

# **BVGer BVGE 2018 IV/5 vom 11. Juni 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-06-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2018\\_IV\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2018_IV_5)

FR: TAF BVGE 2018 IV/5 du 11 juin 2018

IT: TAF BVGE 2018 IV/5 del 11 giugno 2018

## **Regeste**

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Anforderungen an den Rechtssatz (verwaltungsrechtliches Legalitätsprinzip); das Berufsverbot hat in Art. 33 FINMAG eine genügende gesetzliche Grundlage (E. 3).

### **E. 2**

Berufsverbote haben nicht den Charakter strafrechtlicher Anklagen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK; die strafprozessualen Verfahrensgarantien finden keine Anwendung (E. 4.2). Das Enforcementverfahren hat als Ganzes den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Garantien zu genügen. Auf Untersuchungsbeauftragte der FINMA und private (bankinterne) Sonderermittler ist das VwVG nicht anwendbar (E. 4.3).

### **E. 3**

Enforcementverfahren können als Gesamtverfahren unter einem gemeinsamen Dach durchgeführt werden (E. 5.1). Eine rechtskräftige Verfügung im Verfahren gegen das beaufsichtigte Institut darf natürlichen Personen in nachgelagerten Verfahren nicht entgegengehalten werden; Rechtsfolgen der unzulässigen Rechtskrafterstreckung (E. 5.2-5.5).

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Die Anforderungen an die Grundlage für einen Grundrechtseingriff ergeben sich aus Art. 36 BV. Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (Art. 36 Abs. 1 BV).

#### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Sanktion stütze sich auf keinerlei gesetzliche Grundlage. Ohne persönliche Verantwortlichkeit böten weder Art. 33 FINMAG (SR 956.1) noch das übrige Aufsichtsrecht eine Grundlage für die Sanktionierung. Die Verfügung verletze das Legalitätsprinzip. Die Lehre würde Zweifel darüber äussern, ob Generalklauseln wie der Gewährartikel dem Bestimmtheitserfordernis genügen und eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG darstellen könnten. Die erforderliche Voraussehbarkeit sei jedenfalls dann nicht mehr gegeben, wenn ein Berufsverbot nicht mit der Verletzung längst etablierter Konkretisierungen des

Organisations- und Gewährserfordernisses begründet werde, sondern - wie vorliegend - aus den Generalklauseln strengere Standards abgeleitet würden als diejenigen, die während der relevanten Untersuchungsperiode bekannt gewesen seien.

### **E. 3.3**

Art. 33 FINMAG ist ein generell-abstrakter Rechtssatz in einem Gesetz im formellen Sinn, der hinreichend bestimmt ist (zu den Anforderungen an die Bestimmtheit vgl. BGE 139 I 280 E. 5.1). Die Bestimmtheit in persönlicher Hinsicht ergibt sich aus der Tätigkeit im Aufsichtsbereich der FINMA (vgl. hierzu Gottini/von der Crone, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 6/2016 S. 644), wobei das finanzmarktrechtliche Berufsverbot auch nach beendetem Arbeitsverhältnis zu einem beaufsichtigten Institut ausgesprochen werden kann (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.2). Die Bestimmtheit in sachlicher Hinsicht ergibt sich aus den Finanzmarktgesetzen (vorliegend Art. 1 Abs. 1 Bst. d FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c [Organisations- und Gewährserfordernis] sowie Art. 3f Abs. 1 und 2 BankG [SR 952.0; Gewährs- und Organisationserfordernis]). Die Bestimmtheit hinsichtlich der Rechtsfolge des Berufsverbots ergibt sich einerseits aus der organisatorischen Unterstellung bei einem beaufsichtigten Institut (Tätigkeit in leitender Stellung: Gewährsperson und Funktion unterhalb der Gewährsschwelle, wenn die Person " wesentliche Verantwortung " trägt, vgl. Hsu/Bahar/Flühmann, in: Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 33 N. 20, nachfolgend: BSK FINMAG) und andererseits aus dem angegebenen Zeitrahmen. Zwar ist die Vorhersehbarkeit etwas herabgesetzt dadurch, dass die " schwere Verletzung " einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt (vgl. dazu Urteil des BVGer B-5772/2015 vom 20. September 2017 E. 2.4 m.H.); der Rechtsbegriff erlaubt aber die Berücksichtigung aller Umstände im Einzelfall (vgl. Hsu/Bahar/Flühmann, in: BSK FINMAG, a.a.O., Art. 33 N. 11). Den Anforderungen der Verfassung an die gesetzliche Grundlage (für schwere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit) ist damit Genüge getan (vgl. dieselben, in: BSK FINMAG, a.a.O., Art. 33 N. 11 m.H., welche die Frage offen lassen); die Anforderungen der EMRK sind nicht weiter zu prüfen, da das Berufsverbot als wirtschaftspolizeirechtlich motivierte Einschränkung gilt (BGE 142 II 243 E. 3.4). Das Beschwerdevorbringen, es bestehe für ein Berufsverbot ohne persönliche Verantwortlichkeit keine Grundlage, geht an der Sache vorbei, da ohnehin kein Berufsverbot ausgesprochen werden darf, wenn ein Tatbestandsmerkmal fehlt (vgl. BVGE 2013/56 E. 3.1 in fine). Ob die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegend erfüllt sind, ist eine Frage der materiellen Prüfung. Das gilt ebenso für den Einwand, die Vorinstanz stelle gestützt auf das Gewährs- und Organisationserfordernis an die damalige Organisation der Bank retrospektiv Anforderungen, mit denen niemand habe rechnen können und müssen. Die gesetzliche Grundlage ist gegeben. 4.

### **E. 4**

Grenzen des Gesamtverfahrens sind die Parteirechte. Prüfung des Gehörsanspruchs in seinen Teilgehalten: Äusserungsrecht (E. 6), Akteneinsichtsrecht und Aktenbeizug (E. 7), Aktenführungspflicht (E. 8), Protokollierungspflicht (E. 9), Pflicht zur Berücksichtigung erheblicher Vorbringen (E. 10), Pflicht zur Beweisabnahme und antizipierte Beweiswürdigung der Behörden (E. 11). Der Sachverhaltsbericht aus der Untersuchung gegen das beaufsichtigte Institut ist ein zulässiges Beweismittel (E. 12).

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 29 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist (Abs. 1). Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs. 2). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (BGE 140 I 99 E. 3.4; 135 II 286 E. 5.1). Als Mitwirkungsrecht umfasst der Anspruch alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen und auf den Prozess der Entscheidungsfindung Einfluss nehmen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1). Dazu gehört das Akteneinsichtsrecht (Art. 26-28 VwVG), das Äusserungsrecht (Art. 30-31 VwVG), das Recht auf Berücksichtigung rechtserheblicher Vorbringen (Art. 32 VwVG), das Recht auf Beibringung erheblicher Beweise (Art. 33 VwVG) und das Recht auf Begründung (Art. 35 VwVG) mit jeweils korrelierenden Pflichten aufseiten der Behörden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist Teilgehalt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens (BGE 140 I 99 E. 3.4; 134 I 140 E. 5.2; Bernhard Waldmann, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 29 N. 40, nachfolgend: BSK BV). Der Beschwerdeführer ruft Art. 29 Abs. 1 BV (Fairnessgebot) an, macht aber eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Die Vorbringen sind unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Gehörsverletzung zu prüfen (E. 5).

#### **E. 4.2**

Die Konventionsbestimmung von Art. 6 EMRK garantiert das Recht auf ein faires Verfahren und enthält darüber hinaus in Ziff. 1 (nemo tenetur), Ziff. 2 (Unschuldsvermutung) und Ziff. 3 (Informationsrecht, effektive Verteidigung, Verteidigungsrecht, Fragerecht und Konfrontationsrecht, Recht auf einen unentgeltlichen Dolmetscher) spezifische strafprozessuale Verfahrensgarantien. Diese Garantien kommen im Enforcementverfahren jedoch nicht zum Tragen. Das Berufsverbot stellt keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar, sondern ist hinsichtlich seiner Art und Schwere eine wirtschaftspolizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (BGE 142 II 243 E. 3.2-3.4). Der Beschwerdeführer beruft sich vergeblich auf Art. 6 EMRK.

