

Lukas Müller\* / Julia Haas\*\* / Natalie V. Stauber\*\*\*

# FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen

## Ausgewählte prozessuale Aspekte aus der Praxis

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Überblick über das Enforcementverfahren
  1. Grundsätzliches zur Aufsicht der FINMA
  2. Ablauf des Enforcementverfahrens
    - 2.1 Im Allgemeinen
    - 2.2 Verfahren gegen mehrere Personen
    - 2.3 Massgebliches Verfahrensrecht
    - 2.4 Enforcementverfahren als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK?
    - 2.5 Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten
    - 2.6 Untersuchungsbeauftragter und Untersuchungsbericht
    - 2.7 Unternehmensinterne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis
- III. Verfahrensgarantien und Rechtsschutz der betroffenen Personen
  1. Überblick über die gewählten Verfahrensgarantien
    - 1.1 Akteneinsicht
    - 1.2 Hinweise zum Äusserungsrecht
    - 1.3 Begründungspflicht
    - 1.4 Verletzung des rechtlichen Gehörs und Heilung
  2. Materielle Rechtskraft bei konnexen Sachverhalten
  3. Beschwerdeverfahren
    - 3.1 Anfechtungsobjekt
    - 3.2 Beschwerdelegitimation
    - 3.3 Aufschiebende Wirkung
  4. Kosten und Entschädigung
    - 4.1 Im Verfahren vor der FINMA
    - 4.2 Im Rechtsmittelverfahren
    - 4.3 Prozessfinanzierung
- IV. Fazit

### I. Einleitung

Der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA unterstehen gemäss Art. 3 lit. a FINMAG insbesondere Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen.<sup>1</sup> In Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht<sup>2</sup> kann die FINMA aber auch gegenüber den Mitarbeitern der Finanzinstitute, die eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben, eine Massnahme verfügen.<sup>3</sup> So kann sie insbesondere Berufs- oder Tätigkeitsverbote anordnen, Unterlassungsanweisungen aussprechen und diese Verfügungen unter namentlicher Nennung der involvierten Personen veröffentlichen.<sup>4</sup> Solche Enforcementverfahren und Massnahmen gegen natürliche Personen haben in der Praxis jüngst deutlich an Bedeutung gewonnen, da die FINMA mit ihren neuen Leitlinien zum Enforcement seit Herbst 2014 offiziell mehr Gewicht auf das Vorgehen gegen natürliche Personen legt, welche Aufsichtsrecht mutmasslich schwer verletzt haben.<sup>5</sup>

Für die davon betroffenen natürlichen Personen haben solche Enforcementverfahren oftmals einschneidende persönliche Konsequenzen. Da die Verfahren gegen involvierte natürliche Personen meist parallel oder auch nachgelagert zu den entsprechenden Verfahren gegen das Finanzinstitut laufen und die jeweiligen Interessen

\* LUKAS MÜLLER, Prof. Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht, Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF-HSG), Universität St. Gallen, und Gerichtsschreiber, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen.

\*\* JULIA HAAS, Rechtsanwältin, MLaw, Gerichtsschreiberin, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen; Assistentin und Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Biagini, Universität Zürich; Stipendiatin des Fonds zur Förderung des akademischen Nachwuchses und des Forschungskredits Candoc, Universität Zürich.

\*\*\* NATALIE V. STAUBER, Rechtsanwältin, MLaw, LL.M. Die Autoren vertreten ihre eigenen Ansichten und binden ihre Arbeitgeber nicht.

<sup>1</sup> Vgl. URS ZULAUF, Finanzmarktenforcement – Verfahren der FINMA, GesKR 1/2009, 46–53, 46.

<sup>2</sup> Art. 3 lit. a FINMAG; Urteil des BGer 2C\_929/2017 vom 23. April 2018 E. 2.1.

<sup>3</sup> Art. 3 lit. a FINMAG; Urteil des BGer 2C\_929/2017 vom 23. April 2018 E. 2.1.

<sup>4</sup> Art. 33 f. FINMAG, Art. 35a BEHG. Ab Inkrafttreten des FINIG kommt ebenfalls ein Tätigkeitsverbot nach Art. 33a FINMAG in Frage; vgl. Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) vom 15. Juni 2018, BBl 2018 (nachfolgend «Botschaft FINIG»), 3605.

<sup>5</sup> Vgl. FINMA, Neue Leitlinien zu Enforcement und Kommunikation vom 25. September 2014, <https://www.finma.ch/de/news/2014/10/mm-leitlinien-enforcement-kommunikation-20141030/> (zuletzt besucht am 28. August 2019); URS ZULAUF/ROY GAVA, FINMA's Enforcement in Court, SZW 2019, 99–113, 101 ff.

bei Weitem nicht immer gleichgelagert sind,<sup>6</sup> stellen sich zudem regelmässig komplexe verfahrensrechtliche Fragen. Entsprechend sind verfahrensrechtliche Aspekte aus Sicht der FINMA, der Gerichte und der mit einem Enforcementverfahren konfrontierten natürlichen Personen von besonderer Bedeutung. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über ausgewählte Verfahrensfragen zum Enforcementverfahren der FINMA gegen natürliche Personen und analysiert die aktuelle Praxis.

## II. Überblick über das Enforcementverfahren

### 1. Grundsätzliches zur Aufsicht der FINMA

Die FINMA übt die Aufsicht nach Massgabe der Finanzmarktgesetze aus.<sup>7</sup> Wenn sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Finanzmarktbestimmungen ergeben, eröffnet die FINMA ein Verfahren («Enforcementverfahren»)<sup>8</sup>. Stellt sie im Laufe des Enforcementverfahrens fest, dass ein Beaufchtigter die Gesetze des Finanzmarktrechts verletzt, oder bestehen sonstige Missstände, sorgt sie für deren Beseitigung und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands.<sup>9</sup> Der FINMA stehen noch mehrere weitere Aufsichtsinstrumente zur Verfügung.<sup>10</sup> Sie kann insbesondere der für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verantwortlichen natürlichen Person ein Berufsverbot von bis zu fünf Jahren auferlegen.<sup>11</sup> Für fehlbare Mitarbeiter von Effektenhändlern und für den Handel mit Finanzinstrumenten verantwortliche Mitarbeiter kommen Tätigkeitsverbote in Betracht.<sup>12</sup>

Wie jedes staatliche Handeln hat auch die Aufsichtstätigkeit der FINMA sich an den allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen<sup>13</sup> zu orientie-

ren und es sind die Verfahrensgarantien der Betroffenen zu beachten.<sup>14</sup> Aufsichtsrechtliche Massnahmen der FINMA gegenüber natürlichen Personen stellen oft auch schwere Grundrechtseingriffe dar und haben entsprechend den Voraussetzungen von Art. 36 BV zu genügen. Sie bedürfen daher einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage und müssen im Einzelfall verhältnismässig sein.<sup>15</sup> Entsprechend darf die FINMA regelmässig nur die im Gesetz vorgesehenen Aufsichtsinstrumente einsetzen. So hat das Bundesgericht etwa die Führung einer «Watchlist» durch die FINMA als rechtswidrig bezeichnet. Mit dieser Watchlist hat letztere aufgrund von nicht weiter erhärteten Verdachtsmomenten Daten von Personen gesammelt, deren Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit sie als zweifelhaft oder nicht gegeben erachtete.<sup>16</sup>

Die FINMA muss bei ihrer Aufsichtstätigkeit in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, nämlich dem Schutz der Gläubiger oder Anleger sowie der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems, Rechnung tragen.<sup>17</sup> Bei der Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion im Einzelnen verfügt die FINMA bei technischen Fragen über einen gewissen Ermessens- und Beurteilungsspielraum (sog. technisches Ermessen), der von Gerichten nur auf Rechtsverletzungen hin überprüft wird.<sup>18</sup> Sie hat jedoch die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte zu prüfen und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchzuführen.<sup>19</sup> Rechtliche Fragen werden von den Rechtsmittelinstanzen umfassend überprüft, etwa ob eine Sanktion verhältnismässig ist.<sup>20</sup>

Da die FINMA allgemein die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu überwachen hat, ist die ihr übertragene Aufsicht nicht nur auf die ihr bereits unterstellten Betriebe beschränkt. Vielmehr unterstehen alle Personen oder Organisationen der Aufsicht der FINMA, die eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung benötigen.<sup>21</sup> Zum Aufgabenbereich der FINMA gehören ebenso die Abklärung der finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht und die Ermittlung von Finanzintermediären, die in Verletzung

<sup>6</sup> So werden die Finanzinstitute aus Publizitätsgründen oder auch mit Blick auf die weitere Zusammenarbeit mit der FINMA in der Regel eher geneigt sein, einen von der FINMA ihnen gegenüber erhobenen Vorwurf einer Aufsichtsrechtsverletzung zu akzeptieren. Demgegenüber ist es für die – teilweise unter Umständen bereits von ihrer Stelle entlassenen – involvierten natürlichen Personen oftmals wichtig, den entsprechenden Vorwurf der FINMA (gerichtlich) zu entkräften.

<sup>7</sup> Art. 6 FINMAG; vgl. BGE 135 II 356 E. 3.1; Urteil des BVGer B-561/2014 vom 19. September 2017 E. 3.1.

<sup>8</sup> Art. 30 FINMAG.

<sup>9</sup> Art. 31 FINMAG.

<sup>10</sup> Art. 32 ff. FINMAG.

<sup>11</sup> Art. 33 FINMAG.

<sup>12</sup> Art. 35a BEHG. Sobald das FINIG und das FIDLEG in Kraft treten, findet sich die Bestimmung im neuen Art. 33a FINMAG, wobei dann für Kundenberater ebenfalls Tätigkeitsverbote in Betracht kommen; vgl. Botschaft FINIG, BBl 2018, 3605.

<sup>13</sup> Namentlich den Grundsatz der Gesetzesmässigkeit, das Verbot der Willkür und der rechtungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben, der Grundsatz des öffentlichen Interessens und der Verhältnismässigkeit sowie die Garantie des rechtlichen Gehörs und der Anspruch auf ein faires Verfahren.

<sup>14</sup> So hat das Bundesgericht bereits in Bezug auf die frühere Eidgenössische Bankenkommission (EBK) festgehalten, dass sie bei der Betätigung ihres Ermessens an die allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns gebunden ist; vgl. BGE 116 Ib 193 E. 2d.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 143 I 253 E. 4; BVGE 2018 IV/4 E. 3.2.1.

<sup>16</sup> Vgl. BGE 143 I 253. Vom formellen Gesetz (Art. 23 Abs. 1 FINMAG) als gedeckt gelten danach lediglich erhärtete Angaben zur Person in Verbindung mit zuverlässigen Daten zur Geschäftstätigkeit (E. 6.5.3).

<sup>17</sup> Art. 4 FINMAG; vgl. Urteil des BVGer B-561/2014 vom 19. September 2017 E. 3.1.

<sup>18</sup> Vgl. Urteil des BGE 2C\_858/2017 vom 15. März 2018 E. 4.2; BGE 135 II 356 E. 3.1; BGE 132 II 257 E. 3.2; BGE 131 II 680 f. E. 2.3.2.

<sup>19</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-561/2014 vom 19. September 2017 E. 3.1.

<sup>20</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-6815/2013 vom 10. Juni 2014 E. 6.2.

<sup>21</sup> Art. 3 lit. a FINMAG; vgl. BGE 131 II 306 E. 3.3; BSK FINMAG/FinfraG-DU PASQUIER/RAYROUX, Art. 3 N 30 f. FINMAG.

gesetzlicher Bestimmungen tätig sind. Deshalb ist die FINMA berechtigt, die in den Finanzmarktgesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten oder Personen einzusetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist. Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die FINMA nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, die zur Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und notwendige Anordnungen zu treffen. Die entsprechenden Anordnungen können bis zum Verbot der betreffenden Tätigkeit oder zur Auflösung und Liquidation eines Unternehmens reichen.<sup>22</sup> Mit Bezug auf involvierte natürliche Personen kann dabei insbesondere auch eine Veröffentlichung der entsprechenden Verfügung unter ihrer namentlichen Nennung angeordnet werden.<sup>23</sup>

## 2. Ablauf des Enforcementverfahrens

### 2.1 Im Allgemeinen

Die FINMA beginnt zu ermitteln, sobald sie von möglichen aufsichtsrechtlichen Verstössen Kenntnis erhält. So kann etwa eine Verdachtsmeldung dazu führen, dass die FINMA damit beginnt, einen Sachverhalt abzuklären.<sup>24</sup> Bestehen Hinweise auf aufsichtsrechtliche Missstände oder Gesetzesverstösse, trifft die FINMA zuerst formlose Abklärungen (sog. Vorabklärungen).<sup>25</sup> Dabei richtet sie sich in der Regel direkt an den betroffenen Bewilligungsträger oder dessen Prüfgesellschaft. Zusätzliche Informationen kann die FINMA mittels Amts- oder Rechtshilfe<sup>26</sup> erlangen sowie unter Umständen bei betroffenen Investoren, Kunden oder sonstigen Drittpersonen erhältlich machen.<sup>27</sup> Ergeben sich im Rahmen der formlosen Abklärungen Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen, eröffnet die FINMA ein Verfahren. Die Eröffnung eines formellen Enforcementverfahrens ist den Parteien mitzuteilen.<sup>28</sup> Der Entscheid über die Eröffnung eines formellen Enforcementverfahrens obliegt üblicherweise

dem Enforcementausschuss,<sup>29</sup> bei Geschäften von grosser Tragweite dem Verwaltungsrat der FINMA.<sup>30</sup> Unter Umständen kann zudem Strafanzeige erstattet werden; verantwortlich hierfür ist der Geschäftsbereich Enforcement der FINMA.<sup>31</sup>

Nach der Verfahrenseröffnung wird der Sachverhalt umfassend abgeklärt und es werden Beweise erhoben. Dies kann durch das Einfordern weiterer Dokumente, Einvernahmen, den Einsatz eines Untersuchungsbeauftragten oder Kontrollen vor Ort geschehen.<sup>32</sup> Nach dem Abschluss der Beweisaufnahme erhalten die Parteien Gelegenheit, sich zum Beweisergebnis zu äussern, bevor die FINMA verfügt.<sup>33</sup> Die FINMA präsentiert hierbei einen provisorischen Sachverhalt. In der Regel wird eine Frist angesetzt, damit Parteien zum provisorischen Sachverhalt, zum Verfahren und zu möglichen aufsichtsrechtlichen Massnahmen Stellung nehmen können.<sup>34</sup> Während des gesamten Verfahrens vor der FINMA können Beweis- und andere Anträge gestellt werden.<sup>35</sup> Falls die FINMA den provisorischen Sachverhalt ändert, gibt sie den Parteien erneut Gelegenheit, sich dazu zu äussern, um damit das rechtliche Gehör zu wahren.<sup>36</sup> Andernfalls wird der aufgrund der Stellungnahme angepasste Sachverhalt zum definitiven Sachverhalt und der Geschäftsbereich Enforcement der FINMA legt den definitiven Sachverhalt mit einem begründeten Verfügungsentwurf dem Enforcementausschuss vor.<sup>37</sup> Dieser entscheidet in der Regel über die anzuordnenden Massnahmen.<sup>38</sup> Bei einem «Geschäft von grosser Tragweite» fällt der Entscheid über die anzuordnenden Massnahmen in die Zuständigkeit des Verwaltungsrates der FINMA.<sup>39</sup> Die Frage, ob im Einzelfall ein Geschäft von grosser Tragweite vorliegt und daher durch den Verwaltungsrat zu entscheiden ist, hat in der Praxis bereits zu Abgrenzungsschwierigkeiten geführt.<sup>40</sup>

<sup>22</sup> Urteil des BVer B-561/2014 vom 19. September 2017, E. 3.1; BGE 135 II 356 E. 3.1; BGE 132 II 382 E. 4.2.

