (und zum vierten Teil des Untersuchungsberichts) im Verfahren gegen die Bank war der Vorinstanz zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gegen den Beschwerdeführer bekannt, wie dieser zutreffend ausführt. Sie hat die Stellungnahme im Rahmen des Verfahrens gegen die Bank gewürdigt und sie dem Beschwerdeführer im Verfahren gegen ihn offengelegt. Der Umstand, dass die Bank dannzumal geltend machte, «[...] the Report unfortunately mischaracterizes the transactional analysis completed by [die Untersuchungsbeauftragte]» ist insoweit unerheblich, als dass die Vorinstanz gestützt auf Quelldokumente und Belege eine eigene Beurteilung vornimmt (oben E. 9.6). Gleiches gilt für den folgenden Hinweis der Untersuchungsbeauftragten in ihrem (vierten) Bericht, auf den der Beschwerdeführer zur Begründung seiner Vorbringen verweist: «Anomalous trades are not necessarily an indication of inappropriate behaviour and applying the profiles across the wider populations may also identify ordinary and legitimate trading activity». Dass im Devisenhandel nach Ansicht des Beschwerdeführers keine erhöhten Risiken für Manipulationen bestanden hätten und die gesamten Branche dies so gesehen habe, vermag die Hinweise auf mögliches Fehlverhalten, die sich der Vorinstanz im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung präsentierten, nicht in Zweifel zu ziehen, sondern spricht eher dafür, die Sachumstände genau abzuklären. Der Beschwerdeführer nimmt schliesslich Bezug auf die Verfügung gegen die Bank und erklärt, ein Verfahren gegen ihn sei auch deshalb nicht angezeigt gewesen, weil darin ausgeführt werde, dass eine Abgrenzung zwischen legitimem Verhaltensweisen und Manipulationen schwierig sei. Dabei handelt es sich aber um die vorinstanzlichen Erwägungen zur Höhe des Einziehungsbetrags. Die Vorinstanz hat diesen geschätzt, weil dessen genaue Bezifferung u.a. dadurch verunmöglicht werde, dass das effektive Ausmass der Pflichtverletzungen bzw. der einzelnen Fehlverhalten nicht habe festgestellt werden können. Insbesondere schwierig habe sich aufgrund organisatorischer Defizite der Bank auch die Frage bzw. die Abgrenzung gestaltet, in welchen Fällen jeweils ein legitimes Pre-Positioning vorgelegen habe und wann vielmehr eine Manipulation von Devisenreferenzwerten, ein Auslösen von Stop-Loss-Aufträgen oder ein Front Running. Durch Konsultation der zugehörigen Verweisstelle wird jedoch klar, dass die Vorinstanz der Bank gegenüber lediglich eingeräumt hatte, dass möglicherweise nicht in jedem Fall der Verwendung eines solchen Begriffs in den Chats die entsprechenden schädigenden Verhaltensweisen gemeint gewesen seien, sondern die Händler den verwendeten Begriffen teilweise auch andere Bedeutungen zugemessen haben könnten. Aus den Ausführungen geht aber nicht hervor, dass es keine Hinweise auf unzulässige Verhaltensweisen in fraglichen Bereich der Bank gegeben habe. Die vorinstanzliche Beurteilung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, dass es am fraglichen Handelsdesk im Untersuchungszeitraum möglichweise zu aufsichtsrechtlich relevanten Unregelmässigkeiten und zu Verstössen

gegen bankinterne Richtlinien gekommen sein könnte, ist nicht zu beanstanden.