#### **E. 4.3**

Die Verfassungsbestimmung von Art. 29 BV garantiert die ordnungsgemässe Anwendung des jeweils anwendbaren Verfahrensrechts (vgl. Urteile des BGer 2C\_162/2015 vom 19. Januar 2016 E. 2.4.3 und 2C\_918/2015 vom 20. Juli 2016 E. 3.2.2; Gerold Steinmann, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 29 N. 20, nachfolgend: SKBV). Das Verfahren vor der FINMA richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG (Art. 53 FINMAG). Das Enforcementverfahren stellt ein eingreifendes Verwaltungsverfahren dar. Die Besonderheit besteht darin, dass die Verwaltung eine Untersuchungsbeauftragte einsetzen kann (Art. 36 FINMAG), die der allgemeinen Verfahrensordnung nicht untersteht. Die Verfahrensrechte der Parteien werden nachträglich durch die Verwaltung gewährt, wobei gefordert wird, dass das " Verfahren als Ganzes den gesetzlichen und verfassungsmässigen Garantien zu genügen habe " (BGE 130 II 351 E. 3.3.2). Der Beschwerdeführer verkennt den Anwendungsbereich der Verfahrensordnung, soweit er sich auf die Untersuchung der Beauftragten oder die rein bankinterne Ermittlung der Anwaltskanzlei Y. bezieht. Die Verfahrensordnung des VwVG findet hier keine Anwendung (vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3.2).

## **E. 5**

Violazione insanabile del diritto di essere sentito (consid. 13). Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) schloss mit Verfügung vom 11. November 2014 ein Enforcementverfahren gegen die X. AG (nachfolgend: Bank) zu ihrem Devisenhandel in der Schweiz ab. Die Vorinstanz stellte fest, dass Händler des Devisenspothandelsdesks in Zürich wiederholt und über längere Zeit zumindest versucht hatten, Devisenreferenzwerte zu manipulieren; zudem hatte die Bank zur Profitmaximierung wiederholt gegen die Interessen eigener Kunden verstossen. Treuwidriges Verhalten wurde auch im Edelmetallspothandel festgestellt. Aufgrund des Mitarbeiterverhaltens und der Verletzung von Organisationsvorschriften in Form von ungenügendem Risikomanagement, ungenügenden Kontrollen und ungenügender Compliance im Devisenhandel versties die Bank schwer gegen die aufsichtsrechtliche Anforderung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Die Vorinstanz zog einen Betrag von insgesamt 134 Mio. Fr. bei der Bank ein, ordnete verschiedene korrigierende Massnahmen an und erliess Auflagen. Zur Abklärung der individuellen Vorwerfbarkeit des untersuchten Marktverhaltens führte sie Enforcementverfahren gegen die involvierten Mitarbeiter durch. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 sprach die Vorinstanz gegen D. (nachfolgend: Beschwerdeführer) ein Berufsverbot für die Dauer von vier Jahren ab Rechtskraft der Verfügung aus, unter Verweis auf die gesetzlich vorgesehene Strafandrohung, und auferlegte ihm die Verfahrenskosten von Fr. 50 000.—. Mit Eingabe vom 1. Februar 2016 erhob der Beschwerdeführer dagegen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Einstellung des Verfahrens. Eventualiter sei die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut, soweit es darauf eintritt, hebt die angefochtene Verfügung auf und weist die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die FINMA zurück. Aus den Erwägungen: 3.

### **E. 5.1**

Gemäss Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Gehörsanspruch mit seinen Teilgehalten (E. 4.1) richtet sich im Anwendungsbereich des FINMAG nach den Bestimmungen des VwVG (Art. 53 FINMAG). Das Enforcementverfahren wird aber weder durch das VwVG noch das FINMAG näher geregelt. Der FINMA steht es im Rahmen der vorgegebenen Verfahrensordnung frei, wie sie das Verfahren im konkreten Einzelfall ausgestaltet. Grundsätzlich bestehen drei Möglichkeiten:

#### **E. 5.1.1**

Erstens besteht die Möglichkeit, für jede einzelne Partei ein eigenes Verfahren durchzuführen. Einzelpartei-Verfahren sind separate Verfahren mit Parteistellung der jeweils betroffenen Partei (Einzelparteien), vollständiger Verfahrensabwicklung und eigenen Verfahrensakten. Dabei kann sich das Enforcementverfahren gegen ein beaufsichtigtes Institut, einen unerlaubt tätigen Finanzintermediär oder eine natürliche Person richten, bei denen der Verdacht auf eine Verletzung von Aufsichtsrecht besteht. Beziehen sich mehrere Einzelverfahren auf denselben Sachverhalt, sind die Vorteile von mehreren selbstständigen Einzelverfahren aus verwaltungsökonomischen Gründen allerdings gering. Die FINMA kann zwar die Einvernahme von Zeugen anordnen (Art. 14 Abs. 1 Bst. e VwVG). Der Zeugenbeweis ist jedoch subsidiär gegenüber anderen

Beweismitteln und Beweismassnahmen. Die Zeugeneinvernahme von natürlichen Personen im Verfahren gegen eine Beaufschlagte ist zudem regelmässig ausgeschlossen, weil das Verhalten formeller oder faktischer Organe der Beaufschlagten zuzurechnen ist, weshalb die Partei nur als Auskunftsperson befragt werden kann (vgl. Weissenberger/Hirzel, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 14 N. 7 f., nachfolgend: Praxiskommentar).

### **E. 5.1.2**

Zweitens ist ein einheitliches Verfahren mit verschiedenen Parteien möglich. Mehrparteien-Verfahren sind Verfahren mit mehreren Parteien (Partei-Mehrheit), aber einheitlicher Verfahrensabwicklung und nur einer Aktenführung. Abzugrenzen ist ein solches Verfahren von den " Massenverfahren " (Art. 30a Abs. 1 VwVG) und den kontradiktorischen Verfahren, die auf einem " Gegenparteien-Verhältnis mit widerstreitenden Interessen " beruhen (Art. 31 VwVG). Die Interessen der Beteiligten in einem Mehrparteienverfahren können indes nicht gleich gerichtet oder entgegengesetzt sein (vgl. Urs Zulauf et al., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 107). Bei übersichtlichen Verhältnissen wird das Enforcementverfahren oft als Mehrparteienverfahren geführt, weil es um einen ähnlichen oder gleichen Sachverhalt geht. Alle Parteien haben grundsätzlich uneingeschränkte Parteirechte (vgl. Friedmann/Kuhn/ Schönknecht, Enforcement, in: St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, 2018, § 12 N. 68, nachfolgend: SGHB). Dies führt dazu, dass sie an einer Beweiserhebung auch dort mitwirken können, wo es um Sachverhaltselemente geht, die sie nicht persönlich betreffen. So kann ein Gewährsträger als Partei im Verfahren des betroffenen Instituts mitwirken, wenn Massnahmen sowohl gegen ihn als auch gegen das Institut im Dispositiv der Verfügung anzuordnen sind. Gleiches gilt bei Anordnungen gegenüber qualifiziert Beteiligten (vgl. Zulauf et al., a.a.O., S. 104). Bei komplexen Sachverhalten ist ein solches Verfahren aber praktisch nicht mehr durchführbar (vgl. Christoph Kuhn, Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, 2014, S. 54, wonach Mehrparteienverfahren aufgrund des erhöhten Koordinationsbedarfs zu bedeutendem Mehraufwand führen und regelmässig länger dauern).