<sup>23</sup> Art. 34 FINMAG.

<sup>24</sup> Urteil des BVer B-4763/2017 vom 29. Juni 2018, Bst. B; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, in: Sester/Brändli/Bartholet/Schiltknecht (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Zürich/St. Gallen 2017, § 12 N 23.

<sup>25</sup> FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 6 ff.; Urs ZULAUF ET AL., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, 88 ff. und 128 ff.

<sup>26</sup> Art. 38 ff. FINMAG.

<sup>27</sup> ZULAUF ET AL. (FN 25), 128 ff. In einem vom Eidg. Finanzdepartement geführten Verwaltungsstrafverfahren hat die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts indes beschlossen, dass die in einem Verwaltungsstrafverfahren gesiegelten Beweismittel nicht rechtshilfweise bei der FINMA beschafft werden dürfen; Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts BV.2019.2 vom 15. April 2019, E. 4.2.3 f.

<sup>28</sup> Art. 30 FINMAG.

<sup>29</sup> Art. 10 Abs. 5 Geschäftsreglement FINMA, Stand 1. Juli 2019. Der Enforcementausschuss ist als ständiger Ausschuss der Geschäftsleitung der FINMA u.a. für die Entscheide im Bereich Enforcement zuständig; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement FINMA, Stand 1. Juli 2019.

<sup>30</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG.

<sup>31</sup> Art. 17 Abs. 1 lit. d Geschäftsreglement FINMA, Stand 1. Juli 2019.

<sup>32</sup> Vgl. FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 6 ff.

<sup>33</sup> Vgl. Art. 30 VwVG; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 47 ff.

<sup>34</sup> Vgl. FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 48.

<sup>35</sup> Vgl. FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 48.

<sup>36</sup> Vgl. Urteil des BVer B-5586/2013 vom 4. Oktober 2016 E. 3; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 48 ff.

<sup>37</sup> Vgl. FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 51 ff.

<sup>38</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. a und b Geschäftsreglement FINMA, Stand 1. Juli 2019.

<sup>39</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG, Art. 2 Abs. 3 Organisationsreglement FINMA.

<sup>40</sup> So hat das Bundesgericht mit Urteil vom 18. Dezember 2018 (2C\_387/2018) – anders als zuvor das Bundesverwaltungsgericht – entschieden, dass die von der Geschäftsleitung der FINMA erlassene Verfügung gegenüber der PostFinance AG betreffend Eigenmittelanforderungen als «Geschäft von grosser Tragweite» in der Kompetenz des Verwaltungsrates der FINMA liegt. Dies aufgrund der Offenheit des Begriffs «Geschäfte von grosser Tragweite», der

## 2.2 Verfahren gegen mehrere Personen

Enforcementverfahren gegen natürliche Personen haben ihren Ursprung oft in Abklärungen und Verfahren gegen ein Finanzinstitut. In der Regel wird dabei zuerst ein Verfahren gegen das beaufsichtigte Institut durchgeführt und erst nachdem gegen dieses eine Verfügung ergangen ist, werden allfällige Verfahren gegen aktuelle oder frühere Mitarbeiter eröffnet. Dieses Vorgehen ist jedoch nicht zwingend; die FINMA kann vielmehr frei bestimmen, in welcher Reihenfolge und gegen wen sie vorgehen möchte. Sie kann beispielsweise für jede einzelne Partei ein eigenes Verfahren durchführen (sog. Einzelverfahren).<sup>41</sup> Alternativ ist ein einheitliches Verfahren mit verschiedenen Parteien, aber einheitlicher Verfahrensabwicklung und nur einer Aktenführung möglich (sog. Mehrparteienverfahren).<sup>42</sup> Bei übersichtlichen Verhältnissen wird oft ein Mehrparteienverfahren geführt, insbesondere wenn es um einen ähnlichen oder den gleichen Sachverhalt geht.<sup>43</sup> Demgegenüber führt bei komplexen Verhältnissen ein Mehrparteienverfahren eher zu zusätzlichem Koordinationsbedarf. Schliesslich gibt es die Möglichkeit eines Gesamtverfahrens unter einem gemeinsamen Dach (sog. Gesamtverfahren).<sup>44</sup> Dabei handelt es sich nicht um ein Massenverfahren, sondern um ein Einzelverfahren mit getrennter Parteistellung und getrennter Aktenführung, aber gemeinsamen Untersuchungshandlungen, wobei die Untersuchungsergebnisse – soweit relevant – in sämtliche Akten separat aufgenommen werden. Entsprechend erfolgt keine vollständige Verfahrensabwicklung in den Einzelverfahren.<sup>45</sup> Daher wirkt sich im Gesamtverfahren das Hauptverfahren auch auf die nachgelagerten Verfahren aus, wobei die Betroffenen keine Parteistellung in den anderen Verfahren haben. Akten können zwar aus anderen Verfahren übernommen werden, doch ist eine Akteneinsicht in fremde Verfahren mangels Parteistellung nicht zulässig.<sup>46</sup> Ebenso ist die Mitwirkung an der Beweiserhebung und Selektion mangels Parteistellung beschränkt, soweit die Beweiserhebung in fremden Verfahren stattfindet.<sup>47</sup> Des Weiteren sind auch die Eröffnung der Verfügung und die Ergreifung eines Rechtsmittels nur für die Parteien möglich, nicht für Dritte.<sup>48</sup> Entscheidend ist aber, dass in

jedem einzelnen Verfahren, d.h. sowohl im «Hauptverfahren» als auch in den «nachgelagerten» Verfahren, die Verfahrensgarantien der Parteien separat gewahrt werden. Eine Verfügung aus dem «Hauptverfahren» kann einem Dritten mangels Rechtskraftwirkung der Verfügung nicht entgegengehalten werden.<sup>49</sup> Eine Bindungswirkung besteht ausschliesslich zwischen denselben Parteien (Bindung inter partes).<sup>50</sup> Vorbringen der Parteien in den nachgelagerten Verfahren müssen entsprechend in den jeweiligen Verfahren geprüft werden, selbst wenn der Sachverhalt der gleiche ist, wie im allenfalls bereits rechtskräftigen «Hauptverfahren».<sup>51</sup>

## 2.3 Massgebliches Verfahrensrecht

Das FINMA-Enforcementverfahren richtet sich gemäss Art. 53 FINMAG nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)<sup>52</sup>. Zusätzlich sind die allgemeinen Verfahrensgarantien und Grundprinzipien der Bundesverfassung zu beachten.<sup>53</sup> Für das Beschwerdeverfahren sind auf Stufe des Bundesverwaltungsgerichts insbesondere das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (VGG)<sup>54</sup> und das VwVG sowie ergänzend das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP)<sup>55</sup> zentral. Für den Weiterzug an das Bundesgericht sind die Vorgaben der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu befolgen.<sup>56</sup> Eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ist nach Art. 113 ff. BGG unzulässig, da kein Entscheid einer letzten kantonalen, sondern einer eidgenössischen Instanz vorliegt.<sup>57</sup>

## 2.4 Enforcementverfahren als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK?

FINMA-Enforcementverfahren sind als Verwaltungsverfahren konzipiert. Da einige der Massnahmen der FINMA auch repressive Elemente enthalten und gerade für natürliche Personen sehr einschneidend sind, stellt sich jedoch die Frage, ob solche FINMA-Enforcementverfahren allenfalls als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II zu

besonderen Stellung der PostFinance AG unter den systemrelevanten Finanzinstituten sowie der möglichen Auswirkungen von Eigenmittelverfügungen auf die Existenz der PostFinance AG. Das Bundesgericht hat die Sache deshalb zum neuen Entscheid an den Verwaltungsrat der FINMA zurückgewiesen.

<sup>41</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.1

<sup>42</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-635/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.2 und Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.2.

<sup>43</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.2.

<sup>44</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3 und Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3.

<sup>45</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3.

<sup>46</sup> Vgl. Urteile des BVGer B-686/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3 und Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3.

<sup>47</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-642/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3.

<sup>48</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu Abschnitt III.2.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 2.3; hierzu hinten Abschnitt III.2.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 2.4; Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.2.

<sup>52</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG), SR 172.021.

<sup>53</sup> Insb. Art. 5 Abs. 1 und 2 BV, Art. 8 BV, Art. 9 BV, Art. 29 BV; vgl. FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 50; BGE 116 Ib 193 E. 2d.

<sup>54</sup> Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG), SR 173.32.

<sup>55</sup> Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (Bundeszivilprozessgesetz, BZP), SR 273.

<sup>56</sup> Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

<sup>57</sup> Art. 113 BGG; vgl. BSK BGG-BIAGGINI, Art. 113 N 23.

qualifizieren sind.<sup>58</sup> In der Praxis wurde diese Frage insbesondere mit Bezug auf das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG aufgeworfen. Eine Qualifikation des Berufsverbots als strafrechtlich oder strafrechtsähnlich im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II hätte zur Folge, dass in solchen Enforcementverfahren neben den einschlägigen finanzmarktrechtlichen- und verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften auch die strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK, Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II und Art. 30 und Art. 32 BV (insbesondere das Selbstbelastungsverbot und die Unschuldsvermutung) zu beachten wären.<sup>59</sup> Die Rechtsnatur des Verfahrens ist daher für die Rechte und Pflichten der Betroffenen, insbesondere für die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht,<sup>60</sup> von grosser Bedeutung.

Eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK liegt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur des Vergehens oder Natur und Schwere der Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (sog. Engel-Kriterien).<sup>61</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage, ob ein Berufsverbotsverfahren eine strafrechtliche Anklage im dargelegten Sinne darstellt, lange Zeit offen gelassen.<sup>62</sup> Das Bundesgericht hat jedoch inzwischen entschieden, dass das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG und zur Veröffentlichung einer aufsichtsrechtlichen Verfügung («naming and shaming») nicht als eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II gilt, weshalb die entsprechenden strafrechtlichen Mindestgarantien nicht zur Anwendung gelangen.<sup>63</sup> Zur Begrün-

dung führt es aus, dass das Enforcementverfahren sowie die in dessen Rahmen angeordneten Massnahmen ihre Rechtsgrundlage im FINMAG<sup>64</sup> und damit in einem wirtschaftspolizeilichen Erlass hätten.<sup>65</sup> Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG ebenfalls enthalte, sei diese Sanktion nach nationalem Recht als administrativ und nicht als strafrechtlich zu qualifizieren.<sup>66</sup> Die Sanktion richte sich ihrer Natur nach nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen in leitender Stellung bei einer Beaufsichtigten und damit an einen spezifischen Berufsstand, welcher durch die Sanktionsandrohung zu einer aufsichtsrechtlich korrekten Berufsausübung angehalten werden solle.<sup>67</sup> Zudem könne ein zeitlich befristetes Berufsverbot die freie Berufswahl des vom Verbot Betroffenen zwar erheblich einschränken, diese Verringerung der Berufswahlmöglichkeiten sei jedoch hinsichtlich ihrer Art und Schwere als eine polizeilich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit und nicht als eine Vergeltung begangenen Unrechts zu qualifizieren.<sup>68</sup> Daher sei das Berufsverbot i.S.v. Art. 33 FINMAG identisch mit einem zeitlich limitierten Berufsausübungsverbot, welches die Aufsichtskommission als Disziplinar-massnahme gegen Rechtsanwälte aussprechen könne.<sup>69</sup> Das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots im Sinne von Art. 33 FINMAG sei daher nicht als eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II zu qualifizieren.<sup>70</sup>

Die Praxis des Bundesgerichts ist in der Lehre nicht nur auf Zustimmung gestossen.<sup>71</sup> Einige Autoren hinterfragen insbesondere die Absolutheit, mit welcher das

<sup>58</sup> Vgl. Urteil des EGMR vom 4. März 2014, Grande Stevens and others v. Italy (App No. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10) (2014); MARCO VENTORUZZO, When Market Abuse Rules Violate Human Rights: Grande Stevens v. Italy and the Different Approaches to Double Jeopardy in Europe and the US, *European Business Organization Law Review*, 16 (2015) 145 ff.; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019, § 5 N 142 ff.

<sup>59</sup> Vgl. FELIX UHLMANN, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, 436 ff. Ausführlich für die Geltung der strafprozessualen Garantien: MARCEL A. NIGGLI/STEFAN MAEDER, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA), Jusletter 7. März 2016 (gemäss Selbstdeklaration handelt es sich bei diesem Aufsatz um ein Parteigutachten für natürliche Personen, die sich mit FINMA-Sanktionen konfrontiert sehen); BSK FINMAG/FinfraG-TRUFFER, Art. 29 N 21b FINMAG.

<sup>60</sup> Art. 13 VwVG; Art. 29 Abs. 1 FINMAG.

<sup>61</sup> Vgl. «Grande Stevens» (FN 58), § 94; Urteil des EGMR vom 8. Juni 1976 Engel u.a. gegen Niederlande, Serie A Bd. 22 § 82; BGE 140 II 384 E. 3.2.1.

<sup>62</sup> Vgl. BVGE 2012/10 E. 5.3; BVGE 2013/59 E. 9.4.1.

<sup>63</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 3.2 ff.; Urteil des BGer 2C\_571/2018 vom 30. April 2019 E. 5.3; vgl. ebenso Urteil des BVGer B-5660/2018 vom 15. Januar 2019; Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 4; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 66.

<sup>64</sup> Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007, SR 956.1.

<sup>65</sup> Zur wirtschaftspolizeilichen Natur des FINMAG statt vieler KILGUS, Expertengutachten betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA vom 4. August 2014, <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/37802.pdf>, N 30 (zuletzt besucht am 28. August 2019).

<sup>66</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 3.4; BSK FINMAG/FinfraG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 10a ff. FINMAG.

<sup>67</sup> Da diese Aussage ausschliesslich im Zusammenhang des Strafrechtscharakters erfolgte, ist nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht damit den personellen Anwendungsbereich von Art. 33 FINMAG einschränken wollte; MELANIE GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2016, 640–650, 644.

<sup>68</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 3.4.

<sup>69</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 3.4; ausführlicher: BVGer B-19/2012 vom 27. November 2013 E. 9.4.1.

<sup>70</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 3.4; Urteil des BVGer B-5041/2014 vom 29. Mai 2015 E. 3.3.1. und 3.3.2; a.M. bspw. GOTTINI/VON DER CRONE (FN 67), 648.

<sup>71</sup> Ablehnend: MARCEL A. NIGGLI, Kann der Begriff der strafrechtlichen Anklage (Art. 6 EMRK) definieren, was Strafrecht ist (am Beispiel BGE 142 II 243 zum FINMAG-Berufsverbot)?, *Contra Legem* 2018, 49–52; NIGGLI/MAEDER (FN 59), Rz. 46 ff; DAMIAN K. GRAF, Strafrechtlicher Umgang mit Verfehlungen in der Finanzbranche, GesKR 01/2018, 43–50, 46; GOTTINI/VON DER CRONE (FN 67), 644; Die Praxis des Bundesgerichts stützend hingegen: UHLMANN (FN 59), 437 ff.