#### **E. 9.8.1**

Die Vorinstanz führt weiter aus, die ihr vor Verfahrenseröffnung vorliegenden Akten hätten Hinweise auf die individuelle Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers enthalten. Er habe als Co-Leiter des weltweiten Devisenhandels im Rang eines Managing Director eine wichtige Führungsposition im Devisen- und Edelmetallspothandel insbesondere am Desk in Y.\_\_\_\_\_ gehabt. Er habe diese Funktion während eines grossen Teils des untersuchten Zeitraums ausgeübt und vor Ort gearbeitet. Gemäss eigenen Angaben habe er ca. 30-50 % der Arbeitszeit im Handelsraum verbracht, um «close to the action» zu sein. Ab 2011 habe er vermehrt auf den Handel fokussiert und sei erste Anlaufstelle für die Händler gewesen. Zudem sei er ab diesem Zeitpunkt direkter Vorgesetzter von B.\_\_\_\_\_ (Deskhead/Supervisor des Spothandelsdesks Y.\_\_\_\_\_) gewesen. Damit hätten Anhaltspunkte bestanden, dass der Beschwerdeführer von den möglicherweise treuwidrigen Verhaltensweisen in Chats gewusst haben könnte. Gemäss organisatorischen Vorschriften seien die Deskheads insbesondere für die Einhaltung der bankinternen Richtlinien sowie der rechtlichen und regulatorischen Anforderungen an ihrem Desk zuständig gewesen. Der Beschwerdeführer sei für die Leistungsbeurteilung von B.\_\_\_\_\_ zuständig gewesen, habe dessen Leistungen als exzellent beurteilt und bestätigt, dass dieser die internen Weisungen eingehalten und die entsprechenden Compliance-Ziele erfüllt hätte. Angesichts der Aussagen des Betreffenden bezüglich der effektiven Wahrnehmung von Compliance-Aufgaben hätten somit Hinweise vorgelegen, dass der Beschwerdeführer diesen möglicherweise bewusst falsch eingeschätzt habe. Der Beschwerdeführer habe zudem aggressive, finanzielle Ziele für den Devisenspothandel vorgegeben und B.\_\_\_\_\_ angewiesen, sicherzustellen, dass Händler und Spothandelsdesk Gewinne erzielten («Make traders accountable to hit their individual P/L targets»; «Make money»; «Ensure the desk is on top of P/L»). Er habe ihn auch angewiesen, selber vermehrt aktiv zu handeln («It would be great to see B.\_\_\_\_\_ take more risk himself again»). Es habe der Verdacht bestanden, dass die fehlgesteuerten finanziellen Anreize für die Devisenspothändler dadurch weiter akzentuiert worden seien. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer B.\_\_\_\_\_ 2010 aufgefordert habe, enger mit Kunden zusammenzuarbeiten sowie einen Kulturwandel hin zu mehr finanziellen Risiken einzuleiten, habe dafür gesprochen, dass er den finanziellen Erfolg des Spothandels durch Kommunikation mit Kunden und Ausbau des Eigenhandels habe erhöhen wollen. Die problematischen Verhaltensweisen in den Chats könnten durch diese Ziele weiter gefördert worden sein. Schliesslich hätten sich Hinweise darauf gefunden, dass der Beschwerdeführer seine bankinternen Überwachungspflichten über den Devisenspothandel vernachlässigt habe. Es hätten somit hinreichend konkrete Verdachtsmomente bestanden, dass der Beschwerdeführer in seiner Funktion als Co-Leiter des weltweiten Devisenhandels (mit-)verantwortlich für aufsichtsrechtliches Fehlverhalten im Devisen- und Edelmetallspothandel am Desk Y.\_\_\_\_\_ gewesen sei.

#### **E. 9.8.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass bei Verfahrenseröffnung keine Hinweise auf eine Verantwortlichkeit seinerseits für mögliche Aufsichtsrechtsverletzungen bestanden hätten. Die Vorinstanz reihe systematisch aktenwidrige und falsche Spekulationen aneinander. Beim Eigenhandel habe er sich um die Erfassung und Begrenzung von Risiken gekümmert. Ausserdem sei die Compliance-Abteilung für das Weisungs-, Überwachungs- und Schulungswesen zuständig gewesen. Er habe auf ein funktionierendes Kontrollwesen

vertraut und vertrauen dürfen. Die Vorinstanz insinuierte in aktenwidriger Weise, dass er in seiner Funktion unlimitierte Überwachungspflichten hinsichtlich sämtlicher Mitarbeiter des Devisenhandels und sämtlicher Desk Heads gehabt habe. Die Vorhaltungen im Zusammenhang mit B. \_\_\_\_\_ seien unsubstantiiert und aktenwidrig. Beförderungs- und Entlohnungspolitik seien nicht vom Beschwerdeführer zu verantworten gewesen. Die Anreiz- und Vergütungsmodelle seien für die gesamte Bank einheitlich gewesen. Der Beschwerdeführer habe auch keine Warnzeichen ignoriert. Die Vorwürfe im Zusammenhang mit dem bankeigenen Produkt seien geradezu perfid, da die Vorinstanz in der Berufsverbotsverfügung noch ausgeführt habe, dass diese für das Verfahren gegen den Beschwerdeführer nicht rechtserheblich seien. Bezüglich überhöhter Spreads, die ein Mitarbeiter verrechnet habe, sei festzuhalten, dass dieser im relevanten Zeitraum (erstes Halbjahr 2010) gar nicht dem Beschwerdeführer unterstellt gewesen sei.