### **E. 5.1.3**

Drittens gibt es die Möglichkeit eines Gesamtverfahrens unter einem gemeinsamen Dach. Das Gesamtverfahren besteht aus der Durchführung eines Hauptverfahrens und weiteren Verfahren, die im Nachgang durchgeführt werden (vgl. Kuhn, a.a.O., S. 53; Friedmann/Kuhn/ Schönknecht, in: SGHB, a.a.O., § 12 N. 67 f.). Dabei handelt es sich um mehrere Einzelverfahren mit getrennter Parteistellung, getrennter Aktenführung, aber gemeinsamer Untersuchung, weshalb keine vollständige Verfahrensabwicklung in den Einzelverfahren mehr erfolgt. Das Hauptverfahren wirkt sich auf die nachgelagerten Verfahren aus. Die Auswirkungen betreffen die Parteistellung (Parteien haben keine Parteistellung in den anderen Verfahren), die Aktenführung (Aktenübernahme und Akteneinsicht aufgrund einer Drittstellung), die Untersuchung (Mitwirkung an der Beweiserhebung ist beschränkt), die Beweiserhebung (Beweisselektion), die Eröffnung der Verfügung und die Möglichkeit zur Rechtsmittelergreifung (Rechtsschutz). Trotz dieser Auswirkungen ist die Durchführung eines Gesamtverfahrens durch die gesetzliche Verfahrensordnung gedeckt, soweit die verfahrensrechtlichen Garantien eingehalten werden. Die Vorinstanz hat vorliegend das Hauptverfahren betreffend die Bank abgewickelt, und im Anschluss führte sie mehrere Einzelverfahren durch, um die Verantwortlichkeit der betroffenen natürlichen Personen abzuklären; mithin hat sie von der

Möglichkeit eines Gesamtverfahrens Gebrauch gemacht.

### **E. 5.2**

Das Enforcementverfahren hat die gesetzlichen Garantien zu wahren. Wird es als Gesamtverfahren ausgestaltet, ist das verfahrensrechtliche Institut der Rechtskraft und deren Reichweite zu beachten. Das Bundesgericht kommt in BGE 142 II 243 zum Schluss, der Entscheid, der eine Pflichtverletzung im Verfahren gegen eine Beaufichtigte feststelle, dürfe einer natürlichen Person, die für die Beaufichtigte tätig ist oder war, nicht entgegengehalten werden. Die Bindungswirkung sei auf Entscheide zwischen denselben Parteien beschränkt (Bindung inter partes). Da die natürliche Person im Verfahren gegen die Beaufichtigte nicht Partei gewesen sei, könne ihr der Entscheid wegen fehlender Identität der Parteien unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft nicht entgegengehalten werden (BGE 142 II 243 E. 2.3). Die aus dem Gehörsanspruch fliessende und in Art. 29 ff. VwVG verankerte Berücksichtigungspflicht sei verletzt, wenn die Vorinstanz Vorbringen ungeprüft lasse mit der Begründung, die Pflichtverletzung durch die Beaufichtigte sei bereits rechtskräftig festgestellt, was einer formellen Rechtsverweigerung gleichkomme. Die Verletzung der Berücksichtigungspflicht führe zugleich zu einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt aus dem Entscheid nicht hervorgehe, wobei sich aus dem materiellen Recht ergebe, ob ein Sachverhaltselement als rechtserheblich zu qualifizieren sei (BGE 142 II 243 E. 2.4).

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die aufsichtsrechtliche Pflichtverletzung der Bank sei rechtskräftig festgestellt. Soweit der Beschwerdeführer vorbringe, die Bank habe nicht in schwerwiegender Weise gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen verstossen, seien seine Vorbringen und Beweisanträge von vornherein nicht zu hören ([...]). Damit hat die Vorinstanz zum Ausdruck gebracht, dass sie die Vorbringen des Beschwerdeführers als unzulässig qualifiziert. Sie hat die beschränkte Bindungswirkung des Entscheids gegen die Bank missachtet und die Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend die Pflichtverletzung der Bank im vorliegenden Verfahren ungeprüft gelassen. Eine solche Rechtskrafterstreckung ist unzulässig, wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt. Sie führt zur Einschränkung der Mitwirkungsrechte der Partei, sich mit Sachvorbringen und Beweisanträgen in das Verfahren einzubringen, beschränkt das Beweisthema und stellt eine Verletzung des verfassungsrechtlich und gesetzlich garantierten Gehörsanspruchs dar (E. 4.1).

### **E. 5.4**

Die Vorinstanz vertritt weiter die Auffassung, die Verfügung gegen die Bank sei selbst dann ein zulässiges Beweismittel, wenn die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank dem Beschwerdeführer nicht direkt entgegengehalten werden könnte ([...]). Der Beschwerdeführer wendet ein, die Verfügung gegen die Bank sei kein zulässiges Beweismittel. Die Verfügung beweise nur, dass die Vorinstanz gewisse Feststellungen darin getroffen habe; sie beweise aber nicht die Richtigkeit dieser Feststellungen. Der Untersuchungsgrundsatz nach Art. 12 VwVG besagt, dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und sich nötigenfalls folgender Beweismittel bedient: Urkunden (Bst. a), Auskünfte der Parteien (Bst. b), Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen (Bst. c), Augenschein (Bst. d), Gutachten von Sachverständigen (Bst. e). Eine Urkunde im Sinne von Art. 12 Bst. a VwVG ist eine Aufzeichnung, die bestimmt und

geeignet ist, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen (vgl. zum Begriff Bernhard Waldmann, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 19 N. 37). Eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG stellt eine einseitige Anordnung einer Behörde dar, die im Einzelfall ein Rechtsverhältnis in verbindlicher und erzwingbarer Weise gestützt auf öffentliches Recht des Bundes regelt (BGE 135 II 38 E. 4.3). Die Regelung des Rechtsverhältnisses beruht auf einem im jeweiligen Verfahren erstellten Sachverhalt. Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren wird vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Das ändert nichts daran, dass eine Verwaltungsverfügung nicht geeignet ist, einen prozessual festgestellten Sachverhalt im Verhältnis zu Dritten zu beweisen. Selbst bei Parteiidentität erstreckt sich die Rechtskraftwirkung in sachlicher Hinsicht nur auf den beurteilten Streitgegenstand und nicht auf die Elemente der Begründung (Urteil des BGer 1P.706/2003 vom 23. Februar 2004 E. 2.6). Die Verfügung gegen die Bank kann daher im vorliegenden Verfahren nicht an die Stelle von Sachverhaltsfeststellungen treten.

### **E. 5.5**

Die Vorinstanz stellt sich sodann auf den Standpunkt, die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen sei im vorliegenden Verfahren nicht nochmals (vorfrageweise) zu prüfen ([...]). Darüber hinaus bringt sie in der Duplik vor, sie habe die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank in der angefochtenen Verfügung separat nachgewiesen. Zwar seien einleitend die Ergebnisse des Verfahrens gegen die Bank im Sachverhalt vorangestellt worden, aber anschliessend seien nochmals ausführliche und entsprechend belegte Ausführungen zur Organisation des Devisenhandels sowie zur Praxis im Spothandel und den entsprechenden Transaktionen erfolgt. Basierend auf diesen Ausführungen sei die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Bank erneut und eigenständig bestätigt worden. Dabei habe die Vorinstanz festgehalten, dass im Verfahren gegen den Beschwerdeführer keine Anhaltspunkte vorgefunden worden seien, welche dieses Resultat in Zweifel gezogen oder eine Neubewertung erforderlich gemacht hätten. Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, es gehe nicht um die Relevanz einer rechtlichen Vorfrage, sondern um die Feststellung des relevanten Sachverhalts. Er sei im Nachgang eines Verfahrens gegen eine Beaufichtigte, in dem er nicht Partei gewesen sei, abgeurteilt worden, ohne dass die für seine Person relevanten Fakten gebührend untersucht worden seien. Da ein Berufsverbot gegen eine natürliche Person nur ausgesprochen werden kann, soweit eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen festgestellt wird (Art. 33 FINMAG), kann die Frage nach der Verantwortlichkeit der natürlichen Person nicht unabhängig von der Pflicht- beziehungsweise Aufsichtsrechtsverletzung der Beaufichtigten - vorliegend der Bank - beurteilt werden. Die Pflicht, deren schwere Verletzung die Auferlegung eines Berufsverbots für eine natürliche Person rechtfertigt, trifft die Beaufichtigte und nicht die natürliche Person (BGE 142 II 243 E. 2.3). Insoweit handelt es sich um eine Vorfrage, die ein präjudizielles Rechtsverhältnis eines Dritten betrifft. Die Vorfragethematik beurteilt sich allerdings nach dem Gegenstand des streitigen Rechtsverhältnisses, das auf eine sachverhaltliche Grundlage gestellt und durch den Tatbestand umrissen wird. Der aufsichtsrechtliche Tatbestand des Berufsverbots ist erfüllt, wenn eine Person durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Beaufichtigte bewirkt (BGE 142 II 243 E. 2.2). Die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bildet ein Tatbestandsmerkmal (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.3). Das bedeutet einmal, dass der entsprechende Sachverhalt im Verfahren gegen die natürliche Person zum Beweisthema gemacht werden kann und die Verwaltungsbehörde die Sachverhaltselemente zu erstellen