Bundesgericht den strafrechtlichen Charakter des Berufsverbots verneint.<sup>72</sup> So wird unter anderem darauf hingewiesen, dass insbesondere die Strenge der Sanktion für die Geltung der Strafverfahrensgarantien spreche. Das Berufsverbot stelle eine viel härtere Sanktion als eine Busse oder Geldstrafe dar, wobei letztere als strafrechtliche Sanktion qualifiziert werde.<sup>73</sup>

Ein Entscheid des EGMR über die Rechtsnatur des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG liegt zurzeit – soweit ersichtlich – indes noch nicht vor.<sup>74</sup> Ferner bezieht sich die Argumentation des Bundesgerichts im dargelegten Entscheid ausschliesslich auf das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG.<sup>75</sup> Zumindest solange kein einschlägiger Entscheid des EGMR ergeht, dürfte die Praxis sich mit Bezug auf Art. 33 FINMAG jedoch im Wesentlichen an den dargelegten Leitentscheid des Bundesgerichts halten und die Anwendbarkeit der strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II im Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verneinen.<sup>76</sup>

Schliesslich ist mit Bezug auf die Diskussion rund um die Anwendbarkeit der völker- und verfassungsrechtlichen strafprozessualen Mindestgarantien auf Verfahren auf Erlass eines finanzmarktrechtlichen Berufsverbots zu berücksichtigen, dass selbst wenn deren Anwendbarkeit letztlich im Grundsatz bejaht würde, dies noch längst nicht zwingend zur Folge hätte, dass das aufsichtsrechtliche Verwaltungsverfahren in ein eigentliches

Strafverfahren umgewandelt werden müsste.<sup>77</sup> Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG in der Praxis – analog der Rechtsprechung zum Kartellbussenverfahren oder im Bereich der Spielbankenaufsicht<sup>78</sup> – wohl eher dem Bereich «strafrechtsähnlich» und nicht dem «Kernstrafrecht» zugeordnet werden würde. Das Verfahren wäre daher weiterhin in erster Linie ein Verwaltungsverfahren nach den Regeln des Finanzmarktgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes und nicht ein Strafverfahren nach der Strafprozessordnung.<sup>79</sup> Es wären jedoch zusätzlich die strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II zu berücksichtigen. Dabei könnte auch weiterhin die FINMA als unabhängige öffentlich-rechtliche Anstalt über ein Berufsverbot befinden. Denn nach der Rechtsprechung des EGMR und auch des Bundesgerichts ist es grundsätzlich zulässig, wenn «die Verwaltung» im Verwaltungsverfahren Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter ausspricht, solange im nachfolgenden Gerichtsverfahren – vorliegend im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – die Vorgaben von Art. 6 EMRK eingehalten werden.<sup>80</sup> Zudem ist mit Blick auf die einzelnen Garantien zu berücksichtigen, dass der EGMR bei «strafrechtsähnlichen» Verwaltungsverfahren durchaus gewisse Abweichungen von einer «procédure pénale au sens strict du terme» zulässt, soweit damit die staatlichen Verpflichtungen, die Anforderungen von Art. 6 EMRK einzuhalten, nicht obsolet werden.<sup>81</sup> Sowohl der EGMR als auch das Bundesgericht verfolgen hier daher eine durchaus differenzierte Betrachtungsweise. Was die Anwendbarkeit der strafprozessualen Mindestgarantien auf finanzmarktrechtliche Berufsverbotsverfahren im Einzelnen in der Praxis – insbesondere mit Bezug auf die Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten – tatsächlich bedeuten würde, steht somit letztlich auf einem anderen Blatt.<sup>82</sup>

<sup>72</sup> Vgl. BSK FINMAG/FinfraG-Hsu/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 10d FINMAG m.w.Nw.; GOTTINI/VON DER CRONE (FN 67), 647; DAMIAN K. GRAF, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 09/2014, 1195–1206, 1202.

<sup>73</sup> Vgl. BSK FINMAG/FinfraG-Hsu/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 10d FINMAG m.w.Nw.

<sup>74</sup> Der EGMR hatte im Fall «Grande Stevens» (FN 58) zwar einen Fall zu prüfen, bei dem die italienische Finanzmarktaufsichtsbehörde Commissione Nazionale per le Società e la Borsa («CONSOB») hohe Geldstrafen in Kombination mit «Tätigkeitsverboten» nach italienischem Recht ausgesprochen hatte. Der EGMR hat das «Enforcementverfahren» der CONSOB dabei als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK qualifiziert. Im Gegensatz zur CONSOB kann die FINMA jedoch keine Geldstrafen ausfallen, weshalb die Leitsätze von «Grande Stevens» (FN 58) nicht ohne Weiteres auf die Massnahmen der FINMA übertragen werden können.

<sup>75</sup> Vgl. jedoch das Urteil des BGer 2C\_177/2019 vom 22. Juli 2019 E. 5.1 m.w.Nw., wonach auch die Publikation einer aufsichtsrechtlichen Verfügung nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG keine strafrechtliche Anklage nach Art. 6 EMRK darstellt; ebenso Urteile des BVGer B-5274/2015 vom 22. Mai 2018 E. 10.2 ff. und B-6584/2013 vom 18. Januar 2016 E. 3.3. Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG ist laut Urteil des BVGer B-4763/2017 vom 29. Juni 2018 E. 3.1 ff. ebenfalls nicht strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK.

<sup>76</sup> Vgl. BVGE 2018 IV/5 E. 4.2; Urteil des BGer 2C\_571/2018 vom 30. April 2019 E. 5.3; Urteil des BVGer B-5660/2018 vom 15. Januar 2019; Urteil des BVGer B-5274/2015 vom 22. Mai 2018 E. 10; Urteil des BVGer B-6584/2013 vom 18. Januar 2016 E. 3.3; Urteil des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2 (bestätigt in Urteil des BGer 2C\_30/2011, 2C\_543/2011 vom 12. Januar 2012, E. 5.1).

<sup>77</sup> Vgl. GRAF (FN 72), 1201 f.; differenzierte Ansicht: NIGGLI (FN 71), 49 ff.

<sup>78</sup> Vgl. BGE 140 II 384 E. 3.2.1; BGE 139 I 72 E. 2.2.2.

<sup>79</sup> Vgl. BGE 140 II 384 E. 3 (Spielbank); BGE 139 I 72 E. 2.2.2; Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.2 (Publikation Sanktionsverfügung in Sachen Nikon [nicht publizierte Erwägung in BGE 142 II 268]); Urteil des BVGer B-3099/2016; Urteil des BVGer B-3702/2016 vom 17. September 2018 E. 2.1 [nicht publizierte Erwägung in BVGE 2018 IV/12], Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 2.1.1 (Nikon); Urteil des BVGer B-6513/2015 vom 18. Februar 2016 E. 4.2.2 und E. 4.3 (Al-luvia); Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 62, 79 ff. (Swisscom ADSL).

<sup>80</sup> Vgl. Urteil des EGMR Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien vom 27. September 2011, Nr. 43509/08, § 57 ff.; BGE 139 I 72 E. 4.

<sup>81</sup> Vgl. Urteile des EGMR Sigma Radio Television Ltd gegen Zypern vom 21. Juli 2011, Nr. 32181/04 und 35122/05, § 151; vgl. auch Urteil des EGMR Jussila v. Finnland vom 23. November 2006, Nr. 73053/01, § 43; grundlegend: Albert und Le Compte gegen Belgien vom 10. Februar 1983, Nr. 7299/75, § 29.

<sup>82</sup> Vgl. BGE 140 II 384 E. 3 (Spielbankkommission); BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.2 (Publikation Sanktionsverfügung in Sachen Nikon [nicht publizierte Erwägung in BGE

Zumindest in der Zwischenzeit, d.h. bis zu einem allenfalls anderslautenden Urteil des EGMR zur Rechtsnatur des finanzmarktrechtlichen Berufsverbots, bietet es sich für eine von einem Enforcementverfahren betroffene natürliche Personen daher an, den Fokus vermehrt auf diejenigen Verfahrensgarantien zu legen, welche auch im verwaltungsrechtlichen Enforcementverfahren unbestritten zur Anwendung gelangen. Deren Bedeutung sollte – gerade neben der Diskussion um eine allfällige Anwendbarkeit strafprozessualer Mindestgarantien – nicht unterschätzt werden.

## 2.5 Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten

Die FINMA hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen.<sup>83</sup> Entsprechend gelangt der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung und die FINMA ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts verpflichtet, den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln.<sup>84</sup> Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, die geeignet sind, den Entscheid der Behörde zu beeinflussen.<sup>85</sup> Bei Geltung der Untersuchungsmaxime muss die Behörde deshalb gleichermaßen sowohl belastenden als auch entlastenden Umständen nachgehen.<sup>86</sup> Demnach hat die Behörde die für den Betroffenen günstigen Fakten ebenfalls abzuklären. Das heisst, es würde eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorliegen, wenn sich die FINMA darauf beschränken würde, nur belastenden Tatsachen nachzugehen.

Inhalt und Umfang der Sachverhaltsermittlungen sind nicht nach freiem, sondern nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen.<sup>87</sup> Hält die FINMA eine Tatsache, die einen Bezug zur prüfenden Rechtsfrage hat, für nicht ausschlaggebend oder irrelevant, muss sie deren Nichtberücksichtigung rechtsgenügend begründen.<sup>88</sup>

Der FINMA obliegt die formelle Beweisführungslast und die materielle Beweislast ist analog Art. 8 ZGB ver-

teilt.<sup>89</sup> Dabei gilt für FINMA-Enforcementverfahren als Verwaltungsverfahren das Regelbeweismass der vollen Überzeugung («Vollbeweis»)<sup>90</sup> Es genügt grundsätzlich, dass die FINMA oder das Gericht nach der Beweiswürdigung und aufgrund objektiver Gesichtspunkte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen eines rechtserheblichen Sachumstandes überzeugt ist. Diese Überzeugung kann auf Indizien beruhen.<sup>91</sup> In vorsorglichen Massnahmeverfahren genügt hingegen die Glaubhaftmachung aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage.<sup>92</sup> Die Anforderungen an das Beweismass sind damit im Verwaltungsverfahren weniger streng als im Strafverfahren, da bei letzterem das Gericht bei Vorhandensein von unüberwindlichen Zweifeln an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage ausgehen muss.<sup>93</sup>

Die von einem Enforcementverfahren betroffenen Parteien ihrerseits sind verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken, soweit dies zumutbar ist.<sup>94</sup> Hierzu gehört unter anderem auch, dass der Beauftragte die Buchhaltung ordentlich führt und editiert.<sup>95</sup> Verweigert eine Partei eine ihr zumutbare Mitwirkung, läuft sie unter anderem die Gefahr, dass die FINMA bzw. das Gericht die Verweigerung im Rahmen der Beweiswürdigung zu ihren Ungunsten berücksichtigt.<sup>96</sup> Für von Enforcementverfahren betroffene Personen dürfte es sich daher in den meisten Fällen nicht lohnen, im Verfahren auf eine eigentliche «Verweigerungshaltung» zu setzen. Vielmehr sollten sie ihre Mitwirkung dazu nutzen, die Sachverhaltsermittlung durch spezifische und präzise Angaben ihrerseits zu ihren eigenen Gunsten zu beeinflussen. Das Gleiche gilt im Wesentlichen auch für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht: Wird eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes durch die FINMA beanstandet,<sup>97</sup> so lohnt es sich in der Regel, konkret und – soweit möglich – durch einschlägige Unterlagen belegt im Einzelnen darzulegen, inwiefern der von der FINMA ermittelte Sachverhalt unrichtig ist.

142 II 268]); Urteil des BVGer B-3099/2016; Urteil des BVGer B-3702/2016 vom 17. September 2018 E. 2.2.2 und 4.5.1 ff. (nicht publizierte Erwägung 2.2.2 des Entscheids BVGE 2018 IV/12); Urteil des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.3, B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.1, E. 8.1.1 (Nikon), Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 651 (Swisscom ADSL); vgl. auch Urteil des EGMR Jussila v. Finnland (FN 81).

<sup>83</sup> Art. 12 VwVG.

<sup>84</sup> Vgl. BGE 110 V 48 E. 4a; BGE 117 V 282 E. 4a; BGE 119 V 347 E. 1a; BGE 122 V 157 E. 1a; BGE 133 V 196 E. 1.4; BGE 138 V 218 E. 6; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 12 N 16.

<sup>85</sup> Vgl. BGE 117 V 282 E. 4a; Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 3.6.2.1.

<sup>86</sup> Vgl. Urteil des BVGer C-6821/2008 vom 11. Mai 2010 E. 4.3; BGE 130 II 482 E. 3.2; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (FN 84), Art. 12 N 22.

<sup>87</sup> KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (FN 84), Art. 12 N 27.

<sup>88</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 3.6.2.1.

<sup>89</sup> Art. 12 VwVG; Urteil des BGer 2C\_2/2015 vom 13. August 2015 E. 2.3; Urteil des BGer 2C\_388/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 4.1; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (FN 84), Art. 12 N 6 ff.

<sup>90</sup> Vgl. BVGE 2011/45 E. 4.3.1 (inkl. Erläuterung von Ausnahmefällen); Urteil des Bundesgerichts 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.6.4; Urteil des Bundesgerichts 2C\_686/2012 vom 13. Juni 2013 E. 4.2.3 (gewisse Beweiserleichterungen bei negativen Tatsachen).

<sup>91</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_543/2018 vom 30. Oktober 2018 E. 2.1.

<sup>92</sup> Vgl. BGE 131 I 113 E. 3.6.

<sup>93</sup> Art. 10 Abs. 3 StPO.

<sup>94</sup> Art. 13 VwVG; Art. 29 Abs. 1 FINMAG (mit Bezug auf das Institut).

<sup>95</sup> Art. 13 VwVG; vgl. Urteil des BVGer B-561/2014 vom 19. September 2017 E. 3.7.3.3.

<sup>96</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-561/2014 vom 19. September 2017 E. 3.7.3.3.

<sup>97</sup> Art. 49 Bst. b VwVG i.V.m. Art. 37 VGG.