### **E. 9.8.3**

Der Beschwerdeführer arbeitete ab Oktober 2009 als Co-Leiter des weltweiten Devisenhandels der Bank in Y. \_\_\_\_\_, wobei er ab März 2011 primär für den Devisen- und Edelmetallspothandel zuständig war. Er erklärt, er habe selbstverständlich gewusst, dass die Devisenhändler Chatsysteme nutzten, verweist aber darauf, dass die Untersuchungsbeauftragte ausgeführt habe «For [Beschwerdeführer] we have not found any communication demonstrating his awareness of policy breaches», was zutrifft. Die Vorinstanz hat jedoch aufgrund der räumlichen Nähe seines Arbeitsplatzes, seiner (teilweisen) Präsenz im Handelsraum, der Vorgesetztenfunktion im fraglichen Geschäftsbereich und dem Umstand, dass er Ansprechperson für die Händler gewesen sei, angenommen, dass er möglicherweise dennoch - auch wenn die Untersuchungsbeauftragte keine entsprechenden Kommunikationen gefunden hatte - davon gewusst haben könnte. Der Beschwerdeführer bestreitet zwar, dass er erste Anlaufstelle für die Händler gewesen sei, weil diese an ihr direkten Vorgesetzten rapportiert hätten, die ihrerseits an ihn rapportiert hätten. Er erklärt, er habe eine strategische Rolle gehabt und sei nicht in das tägliche Handelsgeschehen involviert gewesen. Sein primärer Arbeitsplatz sei im Büro gewesen, der Arbeitsplatz im Handelsraum nur ein Zweitarbeitsplatz, den er benutzt habe, um Präsenz zu markieren und erreichbar zu sein. Bezüglich seiner allfälligen Kenntnis der problematischen Verhaltensweisen von Händlern, auf die sich in den Chats Hinweise gefunden hatten, bestanden aber unterschiedliche (sich z.T. auch widersprechende) Aussagen von Mitarbeitenden, so dass die Vorinstanz Anhaltspunkte hatte, die es nahelegten, die tatsächliche Kenntnis des Beschwerdeführers abzuklären, was nicht zu beanstanden ist. Die Vorinstanz hat das Verfahren gegen den Beschwerdeführer aber nicht allein wegen des möglicherweise vorhandenen Wissens um die problematischen und mutmasslich aufsichtsrechtlich relevanten Verhaltensweisen eröffnet, sondern weil er durch sein eigenes Verhalten, aufsichtsrechtliches Fehlverhalten im Devisen- und Edelmetallspothandel möglicherweise gefördert haben könnte. Der Vorinstanz lagen Hinweise auf ihrer Ansicht nach fehlgesteuerte finanzielle Anreize betreffend den Devisenspothandel vor, die vom Beschwerdeführer ausgingen. Dieser verneint, dass er aggressive finanzielle Ziele gesetzt habe, sein Fokus habe auf einem qualitativ hochstehenden Kundenservice gelegen, und er sei nicht für die Entlohnungspolitik verantwortlich gewesen, was die Untersuchungsbeauftragte bestätigt habe. Aktenkundig waren im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung die von der Vorinstanz zitierten Aussagen (oben E. 9.8.1), die im Kontext der Gewinnvorgaben für den Spothandelsdesk zu verstehen sind, sowie die Aufforderung des Beschwerdeführers an den Leiter des Bereichs, mehr Risiko zu nehmen.