hat. Es bedeutet aber auch, dass die Verfügung eine entsprechende Begründung enthalten muss (Art. 35 VwVG). Die Begründung eines Entscheids soll dem Betroffenen einerseits die Tatsachen und Rechtsnormen zur Kenntnis bringen, die für die entscheidende Behörde massgeblich waren, andererseits soll der Betroffene in die Lage versetzt werden, den Entscheid sachgerecht anzufechten (Uhlmann/ Schilling-Schwank, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 35 N. 10 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung). Die angefochtene Verfügung enthält zwar allgemeine Ausführungen zu den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen ([...]) und Ausführungen, wonach das Verfahren gegen die Bank ergeben habe, dass aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt worden seien ([...]). Sie enthält aber keine tatsächlichen Feststellungen zum Sachverhalt der schweren Aufsichtsrechtsverletzung. Der Sachverhalt ist insoweit unvollständig festgestellt, was verfahrensrechtlich dazu führt, dass die Begründungspflicht verletzt ist. Mit Blick auf den weiteren Verfahrensgang sind auch die übrigen gerügten Verfahrensrechtsverletzungen zu prüfen (vgl. nachfolgend).

## **E. 6**

Gemäss Art. 30 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Die Vorinstanz hat ein Gesamtverfahren durchgeführt und in Bezug auf die Bank Beweise unter einem gemeinsamen Dach erhoben (E. 5.1 zur Verfahrensausgestaltung). Der Beschwerdeführer rügt, er habe sich nicht rechtsgenügend äussern können. Die Verfügung stelle wiederholt auf Aussagen ab, die Drittpersonen in seiner Abwesenheit gegenüber der Untersuchungsbeauftragten oder der Anwaltskanzlei Y. (bankinterne Untersuchung) deponiert hätten. An den Befragungen habe er nicht teilnehmen und damit auch keine Ergänzungsfragen stellen können. Die Rüge geht fehl. Der Beschwerdeführer konnte in dem gegen ihn geführten Verfahren auch Stellung nehmen zum Sachverhalt betreffend die Bank, in die beigezogenen Akten (zum Aktenbeizug E. 7) Einsicht nehmen und hatte hinreichend Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme, wobei er von der Vorinstanz auch befragt wurde ([...]). Dem Anspruch, " sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen ", ist Genüge getan (BGE 142 I 86 E. 2.2 m.H.). Da die EMRK-Teilnahmerechte nicht greifen (E. 4.2) und die Verfahrensordnung weder auf die private Sonderermittlung noch die Untersuchungsbeauftragte anwendbar ist (E. 4.3), durfte die Vorinstanz auf die Aussagen abstellen. Insoweit ist ihr beizupflichten, wenn sie ausführt, aus BGE 142 II 243 könne nicht abgeleitet werden, dass die Erkenntnisse aus dem Verfahren gegen das beaufsichtigte Institut in einem nachgelagerten Berufsverbotsverfahren per se nicht verwendet werden dürften, da dies dem System der Institutsaufsicht widersprechen und die Durchführung nachgelagerter Verfahren praktisch verunmöglichen würde. Das Äusserungsrecht ist gewahrt.

## **E. 7.1**

Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG hat die Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf, in ihrer Sache folgende Akten am Sitze der verfügenden oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde einzusehen: Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden (Bst. a); alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Bst. b); Niederschriften eröffneter Verfügungen (Bst. c). Der Grundsatz der Akteneinsicht lässt Ausnahmen nach Art. 27 VwVG zu. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn: wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft, die

Geheimhaltung erfordern (Bst. a); wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern (Bst. b); das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung es erfordert (Bst. c). Nach Abs. 2 darf sich die Verweigerung der Einsichtnahme nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen. Nach Abs. 3 darf die Einsichtnahme in eigene Eingaben der Partei, ihre als Beweismittel eingereichten Urkunden und ihr eröffnete Verfügungen nicht, die Einsichtnahme in Protokolle über eigene Aussagen der Partei nur bis zum Abschluss der Untersuchung verweigert werden.

#### **E. 7.2.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe bis heute nur limitierte Akteneinsicht in die Akten betreffend die Bank erhalten. Die Verfügung gegen die Bank sei ihm nie eröffnet worden, er habe keine Gelegenheit gehabt, ein Rechtsmittel zu ergreifen und die Verfügung liege ihm nur in geschwärzter Version vor. Es sei stossend und bare Willkür, den Sachverhalt teilweise auf der Basis der Verfügung gegen eine Drittpartei zu erstellen, sie dem Betroffenen aber nur selektiv, in geschwärzter Form, offenzulegen. Er habe mehrfach entsprechende Einsichtsgesuche gestellt. Weiter sei ihm die Einsicht in die Stellungnahmen der Bank verweigert worden, womit er nicht abschätzen könne, in welchem Umfang die Bank die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellungen kritisiert habe. Auch sei ihm die Einsicht in Protokolle von Gesprächen zwischen der Vorinstanz und der Bank verweigert worden, obschon die fraglichen Besprechungsinhalte relevant seien. Sie seien relevant, da sich Vorinstanz und Bank mutmasslich auf einen kompromissartigen Verfügungsinhalt geeinigt hätten. Fehler oder Ungenauigkeiten in der Verfügung betreffend die Bank seien mit Blick auf das Ergebnis nicht berücksichtigt worden.

#### **E. 7.2.2**

Die Vorinstanz hält fest, dem Beschwerdeführer seien sämtliche Akten vor Erlass der Verfügung zugestellt worden und ihm sei Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Er habe über alle Dokumente, Informationen und Unterlagen, die Grundlage des Entscheids betreffend die schwere Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank gebildet hätten, verfügt. Die entsprechenden Erwägungen des Entscheids hätte er im Verfahren gegen ihn thematisieren und überprüfen lassen können. Aus den umfangreichen Akten nicht beigezogen worden seien einzig Dokumente und Unterlagen, die nicht Grundlage der angefochtenen Verfügung gebildet hätten.

#### **E. 7.2.3**

Streitig ist somit einerseits die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Vorinstanz in nachgelagerten Verfahren zum Aktenbeizug verpflichtet ist (nachfolgend E. 7.3), und andererseits der Anspruch der natürlichen Person auf Akteneinsicht in die Akten eines Verfahrens, das gegen andere Verantwortliche geführt wurde, sei es wie hier in die Verfahrensakten betreffend das beaufsichtigte Bankinstitut oder in die Verfahrensakten einer anderen natürlichen Person (nachfolgend E. 7.4-7.5).

#### **E. 7.3**

Der Aktenbeizug ist nicht geregelt und richtet sich daher nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen. Die Partei hat das Recht, " in ihrer Sache folgende Akten (...) einzusehen " (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Dabei handelt es sich um Aktenstücke und Unterlagen, die zur jeweiligen Sache gehören. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich nur auf die jeweilige Sache und nicht darüber hinaus (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.3; Urteile des BGer

8C\_292/2012 vom 19. Juli 2012 E. 5.2-5.4 und 2C\_63/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 3.2.3). Der Anspruch setzt aufseiten der Behörden eine Aktenführung voraus und gilt gleichermassen als Vorbedingung für die Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (BGE 142 I 86 E. 2.2; 132 V 387 E. 3.1; Waldmann/Oeschger, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 26 N. 6). Das Hauptverfahren betreffend die beaufsichtigte Bank hat eigene Verfahrensakte, weil es sich nicht um die gleiche Sache handelt. Führt die Vorinstanz das Verfahren als Gesamtverfahren durch (E. 5.1.3), so ist sie nicht gehalten, die gesamten Akten des Verfahrens gegen die Beaufsichtigte in den nachgelagerten Verfahren beizuziehen (vgl. Friedmann/Kuhn/Schönknecht, in: SGHB, a.a.O., § 12 N. 69 f.). Das Gesamtverfahren zeichnet sich gerade dadurch aus, dass im Nachgang verschiedene Verfahren gegen natürliche Personen geführt werden. Soweit die Aktenführung aber die Untersuchung unter einem gemeinsamen Dach betrifft, ist die Vorinstanz allerdings nicht frei, ob sie die betreffenden Akten beiziehen will oder nicht. Die Akten der gemeinsamen Untersuchung müssen auch in den Verfahren gegen die jeweiligen Verantwortlichen verfügbar sein. Insoweit ist die Vorinstanz verpflichtet, die Verfahrensakte beizuziehen. Dazu gehört die Einsetzungsverfügung betreffend die Untersuchungsbeauftragte, die Ergebnisse der Untersuchung (Untersuchungsberichte) und der " Informationsfluss " zwischen der Untersuchungsbeauftragten und der Vorinstanz, soweit er den Untersuchungsgang betrifft. Auch allfällige Protokolle von Befragungen der Betroffenen im Verfahren gegen die Beaufsichtigte hat sie in den Verfahrensakte nachgelagerter Verfahren zu dokumentieren. Eine Pflicht, alle Akten beizuziehen, besteht nicht.