## 2.6 Untersuchungsbeauftragter und Untersuchungsbericht

Die FINMA kann gemäss Art. 36 Abs. 1 FINMAG eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder einem Beaufsichtigten im Sinne von Art. 3 FINMAG einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder die von ihr angeordneten aufsichtsrechtlichen Massnahmen umzusetzen. Der Auftrag des Untersuchungsbeauftragten ergibt sich aus der Einsetzungsverfügung.<sup>98</sup> Die Beaufsichtigten haben dem Untersuchungsbeauftragten Zutritt zu ihren Räumlichkeiten zu gewähren, alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen offenzulegen, welche der Untersuchungsbeauftragte zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt.<sup>99</sup> Zwar ist die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten hoheitlicher Natur, doch kommt ihm keine Verfügungskompetenz zu, womit seine Handlungen grundsätzlich nicht unter den Anwendungsbereich des VwVG fallen.<sup>100</sup> Da der Untersuchungsbeauftragte jedoch als «verlängerter Arm» der FINMA fungiert und eine Verwaltungsaufgabe wahrnimmt, steht betroffenen Personen namentlich der Rechtsschutz nach Art. 25 und Art. 25a VwVG zur Verfügung.<sup>101</sup> Die entsprechenden Begehren sind dabei an die FINMA als Aufsichtsbehörde und nicht an den Untersuchungsbeauftragten zu richten.<sup>102</sup> Insgesamt werden die Verfahrensrechte der Parteien jedoch nachträglich durch die FINMA und die Gerichte gewährt, wobei das Verfahren als Ganzes den gesetzlichen und verfassungsmässigen Garantien zu genügen hat.<sup>103</sup> Der Untersuchungsbeauftragte untersteht sodann wie die FINMA und deren Mitarbeiter ebenfalls dem Amtsgeheimnis.<sup>104</sup>

Die Abklärungen des Untersuchungsbeauftragten werden im Untersuchungsbericht festgehalten. Dieser Untersuchungsbericht ist eines der wichtigsten Dokumente eines Enforcementverfahrens und wird als Sachverständigen-

gutachten nach Art. 12 lit. e VwVG charakterisiert.<sup>105</sup>

## 2.7 Unternehmensinterne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis

Unternehmungen haben in den vergangenen Jahren damit begonnen, (bank-)interne Untersuchungen mit Hilfe von unabhängigen Anwaltskanzleien durchzuführen. Diese Untersuchungen stellen eine unternehmensinterne Privatermittlung dar, die auf Initiative von der betroffenen Unternehmung finanziert und durchgeführt wird.<sup>106</sup> In der Praxis stellt sich dabei oft die Frage, ob und inwieweit solche interne Untersuchungen, die von einer Anwaltskanzlei durchgeführt werden, dem Anwaltsgeheimnis unterstehen, oder ob die Beweismittel aus der internen Untersuchung – indirekt via Aufsichtsbehörden – an Strafbehörden ausgehändigt werden müssen.<sup>107</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diesbezüglich die anwaltliche Rechtsberatung von den nicht anwaltstypischen Dienstleistungen (sog. akzessorische anwaltliche «Geschäftstätigkeit»), wie etwa geldwäschereigesetzlich vorgeschriebenen Controlling- und Audit-Untersuchungen, zu unterscheiden.<sup>108</sup> Letztere fallen nicht unter das anwaltliche Berufsgeheimnis und sind im Rahmen von Aufsichts- und Strafverfahren entsprechend herauszugeben. Sofern externe Anwälte hinzugezogen werden, ist es – zum besseren Schutz des betroffenen Unternehmens selbst und von dessen Mitarbeiter – daher ratsam, das Mandat der Anwaltskanzlei von vornherein konkret zu benennen und klar aufzuführen, dass die Abklärung im Hinblick auf ein bestehendes oder potenzielles Verfahren geschieht. Für eine Rechtsberatung ist zudem klar zu dokumentieren, inwiefern für die Rechtsberatung der Sachverhalt noch ermittelt werden muss.<sup>109</sup> Dabei ist insgesamt jedoch zu beachten, dass sich ein Unternehmen bzw. eine Bank durch eine Mandatierung von externen Anwälten nicht einfach der eigenen gesetzlichen Compliance- und Controlling-Aufgaben sowie der damit verbundenen Dokumentationspflicht entziehen kann,<sup>110</sup> weshalb hierbei mit Augenmass vorzugehen ist. So kann etwa die Erfüllung von geldwäschereirechtlichen Pflichten laut Bundesgericht nicht unter das

<sup>98</sup> Art. 36 Abs. 2 FINMAG; vgl. BSK FINMAG/FinfraG-MAURENBRECHER/TERLINDEN, Art. 36 N 66 FINMAG; URS BERTSCHINGER, Zur Untersuchung von Effektenstransaktionen durch die Aufsichtsbehörde, in: Vogt/Stupp/Dubs (Hrsg.), Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich/St.Gallen 2008, 25.

<sup>99</sup> Art. 36 Abs. 3 FINMAG.

<sup>100</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 5 VwVG; vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3.2; MARTIN LANZ, Finanzmarkt: Aufsichtsregime, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genève 2015, N 1.78.

<sup>101</sup> Vgl. LANZ (FN 100), N 1.78; BERTSCHINGER (FN 98), 24 f.; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Zürich/St.Gallen 2010, 125.

<sup>102</sup> Vgl. BGE 128 II 156 E. 4d; Urteil des BVGer A-5762/2012 vom 7. Februar 2013 E. 5; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar über das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren VwVG, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2018, Art. 25a N 40.

<sup>103</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 4; BVGE 2018 IV/5.

<sup>104</sup> Art. 14 FINMAG.

<sup>105</sup> Vgl. Urteil des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 3; ZULAUF ET AL., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, 149.

<sup>106</sup> Vgl. ROMAN HUBER, Interne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis, GesKR 2019, 64; WOLFGANG WOHLERS/VERONICA LYNN, Das Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen, recht 2018, 9–24, 9 f.; PATRICK SUTTER, Die Erosion des Anwaltsgeheimnisses, Anwaltsrevue 6/7 2018, 293–295, 293 ff.

<sup>107</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_433/2017 vom 21. März 2018; BGE 140 II 384 E. 3.3.4 ff.

<sup>108</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_433/2017 vom 21. März 2018 E. 4.2 m.w.H.; HUBER (FN 106), 66.

<sup>109</sup> Vgl. HUBER (FN 106), 80 ff.

<sup>110</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_433/2017 vom 21. März 2018 E. 4.13, m.w.H.

Anwaltsgeheimnis fallen, nur weil diese von Anwälten wahrgenommen werden.<sup>111</sup>

### III. Verfahrensgarantien und Rechtsschutz der betroffenen Personen

#### 1. Überblick über die gewählten Verfahrensgarantien

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist als selbständiges Grundrecht in Art. 29 Abs. 2 BV verankert und wird für das Verwaltungsverfahren in Art. 29 ff. VwVG konkretisiert.<sup>112</sup> Im Wesentlichen umfasst dieser Anspruch das Recht einer Partei auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung.<sup>113</sup> Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht in Verfahren dar, die auf den Erlass von in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifenden Verfügungen abzielen.<sup>114</sup> Als Mitwirkungsrecht umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie ihren Standpunkt in einem Verfahren wirksam zur Geltung bringen kann.<sup>115</sup> Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen.<sup>116</sup> Seitens der Behörden folgen aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör die Pflicht zur vorgängigen Orientierung über die entscheidungsrelevanten tatsächlichen Grundlagen, die Pflicht zur tatsächlichen Prüfung und Berücksichtigung der Vorbringen der Parteien sowie – aus dieser Prüfungs- und Berücksichtigungspflicht abgeleitet – die Pflicht zur Begründung des Entscheids.<sup>117</sup> Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist dabei nach der Situation und anhand der berührten Interessen im Einzelfall zu bestimmen.<sup>118</sup>

Nachfolgend werden verschiedene Aspekte des Akteneinsichtsrechts, des Äusserungsrechts sowie die Begründungspflicht näher beleuchtet, da diese Teilgehalte im Enforcementverfahren gegen natürliche Personen von besonderer Bedeutung sind.

#### 1.1 Akteneinsicht

Das Recht auf Akteneinsicht<sup>119</sup> ermöglicht den Zugang zu den Verfahrensakten und schafft dadurch die Grundlage für effektive Vorbringen.<sup>120</sup> Das Akteneinsichtsrecht ist somit eng mit dem Äusserungsrecht verbunden, bzw. ist dessen Vorbedingung: Der Betroffene kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihm ermöglicht wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung gestützt hat.<sup>121</sup> Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich in sachlicher Hinsicht auf sämtliche Akten mit Bezug zur jeweiligen Sache bzw. zum jeweiligen Verfahren.<sup>122</sup> Es ist auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag. Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann demnach nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos. Vielmehr muss es dem Betroffenen selber überlassen werden, die Relevanz der Akten zu beurteilen.<sup>123</sup> Aus Art. 30 Abs. 1 VwVG lässt sich zudem ableiten, dass das Recht auf Akteneinsicht in einem Zeitpunkt zu gewähren ist, in dem eine sachgemässe Stellungnahme noch möglich ist.<sup>124</sup> Entsprechend ist die Frist zur Einreichung der Stellungnahme so anzusetzen, dass im konkreten Fall ausreichend Zeit gewährt wird, um den Inhalt der entscheidungsrelevanten Akten zur Kenntnis zu nehmen.

In persönlicher Hinsicht bedingt der Anspruch auf Akteneinsicht – wie auch der Anspruch auf rechtliches Gehör allgemein – Parteistellung.<sup>125</sup> Aussenstehende haben nur ausnahmsweise ein Akteneinsichtsrecht, wobei verlangt wird, dass sie ein «besonders schützenswertes Interesse» glaubhaft machen können.<sup>126</sup> Die Praxis ist hier jedoch sehr restriktiv.<sup>127</sup> Als Parteien gelten nach Art. 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen

<sup>111</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_433/2017 vom 21. März 2018 E. 4.2 ff.

<sup>112</sup> Vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3; BGE 127 I 54 E. 2b; BGE 133 I 100 E. 4.5; BVGE 2013/23 E. 6.1.2; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 54.

<sup>113</sup> Vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2; BSK BV-WALDMANN, Basel 2015, Art. 29 N 40 ff.

<sup>114</sup> Vgl. BGE 117 Ia 262 E. 4; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 41.

<sup>115</sup> Vgl. BGE 135 II 286 E. 5.1; Urteil des BVer A-1251/2012 vom 15. Januar 2014 E. 2.2; Urteil des BVer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 3.2.

<sup>116</sup> Vgl. Urteil des BVer 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.1.

<sup>117</sup> Vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2; Urteil des BVer A-1251/2012 vom 15. Januar 2014 E. 2.2.

<sup>118</sup> BGE 123 I 63 E. 2d; Urteil des BVer 2C\_2007 vom 8. Juni 2007 E. 2.2.1.

<sup>119</sup> Art. 26 ff. VwVG.

<sup>120</sup> Vgl. UHLMANN, § 40 N 22, Verfahrensrechte, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015.

<sup>121</sup> Vgl. BGE 132 V 387, 388 f. E. 3.1.

<sup>122</sup> Art. 26 Abs. 1 VwVG; vgl. BVGE 2018 IV/5 E. 7.3.

<sup>123</sup> Vgl. BGE 132 V 387 E. 3.2.

<sup>124</sup> Vgl. BSK FINMAG/FinfraG-LEBRECHT, Art. 53 N 50 FINMAG.

<sup>125</sup> Art. 26 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 139 II 279 E. 2.2.

<sup>126</sup> Vgl. Urteil des BVer 1P.330/2004 vom 3. Februar 2005 E. 3.2; BVGE 2018 IV/5 E. 7.4.

<sup>127</sup> Vgl. Urteil des BVer 1P.330/2004 vom 3. Februar 2005 E. 3.2; BVGE 2018 IV/5 E. 7.4.

die Verfügung zusteht, mithin wer nach Art. 48 Abs. 1 lit. b und c VwVG durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Ein Akteneinsichtsgesuch kann dabei auch als sinngemässer Antrag auf Gewährung der Parteistellung gewertet werden.<sup>128</sup> Entsprechend kommt einem von einem Enforcementverfahren Betroffenen grundsätzlich einzig mit Bezug auf das gegen ihn persönlich geführte Enforcementverfahren ein Akteneinsichtsrecht zu. Kein Akteneinsichtsrecht hat er hingegen mit Bezug auf allfällige separat geführte Verfahren gegen andere beim gleichen Institut tätige oder tätig gewesene Personen oder gegen das Institut selbst.<sup>129</sup>

Gerade in FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen kommt es vor, dass sich mehrere Beteiligte in konnexen, jedoch separat geführten Enforcementverfahren gegen einen aufsichtsrechtlichen Vorwurf wehren möchten.<sup>130</sup> Aufgrund fehlender Parteistellung haben die Betroffenen in solchen Konstellationen in der Regel keinen Anspruch darauf, Akteneinsicht in die Verfahren der anderen Beteiligten zu erhalten.<sup>131</sup> Dies umfasst grundsätzlich auch die in diesen parallelen oder vorgelagerten Verfahren ergangenen Verfügungen.<sup>132</sup> Faktisch wird es für einen Betroffenen jedoch auch in solchen Konstellationen regelmässig von einem gewissen tatsächlichen Interesse sein, was in allfälligen Verfahren gegen andere beim gleichen Institut tätige oder tätig gewesene Personen festgestellt wird. Einerseits kann ein Betroffener aufgrund eines anderen, fortgeschrittenen Verfahrens gegebenenfalls besser einschätzen, wie sein eigenes Verfahren weitergehen wird. Andererseits wird es ihm dadurch erleichtert, in seiner Stellungnahme darzulegen, wieso nicht er, sondern jemand anders für die schwere Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verantwortlich war.

Ferner besteht für die Parteien von separat geführten, jedoch sachlich konnexen Verfahren regelmässig die Sorge, dass unter Umständen verfahrensrelevante Beweismittel nicht in ihren eigenen Verfahrensakten zu finden sind. Dies kann nicht nur belastende Beweismittel betreffen, sondern auch potenziell entlastende Beweise. Bei den belastenden Beweismitteln ist dies für den Betroffenen

insofern weniger problematisch, als die FINMA ihrer Verfügung ohnehin nur rechtskonform beschaffte und in den Verfahrensakten enthaltene Beweismittel zugrunde legen darf.<sup>133</sup> Heikler wird es hingegen bei Beweismitteln, welche die betroffene Person potenziell entlasten könnten. Werden solche entlastenden Beweise nicht von der FINMA selbst auch in die Verfahrensakten der betroffenen Person aufgenommen – wozu sie aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes<sup>134</sup> grundsätzlich verpflichtet ist –, so verbleibt dem Betroffenen letztlich einzig noch die Möglichkeit, selber den Beizug der entsprechenden Beweismittel bzw. einen entsprechenden Beweisantrag zu stellen. Hierfür muss er jedoch glaubhaft machen können, dass die Akten als Beweis auch in seinem Verfahren geeignet sind. Dies setzt in der Regel wiederum voraus, dass der Betroffene bereits über Kenntnis von oder zumindest über gewisse konkrete Hinweise auf solche Beweismittel besitzt. Denn einzig nicht weiter substantiierte Vermutungen, dass sich in den Verfahrensakten der anderen konnexen Verfahren unter Umständen entlastende Beweismittel für das eigene Verfahren finden könnten, werden wohl in der Regel nicht ausreichen, um vollumfängliche Einsicht in die Akten fremder Verfahren zu erhalten.

Das Recht auf Akteneinsicht kann nur verweigert werden, wenn wesentliche öffentliche oder private Interessen die Geheimhaltung erfordern oder das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung es erfordert.<sup>135</sup> Dabei ist die Verweigerung der Einsichtnahme auf die Aktenstücke zu beschränken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen.<sup>136</sup> Zudem darf zum Nachteil einer Partei nur auf geheim gehaltene Akten abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von dem für das Verfahren wesentlichen Inhalt Kenntnis gegeben hat und die Partei die Gelegenheit hatte, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.<sup>137</sup>

Als Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Parteien wird zudem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör eine allgemeine Aktenführungspflicht der Behörden abgeleitet, wozu auch die Pflicht zur Protokollierung entscheidrelevanter Abklärungen, Einvernahmen und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren gehört.<sup>138</sup> Unter anderem ist ein Aktenverzeichnis zu erstellen, wobei Inhalt, Datum und Absender oder Ersteller der Akte anzugeben sind.<sup>139</sup> Des Weiteren sind die Akten so zu führen, dass die Parteien Einsicht in das ordentlich geführte Dossier nehmen können.<sup>140</sup> Ohne nachvollziehbare Dokumentation wird das Aktenein-

<sup>128</sup> Vgl. Art. 9 BV; Urteil des BGer 2C\_428/2017 vom 26. Juni 2018 E. 3.3.

<sup>129</sup> Vgl. Urteil des BVer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3; BVGE 2018 IV/5 E. 7.4.