Der Beschwerdeführer erklärt zutreffend, die Weisung, mehr finanzielle Risiken einzugehen, sei vom obersten Management ausgegangen. Dass dieses Management auch den Ausbau des Eigenhandels gefordert habe, findet hingegen keine Stütze in den Akten. Die Vorinstanz bezieht ihren Vorwurf in Bezug auf die Entlohnungspolitik auf die Gewährung von sehr hohen Boni, trotz ungenügender Qualifikation in der Leistungsbeurteilung (u.a. die Compliance betreffend). Der Einwand des Beschwerdeführers, dass Compliance-Themen bei der Leistungsbeurteilung eine Rolle gespielt hätten, ist demnach zutreffend, aber auch die damalige Einschätzung der Vorinstanz, dass diese offensichtlich nur eine untergeordnete Bedeutung gehabt hätten, und ihre Folgerung, dass für eine gute Qualifikation hauptsächlich Gewinne und Kundenkontakte gezählt hätten. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz diese Hinweise zum Anlass nahm, in einem Verwaltungsverfahren zu prüfen, ob das Verhalten des Beschwerdeführers möglicherweise zu Aufsichtsrechtsverletzungen im Devisenspothandel beigetragen hatte. Es trifft zu, dass der Beschwerdeführer sich punktuell um Compliance-Themen gekümmert hat. Aktenkundig ist, dass er sich im November 2010 nach der Überwachung von Trading-Aktivitäten in den Management Books (insbesondere mit Bezug auf Interessenkonflikte Management Book/Flow Book) erkundigte und im Frühling 2011 mit Compliance Kontakt aufnahm und um «guidance» bezüglich notwendiger Richtlinien und Kontrollen zu potentiellen Interessenkonflikten beim Handel in Management und Flow Books ersuchte. Ansonsten ist in den Akten nicht ersichtlich, dass sich der Beschwerdeführer mit möglichen Risiken des von ihm zu verantwortenden Geschäftsteils auseinandergesetzt hätte. Er verweist darauf, dass die Compliance-Abteilung für das Weisungs-, Überwachungs- und Schulungswesen zuständig gewesen sei und er auf ein funktionierendes Kontrollwesen vertraut habe, was nicht in Abrede zu stellen ist. Dennoch gehört die Erkenntnis der einem Geschäft inhärenten Risiken zum Fachwissen eines jeden im operativen Bereich tätigen Bankangestellten und zu den Führungsaufgaben zählt die Sicherstellung des entsprechenden Fachwissens (Beat Kleiner/Renate Schwob, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.] Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich, 23. Nachlieferung 2015, Art. 3 Rz. 77). Zudem hatte der Beschwerdeführer im Rahmen der Leistungsbeurteilung seiner Direktunterstellten regelmässig zu beurteilen, ob diese sich an rechtliche Regeln und Weisungen halten («[...] acts within professional, legal, ethical and risk boundaries and guidelines, including the [Bank] Code of Conduct and Risk Management & Control Principles currently in place»). Ferner hatte die Vorinstanz bei Verfahrenseröffnung Aussagen von Mitarbeitenden vorliegen, die eine Verantwortlichkeit für eine gute Compliance-Kultur beim Beschwerdeführer verorteten. Dies wird durch die entsprechende bankinterne Weisung auch bestätigt. Der Beschwerdeführer bestreitet zwar deren Charakter als bindende Weisung und erklärt, das Dokument biete «high-level guidance» und allgemein gehaltene Verhaltensprinzipien, aber enthalte keine Zuständigkeiten. Jedenfalls bestanden Hinweise, dass der Beschwerdeführer sich mit allfälligen Risiken in seinem Geschäftsbereich und dem Compliance-Verhalten seiner Mitarbeitenden auseinandersetzen musste, diese Aufgabe jedoch möglicherweise nur ungenügend wahrgenommen und keine ausreichenden Massnahmen zur Begrenzung und Überwachung der Risiken im Spothandel getroffen hatte. Die Vorinstanz hatte ferner Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer Kenntnis von der Verrechnung überhöhter Gebühren zum Nachteil von Kunden in einem bestimmten Produkt gehabt haben könnte. Der Beschwerdeführer führt aus, er habe erst im Oktober 2010 die Verantwortung für das Team um den fraglichen Mitarbeiter übernommen und den Spread

auf null gesetzt. Als der Whistleblower die entsprechende Meldung erstattet habe, habe der Beschwerdeführer diese Praxis längst abgeschafft gehabt. Aus den Akten ergibt sich, dass der Entscheid, auf die überhöhte Gebühr zu verzichten, jedoch nicht wegen deren allfälliger Unzulässigkeit getroffen wurde, sondern «to minimize any adverse impact to the index from repeated switches and avoid any basis for criticism going forward». Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz diesen Hinweis zum Anlass nahm, die entsprechende Kenntnis des Beschwerdeführers um die überhöhten Gebühren in einem Verwaltungsverfahren abzuklären. Gemäss der Vorinstanz hätten Hinweise bestanden, wonach der Beschwerdeführer den verantwortlichen Desk Head des Spothandels B.\_\_\_\_\_ bewusst falsch eingeschätzt und über dessen gravierenden Versäumnisse bei der Einhaltung der Compliance hinweggesehen habe, damit der Desk mehr Gewinn erzielte. Der Beschwerdeführer erklärt, er habe B.\_\_\_\_\_ nicht alleine zum Leiter des Devisenspothandels befördert. Es sei unklar, wie aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer B.\_\_\_\_\_ gute Qualifikationen gegeben habe, abgeleitet werden könne, er habe diesen bewusst falsch eingeschätzt. Dieser sei auch von anderen Personen gut bewertet worden. Die Vorinstanz belege nicht, worin dessen Fehlverhalten bestanden habe und wie der Beschwerdeführer dies hätte erkennen müssen. Er habe keine Bestätigung abgegeben, dass B.\_\_\_\_\_ interne Weisungen einhalte, sondern lediglich die entsprechende von der Bank vorgegebene Zielsetzung beurteilt. Die Formulierung einer Gewinnerwartung des Beschwerdeführers gegenüber seinem Mitarbeiter sei in einer Bank selbstverständlich und rechtfertige nicht eine Verfahrenseröffnung. Aus den Akten ergab sich, dass sich B.\_\_\_\_\_ bewusst war, dass einige Händler Mühe mit der Einhaltung der Regeln bekundeten, er gab aber sinngemäss an, sich nicht darum gekümmert zu haben, und räumte ein, selber die Weisungen nicht zu kennen. Er hatte seine Mitarbeitenden zudem angehalten, in Chatgruppen aktiv zu sein, und war selber daran beteiligt. Ob die diesbezüglich von der Vorinstanz angeführten Hinweise auf ein bewusstes Wegsehen bzw. eine Unterlassung des Beschwerdeführers für eine Verfahrenseröffnung ausreichen, kann aber angesichts der übrigen nicht zu beanstandenden Gesichtspunkte offenbleiben. Die berufliche Stellung des Beschwerdeführers als Vorgesetzter von B.\_\_\_\_\_ und der Umstand, dass es im von diesem zu verantwortenden Geschäftsbereich zu möglicherweise aufsichtsrechtlich relevanten Verfehlungen gekommen war, rechtfertigte zumindest im Zusammenhang mit den übrigen Hinweisen eine Verfahrenseröffnung gegen den Beschwerdeführer.