#### **E. 7.4**

Die Akteneinsicht knüpft in persönlicher Hinsicht an der Parteistellung im Verfahren an, da die " Partei oder ihr Vertreter Anspruch " auf Einsicht in die Akten ihrer Sache hat (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Das Recht steht grundsätzlich allein den Parteien zu (BGE 139 II 279 E. 2.2). Aussenstehende haben nur ausnahmsweise ein Akteneinsichtsrecht, wobei verlangt wird, dass sie ein " besonders schützenswertes Interesse " glaubhaft machen können (Urteil des BGer 1P.330/2004 vom 3. Februar 2005 E. 3.2). Der Beschwerdeführer hat im gegen ihn geführten Enforcementverfahren Parteistellung (Art. 6 VwVG). Hingegen steht er in einer Drittstellung in Bezug auf die Akten, die im Hauptverfahren gegen die Bank und in Verfahren gegen andere Verantwortliche erstellt wurden, weil er in diesen Verfahren nicht Partei war (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.3 in fine). Entsprechend ist das Einsichtsrecht im Enforcementverfahren differenziert zu behandeln.

#### **E. 7.4.1**

Soweit die Vorinstanz die Akten aus dem Verfahren gegen die Bank nicht beigezogen hat und auch nicht beiziehen musste, hat der Beschwerdeführer ein Einsichtsrecht nur unter der Voraussetzung, dass er ein besonders schützenswertes Interesse glaubhaft machen kann. Das Akteneinsichtsrecht ergibt sich gegebenenfalls aus ebendiesem Interesse. Das Interesse ist zu bejahen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Akten als Beweis für oder gegen eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank geeignet sind. In der Regel fällt das besonders schützenswerte Interesse zusammen mit dem Interesse, in die Akten betreffend die gemeinsame Untersuchung Einsicht zu nehmen. Die Ergebnisse der gemeinsamen Untersuchung sind zum Beweis geeignet, weshalb die Vorinstanz die Untersuchungsergebnisse zu den Akten nehmen und -vorbehältlich Art. 27 VwVG - Akteneinsicht gewähren muss.

#### **E. 7.4.2**

Soweit die Vorinstanz die Akten aus dem Verfahren gegen die Bank beigezogen hat oder beiziehen musste (gemeinsame Untersuchung), hat der Beschwerdeführer ohne besondere Voraussetzung ein Einsichtsrecht. Die Einsicht darf ihm nur nach Massgabe von Art. 27 VwVG verweigert werden (vgl. auch Friedmann/Kuhn/Schönknecht, in: SGHB, a.a.O., § 12 N. 70 Fn. 213). Die Verweigerung ist allein aus überwiegenden öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen zulässig (Art. 27 Abs. 1 Bst. a-b VwVG). Das Einsichtsrecht darf nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für die Verfügung nicht erheblich, weil die Beurteilung der Erheblichkeit beziehungsweise Relevanz der Akten der Partei überlassen werden muss (BGE 132 V 387 E. 3.2; Urteil des BGer 1C\_560/2008 vom 6. April 2009 E. 2.2; Waldmann, in: BSK BV, a.a.O., Art. 29 N. 55; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 494).

#### **E. 7.5.1**

Die Vorinstanz lehnt eine Einsicht des Beschwerdeführers in die Stellungnahmen der Bank, welche diese im gegen sie geführten Verfahren abgegeben hatte, ab, ohne Bundesrecht zu verletzen. Die Akteneinsicht ist durch kein besonders schützenswertes Interesse gedeckt: Die Stellungnahmen zu den Untersuchungsberichten und dem provisorischen Sachverhalt dienen der Wahrung des Gehörsanspruchs der Bank. Sie sind keine Parteiauskunft im Sinne von Art. 12 Bst. b VwVG und deshalb im Verfahren gegen den Beschwerdeführer nicht zum Beweis geeignet. Gleiches gilt für allfällige Besprechungsprotokolle zwischen der Bank und der Vorinstanz. Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, die Akteneinsicht betreffend die Entstehung des "Statement of Facts" sei ihm verweigert worden. Die Vorinstanz führt zutreffend aus, dass die entsprechenden Anträge das Verhältnis zwischen ihr und der Untersuchungsbeauftragten im Hauptverfahren betreffen würden, aber nicht das Verfahren des Beschwerdeführers, weshalb sie die Anträge ablehnen durfte (E. 12). Das Akteneinsichtsrecht ist insoweit nicht verletzt.

#### **E. 7.5.2**

Die Vorinstanz weist den Antrag auf Herausgabe der Handelsdaten, die bei den Handelsdatenanalysen durch die Untersuchungsbeauftragte verwendet wurden, ab. Es sei nicht ersichtlich, welchen zusätzlichen Erkenntnisgewinn die beantragte Beweismassnahme bringe, weshalb in antizipierter Beweiswürdigung darauf verzichtet werde. Alles Wesentliche sei in den Untersuchungsberichten und der Verfügung der Bank festgehalten. Die massgeblichen Unterlagen seien aus dem Verfahren gegen die Bank beigezogen worden und bildeten Bestandteil der Akten ([...]). Die Handelsdatenanalysen wurden im Rahmen des Untersuchungsauftrags erstellt. Nach Art. 36 FINMAG kann die FINMA eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer Beaufichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären (Untersuchungsbeauftragte). Die Untersuchungsbeauftragte ist hinsichtlich ihrer Funktion eine Sachverständige, die gestützt auf besondere Sachkenntnis einen Bericht über die Sachverhaltsprüfung und die Sachverhaltswürdigung erstellt, ohne eine rechtliche Würdigung vorzunehmen (vgl. Maurenbrecher/Terlinden, in: BSK FINMAG, a.a.O., Art. 36 N. 17 ff. und N. 21 ff. mit Verweis auf BGE 132 II 257 E. 4.4.1; Friedmann/Kuhn/Schönknecht, in: SGHB, a.a.O., § 12 N. 62; Zulauf et al., a.a.O., S. 135; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 473). Entsprechend gilt der Untersuchungsbericht als Sachverständigengutachten im Sinne von 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). Der Untersuchungsbericht, der aus First, Second, Third, Fourth Interim Report und " Response to FINMA's questions " vom 26. September 2014 inklusive Beilagen besteht, liegt ebenso bei den Akten wie das Ergebnis der ausgewerteten Handelsdaten, die der Untersuchungsbericht beschreibt. Dem Beschwerdeführer wurde das Akteneinsichtsrecht dazu gewährt. Nicht bei den Akten befinden sich die Handelsdaten selbst (sowie die verwendeten Algorithmen, die den Analysen zugrunde liegen), weil sie nur im Rahmen des besonderen Sachwissens verwendet wurden. Diese dienten zur Aufbereitung des abzuklärenden Sachverhalts, sind für sich allein aber keine Ergebnisse der gemeinsamen Untersuchung. Die Untersuchungsbeauftragte setzte für die Analysen eigens interne und externe Spezialisten ein, was ihr durch die Auftragserteilung ausdrücklich erlaubt war. Die Spezialisten wurden nicht zuletzt wegen des Fachwissens beigezogen, um den Sachverhalt abzuklären. Dieses Sachwissen unterliegt weder dem Akteneinsichtsrecht noch bildet es ein Sachverhaltselement, weshalb es nicht im Einzelnen dokumentiert werden muss. Die Sachverständigen bieten durch ihre Unabhängigkeit gegenüber der Verwaltung und den Betroffenen einerseits sowie andererseits aufgrund der besonderen Fach- und Sachkunde Gewähr dafür, dass die Verwaltung auf das Sachverständigengutachten abstellen darf, wenn sie den Parteien das rechtliche Gehör dazu gewährt. Dabei genügt, dass die Parteien zur Person des Sachverständigen und dessen Schlussfolgerungen Stellung nehmen können (vgl. BGE 125 V 332 E. 4b; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 541). Der Beschwerdeführer macht zu Recht nicht geltend, dass ihm die Einsicht in das Ergebnis der Handelsdatenanalysen verwehrt worden sei. Auch bringt er nichts gegen die Unabhängigkeit oder Fachkunde der Untersuchungsbeauftragten vor. Da die Handelsdaten nur der Aufbereitung des abzuklärenden Sachverhalts dienen, konnte die Vorinstanz den entsprechenden Antrag ohne Bundesrechtsverletzung abweisen. Das gilt selbst für den Fall, dass die verwendeten Handelsdaten nicht durch überwiegende Geheimhaltungsinteressen geschützt wären. Das Akteneinsichtsrecht ist insoweit gewährt.