<sup>130</sup> Zur Möglichkeit von Einzel- und Gesamtverfahren vgl. vorne Abschnitt II.2.2.

<sup>131</sup> Anders sieht es hingegen aus, wenn sich die FINMA für ein Mehrparteienverfahren (vgl. Abschnitt II.2.2) entscheidet, was gerade bei Verfahren wegen unbewilligter Tätigkeit öfters der Fall ist.

<sup>132</sup> Allenfalls ist in den (u.U. geschwärzten) Untersuchungsbericht Einsicht zu geben, da der Untersuchungsbericht ebenfalls ein relevantes Beweismittel darstellen kann; Art. 12 lit. e VwVG; BVGE 2018 IV/5 E. 7.5.2; Urteil des BGer 2A.586/2003, 2A.610/2003 vom 1. Oktober 2004, E. 8.2; BERTSCHINGER (FN 98), 26.

<sup>133</sup> Vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 37 ff.

<sup>134</sup> Art. 12 VwVG; vgl. hierzu Abschnitt II.2.5.

<sup>135</sup> Art. 27 Abs. 1 VwVG.

<sup>136</sup> Art. 27 Abs. 2 VwVG.

<sup>137</sup> Art. 28 VwVG.

<sup>138</sup> Vgl. BGE 142 I 86 E. 2.2.

<sup>139</sup> Vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (FN 84), Art. 12 N 43.

<sup>140</sup> Vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (FN 84), Art. 12 N 42.

sichtsrecht bei grossem Aktenumfang ansonsten erheblich erschwert. Falls Akten des Verfahrens gegen das Institut beigezogen werden, hat sich die FINMA auf die Akten, welche für das Verfahren gegen die natürliche Person tatsächlich entscheidend sind, zu beschränken.<sup>141</sup> Andernfalls kann dies den Aktenumfang enorm aufblähen. Sind die Verweise in dem von der FINMA erstellten Sachverhalt zudem ungenau (unter Angabe von «ff.» oder «passim» anstelle von exakten Seitenzahlen), kann die betroffene natürliche Person oder die Rechtsmittelinstanz bei grossem Aktenumfang unter zumutbarem Aufwand nicht den Inhalt der entscheidungsrelevanten Akten zur Kenntnis nehmen.<sup>142</sup>

Akten, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, welche vielmehr ausschliesslich der verwaltungsinternen Willensbildung dienen und somit nur für den verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt sind (etwa Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege, Entscheidentwürfe usw.), bleiben vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen.<sup>143</sup> In die interne Korrespondenz zwischen Untersuchungsbeauftragten und FINMA kann grundsätzlich keine Akteneinsicht genommen werden, da sie verwaltungsintern ist. In die Verfügung zur Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten inkl. dessen Untersuchungsauftrag sowie in allfällige nachträgliche Änderungen dieses Untersuchungsauftrags müssen die Parteien demgegenüber Einsicht erhalten.<sup>144</sup>

## 1.2 Hinweise zum Äusserungsrecht

Es gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass die vom Enforcementverfahren betroffene natürliche Person vor Erlass einer für sie nachteiligen Verfügung, d.h. Anordnung einer Massnahme, zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann.<sup>145</sup> Art. 30 Abs. 1 VwVG hält fest, dass die Parteien anzuhören sind, bevor die Behörde verfügt. Auch in Bezug auf das Äusserungsrecht ist bei der Ansetzung der Frist auf die konkreten Umstände des Einzelfalles Rücksicht zu nehmen, sodass die natürliche Person über genügend Zeit verfügt, um ihre Stellungnahme zu verfassen.

Das Recht auf vorgängige Anhörung umfasst nicht nur das Recht, sich vor dem Erlass der Verfügung zu den tatsächlichen und rechtlichen Entscheidungsgrundlagen zu äussern, sondern auch das Recht, sich zu neu erhobenen Beweisen und neuen Sachverhaltselementen der Behör-

de zu äussern.<sup>146</sup> Demzufolge darf sich die Behörde beim Erlass ihrer Verfügung grundsätzlich nicht auf Tatsachen abstützen, zu denen sich der Betroffene nicht vorgängig äussern und Beweise führen bzw. Beweisanträge stellen konnte.<sup>147</sup>

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht hingegen grundsätzlich kein Anspruch, zur rechtlichen Würdigung angehört zu werden.<sup>148</sup> Ausnahmsweise ist zumindest der beschwerten Partei das rechtliche Gehör zu gewähren, wenn eine Behörde ihren Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die im bisherigen Verfahren weder erwähnt noch von einer Partei geltend gemacht wurden und mit deren Heranziehung sie im konkreten Fall nicht rechnen musste.<sup>149</sup> Auch wenn mit einer Motivsubstitution Tatsachen neu rechtliche Bedeutung erlangen, zu denen sich die Parteien nicht äussern konnten oder nicht zu äussern brauchten, weil mit ihrer Rechtserheblichkeit nicht zu rechnen war, ist das rechtliche Gehör zu gewähren.<sup>150</sup> Ausserdem hat das Bundesgericht ein Recht auf vorgängige Orientierung über die Rechtsauffassung der Behörde bejaht, falls die Behörde in Anwendung einer unbestimmt gehaltenen Norm oder in Ausübung eines besonders grossen Ermessensspielraums einen Entscheid fällt, der von grosser Tragweite für den Betroffenen ist.<sup>151</sup> Entsprechend lässt sich nicht generell beurteilen, wie weit das Recht geht, über entscheidungswesentliche Vorgänge und Grundlagen orientiert zu werden. Das lässt sich nur anhand der konkreten Umstände beurteilen, wobei entscheidend ist, ob dem Betroffenen ermöglicht wird, seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen.<sup>152</sup> Jedenfalls muss für die von einem Enforcementverfahren betroffene natürliche Person ersichtlich sein, was ihr konkret vorgeworfen wird. Eine Wiederholung der Vorwürfe gegenüber dem Institut ohne Bezug zur natürlichen Person würde es ihr nicht ermöglichen, wirksam zu den relevanten Aspekten des Verfahrens Stellung zu nehmen.

## 1.3 Begründungspflicht

Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen zu begründen. Eine Begründungspflicht ergibt sich zudem auch daraus, dass die Behörde die Vorbringen des Betroffenen

<sup>141</sup> Vgl. FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 69.

<sup>142</sup> Vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, Art. 132 N 1, wo für den Zivilprozess festgehalten wird, dass die Eingabe in ihrer Form und ihrem Inhalt auch für die Gegenpartei zumutbar sein muss.

<sup>143</sup> Vgl. Urteil des BGER 2C\_1044/2016 vom 6. August 2018 E. 3.3; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 26 N 65.

<sup>144</sup> Vgl. Urteil des BGER B-688/2016 E. 7.2 ff. und insb. E. 7.5.

<sup>145</sup> Vgl. BGE 132 V 387 E. 3.1; Urteil des BGER B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015, E. 3.2.

<sup>146</sup> Vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 30 N 4, welche diese umfassenderen Ansprüche auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG zurückführen.

<sup>147</sup> Vgl. Urteil des BGER D-6374/2006 vom 11. Februar 2008 E. 3.3. Die Ausnahmesituation ergibt sich in dringenden Fällen, in denen superprovisorische Anordnungen nötig werden könnten.

<sup>148</sup> Vgl. BGER 5A\_109/2018 vom 20. April 2018 E. 4.1; statt vielen weiteren BGE 116 V 182 E. 1a, m.w.H.

<sup>149</sup> Vgl. BGE 116 V 182 E. 1a.

<sup>150</sup> Vgl. Urteil des BGER 5A\_109/2018 vom 20. April 2018 E. 4.1.

<sup>151</sup> Vgl. BGE 127 V 431 E. 2 b/cc.

<sup>152</sup> Vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3.

auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Nicht erforderlich ist, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich behandelt. Die Begründung muss jedoch so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Entsprechend müssen zumindest kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich die Behörde stützt.<sup>153</sup>

Im Einzelnen richtet sich die erforderliche Begründungsdichte vor allem nach der Komplexität des Sachverhalts und der Rechtsfragen, nach dem Ausmass der Entscheidungs- und Ermessensspielräume, nach der Intensität des durch die Verfügung bewirkten Eingriffs in die Rechtsstellung der Betroffenen, nach der Stellung der verfügenden Behörde (erste Instanz, verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz, Gericht) sowie nach der Dichte der Parteivorbringen.<sup>154</sup> Die aufsichtsrechtlichen Massnahmen, die der FINMA gegen natürliche Personen zur Verfügung stehen, können für die betroffene Person sehr einschneidend sein (im Falle eines Berufsverbots beispielsweise einen Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Wirtschaftsfreiheit). Zudem liegen den entsprechenden Verfügungen oftmals relativ komplexe Sachverhalte zugrunde. Entsprechend gilt für Enforcementverfahren gegen natürliche Personen regelmässig eine erhöhte Begründungspflicht.

Konkret müssen insbesondere die einzelnen Sachverhaltselemente, soweit sie für einen Tatbestand relevant sind, in der Begründung enthalten sein. So ist es etwa für die Verhängung eines Berufsverbots notwendig, dass dargelegt wird, inwiefern die betroffene Person aufsichtsrechtliche Bestimmungen kausal und schuldhaft schwer verletzt hat.<sup>155</sup> Liegt der zentrale Vorwurf dabei in einer Unterlassung, ist gemäss Bundesgericht detailliert aufzuzeigen, aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fliesst und inwiefern der Betroffene diese spezifische Handlung, trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht, unterlassen hat.<sup>156</sup> Mit Bezug auf die Anordnung und insbesondere auch die Dauer einer Massnahme sind sodann auch Aus-

führungen zum Verhältnismässigkeitsprinzip von wesentlicher Bedeutung.<sup>157</sup>

Insgesamt haben sich gerade in der jüngeren Rechtsprechung mit Blick auf die Begründungspflicht der FINMA bei Enforcementverfahren gegen natürliche Personen zwar durchaus gewisse Leitlinien entwickelt. Im Einzelfall fällt es indessen weiterhin schwer, abzuschätzen, was die Gerichte von der FINMA in Bezug auf das rechtliche Gehör erwarten und ob oder inwiefern die Betroffenen im Rahmen ihrer Beschwerde eine Chance haben, mit einer entsprechenden Rüge durchzudringen. Je nach Rechtsgebiet und Konstellation im konkreten Fall wird die erforderliche Prüfungstiefe oder Begründungsdichte offensichtlich unterschiedlich beurteilt.<sup>158</sup> Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Grenze zu materiellen Fragestellungen vielfach fließend ist.<sup>159</sup> Hat die FINMA es sich nach Ansicht des Betroffenen mit Bezug auf die ihm gegenüber erhobenen Vorwürfe «zu einfach gemacht», kann es sich daher durchaus lohnen, den Fokus der Beschwerde auf die materielle Fragestellung zu legen, da hiermit auch eine Aufhebung der Verfügung in der Sache ohne Rückweisung an die FINMA zum neuen Entscheid bewirkt werden kann.<sup>160</sup>

#### 1.4 Verletzung des rechtlichen Gehörs und Heilung

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt.<sup>161</sup> Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde. Das ist der Fall, wenn dies mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre.<sup>162</sup>

<sup>153</sup> Vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2; Urteil des BGer 4A\_453/2016 vom 16.02.2017 E. 2.3.

<sup>154</sup> Vgl. BGE 117 IV 401 E. 4b; Urteil des BVer A-3080/2016 vom 26. Januar 2017 E. 5.1; BVer B-2782/2007 vom 4. Oktober 2007 E. 3.2; BVer C-3180/2006 vom 04. Juni 2007 E. 5.5.2; ZULAUF ET AL. (FN 25), 265. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus Grundsatz 8 der Enforcement-Policy der FINMA (Stand 10. November 2011).

<sup>155</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 2.2; FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT (FN 24), § 12 N 66; ZULAUF ET AL. (FN 25), 266 ff.

<sup>156</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 3.1; vgl. auch Grundsatz 8 Enforcement-Policy der FINMA (Stand 10. November 2011).

<sup>157</sup> Diesbezüglich relativierend indes jüngst das Urteil des BGer 2C\_571/2018 vom 30. April 2019 E. 5.3.2.

<sup>158</sup> Vgl. SCHNEEBERGER, Verfahrensfragen, in: FINMA-Sonderbulletin, 2/2013, 70–88, 76.

<sup>159</sup> Vgl. SCHNEEBERGER (FN 158), 76.

<sup>160</sup> Vgl. hierzu im Detail Abschnitt III.1.4.

<sup>161</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.4; BGE 135 I 187 E. 2.2, m.w.H.

<sup>162</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.4; BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 132 V 387 E. 5.1.

Das Bundesverwaltungsgericht als erste Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der FINMA verfügt über volle Kognition; es kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden.<sup>163</sup> Bei der Beurteilung von fachspezifischen Bereichen oder falls die FINMA den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen nähersteht, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht jedoch nach konstanter Praxis eine gewisse Zurückhaltung.<sup>164</sup> (Leichtere) Verletzungen des rechtlichen Gehörs können – vorausgesetzt, der Sachverhalt ist ausreichend liquid – im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht daher durchaus geheilt werden. Gerade bei Verletzungen der Begründungspflicht ist eine Heilung vor Bundesverwaltungsgericht in der Praxis denn auch eher die Regel als die Ausnahme und Rückweisungen an die Erstinstanz sind selten.<sup>165</sup> Eine Rückweisung an die FINMA wird jedoch zumindest dann angezeigt sein, wenn sich ergibt, dass die FINMA zur Beurteilung bestimmter Sachverhaltselemente noch keine Gelegenheit hatte und ihr diesbezüglich ein grosser Ermessensspielraum zukommt.