#### **E. 9.8.4**

Zusammenfassend stützte die Vorinstanz ihre Anhaltspunkte auf mehrere Hinweise bzw. Indizien und auf verschiedene Quellen (Untersuchungsbericht, Aussagen, interne Berichte, Chats, Abrechnungen der Transaktionen usw.), die sich vor dem Eröffnungszeitpunkt zu einem Bild verdichteten, wonach der Beschwerdeführer möglicherweise aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt haben könnte. Die Mitverantwortung für aufsichtsrechtliches Fehlverhalten im Devisen- und Edelmetallspothandel der Bank kann gewährsrelevant sein, weshalb eine Verfahrenseröffnung unter diesem Aspekt gerechtfertigt war.

#### **E. 9.9**

Auch Hinweise auf eine mögliche Verletzung bankinterner Pflichten (vorliegend FICC Code of Conduct, Principles of Good Supervision, Weisung Front Office Supervision - Roles and Responsibilities) können eine Verfahrenseröffnung rechtfertigen, soweit ein genügender Bezug zu einer aufsichtsrechtlichen Bestimmung (vorliegend

Gewährserfordernis, unabhängig von dessen näherer Qualifikation) besteht. Die Vorinstanz führt aus, sie habe über Hinweise verfügt, dass der Beschwerdeführer aufgrund der Vernachlässigung seiner bankinternen Überwachungspflichten das möglicherweise aufsichtsrechtlich relevante Fehlverhalten von Händlern mitverursacht habe. Er habe gemäss bankinternen Weisungen seine Abteilung und die Handelsaktivitäten seiner Mitarbeitenden verstehen und plausibilisieren müssen. Probleme hätten angemessen eskaliert und eine gute Compliance-Kultur geschaffen werden müssen. Insbesondere habe der Beschwerdeführer sicherstellen müssen, dass die internen Weisungen den Mitarbeitenden bekannt gewesen und eingehalten worden seien. Die entsprechenden Ziele seien auch in seiner Manager Evaluation 2011 festgelegt gewesen. In der Position als Business Head habe er die Gesamtverantwortung für die Überwachung des Front Office gehabt und geeignete Desk Heads/Supervisors basierend auf deren Fähigkeiten, Erfahrung und Registrierungen ernennen sowie Producing Supervisors (Desk Heads wie B. \_\_\_\_\_) genehmigen müssen. Der Beschwerdeführer macht dagegen geltend, es könne schon nur aus Gründen der Grösse und der geographischen Ausdehnung des Bereichs nicht sein, dass er solche unbegrenzte Überwachungspflichten gehabt habe. Insbesondere habe er keine Pflicht zur laufenden Überwachung von Händlern oder Desk Heads/Supervisors gehabt. Aus den internen Weisungen hätten sich lediglich begrenzte Supervisionspflichten für ihn ergeben. Die Klausel, wonach Business Heads «ultimately accountable für supervision» seien, habe keine eigenständige Bedeutung, sondern führe aus, dass den Business Heads lediglich eine Oberaufsicht im Sinne der in der Weisung konkretisierten Pflichten zugekommen sei. Der Verdacht gegenüber dem Beschwerdeführer, den von der Vorinstanz dargelegten Pflichten möglicherweise nicht ausreichend nachgekommen zu sein, was mit dazu geführt haben könnte, dass in seiner Abteilung möglicherweise aufsichtsrechtlich relevante Vorkommnisse - auch teilweise zum Schaden von Anlegern und Kunden - erfolgt waren, erscheint aber auch unter diesem Gesichtspunkt vor dem Eröffnungszeitpunkt hinreichend, um ein Verfahren gegen ihn zu eröffnen. Dass der Beschwerdeführer seine Rolle bzw. Funktion anders verstanden haben wollte, als sie sich der Vorinstanz im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aufgrund der Akten präsentierte, bildete sodann Teil der Sachverhaltsermittlung im Verfahren gegen den Beschwerdeführer.