### **E. 7.5.3**

Die Vorinstanz verweigert dem Beschwerdeführer die Einsicht in die vollständige Ausfertigung der Verfügung gegen die Bank mit der Begründung, dass die geschwärzten Stellen nicht als Grundlagen des Entscheids gegen den Beschwerdeführer dienen. Damit hat sie die Erheblichkeit der Akte selbst beurteilt. Das Akteneinsichtsrecht in diejenigen Akten, die im Verfahren beigezogen worden oder beizuziehen sind, darf aber allein aus Gründen überwiegender Geheimhaltungsinteressen verweigert werden. Der Gehörsanspruch ist vorliegend zwar unter dem Aspekt des Anspruchs, sich zumindest zum Ergebnis der Untersuchung zu äussern, sofern dieses den Entscheid beeinflussen kann (Äusserungsrecht), gewährt (E. 6); hingegen ist dem Gehörsanspruch nicht Genüge getan unter dem Aspekt des Akteneinsichtsrechts. Diese beiden Teilgehalte des rechtlichen Gehörs sind nicht kongruent; das Akteneinsichtsrecht bildet vielmehr eine Vorbedingung für die Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte (E. 7.3; Waldmann, in: BSK BV, a.a.O., Art. 29 N. 54). Da es für die Ausübung des Akteneinsichtsrechts der Partei anheimgestellt werden muss, ob sie die Akte als erheblich einstuft oder nicht, verletzt die Begründung der Vorinstanz Bundesrecht. Ob das Akteneinsichtsrecht verweigert werden darf, weil überwiegende Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen (Art. 27 VwVG), kann das Bundesverwaltungsgericht nicht prüfen, weil ihm die Verfügung gegen die Bank ebenfalls nicht in vollständiger, ungeschwärzter Ausfertigung vorliegt und die Vorinstanz nicht darlegt, welche Geheimhaltungsinteressen überwiegen. Das Akteneinsichtsrecht ist insoweit zumindest in der Form der Begründungspflicht verletzt.

### **E. 8.1**

Nach der Rechtsprechung wird aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör eine allgemeine Aktenführungspflicht der Behörden abgeleitet, die sich als Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Parteien ergibt (BGE 142 I 86 E. 2.2). Der verfassungsmässige Anspruch auf eine geordnete und übersichtliche Aktenführung verpflichtet die Behörden und Gerichte, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen (BGE 138 V 218 E. 8.1.2). Sämtliche im Verfahren vorgenommenen Erhebungen und entscheiderelevanten Tatsachen sind vollständig festzuhalten (Urteil des BGer 8C\_322/2010 vom 9. August 2010 E. 3; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 497). Dabei können sie sich jedoch auf die für die Entscheidungsfindung im konkreten Fall wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 130 II 473 E. 4.1 und 4.3 m.H.). Ferner ergeben sich aus der Aktenführungspflicht Anforderungen an die Systematik der Aktenführung: Vorausgesetzt wird ein chronologisches, zum Zeitpunkt der Entscheidung in sich geschlossenes Dossier. Die systematische Aktenführung ist stets nach sachgerechten und zweckmässigen Kriterien vorzunehmen (Urteil des BGer 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.2; Waldmann/Oeschger, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 26 N. 38). In der Regel ist auch ein Aktenverzeichnis zu erstellen, das eine chronologische Auflistung aller eingereichten Eingaben enthält, wenn ein Gesuch um Akteneinsicht gestellt wird. Spätestens im Zeitpunkt des Entscheids müssen die Akten durchgehend paginiert werden (Urteil des BGer 2C\_327/2010 vom 19. Mai 2011 E. 3.2 [nicht publ. in BGE 137 I 247]). Die Anforderungen an die Verwaltung des Dossiers dürfen allerdings auch nicht überspannt werden; kleinere Unzulänglichkeiten bei der Dossierverwaltung begründen keine (oder zumindest keine schwere) Verletzung der Aktenführungspflicht (BGE 138 V 218 E. 8.3). Aus den Akten muss schliesslich ersichtlich sein, wer sie erstellt hat und wie sie zustande gekommen sind (Waldmann/Oeschger, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 26 N. 38).

### **E. 8.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe ihm nie ein Aktenverzeichnis zugestellt. Hinsichtlich der aus dem Verfahren gegen die Bank beigezogenen Akten liege ihm kein aktuelles Aktenverzeichnis vor. Insgesamt sei ein sinnvolles Arbeiten mit den ausserordentlich umfangreichen Akten nicht möglich. Dass die Vorinstanz nun im Beschwerdeverfahren Aktenverzeichnisse eingereicht habe, ändere nichts daran, dass er bei der Ausarbeitung der Beschwerde keines zur Verfügung gehabt habe. Ausserdem weise die Vorinstanz im Aktenverzeichnis der beigezogenen Akten der Bank selber darauf hin, dass " die grau markierten Dokumente in diesem Verzeichnis (...) zu Beginn nicht in die Verfahren gegen Individualpersonen beigezogen und (...) nicht Teil der Akteneinsicht " waren. " Teilweise wurden anschliessend im Verfahrensablauf noch weitere Dokumente beigezogen. " Das Aktenverzeichnis im Falle des Beschwerdeführers verschweige verschiedene, über einen Zeitraum von neun Monaten erfolgte Aktenbeizüge. Aus dem Verzeichnis gehe nicht hervor, welche Beilagen die Vorinstanz ihm mit ihren Schreiben jeweils zugestellt habe. Dass die aus dem Verfahren gegen die Bank beigezogenen Akten dem Gericht lediglich auf CD und nicht in Papierform zugestellt worden seien, trage zusätzlich zur Konfusion bei. Die Vorinstanz führt aus, die Verfahrensakten seien inhaltlich geordnet sowie chronologisch abgelegt und durchgehend paginiert, womit die Aktenführungspflicht eingehalten sei.

### **E. 8.3**

Der Aktenführungspflicht ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers Genüge getan. Aus den dargelegten Anforderungen an die Aktenführungspflicht ergibt sich im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren kein Anspruch auf ein Aktenverzeichnis, das stetig aktualisiert wird. Es genügt, dass im Zeitpunkt der Entscheidung ein chronologisches, in sich geschlossenes Dossier vorliegt. Bei Gesamtverfahren unter einem Dach ist jedoch darauf zu achten, dass der Betroffene über die Aktenbezüge aus dem Verfahren gegen die Beaufsichtigte informiert wird, damit er sein Akteneinsichtsrecht wahrnehmen kann. Dies ist vorliegend geschehen. Der Beschwerdeführer macht denn auch nicht geltend, dass bestimmte Akten fehlen würden. Seine Vorbringen zielen auf den Aktenumfang, der schwer zu verarbeiten sei. Aus dem Aktenverzeichnis, das die Vorinstanz dem Gericht eingereicht hat, muss darüber hinaus nicht hervorgehen, welche Beilagen einem bestimmten Schreiben beigelegt waren. Die Form der Einreichung der Akten (physisch oder elektronisch) ist eine Frage der Praktikabilität und beschlägt die Verfahrensrechte des Beschwerdeführers nicht. Die Aktenführung ist nicht zu beanstanden.