Wird eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bejaht und kommt eine Heilung nicht in Frage, geht das Verfahren zurück an die FINMA und der materielle Verfahrensausgang ist damit weiterhin offen. Dies führt regelmässig zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens. Eine solche Verfahrensverzögerung kann durchaus im Interesse der Beschwerdeführer liegen, wenn etwa zu erwarten ist, dass in einem parallelen Verfahren Beweismittel entdeckt werden, die potenziell für den Beschwerdeführer vorteilhaft sind. Wenn das Verfahren sehr lange andauert, kann es zudem auch vorkommen, dass die FINMA zum Schluss gelangt, dass ein Verfahren einzustellen ist, etwa weil sich die Enforcement-Policy ändert, eine Praxisänderung umgesetzt wird oder die betroffenen Personen aufgrund der faktischen Vorwirkung<sup>166</sup> des Enforcementverfahrens kaum mehr in ihren ursprünglichen Beruf zurückkehren werden. Eine Rückweisung aufgrund einer Gehörsverletzung bringt dem Beschwerdeführer hingegen wenig, wenn damit lediglich das Verfahren verlängert wird und ihm letztlich nach jahrelangen Verfahren doch noch eine Sanktion auferlegt wird.<sup>167</sup>

## 2. Materielle Rechtskraft bei konnexen Sachverhalten

«Materielle Rechtskraft» bedeutet Massgeblichkeit eines formell rechtskräftigen Urteils in jedem späteren Verfahren unter denselben Parteien.<sup>168</sup> Aus dieser Definition folgt, dass materielle Rechtskraft zwingend Identität der Parteien voraussetzt. Mit Bezug auf Enforcementverfahren ist zu beachten, dass die Pflicht, deren schwere Verletzung letztlich die Anordnung einer Massnahme gegen die natürliche Person rechtfertigt, grundsätzlich dem beaufsichtigten Institut und nicht der natürlichen Person obliegt. Entsprechend ist die (schwere) aufsichtsrechtliche Pflichtverletzung regelmässig Gegenstand des aufsichtsrechtlichen Verfahrens gegen das Institut. Dabei ist die für das Institut tätige oder tätig gewesene natürliche Person nicht zwingend auch Partei jenes Verfahrens gegen das Institut. Der gegen das Institut ergangene Entscheid kann daher aufgrund fehlender Identität der Parteien der natürlichen Person nicht entgegengehalten werden. Daher kann der Vorwurf der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen (ebenso wie alle anderen Tatbestandsmerkmale der anzuordnenden Massnahme) in dem gegen die natürliche Person geführten Verfahren frei überprüft werden, selbst wenn diese zuvor im Verfahren gegen das beaufsichtigte Institut mit einer rechtskräftigen Verfügung festgestellt wurde.<sup>169</sup> Mit anderen Worten ist für das Verfahren gegen eine natürliche Person nicht entscheidend, was im Verfahren gegen das Institut festgestellt wurde, weil diese nicht Partei jenes Verfahrens war und daher der Entscheid ihr gegenüber nicht in Rechtskraft erwachsen kann. Entsprechend hat die FINMA auch im Verfahren gegen die natürliche Person die für einen Tatbestand wichtigen Sachverhaltselemente, die für die beabsichtigte Massnahme vorausgesetzt werden, mit Bezug auf die natürliche Person einzeln festzustellen und zu begründen.<sup>170</sup>

Dies gilt nicht nur für Verfahren gegen Bewilligungsträger, sondern – wie bereits angedeutet – ebenfalls in sogenannten Unterstellungsverfahren: Auch hier kann ein allenfalls bereits rechtskräftiger Entscheid gegenüber der juristischen Person betreffend Unterstellung und Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch sie in einem (unter Umständen erst nachgelagerten) Verfahren gegen die ebenfalls involvierten natürlichen Personen diesen nicht als rechtskräftig entgegengehalten werden, sofern sie im ersten Verfahren selber nicht Partei waren. Vielmehr stellt die Frage nach der Unterstellung und Verletzung von Aufsichtsrecht durch die juristische Person im Verfahren gegen die natürliche Person regelmässig eine notwendige Vorfrage dar, die – obschon gegenüber der juristischen Person bereits rechtskräftig ent-

<sup>163</sup> Art. 49 VwVG.

<sup>164</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-488/2018 vom 17. Januar 2019 E. 4.3; BVGer B-5535/2009 vom 6. Mai 2010; Urteil des BVGer B-3708/2007 vom 4. März 2008 E. 3.3, E. 4.1.1; BGE 116 Ib 193 E. 2d; BGE 115 Ib 55 E. 2c; BGE 108 Ib 196 E. 1a.

<sup>165</sup> Vgl. SCHNEEBERGER (FN 158), 76.

<sup>166</sup> Vgl. dazu Ziff. III.3.3.

<sup>167</sup> Zu denken ist hier etwa auch an die aufschiebende Wirkung eines Berufsverbots; vgl. dazu Ziff. III.3.3.

<sup>168</sup> Vgl. BGE 139 III 126 E. 3.1.

<sup>169</sup> Vgl. BGE 142 II 243 E. 2.3.

<sup>170</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3.

schieden – uneingeschränkt zu prüfen und zu begründen ist, soweit sie auch hier Streitgegenstand bildet.<sup>171</sup>

### 3. Beschwerdeverfahren

#### 3.1 Anfechtungsobjekt

Verfügungen der FINMA können mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.<sup>172</sup> Als Verfügung gilt die Anordnung einer Behörde, mit der im Einzelfall ein Rechtsverhältnis in einseitiger und verbindlicher Weise gestützt auf öffentliches Recht geregelt wird.<sup>173</sup> Hierfür ist der materielle Verfügungsbegriff von Art. 5 VwVG massgeblich.<sup>174</sup> Die ausdrückliche Bezeichnung als Verfügung ist nicht erforderlich.<sup>175</sup> Demzufolge kann selbst ein einfaches Schreiben der FINMA materiell eine Verfügung und somit – vorbehalten der Einschränkungen betreffend Zwischenverfügungen<sup>176</sup> – ein zulässiges Anfechtungsobjekt darstellen.<sup>177</sup>

Die FINMA kann ohne besondere Mitteilung ein Enforcementverfahren eröffnen und Untersuchungshandlungen vornehmen. Sobald eine Person Partei eines Enforcementverfahrens wird, teilt die FINMA ihr dies mit.<sup>178</sup> Diese Mitteilung stellt jedoch in der Regel eine verwaltungsinterne Handlung und somit keine anfechtbare Verfügung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 VwVG dar.<sup>179</sup> Die von der Verfahrenseröffnung betroffenen Parteien haben daher grundsätzlich keine Möglichkeit, die Mitteilung der Verfahrenseröffnung anzufechten. Dies ist insofern nicht ganz irrelevant, als bereits die Verfahrenseröffnungen faktisch wesentliche Auswirkungen auf die Betroffenen haben kann<sup>180</sup> und zudem mit der Verfahrenseröffnung auch die Kostentragungspflicht der Verfahrensbeteiligten beginnt, welche selbst dann greifen kann, wenn sich der Verdacht eines Gesetzesverstosses letztlich nicht er-

härtet.<sup>181</sup> Eine entsprechende Kostenaufgabe kann mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.

Die Frage, ob einer betroffenen Partei unter Umständen das Recht zustehen sollte, bezüglich die Verfahrenseröffnung von der FINMA eine anfechtbare Verfügung zu verlangen,<sup>182</sup> wurde vom Bundesgericht – soweit ersichtlich – bisher noch offen gelassen.<sup>183</sup> Selbst wenn jedoch in spezifischen Einzelfällen diesbezüglich eine materielle Verfügung erlassen bzw. erwirkt werden könnte, so würde es sich hierbei «lediglich» um eine Zwischenverfügung handeln, welche wiederum nur unter den Voraussetzungen von Art. 46 VwVG angefochten werden kann. Entsprechend müsste die betroffene Person darlegen können, dass die Verfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könnte (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG). Angesichts der diesbezüglich relativ restriktiven Praxis dürfte dies jedoch nur in Ausnahmefällen gelingen.<sup>184</sup>

Die das Enforcementverfahren abschliessende Endverfügung stellt hingegen regelmässig eine materielle Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG und somit ein zulässiges Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und gegebenenfalls anschliessend an das Bundesgericht dar. Anfechtbar ist jedoch grundsätzlich nur das Dispositiv der Verfügung. Die Dispositive von FINMA-Endverfügungen sind dabei oftmals relativ umfangreich und enthalten nicht selten verschiedenen Anordnungen, welche wiederum unterschiedliche Personen betreffen. So sind zum Beispiel die Dispositive der FINMA-Verfügungen in Unterstellungsfällen in der Regel so aufgebaut, dass in einer ersten oder in den ersten paar Dispositivziffern festgestellt wird, welche juristischen und natürlichen Personen in welchem Zusammenhang Aufsichtsrecht schwer verletzt haben (im Folgenden «Feststellungsziffern»). In den darauffolgenden Dispositivziffern werden dann die (weiteren) aufsichtsrechtlichen Massnahmen wie z.B. Liquidation, Unterlassungsanweisung und Werbeverbot angeordnet, bevor dann zuletzt noch die über die Kosten entschieden wird.

Für von einer solchen FINMA-Endverfügung betroffene natürliche Person stellt sich in der Praxis daher regelmässig die Frage, welche konkreten Anordnungen sie selbst im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens anfechten kann<sup>185</sup> und welche Anträge diesbezüglich gestellt werden können. Mit Bezug auf die möglichen Anträge ist dabei ganz allgemein zu beachten, dass Gegenstand des

<sup>171</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 5.1.3; Urteil des BVGer B-5657/2016 vom 5. Juni 2018 E. 2.

<sup>172</sup> Art. 54 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 31 und Art. 33 lit. e VGG und Art. 5 VwVG; zum Beschwerdeverfahren in FINMA-Sachen vgl. allgemein PATRICIA EGLI in: Sester/Brändli/Bartholet/Schiltknecht (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2017, § 15 N 1 ff.

<sup>173</sup> Art. 5 VwVG; Urteil des BVGer B-1645/2019 vom 11. Juni 2019 E. 1.1 und E. 3 (im konkreten Fall kein Anfechtungsobjekt gegeben).

<sup>174</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_303/2016 vom 24. November 2016 E. 2.5.; Urteil des BGer 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 2.

<sup>175</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-5877/2011 vom 16. Februar 2012 E. 1.1.

<sup>176</sup> Art. 46 VwVG.

<sup>177</sup> Unter Umständen liegt in solchen Konstellationen jedoch ein Eröffnungsfehler vor, aus welchem den Parteien kein Nachteil erwachsen darf; vgl. Art. 38 VwVG; vgl. hierzu das Urteil des BVGer vom 17. März 2017 B-6648/2015 E. 1.2 und das Urteil des BVGer B-6651/2015 vom 17. März 2017 E. 1.2.

<sup>178</sup> Art. 30 FINMAG.

<sup>179</sup> Vgl. BGer 2C\_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.3.1, m.w.H.; Botenschaft FINMAG vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829, 2880 f.

<sup>180</sup> Vgl. unten Ziff. III.3.3.

<sup>181</sup> Art. 5 Abs. 1 FINMA-Gebührenverordnung; vgl. BSK FINMAG/FinfraG-LEBRECHT, Art. 53 N 68 ff. FINMAG; siehe auch Abschnitt III.4.1.

<sup>182</sup> Art. 25a VwVG.

<sup>183</sup> Vgl. etwa BGer Urteil 2C\_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.3.4.

<sup>184</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.3.3, wo ein solcher nicht wieder gutzumachender Nachteil verneint wurde.

<sup>185</sup> Vgl. hierzu sogleich 3.2 (Beschwerdelegitimation).

Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht nur sein kann, was bereits Gegenstand des Verfahrens vor der FINMA war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen.<sup>186</sup> Der mit der angefochtenen Verfügung umschriebene Anfechtungsgegenstand bildet demnach nicht nur den Ausgangspunkt, sondern auch den Rahmen und die Begrenzung des Streitgegenstandes des Verfahrens. Diejenigen Punkte, welche von der FINMA nicht verfügungsweise entschieden wurden und über welche sie nicht hätte entscheiden müssen, kann das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht urteilen.<sup>187</sup> Hat die FINMA daher z.B. im Rahmen eines Berufsverbots gegenüber einer natürlichen Person aufgrund der entsprechenden Tatbestandsmerkmale in Art. 33 FINMAG zu Recht einzig das Vorliegen einer «schweren Verletzung von Aufsichtsrecht» geprüft und bejaht, wird im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht einzig diese Frage geprüft und beurteilt. Auf die Anträge, es sei (formell) festzustellen, dass seitens des Betroffenen gar keine Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen stattgefunden hat, wird demzufolge regelmässig nicht eingetreten.<sup>188</sup> Ebenso ist es in Beschwerdeverfahren gegen FINMA-Verfügungen in Unterstellungsfällen in der Regel nicht möglich, vor Bundesverwaltungsgericht (oder auch vor Bundesgericht) die Feststellung zu erwirken, dass keine unterstellungspflichtige Tätigkeit ausgeübt und Aufsichtsrecht nicht (schwer) verletzt worden sei. Denn auch hier gilt, dass der Streitgegenstand sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens zwar verengen kann, er jedoch nicht erweitert oder qualitativ verändert werden darf, und dass negative Feststellungsbegehren nur zulässig sind, sofern an der Feststellung ein schutzwürdiges Interesse besteht und dieses nicht mit einem Leistungsbegehren gewahrt werden kann.<sup>189</sup>

Aus den dargelegten Gründen kann im Rahmen einer Beschwerde gegen eine FINMA-Verfügung vor Bundesverwaltungsgericht, über den Antrag um Aufhebung der angefochtenen Verfügung hinaus, nicht zusätzlich ein Antrag um Einstellung des Enforcementverfahrens gestellt werden. Denn eine solche Einstellung übersteigt jedenfalls die Rückweisungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz.<sup>190</sup> Eine andere Frage ist hingegen, ob bzw. ab welchem Zeitpunkt ein Betroffener allenfalls bei der FINMA selbst gestützt auf Art. 25a VwVG die Einstellung des Enforcementverfah-

rens beantragen könnte.<sup>191</sup> Prinzipiell wird die Einstellung des Enforcementverfahrens den Betroffenen jedoch lediglich in einem informellen Schreiben mitgeteilt.<sup>192</sup> Eine Verfahrenseinstellung im technischen Sinn, d.h. durch eine formelle Einstellungsverfügung, ist weder in der Finanzmarktgesetzgebung noch im allgemeinen Verwaltungsrecht vorgesehen.<sup>193</sup> Eine Verfahrenseinstellung wie sie im Strafverfahren<sup>194</sup> vorgesehen ist, gibt es im FINMA-Enforcementverfahren daher nicht.

### 3.2 Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdelegitimation in Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen der FINMA richtet sich nach Art. 48 VwVG; bei Zwischenentscheiden ist zusätzlich Art. 46 VwVG zu beachten. Nach Art. 48 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Wer Beschwerde führen darf, ist auch Partei i.S.v. Art. 6 VwVG.<sup>195</sup>

Insbesondere in Unterstellungsfällen richten sich Verfügungen der FINMA regelmässig an mehrere Adressaten (juristische und natürliche Personen), welche untereinander wiederum in unterschiedlichster Weise miteinander verbunden sind. Dabei treffen die im Verfügungsdispositiv aufgeführten Feststellungen und Massnahmen die unterschiedlichen Verfügungsadressaten je in unterschiedlicher Weise. Entsprechend stellt sich für die involvierten natürlichen Personen regelmässig die Frage, gegen welche der im Dispositiv enthaltenen Feststellungen und Massnahmen sie selber Beschwerde erheben können. Dies umso mehr, als die in solchen Verfügungen gegenüber den juristischen Personen getroffenen Feststellungen und Massnahmen regelmässig auch – zumindest indirekt – Auswirkungen auf die ebenfalls involvierten natürlichen Personen haben.

Klar dürfte sein, dass eine von einem Enforcementverfahren betroffene natürliche Person im Rahmen von Art. 48 VwVG mit Bezug auf alle sie direkt betreffenden

<sup>186</sup> Vgl. EGLI (FN 172), § 15 N 24 ff.

<sup>187</sup> Vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2, m.w.H.; BGE 131 V 164 E. 2.1; Urteil des BVGer B-6262/2015 vom 18. März 2016 E. 1.4.

<sup>188</sup> Vgl. u.a. BVGer Urteil B-3092/2016 vom 25. April 2018 E. 3.5 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2018 IV/4).

<sup>189</sup> Vgl. statt vieler BGE 132 II 382 E. 1.2.2.; Urteil des BGer 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 1.3.4; Urteil des BVGer B-5688/2016 vom 6. November 2018 E. 1.3.1 f.; Urteil des BVGer B-2188/2016 vom 4. Dezember 2017 E. 1.2.4.

<sup>190</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 1.2 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2018 IV/5).

<sup>191</sup> Die entsprechende Verfügung der FINMA (Art. 25a Abs. 2 VwVG) könnte alsdann an das Bundesverwaltungsgericht (und anschliessend an das Bundesgericht) weitergezogen werden.

<sup>192</sup> Vgl. ZULAUF ET AL. (FN 25), 212.