#### **E. 9.10**

Soweit der Beschwerdeführer sich auf Umstände stützt, die nach der Verfahrenseröffnung erfolgten (z.B. seine Befragung und diejenige von B. \_\_\_\_\_ im Beisein des Beschwerdeführers; Vorwurf, dass die Vorinstanz entlastenden Hinweisen nicht nachgegangen sei), ist festzuhalten, dass diese für die nachträgliche Prüfung der Veranlassung des Aufsichtsverfahrens unerheblich sind. Das Beweisverfahren bildet ja gerade Teil des Verwaltungsverfahrens. Für die Beurteilung des Veranlassens im Fall von Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV ist auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens abzustellen. Vorliegend waren genügend Anhaltspunkte vorhanden, unabhängig von der Prüfung der später im Verfahren eingebrachten Beweisanträge des Beschwerdeführers (oben E. 2). Auch können die Anhaltspunkte nicht retrospektiv unter Annahme der korrekten juristischen Prämissen geprüft werden (vgl. Urteil des BVGer B-3092/2016 vom 25. April 2018, in BVGE 2018 IV/4 unpublizierte E. 4.1), da das Verfahren aus Opportunitäts- und Verhältnismässigkeitsgründen eingestellt und die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Aufsichtsrechtsverletzung materiell nie rechtskräftig beurteilt wurde.

### **E. 9.11**

Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Haltlosigkeit der erhobenen Vorwürfe ergebe sich auch daraus, dass ihm die Vorinstanz mit Schreiben vom 13. November 2018 bestätigt habe, dass er nicht in der Wachtlist verzeichnet sei. Die in der Einstellungsverfügung geäusserten Verdachtsmomente existierten demnach gar nicht. Die Vorinstanz führt zutreffend aus, der Umstand, dass der Beschwerdeführer nicht in der Datensammlung Gewähr eingetragen sei, ändere nichts daran, dass im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung hinreichend begründete Verdachtsmomente vorgelegen hätten, die eine Kostenaufgabe rechtfertigten. Angesichts des möglichen Inhalts der Datensammlung Gewähr (vgl. Art. 3 Abs. 2 der Datenverordnung-FINMA vom 8. September 2011 [SR 956.124]), ist auch nicht ersichtlich, was der Beschwerdeführer zu seinen Gunsten aus seiner Nichteintragung ableiten will, zumal die von der Vorinstanz in der Berufsverbotsverfügung festgestellten Aufsichtsrechtsverletzungen materiell nie rechtskräftig beurteilt worden sind. Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, indem die Vorinstanz das Verfahren einstelle, jedoch eine Kostenaufgabe mit angeblich bestehenden Verdachtsmomenten begründe, gegen die er sich aufgrund der Verfahrenseinstellung nicht zur Wehr setzen könne, mache sie im Ergebnis das, was nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Datensammlung Gewähr verpönt sei. Im fraglichen Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich aus der Zuständigkeitsregel von Art. 23 Abs. 1 FINMAG nicht eine einzig auf Verdachtsmomenten beruhende Vorratshaltung von Daten herleiten lasse. Vom formellen Gesetz gedeckt seien lediglich erhärtete Angaben zur Person in Verbindung mit zuverlässigen Daten zur Geschäftstätigkeit. Dazu zählten solche aus mit Parteirechten verbundenen Verfahren, namentlich Straf- und Administrativ- sowie Aufsichts- und Disziplinarverfahren, oder aus weiteren zuverlässigen Quellen wie Registereinträgen oder Ergebnissen aus korrekt durchgeführten internen oder externen Audits und Personalbeurteilungen. Nicht gesetzeskonform und damit unzulässig seien andere Daten wie von Beteiligten oder Behörden ausgesprochene Vermutungen und Anschuldigungen oder unbelegte Verdächtigungen sowie sonstige, nicht in einem kontradiktorischen oder sonst wie glaubwürdigen Verfahren erhobene und geprüfte Äusserungen mündlicher oder schriftlicher Art (BGE 143 I 253 E. 6.5.3). Es bleibt unklar, was der Beschwerdeführer daraus zu seinen Gunsten ableiten will, beziehen sich die Ausführungen doch auf die Datensammlung Gewähr und deren Rechtsgrundlage im FINMAG.