### **E. 9.1**

Nach der Rechtsprechung gehört zur allgemeinen Aktenführungspflicht eine Protokollierungspflicht im Rechtsmittelverfahren. Entscheiderrelevante Abklärungen, Einvernahmen und Verhandlungen sind zu protokollieren. Das Protokoll dient einerseits den Richtern und dem Gerichtsschreiber als Gedächtnisstütze und soll ihnen ermöglichen, die Ausführungen der Parteien tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und pflichtgemäss zu würdigen; andererseits soll es Auskunft über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften geben und die Rechtsmittelinstanzen in die Lage versetzen, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen (BGE 142 I 86 E. 2.2).

### **E. 9.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, es existierten keine Protokolle der Befragungen durch die Untersuchungsbeauftragte sowie der Anwaltskanzlei Y., sondern lediglich Gesprächszusammenfassungen. Weiter macht er geltend, die vorinstanzlichen Protokolle zu seiner Befragung und zur Befragung einer weiteren Person, die als Auskunftsperson vernommen worden sei, enthielten sinnentstellende Fehler. Die Protokollberichtigungsanträge seien abgewiesen worden; er könne sich auf kein zitierfähiges Protokoll stützen. Die Vorinstanz führt aus, sie habe die Anmerkungen und Ergänzungen des Beschwerdeführers zu den Akten genommen und, soweit entscheidungswesentlich, berücksichtigt. Die Protokolle würden den wesentlichen Inhalt der Befragungen festhalten. Die Audio-Dateien seien vorhanden. Die auf Tonträger gespeicherte Befragung müsse nicht transkribiert werden und eine Protokollberichtigung sei nicht vorgesehen, erst recht kein förmliches Protokollberichtigungsverfahren.

### **E. 9.3**

Eine Protokollierungspflicht schreiben die neuen Prozessordnungen des Bundes (Art. 176 [Beweisprotokoll] und Art. 235 [Verhandlungsprotokoll] ZPO [SR 272]; Art. 76 ff. der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]) ausdrücklich vor. Die Verfahrensordnung für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren sieht eine Pflicht zur Protokollierung nicht vor. Der Verweis in Art. 19 VwVG, der gewisse Bestimmungen des BZP (SR 273) für das Beweisverfahren ergänzend und sinngemäss zur Anwendung bringt, ist abschliessend (BGE 130 II 473 E. 2.4). Ob und inwieweit für erstinstanzliche Verwaltungsbehörden aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch

eine Pflicht zur Protokollierung besteht, braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden. Die Untersuchungsbeauftragte und die Anwaltskanzlei Y. als bankinterne, rein private Sonderermittlerin unterstehen ohnehin nicht dem Anwendungsbereich des VwVG (E. 4.3). Die Untersuchungsbeauftragte fasst ihre Erkenntnisse im Untersuchungsbericht zusammen, zu dem die Betroffenen Stellung nehmen können. Schreitet die Verwaltungsbehörde zu einer Befragung von Auskunftspersonen, Parteien oder Zeugen, so ist dem Anspruch auf rechtliches Gehör Genüge getan, wenn die Aussagen ihrem wesentlichen Inhalt nach zu Protokoll genommen werden (vgl. BGE 130 II 473 E. 4.2; Krauskopf/Emmenegger/Babey, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 47 f.). Die Protokolle erstinstanzlicher Verwaltungsbehörden sind ferner keine öffentlichen Urkunden im Sinne von Art. 9 ZGB. Eine Protokollabschrift einer technischen Aufzeichnung kann nicht verlangt werden. Wird mit einem Vorbringen geltend gemacht, dass die Protokollierung den Sinngehalt einer Aussage entstellt, ist es im Rahmen der "Berücksichtigungspflicht" zu behandeln (Art. 32 VwVG). Das bedeutet nicht zuletzt, dass die Behörde keine "Berichtigung" vornehmen muss, soweit sie auf diese Aussagen nicht abstellt. Die Parteien können jedenfalls über ein "Protokollberichtigungsbegehren" keine wörtliche Protokollierung verlangen, weil weder das Gesetz noch die Verfassung darauf einen Anspruch gibt. Die Anträge auf Protokollberichtigung, wie sie der Beschwerdeführer verlangt, durfte die Vorinstanz abweisen.

## **E. 10**

Gemäss Art. 32 VwVG würdigt die Behörde, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien (Abs. 1). Verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, kann sie trotz der Verspätung berücksichtigen (Abs. 2). Die aus dem Gehörsanspruch fliessende Berücksichtigungspflicht betrifft erhebliche Vorbringen zum Verfahren und zur Sache. Der Begriff "Vorbringen" erfasst entsprechend Sachbehauptungen, eingereichte Beweismittel und rechtliche Parteivorbringen wie Rechtsbegehren, Einwendungen und Einreden (Urteil des BVGer B-6791/2009 vom 8. November 2010 E. 5.3.1; Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 32 N. 6). Die Pflicht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört (Konnex zum Äusserungsrecht), sorgfältig und ernsthaft prüft (Konnex zum Amtsgrundsatz) und in die Entscheidungsfindung einfliessen lässt (Konnex zur Begründungspflicht), soweit sie erheblich sind (BGE 137 II 266 E. 3.2; BVGE 2013/46 E. 6.2.3; Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 32 N. 18). Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, sie weigere sich, seine Sachdarstellung in ihre Beurteilung einzubeziehen. Die Berücksichtigungspflicht ist vorliegend verletzt dadurch, dass die Vorinstanz seine Vorbringen zur Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank von vornherein nicht hört (E. 5.3). Die Pflicht zur Berücksichtigung von Beweisanträgen richtet sich nach Art. 33 VwVG (vgl. nachfolgend).

### **E. 11.1**

Gemäss Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Die Beweisabnahmepflicht korreliert mit dem Recht des Betroffenen, Beweisanträge zu stellen und beantragte Beweise abnehmen zu lassen. Die Pflicht zur Beweisabnahme besteht unter der Voraussetzung, dass der Beweis form- und fristgerecht beantragt wird, der Beweisantrag erheblich und das anbotene Beweismittel zulässig ist. Der Beweis muss sich auf einen rechtserheblichen Umstand beziehen und tauglich sein, diesen Umstand zu beweisen. Auch wenn alle

formellen und materiellen Voraussetzungen der Beweisabnahmepflicht erfüllt sind, kann die Behörde von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 141 I 60 E. 3.3; Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 33 N. 21 f.).

### **E. 11.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe über 70 Anträge auf Beizug von Dokumenten gestellt, die für die Erstellung zentraler Sachverhaltselemente unabdingbar seien. Weiter habe er die Befragung von Drittpersonen zu relevanten Sachfragen in seiner Anwesenheit beantragt. Die Anträge seien ohne Begründung abgewiesen worden. Die Vorinstanz führt aus, sie habe die Beweisanträge des Beschwerdeführers geprüft und sich damit in der Verfügung vertieft auseinandergesetzt ([...]). Sie habe diese aber in antizipierter Beweiswürdigung abgelehnt, weil von den entsprechenden Beweismitteln keine neuen, rechtserheblichen Erkenntnisse zu erwarten gewesen seien. Sie hätten nur zu einem unnötigen prozessualen Mehraufwand geführt. Die Abweisung sei insbesondere mit Blick darauf erfolgt, dass sie aus dem Verfahren gegen die Bank bereits über umfangreiches, schriftliches Beweismaterial verfüge. Die Beweisanträge habe sie keinesfalls mit der Begründung abgelehnt, die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank sei bereits rechtskräftig erstellt und bedürfe keiner weiteren Überprüfung. Vielmehr habe sie die Verfügung in Berücksichtigung und Würdigung der wesentlichen Vorbringen des Beschwerdeführers erlassen.