<sup>193</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 1.2 (nicht publizierte Erwägung in BVGE 2018 IV/5); Immerhin ist die FINMA nach Art. 22 Abs. 3 FINMAG verpflichtet, in Fällen, in welchen über ein Verfahren informiert wurde, unverzüglich auch über dessen Einstellung zu informieren. Eine anfechtbare Verfügung hat zudem trotz Verfahrenseinstellung zumindest hinsichtlich der Kostenfolgen zu ergehen, falls diese gleichfalls zulasten des Betroffenen ausfallen, vgl. hierzu unten Abschnitt III.4.1; vgl. ZULAUF ET AL. (FN 25), 212.

<sup>194</sup> Art. 319 ff. StPO.

<sup>195</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_428/2017 vom 26. Juni 2018 E. 3.1; EGLI (FN 172), § 15 N 40 ff.

Dispositivziffern zur Beschwerde legitimiert ist, gilt sie diesbezüglich doch als materielle (primäre) Verfügungsadressatin.<sup>196</sup> Hat die natürliche Person ferner bei einer oder bei mehreren der ebenfalls involvierten juristischen Personen eine aktuelle Organstellung, kann sie – im Rahmen ihrer Zeichnungsberechtigung – im Namen der juristischen Personen auch die die Letztere betreffenden Feststellungen und Massnahmen anfechten.<sup>197</sup>

Etwas komplexer gestaltet sich die Situation hingegen, wenn die natürliche Person ihre Organstellung in den betreffende(n) Gesellschaft(en) noch vor der Beschwerdeerhebung verloren hat. Hier stellt die Rechtsprechung im Wesentlichen darauf ab, aus welchem Grund die natürliche Person ihre Organstellung verloren hat: Wurde die juristische Person von der FINMA aufsichtsrichtlich in Liquidation oder in Konkurs versetzt und hat die natürliche Person ihre Organstellung bzw. ihre Vertretungsbefugnisse in der betreffenden Gesellschaft deswegen verloren, ist sie weiterhin berechtigt, die entsprechende Verfügung der FINMA im Namen der Gesellschaft anzufechten.<sup>198</sup> Die Begründung hierfür ist, dass es mit der Rechtsweggarantie<sup>199</sup> nicht vereinbar wäre, wenn in einer solchen Konstellation nur noch ein Beauftragter der Vorinstanz – regelmässig der sog. Untersuchungsbeauftragte – als befugt angesehen würde, für die entsprechende juristische Person zu handeln und gegebenenfalls eine Verfügung der Vorinstanz anzufechten.<sup>200</sup> Denn der Untersuchungsbeauftragte wird in dieser Konstellation kaum ein Interesse daran haben, eine Verfügung seiner Auftraggeberin anzufechten.

Im Übrigen ist eine von einem Enforcementverfahren betroffene natürliche Person nach der aktuellen Praxis grundsätzlich nicht befugt, (in eigenem Namen) Rechtsbegehren für andere Parteien – namentlich der von ihr nicht (mehr) vertretenen und vom Enforcementverfahren ebenfalls betroffenen juristischen Personen – zu stellen.<sup>201</sup> Hat die natürliche Person ihre Zeichnungsberechtigung für die juristische Person daher nicht durch

eine Verfügung der FINMA, sondern etwa durch ihren eigenen Rücktritt aus der Organstellung oder aufgrund eines nicht durch die FINMA verfügten Konkurses nach den konkursrechtlichen Vorgaben<sup>202</sup> verloren, ist sie auch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht legitimiert, die die juristische Person betreffenden Feststellungen und Massnahmen anzufechten.<sup>203</sup> Das Gleiche gilt, wenn die betroffene natürliche Person bei der juristischen Person gar nie über Organstellung bzw. Zeichnungsberechtigung verfügt hat, sie jedoch unter Umständen mit der juristischen Person in anderer Weise (eng) verbunden ist.<sup>204</sup>

Einzig die Tatsache, dass sich Feststellung und Massnahmen gegenüber den juristischen Personen indirekt auch auf die ebenfalls involvierte natürliche Person auswirken, reicht in der Regel nicht aus, um eine Beschwerdebefugnis der natürlichen Personen bezüglich der die juristischen Personen betreffenden Anordnungen zu begründen. Sogenannte Drittbeschwerden (pro Adressatin) werden in Unterstellungsverfahren in der Praxis grundsätzlich nicht zugelassen.<sup>205</sup> Diese relativ restriktive Legitimationspraxis wird jedoch dadurch wesentlich entschärft, dass in solchen Konstellationen die gegenüber der juristischen Person ergangenen Entscheide aufgrund fehlender Identität der Parteien der natürlichen Person in ihrem eigenen (allfälligen) Beschwerdeverfahren nicht als rechtskräftig entgegengelassen werden können.<sup>206</sup> Die Praxis ist daher im Hinblick auf die Rechtsweggarantie<sup>207</sup> nicht zu beanstanden.

### 3.3 Aufschiebende Wirkung

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht hat von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung.<sup>208</sup> Einer besonderen Anordnung bedarf es hierfür nicht.<sup>209</sup> In gewissen (Finanzmarkt-)Gesetzen sind jedoch Ausnah-

<sup>196</sup> Vgl. MARANTELLI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 48 N 10.

<sup>197</sup> Art. 54 f. ZGB; MARANTELLI/HUBER, (FN 196) Art. 6 N 14. Faktische Organe werden nach der Rechtsprechung nur ausnahmsweise zur Beschwerdeführung gegen die der fraglichen Gesellschaft auferlegten Massnahmen zugelassen, nämlich wenn eine Gesellschaft bspw. zufolge Rücktritts über keine (ehemals zeichnungsberechtigten) Organe mehr verfügt; vgl. Urteil des BVGer B-6749/2014 vom 17. Februar 2016 E. 1; Urteil des BVGer B-7861/2008 vom 24. September 2009 E. 2.2., Urteil des BVGer B-4312/2008 vom 31. Juli 2009 E. 1.6.3.3.

<sup>198</sup> Vgl. zu dieser Konstellation statt vieler BGE 132 II 382 E. 1.1; BGE 131 II 306 E. 1.2, m.w.Nw.; Urteil des BVGer B-3380/2015 vom 21. August 2017 E. 1.2.

<sup>199</sup> Art. 29a BV.

<sup>200</sup> Vgl. Urteil des BGE 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.1; Urteil des BVGer B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 1.2.2.

<sup>201</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-2188/2016 vom 4. Dezember 2017 E. 1.2.3., Urteil des BVGer B-5712/2015/B-6430/2015 vom 10. November 2017 E. 1.5.

<sup>202</sup> Art. 240 SchKG.

<sup>203</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-6258/2016 vom 2. Dezember 2016 (Rücktritt aus Organstellung), Urteil des BVGer B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 1.2.2 (nicht durch FINMA verfügter Konkurs).

<sup>204</sup> So wurde etwa der ehemalige Arbeitnehmer einer Verfügungsadressatin als nicht legitimiert erachtet, gegen die Unterstellungsverfügung Beschwerde zu erheben (Drittbeschwerdeführung pro Adressatin), vgl. Urteil des BVGer B-222/2016 vom 21. April 2017 sowie das diesbezügliche Urteil des BGE 2C\_428/2017 vom 26. Juni 2018; ebenso genügt die Eigentümerstellung an einer Aktiengesellschaft als Allein- oder Mehrheitsaktionär und die wirtschaftliche Berechtigung grundsätzlich nicht für die Beschwerdelegitimation, um eine Unterstellungsverfügung anzufechten, soweit sie sich gegen die juristische Person richtet, vgl. Urteil des BVGer B-6736/2013 vom 22. Mai 2014 E. 1.2.

<sup>205</sup> Vgl. Urteile des BVGer B-222/2016 vom 21. April 2017; Urteile des BVGer B-4293/2008 vom 28. Januar 2009.

<sup>206</sup> Vgl. hierzu Abschnitt III.2.

<sup>207</sup> Art. 29a BV.

<sup>208</sup> Art. 55 Abs. 1 VwVG.

<sup>209</sup> Vgl. SEILER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 55 N 7.

men von der aufschiebenden Wirkung statuiert.<sup>210</sup> Die aufschiebende Wirkung kann bei Verfügungen, die keine Geldleistung zum Gegenstand haben, entzogen werden.<sup>211</sup>

Mit der aufschiebenden Wirkung tritt die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Rechtsfolge oder Rechtswirkung, soweit sie Streitgegenstand bildet, vorläufig nicht ein, sondern wird bis zum Beschwerdeentscheid gehemmt. Der bestehende Rechtszustand wird für die Dauer des Beschwerdeverfahrens erhalten. Die mit der Verfügung getroffene Rechtslage ist damit gewissermassen in einem Schwebezustand.<sup>212</sup> Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die beschwerdeführende Person die nachteilige Wirkung der Verfügung solange nicht fühlen zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist.<sup>213</sup>

In Berufsverbotsfällen hat sich die aufschiebende Wirkung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht für die Betroffenen in der Praxis indes als zweischneidiges Schwert erwiesen. Denn Berufsverbote können «faktisch» bereits eine gewisse Wirkung zeitigen,<sup>214</sup> bevor ein rechtskräftiger Entscheid vorliegt: In der Finanzbranche, in der die Reputation eines Mitarbeiters besonders wichtig ist, haben potenzielle Sanktionen eine Wirkung. Selbst wenn ein Enforcementverfahren gegen einen Mitarbeiter erst eröffnet wird, aber noch kein Tätigkeits- oder Berufsverbot verfügt wird, hat dies in der heutigen Zeit, in welcher viele Finanzinstitute eine «Nulltoleranz» propagieren, fast schon zwangsläufig zur Folge, dass ein drohendes Verbot faktisch vorwirkt.<sup>215</sup> Verliert eine betroffene natürliche Person im Rahmen eines Enforcementverfahrens ihre Stelle und wird ihr in der Folge von der FINMA ein Berufsverbot auferlegt, ist es für diese Person in der Regel schwierig, in der Finanzbranche eine gleichartige neue Anstellung zu finden.<sup>216</sup> Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die betroffene Person die Anordnung des Berufsverbots durch die FINMA vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochten hat und das Berufsverbot somit zumindest für die Zeit des Beschwerdeverfahrens noch nicht rechtswirksam ist. Wird die Beschwerde des Betroffenen abgewiesen, beginnt die Berufsverbotsdauer erst mit dem

Endurteil des Bundesverwaltungsgerichts zu laufen, obwohl die Wirkung des Berufsverbots faktisch unter Umständen bereits mit der erstinstanzlichen Eröffnung des Enforcementverfahrens eingesetzt hat. Angesichts der Tatsache, dass ein entsprechendes Rechtsmittelverfahren unter Umständen Jahre dauern kann, kann diese faktische Vorwirkung für den Betroffenen durchaus ins Gewicht fallen.

Um einer solchen ungewollten faktischen «Verlängerung» der Berufsverbotsdauer im Beschwerdeverfahren zuvorzukommen, haben Betroffene damit begonnen, vor Bundesverwaltungsgericht bei Beschwerdeeinreichung den Entzug der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde zu beantragen. Damit soll ein unpräjudizieller vorzeitiger Sanktionsantritt erwirkt werden, wie ihn das Strafrecht mit dem vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzug nach Art. 236 StPO kennt.<sup>217</sup> Dieses Vorgehen hat den Vorteil, dass das Berufsverbot (nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich) bereits während der Dauer des Beschwerdeverfahrens wirkt und im Falle einer Beschwerdeabweisung entsprechend an die Gesamtdauer angerechnet würde.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid einem solchen Antrag des Beschwerdeführers stattgegeben und der Beschwerde gegen ein Berufsverbot die aufschiebende Wirkung entzogen.<sup>218</sup> Soweit ersichtlich gibt es in solchen Konstellationen denn auch keine dem entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers entgegenstehende Interessen (allfälliger Drittparteien), weshalb solche Anträge in der Regel wohl vom Gericht gutgeheissen werden dürften. Noch offen ist indes die vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid aufgeworfene Frage, wie das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers mit Bezug auf den Entscheid in der Hauptsache zu beurteilen ist, falls ihm mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung der sofortige Antritt des Berufsverbots gewährt wird und er die Berufsverbotsdauer bereits absolviert hat, bevor der Beschwerdeentscheid in der Hauptsache getroffen werden konnte.<sup>219</sup> Bereits aufgrund der doch erheblichen Auswirkungen eines Berufsverbots auf die Reputation der betroffenen natürlichen Person wäre das Rechtsschutzinteresse jedoch wohl auch in einem solchen Fall weiterhin zu bejahen.<sup>220</sup>

<sup>210</sup> Vgl. EGLI (FN 170), § 15 N 28. Es betrifft v.a. Art. 141 Abs. 2 FinfraG (Übernahmesachen), Art. 24 Abs. 3 BankG (Bankenkonzern) und Beschwerden gegen Tarifverfügungen nach Art. 84 Abs. 3 VAG.

<sup>211</sup> Art. 55 Abs. 2 VwVG.

<sup>212</sup> Vgl. SEILER (FN 206), Art. 55 N 8, m.w.H.

<sup>213</sup> Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. Basel 2013, N 3.19.

<sup>214</sup> Vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-488/2018 vom 26. März 2018 E. 3.3.

<sup>215</sup> Vgl. URS BERTSCHINGER, *Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins vierte Quartal 2018*, SZW 2018, 708–725, 719; Zwischenentscheid des BVGer B-488/2018 vom 26. März 2018.

<sup>216</sup> Vgl. BERTSCHINGER (FN 215), 719; Zwischenentscheid des BVGer B-488/2018 vom 26. März 2018.

<sup>217</sup> Vgl. BERTSCHINGER (FN 215), 719; Zwischenentscheid des BVGer B-488/2018 vom 26. März 2018.

<sup>218</sup> In Dreierbesetzung ergangener Zwischenentscheid des BVGer B-488/2018 vom 26. März 2018.

<sup>219</sup> Das Bundesverwaltungsgericht führt diesbezüglich aus, dass in diesen Fällen der Wegfall des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses in Betracht zu ziehen wäre, weil die ganze oder teilweise absolvierte Berufsverbotsdauer mit einem positiven Entscheid in der Hauptsache nicht rückgängig gemacht werden könnte; Zwischenentscheid des BVGer B-488/2018 vom 26. März 2018 E. 4.1.