### **E. 9.12**

Demnach war ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde in Form eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens vorliegend angezeigt. Der Beschwerdeführer hat das Aufsichtsverfahren i.S.v. Art. 5 Abs. 1 bst. b FINMA-GebV veranlasst, weshalb eine Gebührenpflicht besteht.

### **E. 10.1**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe eine unheilbare Gehörsverletzung begangen, indem sie ihn vorgängig nicht zur geplanten Einstellung des Verfahrens und zur Kostenaufgabe Stellung nehmen lassen. Er habe aufgrund des Schreibens der Vorinstanz vom 26. Juli 2018 mit der Fortsetzung des Verfahrens gerechnet. Das Bundesgericht verlange sogar bei Verfahrenserledigung zufolge Gegenstandslosigkeit, dass dem Betroffenen das rechtliche Gehör zur Kostenverlegung gewährt werde. Dies müsse umso mehr im vorliegenden Fall gelten, in dem das Verfahren ohne Abklärung des

relevanten Sachverhalts eingestellt worden sei.

### **E. 10.2**

Der Beschwerdeführer beantragte nach Eröffnung des Urteils vom 11. Juni 2018 mit Schreiben vom 9. Juli 2018 bei der Vorinstanz die Einstellung des Verfahrens. Mit Schreiben vom 26. Juli 2018 informierte diese den Beschwerdeführer über die Wiederaufnahme des Verfahrens und holte Informationen zu seiner aktuellen beruflichen Tätigkeit ein, die er mit Schreiben vom 9. August 2018 mitteilte und die Vorinstanz ersuchte, ihn über die nächsten Schritte zur Feststellung des Sachverhalts zu informieren sowie einen Zeitplan anzugeben.

### **E. 10.3**

Der Gehörsanspruch als allgemeine Verfahrensgarantie ist «formeller Natur», eine Gehörsverletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 142 II 218 E. 2.8.1). Wenn die Verletzung nicht schwer wiegt, ist eine Heilung des Mangels im Rechtsmittelverfahren ausnahmsweise möglich (BGE 137 I 195 E. 2.3.2). Gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Sie braucht die Parteien u.a. nicht anzuhören vor Verfügungen, in denen die Behörde den Begehren der Parteien voll entspricht (Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG). Dem Begehren auf Einstellung des Verfahrens hat die Vorinstanz entsprochen, d.h. insoweit war keine vorgängige Anhörung notwendig. Offen bleiben kann vorliegend, ob und inwieweit die Vorinstanz den Gehörsanspruch verletzt hat, indem der Beschwerdeführer nicht ausdrücklich zur Stellungnahme betreffend die Kostenverlegung gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV aufgefordert worden ist, da eine allfällige Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren, in dem sich der Beschwerdeführer eingehend zur strittigen Verfahrenskostenaufgabe geäußert hat, jedenfalls als geheilt gelten kann.

### **E. 11.1**

Hinsichtlich der Höhe der auferlegten Verfahrenskosten erwägt die Vorinstanz, dass sie im Rahmen ihres Ermessens und unter Berücksichtigung des gerechtfertigten Aufwands für Sachverhaltsabklärungen reduzierte Kosten auferlege. Sie setzte diese angesichts der umfangreichen Untersuchung, des damit verbundenen Aufwands und in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips auf Fr. 12'500.- fest. Tatsächlich seien fakturierbare Leistungen von über Fr. 89'000.- angefallen, wobei mit der aufgehobenen Berufsverbotsverfügung Fr. 50'000.- fakturiert worden seien. Von diesem bereits reduzierten Betrag habe sie dem Beschwerdeführer nun rund einen Viertel auferlegt, was angesichts der notwendigen Beweismassnahmen (detaillierte Befragung und persönliche Anhörung, Stellungnahmen sowie Konfrontation mit Aussagen von B.\_\_\_\_\_) verhältnismässig sei.