### **E. 11.3**

Das Bundesverwaltungsgericht kann vorliegend nicht überprüfen, ob die Vorinstanz die Beweisanträge in antizipierter Beweiswürdigung abgelehnt hat oder deshalb, weil sie der Auffassung war, die beweisrechtlichen Anträge seien (qua Rechtskraftbelegung des Sachverhalts) unerheblich (E. 5.3). Die Begründung ist widersprüchlich ausgefallen. Einerseits geht die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung klar davon aus, dass der Sachverhalt der schweren Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank rechtskräftig festgestellt sei und nicht nochmals überprüft werden müsse. Andererseits stellt sie sich nunmehr auf den Standpunkt, sie habe die Beweisanträge nur deshalb abgewiesen, weil der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt sei. Der Sachverhalt ist aber insoweit nicht vollständig erstellt, als die Verfügung keine tatsächlichen Feststellungen zur Aufsichtsrechtsverletzung der Bank enthält (E. 5.5). Die Grundlage für eine Überprüfung der antizipierten Beweiswürdigung fehlt, weshalb der Widerspruch im Beschwerdeverfahren nicht behoben werden kann. Die Begründungspflicht überformt die Berücksichtigungspflicht. Als Surrogat des Berücksichtigungsanspruchs fungiert der Anspruch auf hinreichende Verfügungsbegründung nach Art. 35 VwVG. Ob im konkreten Fall das Vorgehen der Behörde den Anforderungen der Berücksichtigungspflicht genügt, lässt sich regelmässig nur anhand der Verfügungsbegründung beurteilen (Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 32 N. 21). Da die Behandlung der Beweisanträge sich nicht überprüfen lässt, ist die Berücksichtigungspflicht jedenfalls in der Form der Begründungspflicht verletzt.

### **E. 12.1**

Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls der folgenden Beweismittel: a. Urkunden; b. Auskünfte der Parteien; c. Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen; d. Augenschein; e. Gutachten von

Sachverständigen. Zulässige Beweismittel sind verwertbar in der Beweiswürdigung.

### **E. 12.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz beharre darauf, den Sachverhaltsbericht ("Statement of Facts" vom 1. September 2014) als Beweismittel zu verwenden. Dieser sei von der Untersuchungsbeauftragten aber unter ungeklärten Umständen erstellt worden. Er habe den Verdacht, eine Akteneinsicht würde ans Licht bringen, dass die Vorinstanz nicht korrekt vorgegangen sei. Die Einsicht in sämtliche Dokumente betreffend die Entstehung des Berichts sei ihm verweigert worden. Das "Statement of Facts" sei weder im Verfahren der Bank noch in seinem Verfahren erstellt worden und sei nicht in einer Amtssprache abgefasst. Die Verwertung sei unzulässig.

### **E. 12.3**

Als Beweismittel dient der Behörde unter anderem ein Gutachten von Sachverständigen (Art. 12 Bst. e VwVG), wozu der Untersuchungsbericht des Beauftragten im Sinne von Art. 36 FINMAG gehört (E. 7.5.2). Der Beschwerdeführer übergeht, dass das "Statement of Facts" vom 1. September 2014 nichts anderes als eine Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse, die ihn betreffen, enthält. Sie bietet eine Hilfestellung. Die Untersuchungsbeauftragte erstellte den Bericht im Rahmen des Hauptverfahrens, sodass im nachgelagerten Verfahren keine Notwendigkeit mehr bestand, eine Untersuchungsbeauftragte mit einem neuen Auftrag einzusetzen. Sie hatte den Auftrag, auch Abklärungen zu den involvierten Personen im Devisenhandel der Bank vorzunehmen. Dies geht aus dem Schreiben der Vorinstanz an die Untersuchungsbeauftragte vom 16. Oktober 2013 betreffend Inhalt und Modalitäten des Auftrags hervor, das dem Beschwerdeführer offengelegt wurde. Das "Statement of Facts" erwähnt eingangs zwar Treffen, Telefonate und E-Mails zum "scope of work". Die Dokumente beschlagen aber offensichtlich nicht den Informationsfluss zum Untersuchungsgang, sondern die Bestimmung von Zweck und Umfang des Untersuchungsauftrags und damit das Rechtsverhältnis zwischen der Untersuchungsbeauftragten und der Vorinstanz. Diese durfte daher die zahlreichen Anträge auf Edition ohne Bundesrechtsverletzung abweisen. Das gilt umso mehr für die Anträge auf Einsicht in eine allfällige Stellungnahme der Bank, die den Beschwerdeführer nicht betrifft. Das Vorbringen, das "Statement of Facts" sei im Hauptverfahren nicht zu den Akten genommen worden, geht über den zulässigen Streitgegenstand hinaus. Schliesslich beanstandet er, der Sachverhaltsbericht sei nicht in einer Amtssprache abgefasst, und verlangt eine deutsche Übersetzung. Die Untersuchungsberichte und der zusammengefasste Sachverhaltsbericht sind Sachverständigengutachten und keine "von einer Partei eingereichte Urkunden", die nicht in einer Amtssprache verfasst sind (Art. 33a Abs. 3 VwVG). Nach Art. 33a Abs. 4 VwVG ist eine Übersetzung ganz offensichtlich nicht nötig. Wer im Finanzmarktsektor arbeitet, ist notorisch der englischen Sprache mächtig. Die Rüge, der Bericht sei als Beweismittel unverwertbar, weil in keiner Amtssprache abgefasst, grenzt an treuwidriges Prozessieren.

### **E. 13.1**

Zusammenfassend ist der Gehörsanspruch dadurch verletzt, dass die Vorinstanz der angefochtenen Verfügung eine Rechtskrafterstreckung zugrunde gelegt hat (E. 5.3-5.5). Dem Akteneinsichtsrecht (E. 7.5) und der Berücksichtigungspflicht (E. 10-11) ist insoweit nicht Genüge getan, als jedenfalls die Begründungspflicht verletzt ist. Die Verfügung enthält keine tatsächlichen Feststellungen zum Tatbestandsmerkmal der schweren

Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank (E. 5.5). Die Verfahrensgarantien sind verletzt.

### **E. 13.2**

Der Gehörsanspruch als allgemeine Verfahrensgarantie ist " formeller Natur " (statt vieler BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Ulrich Häfelin et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 839; Kölz/ Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 174; Steinmann, in: SKBV, a.a.O., Art. 29 N. 59; Waldmann, in: BSK BV, a.a.O., Art. 29 N. 7; Benjamin Schindler, Die " formelle Natur " von Verfahrensgrundrechten, ZBl 4/2005, S. 169 ff.). Die Gehörsverletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 141 V 495 E. 2.2 m.H.; 141 I 60 E. 5.4) und zur Wiederholung des Verfahrens durch die zuständige Instanz (Schindler, a.a.O., S. 195). Wenn die Verletzung nicht schwer wiegt, ist eine Heilung des Mangels im Rechtsmittelverfahren ausnahmsweise möglich. Das ist namentlich der Fall, wenn die Rückweisung einem formalistischen " Leerlauf " gleichkommt und zu unnötigen Verzögerungen führt, die mit dem gleichwertigen Interesse der Partei an der beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 m.H.). Die Heilung des Mangels soll die Ausnahme bleiben, für den Betroffenen keinen Rechtsnachteil bedeuten und nicht zu einem Resultat führen, das bei korrektem Vorgehen nicht hätte erreicht werden können (Steinmann, in: SKBV, a.a.O., Art. 29 N. 59 m.H.). Ob die Verletzung im vorliegenden Fall schwer wiegt oder nicht, kann offenbleiben. Eine Heilung der Gehörsverletzung fällt aus anderen Gründen ausser Betracht: Erstens handelt es sich bei der Vorinstanz um eine Fachbehörde, die über ein sogenanntes fachtechnisches Ermessen verfügt. Mit dem Fachwissen ist sie zweitens besser geeignet, die fehlenden Sachverhaltsfeststellungen zu treffen und die Beweisanträge zu behandeln. Drittens kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer einen Instanzenverlust zu gewärtigen hätte, wenn die Gehörsverletzung durch das Gericht geheilt würde.

### **E. 13.3**

Aus diesen Gründen scheidet eine ausnahmsweise Heilung der Gehörsverletzung durch das Gericht aus. Die Verletzung führt zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine materielle Prüfung der angefochtenen Verfügung erübrigt sich bei diesem Ergebnis.

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