<sup>220</sup> Vgl. ebenso URS ZULAUF, *Berufsverbot der FINMA: «Verzicht» auf die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde* 22. Mai 2018, abrufbar unter <https://urszulauf.ch/#kommentare> (zuletzt besucht am 28. August 2019), wonach ein Beschwerdeführer auch nach Ablauf

## 4. Kosten und Entschädigung

### 4.1 Im Verfahren vor der FINMA

Enforcementverfahren der FINMA können erhebliche Verfahrens- und Untersuchungskosten generieren. Für von einem Enforcementverfahren betroffene natürliche Personen stellt sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sie diese Kosten zu tragen haben. Die Kosten eines von der FINMA eingesetzten Untersuchungsbeauftragten sind grundsätzlich durch die Beaufsichtigten zu tragen.<sup>221</sup> Diese Kostenregelung folgt dem Störer- bzw. Verursacherprinzip<sup>222</sup> und findet auch auf Finanzintermediäre Anwendung, die in Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen bewilligungslos tätig waren.<sup>223</sup> Die FINMA erhebt zudem Gebühren für Dienstleistungen und im Einzelfall für Aufsichtsverfahren.<sup>224</sup> Gebührenpflichtig ist auch hier, wer eine Verfügung veranlasst.<sup>225</sup>

Für eine von einem Enforcementverfahren betroffene natürliche Person bedeutet dies, dass ihr für das Enforcementverfahren auch dann Untersuchungs- und Verfahrenskosten auferlegt werden können, wenn sich der Anfangsverdacht der FINMA letztlich als unbegründet herausstellen sollte.<sup>226</sup> Denn Veranlassen bzw. Verursachen im dargelegten Sinn ist nicht gleichbedeutend mit einem Verfahrensausgang zu Ungunsten der Verfügungsadressaten. Auch Aufsichtsverfahren, die im Ergebnis einzustellen sind, weil sich ergibt, dass die Beaufsichtigten nicht gegen Aufsichtsbestimmungen verstossen haben, können zu einer Kostenpflicht der Betroffenen führen, sofern diese Anlass zum Aufsichtsverfahren gegeben haben.<sup>227</sup> Die Frage, ab wann jemand «zu einem Aufsichtsverfahren Anlass gibt», kann nicht abstrakt, sondern nur mit Blick auf den konkreten Einzelfall beurteilt werden. Die Praxis ist im Grossen und Ganzen jedoch relativ streng, weshalb Aufsichtsverfahren für die davon Betroffenen häufig – unabhängig vom Verfahrensausgang – Kostenfolgen nach sich ziehen, sofern zumindest ein begründeter Anfangsverdacht vorhanden war.<sup>228</sup>

In Unterstellungsverfahren ist zudem zu beachten, dass vor allem in Fällen von gruppenweiser unbewilligter Tätigkeit die gesamten Untersuchungs- und Verfahrenskosten den darin involvierten natürlichen und juristischen Personen in solidarischer Haftung auferlegt werden können.<sup>229</sup> Eine solidarische Auferlegung der Verfahrens- und Untersuchungskosten nicht nur den unbewilligt tätigen juristischen Personen, sondern auch den natürlichen Personen, setzt jedoch voraus, dass den Letzteren eine wesentliche Mitverantwortung an der unbewilligten Tätigkeit vorgeworfen werden kann. Denn nur wenn im Einzelfall ein massgeblicher Beitrag der natürlichen Person an die unbewilligte Tätigkeit der juristischen Personen als Gruppe erstellt ist, gilt auch die natürliche Person letztlich selbst als Teil dieser Gruppe und hat die entsprechenden Kosten solidarisch zu tragen.<sup>230</sup> Andernfalls ist die solidarische Auferlegung der für das gesamte Enforcementverfahren entstandenen Verfahrens- und Untersuchungskosten auf die natürliche Person als unzulässig zu werten.<sup>231</sup> In Frage kommt in solchen Fällen wohl einzig noch eine anteilmässige Kostenauflegung mit Bezug auf die durch die natürliche Person ihrerseits verursachten Untersuchungs- und Verfahrenskosten.

Lässt die betroffene natürliche Person sich sodann bereits im Verfahren vor der FINMA anwaltlich vertreten, ist ferner zu beachten, dass sie die von ihr hierfür aufgewendeten Kosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens selber zu tragen hat. Denn für das Enforcementverfahren vor der FINMA als erstinstanzliches Verwaltungsverfahren wird grundsätzlich keine Parteientschädigung zugesprochen, da weder das VwVG noch das FINMAG hierfür eine Grundlage enthält.<sup>232</sup> Ob diese Praxis gerade angesichts der Komplexität solcher Enforcementverfahren mit den einschlägigen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben, insbesondere mit der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und dem An-

der Dauer seines Berufsverbots immer noch ein konkretes, erhebliches und offensichtliches Interesse an einem Gerichtsurteil über die Rechtmässigkeit des gegen ihn ausgesprochenen Berufsverbots habe.

<sup>221</sup> Art. 36 Abs. 4 FINMAG.

<sup>222</sup> Art. 15 Abs. 1 FINMAG.

<sup>223</sup> Vgl. BGE 137 II 284 E. 4.2.2.

<sup>224</sup> Art. 15 Abs. 1 Satz 1 FINMAG.

<sup>225</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a FINMA-GebV; zum Ganzen statt vieler Urteile des BVGer B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 5 und B-5688/2016 vom 6. November 2018 E. 7.1.

<sup>226</sup> Vgl. BGE 132 II 382 E. 5; Urteil des BGer 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004 E. 2.5.

<sup>227</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV; Urteile des BVGer B-488/2018 vom 17. Januar 2019 E. 7 und B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 10.2.

<sup>228</sup> Vgl. hierzu Urteile des BVGer B-488/2018 vom 17. Januar 2019 E. 7 und B-2188/2016 vom 4. Dezember 2017 E. 6 (Beschwerde gegen die von der FINMA auferlegten Verfahrenskosten abgewiesen, obschon die Beschwerde im Übrigen, d.h. in den materiellen

Punkten, (teilweise) gutgeheissen wurden); Urteil B-422/2015 vom 8. Dezember 2015 E. 5.3 (Kostentragungspflicht der Betroffenen trotz Verfahrenseinstellung bejaht); eine etwas andere Ausgangslage bestand hingegen in BVGer B-3092/2016 vom 25. April 2018 E. 4 (nicht in BVGE 2018 IV/4 publizierte Erwägung), wo (auch) die Beschwerde gegen die Auferlegung der Verfahrenskosten gutgeheissen wurde, da der relevante Sachverhalt bereits mit dem Verfahren gegen die Bank hinreichend geklärt war und für die FINMA kein Anlass für die Eröffnung eines Enforcementverfahrens gegen die involvierte natürliche Person bestand.

<sup>229</sup> Vgl. statt vieler Urteil des BGer 2C\_91/2010 vom 10. Februar 2011 E. 4.6.2; Urteil des BVGer B-6749/2014 vom 17. Februar 2016 E. 4.1.3; Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 8.7.

<sup>230</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-5688/2016 vom 6. November 2018 E. 7, Urteil des BVGer B-1561/2016 E. 7 und 9.

<sup>231</sup> Vgl. BGE 135 II 356 E. 6.2.2; Urteil des BVGer B-5688/2016 vom 6. November 2018 E. 7 und Urteil des BVGer B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. e5.

<sup>232</sup> Vgl. BGE 132 II 47 E. 5.2 (keine analoge Anwendung von Art. 64 VwVG auf erstinstanzliche Verwaltungsverfahren); Urteil des BVGer B-844/2015 vom 19. Dezember 2017, E. 11.2; MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 64 N 1.

spruch auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK), vereinbar ist, darf zumindest bezweifelt werden.<sup>233</sup> Es wäre hier primär am Gesetzgeber, eine entsprechende Rechtsgrundlage zu schaffen.

#### 4.2 Im Rechtsmittelverfahren

Anders als das Verfahren vor der FINMA richtet sich das Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht sowie auch jenes vor Bundesgericht im Regelfall nach dem Unterliegerprinzip.<sup>234</sup> Obsiegt die betroffene Person in einem Rechtsmittelverfahren gegen eine Enforcementverfügung der FINMA vollumfänglich, hat sie somit in der Regel keine Verfahrenskosten zu tragen. Zudem hat sie im Falle eines Obsiegens im Rechtsmittelverfahren einen Anspruch auf Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässige Kosten (Parteientschädigung).<sup>235</sup> Hierbei können jedoch einzig die anwaltlichen Kosten für das Beschwerdeverfahren, nicht auch jene für das Verfahren vor der FINMA geltend gemacht werden. Obsiegt sie mit ihrer Beschwerde nur teilweise, hat sie reduzierte Verfahrenskosten zu tragen und erhält eine ebenfalls entsprechend reduzierte Parteientschädigung zugesprochen. Zu beachten ist jedoch, dass die beschwerdeführende Partei sowohl vor Bundesverwaltungsgericht als auch vor Bundesgericht regelmässig einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten zu leisten hat.<sup>236</sup> Dieser wird ihr im Falle eines Obsiegens nach Eintritt der Rechtskraft des entsprechenden Urteils zurückerstattet.

#### 4.3 Prozessfinanzierung

Eine von einem Enforcementverfahren betroffene natürliche Person hat grundsätzlich sowohl im Verfahren vor der FINMA als auch im Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht und anschliessend vor Bundesgericht Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die natürliche Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.<sup>237</sup> Sofern das Einkommen der natürlichen Person genügend hoch ist, soll dieses für die Finanzierung des Prozesses verwendet werden. Falls kein Einkommen zur Verfügung steht und das Vermögen der natürlichen Person einen

angemessenen «Notgroschen» übersteigt, ist ihr zumutbar, dieses Vermögen zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden.<sup>238</sup> Soweit es für die natürliche Person zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.<sup>239</sup>

Wenn die FINMA den dringenden Verdacht hat, dass aufsichtsrechtliche Sanktionen gegen die Kapitalgesellschaft und die natürliche Person (Organ und Aktionär) zu verhängen sind, wird sie in der Regel superprovisorische Massnahmen anordnen und die Mittel der Gesellschaft beschlagnehmen. Die Gesellschaft hat grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.<sup>240</sup> Die natürliche Person kann in ihrer Funktion als (ehemaliges) Organ der Gesellschaft die Verfahrensleitung um Freigabe angemessener Mittel zur Deckung der Prozesskosten und der Kosten der Rechtsvertretung zugunsten der Gesellschaft ersuchen.<sup>241</sup> Dieses Vorgehen ist für die natürliche Person ebenfalls von Vorteil, wenn die Bemühungen des Anwalts der Gesellschaft gewisse Synergien für die natürliche Person mit sich bringen.

Die FINMA muss auf entsprechendes Gesuch um Mittelfreigabe darüber entscheiden, ob für die Prozessführung die bei der Gesellschaft beschlagnahmten Mittel freizugeben sind. Bei dieser Entscheidung ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Gesuchstellers an der Prozessführung einerseits und den Interessen der Gläubiger andererseits vorzunehmen.<sup>242</sup> Es ist unter anderem zu prüfen, ob der Parteiantrag im Zeitpunkt seiner Einreichung als aussichtslos erschien oder ob zumindest minimale Erfolgchancen bestanden.<sup>243</sup> Wenn die Gesellschaft überschuldet ist, sind die Gläubigerinteressen in jedem Fall höher zu gewichten.

Der Umfang der Mittelfreigabe liegt im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz und richtet sich in der Regel nach Erfahrungswerten. Für Gesuchsteller könnte es sich lohnen, nachvollziehbar aufzuzeigen, wofür die beantragten Mittel erforderlich sind. Hier würde es sich anbieten, ein Budget für die künftig notwendigen Handlungen des Rechtsvertreters darzulegen, wobei an die

<sup>233</sup> Vgl. kritisch hierzu MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar über das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren VwVG, 2. Aufl. Zürich/St.Gallen 2018, Art. 64 N 1 Fn. 3, m.w.H.

<sup>234</sup> Art. 63 f. VwVG i.V.m. Art. 1 ff. VGKE; Art. 66 BGG.

<sup>235</sup> Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE; Art. 68 BGG; LUKAS MÜLLER/SANDRO E. OBRIST/PATRIK ODERMATT, Streitpunkt Parteientschädigung – Das Kriterium der Notwendigkeit bei berufsmässiger Vertretung zur Bestimmung der Parteientschädigung, AJP 8/2016, 979–989, 979 ff.

<sup>236</sup> Art. 63 Abs. 4 VwVG; Art. 62 BGG.

<sup>237</sup> Vgl. MARTIN KAYSER, Erfolgsaussichten Bedürftiger, in: Jusletter 15. April 2019.

<sup>238</sup> Der Notgroschen beträgt in der Regel ca. CHF 15'000 bis CHF 20'000; vgl. MAILLARD (FN 232), Art. 65 N 16.

<sup>239</sup> Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 65 VwVG; Art. 64 BGG.

<sup>240</sup> Vgl. BGE 143 I 328 E. 3. Im Beschwerdeverfahren B-7892/2016 hat das Bundesverwaltungsgericht immerhin einer Kapitalgesellschaft unentgeltliche Rechtspflege gewährt; vgl. den im Urteil des BVGer B-7892/2016 Bst. F erwähnten, unveröffentlichten Zwischenentscheid.

<sup>241</sup> Vgl. Urteil des BGer 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001 E. 3b/aa, m.w.Nw.; Urteil des BVGer B-7095/2013 vom 6. August 2014 E. 2.2.1 und Urteil des BVGer B-6648/2015 vom 17. März 2017 E. 1.7.4; Urteil des BVGer B-6651/2015 vom 17. März 2017 E. 1.7.4.

<sup>242</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-6648/2015 vom 17. März 2017, E. 1.7.5 und Urteil des BVGer B-6651/2015 vom 17. März 2017 E. 1.7.5.

<sup>243</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-6648/2015 vom 17. März 2017, E. 1.7.5 und Urteil des BVGer B-6651/2015 vom 17. März 2017 E. 1.7.5.

entsprechende Budgetierung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden sollten.<sup>244</sup>

und welche Rügen sie im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens sinnvollerweise vorbringen könnten.

#### IV. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen für letztere nicht nur weitreichende persönliche Konsequenzen haben können, sondern in der Praxis auch regelmässig verschiedene verfahrensrechtliche Fragen aufwerfen. Dies ist im Wesentlichen dadurch begründet, dass die entsprechenden Verfahren meistens in enger sachlicher Verbindung zu allenfalls vorgelagerten oder auch parallel laufenden Verfahren gegen das Institut selbst oder gegen weitere involvierte Personen stehen. Dabei ergibt sich, dass die korrekte Erfassung der verfahrensrechtlichen Stellung der betroffenen natürlichen Person in den einzelnen Enforcementverfahren in der Praxis von immanenter Bedeutung ist. Denn von der konkreten verfahrensrechtlichen Stellung hängt es ab, welche verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten der natürlichen Person in diesen Verfahren zukommen und inwiefern sie sich allenfalls gegen einen missliebigen Entscheid der FINMA wehren kann. Dabei ist es grundsätzlich an der FINMA zu bestimmen, in welcher Reihenfolge sie gegen wen vorgehen möchte und ob diese Verfahren gemeinsam oder getrennt geführt werden.<sup>245</sup> Unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart ist jedoch sowohl im Verfahren vor der FINMA als auch in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren sicher zu stellen, dass die Parteien ihre verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten effektiv wahrnehmen können. So haben die von einem Enforcementverfahren betroffenen natürlichen Personen etwa auch in umfangreichen Fällen betreffend grosse Institute einen Anspruch darauf, dass die FINMA – unabhängig von der gewählten Vorgehensweise – den Sachverhalt mit Bezug auf die ihnen gegenüber erhobenen Vorwürfe abklärt und bereits im provisorischen Sachverhalt nachvollziehbar und schlüssig wiedergibt. Für die Betroffenen muss es möglich sein, zu beurteilen, auf welche Handlungen oder Unterlassungen die FINMA die Anordnung einer Massnahme stützt. Dies wiederum erlaubt es, die Wesentlichkeit in Bezug auf Akteneinsicht, Stellen von Beweisanträgen, Beibringen von Beweisen und Äusserung zum Beweisergebnis einzuschätzen und entsprechend vorzugehen. Die Wahrung der vorliegend skizzierten Rechte und Pflichten im Verfahren vor der FINMA ermöglicht es den Betroffenen schliesslich auch, besser abzuschätzen, ob und mit Bezug auf welche Anordnungen sie allenfalls eine Beschwerde erheben sollten

<sup>244</sup> Vgl. MÜLLER/OBRIST/ODERMATT (FN 235), 984.

<sup>245</sup> Zu den verschiedenen Möglichkeiten vgl. Abschnitt II.2.