### **E. 11.2**

Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die Vorinstanz eine umfangreiche Untersuchung geführt habe. Die einzig relevante Untersuchungshandlung sei seine Befragung und die eines ihm Unterstellten gewesen. Das Verfahren habe sich auf den Beizug von vorselektionierten Akten aus dem Verfahren gegen die Bank, die genannten Befragungen, das Ignorieren seiner Vorbringen und Beweisanträge sowie den Erlass der Berufsverbotsverfügung beschränkt. Im Einstellungsverfahren habe die Vorinstanz keine Untersuchungshandlung durchgeführt. Im Übrigen komme eine Kostenaufgabe schon deshalb nicht in Frage, weil der Beschwerdeführer aufgrund der gesetz- und

verfassungswidrigen Berufsverbotsverfügung sowie der von der Vorinstanz (...) publizierten Medienmitteilung mittlerweile seit drei Jahren keine Arbeit finde. Er habe es nicht zu vertreten, dass zwischen der Berufsverbots- und der Einstellungsverfügung fast drei Jahre vergangen seien. Wenn schon, dann sei die Frage zu stellen, was die Vorinstanz ihm schulde. Auch vor dem Hintergrund der vorverurteilenden Medienmitteilung, in der publik gemacht worden sei, dass der Beschwerdeführer als «ehemalig zuständiger Leiter des globalen Devisenhandels» mit einem Berufsverbot belegt worden sei, sei eine Kostenerhebung bis und mit Erlass der Berufsverbotsverfügung unverhältnismässig. Einen Hinweis darauf, dass die Verfügung nicht rechtskräftig sei, sei unterlassen und eine Korrektur der Medienmitteilung nie vorgenommen worden. Ohnehin vermöchte eine verspätete Richtigstellung den Schaden nicht wiedergutzumachen.

### **E. 11.3**

Der Beschwerdeführer bringt nichts bezüglich der Höhe der Verfahrenskosten vor. Insbesondere macht er nicht geltend, die Kosten seien ihm nicht zurechenbar oder zu hoch. Er bestreitet lediglich, dass es sich um ein «aufwändiges» Verfahren gehandelt habe, was unerheblich ist, da die Vorinstanz die insgesamt angefallenen Verfahrenskosten aus Verhältnismässigkeitsgründen nicht vollumfänglich, sondern in reduzierter Höhe auferlegt hat. Der Betrag von Fr. 12'500.- erscheint denn auch, gestützt auf die vorinstanzliche Leistungsübersicht, als angemessen. Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss geltend macht, dass ihm die Kosten hätten erlassen werden müssen, ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die von ihm dargelegten Gründe in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich berücksichtigt hat (Dauer Verfahren, keine Anstellung). Die vom Beschwerdeführer zitierte Medienmitteilung bildet nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens, und Gleiches gilt, soweit er einen Schaden geltend machen will, weshalb darauf nicht einzugehen ist.

### **E. 11.4**

Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, die Vorinstanz habe dem Beschwerdeführer zu Unrecht Einsicht in diejenigen Dokumente verweigert, die zeigten, welches Honorar die Untersuchungsbeauftragte für die Ausarbeitung des Statement of Facts in Rechnung gestellt habe und wem diese Kosten belastet worden seien. Damit macht er zwar sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, verkennt aber den Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Mit der angefochtenen Verfügung werden dem Beschwerdeführer Verfahrenskosten, aber keine Untersuchungskosten i.S.v. Art. 36 Abs. 4 FINMAG auferlegt, weshalb die Rüge nicht zu prüfen ist.

### **E. 12.1**

Der Beschwerdeführer beantragt eine angemessene Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren und führt aus, dass er einen entsprechenden Antrag für den hohen Aufwand seiner Vertretung bereits vor der Vorinstanz gestellt hätte, wenn diese ihn über die geplante Verfahrenseinstellung unter Kostenaufgabe informiert hätte. Die Vorinstanz legt dar, der Antrag sei sowohl im Grundsatz als auch in der Höhe unbegründet.

### **E. 12.2**

Das VwVG enthält keine Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren. Art. 64 VwVG kann auch nicht analog angewendet werden; eine Parteientschädigung müsste vom Gesetzgeber vorgesehen werden (BGE 132 II 47 E. 5.2). Die FINMA-GebV sieht keine Parteientschädigungen vor. Auch die subsidiär anwendbare AllgGebV (vgl. Art. 6 FINMA-GebV) enthält keine Vorschriften betreffend

Parteientschädigung. Die Verordnung über Kosten und Entschädigungen im  
Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041.0) ist vorliegend nicht  
anwendbar. Eine ausnahmsweise Zusprechung gestützt auf verfassungsrechtliche  
Bestimmungen, weil die Ablehnung des Entschädigungsbegehrens in stossender Weise dem  
Gerechtigkeitsempfinden zuwiderlaufen würde (Urteil des BVGer B-3318/2007 vom 6.  
März 2008 E. 8.2.2), kommt vorliegend nicht in Betracht. Der Antrag des  
Beschwerdeführers ist abzuweisen.

#### **E. 13**

Die angefochtene Verfügung ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beschwerde  
erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 14**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat der unterliegende Beschwerdeführer die  
Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21.  
Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht  
[VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst.  
b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren  
(Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 1'250.- festzusetzen. Es ist keine  
Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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