



---

Abteilung II  
B-6838/2018

## Urteil vom 13. September 2019

---

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Ronald Flury,  
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch  
Dr. iur. Nathan Landshut, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Verfahrenskosten.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) schloss mit Verfügung vom 11. November 2014 ein Enforcementverfahren gegen die X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Bank) zu ihrem Devisenhandel in der Schweiz ab. Die Vorinstanz stellte fest, dass Händler des Devisenspothandelsdesks in Zürich wiederholt und über längere Zeit zumindest versucht hatten, Devisenreferenzwerte zu manipulieren; zudem hatte die Bank zur Profitmaximierung wiederholt gegen die Interessen ihrer Kunden verstossen. Treuwidriges Verhalten wurde auch im Edelmetallspothandel festgestellt. Aufgrund des Mitarbeiterverhaltens und der Verletzung von Organisationsvorschriften in Form von ungenügendem Risikomanagement, ungenügenden Kontrollen und ungenügender Compliance im Devisenhandel versties die Bank schwer gegen die aufsichtsrechtliche Anforderung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Zur Abklärung der individuellen Vorwerfbarkeit des untersuchten Marktverhaltens führte die Vorinstanz Enforcementverfahren gegen die involvierten Mitarbeiter durch.

**A.b** Mit Verfügung vom 18. Dezember 2015 stellte die Vorinstanz fest, dass A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) in seiner Funktion als Devisenhandelsmitarbeiter für die schwere Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank (mit)verantwortlich gewesen sei, sprach gegen ihn ein Berufsverbot für die Dauer von sechs Monaten aus und auferlegte ihm die Verfahrenskosten von Fr. 30'000.–.

**A.c** Mit Urteil vom 11. Juni 2018 hiess das Bundesverwaltungsgericht die vom Beschwerdeführer dagegen geführte Beschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs gut, soweit darauf eingetreten wurde, hob die Verfügung vom 18. Dezember 2015 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück. Das Gericht führte aus, dass die Vorinstanz nach der Rückweisung die Sachvorbringen und Beweisanträge des Beschwerdeführers in Bezug auf die durch die Bank begangene schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen einer Überprüfung zu unterziehen haben werde. Komme sie zum Schluss, dass weitere Beweisabnahmen erforderlich seien, könne sie allenfalls eine Beweisselektion treffen. Gestützt auf die nötigen Beweisvorkehren habe sie die tatsächlichen Feststellungen zur Aufsichtsrechtsverletzung durch die Bank zu treffen und in der Sache neu zu verfügen.

**B.**

**B.a** Mit Schreiben vom 26. Juli 2018 informierte die Vorinstanz den Beschwerdeführer über die Wiederaufnahme des Verfahrens und ersuchte ihn, seine aktuelle berufliche Tätigkeit anzugeben und mitzuteilen, ob er seit seinem Ausscheiden bei der Bank bei einem von der Vorinstanz beaufsichtigten Institut tätig gewesen sei.

**B.b** Mit Schreiben vom 9. August 2018 äusserte sich der Beschwerdeführer, gab seine aktuelle berufliche Tätigkeit an und führte zudem aus, dass seit Sommer 2014 ein faktisches Berufsverbot gegen ihn bestehe, weshalb er seither bei keinem von der Vorinstanz beaufsichtigten Institut tätig gewesen sei.

**B.c** Mit Verfügung vom 1. November 2018 stellte die Vorinstanz das Enforcementverfahren gegen den Beschwerdeführer ein (Dispositiv-Ziff. 1) und auferlegte ihm Verfahrenskosten von Fr. 7'500.– (Dispositiv-Ziff. 2).

**C.**

Mit Eingabe vom 3. Dezember 2018 erhob der Beschwerdeführer dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und die Verfahrenskosten seien auf Staatskosten zu nehmen. In prozessualer Hinsicht seien die gesamten Akten des Enforcementverfahrens gegen ihn von der Vorinstanz beizuziehen.

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 28. Januar 2019 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde.

**E.**

Mit Stellungnahme vom 29. März 2019 hält der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren fest.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

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

### **2.**

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

### **3.**

**3.1** Die Vorinstanz führt aus, sie habe nach der Rückweisung durch das Bundesverwaltungsgericht, den Fall nochmals sorgfältig geprüft, sei aber zum Schluss gekommen, dass sich unter Berücksichtigung des Zeitablaufs eine Weiterführung des Verfahrens mit Blick auf eine allfällige Anordnung von Massnahmen weder als verhältnismässig noch als opportun erweise. Dabei habe insbesondere eine Rolle gespielt, dass der Untersuchungszeitraum inzwischen mehr als fünf Jahre zurückliege und die berufliche Karriere des Beschwerdeführers seither von der Untersuchung betroffen sei. Die Vorinstanz stützt die vorliegend strittige Verfahrenskostenaufgabe auf Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom

15. Oktober 2008 (FINMA-GebV, SR. 956.122). Gebührenpflichtig sei, wer eine Verfügung veranlasse. Der Begriff des Veranlassens sei jedoch nicht gleichbedeutend mit einem Verfahrensausgang zu Ungunsten des Adressaten. Vielmehr könnten auch Aufsichtsverfahren, die im Ergebnis einzustellen seien, zu einer Kostenpflicht des Betroffenen führen, sofern dieser jedenfalls genügend Anlass zum Verfahren gegeben habe. Die Kostenregelung folge grundsätzlich dem Störer- bzw. Verursacherprinzip, auf welchem weitgehend das gesamte Finanzierungskonzept der FINMA beruhe. In ihrer Vernehmlassung ergänzt die Vorinstanz, dass dieser Grundsatz vom Bundesverwaltungsgericht wiederholt bestätigt worden sei. Nicht jedes Setzen eines Anlasses bzw. jede Form des Verursachens sei ein Grund zur Verfahrenskostenaufgabe. Sei der Anfangsverdacht vollständig unbegründet gewesen, so dass gar kein Verfahren hätte eröffnet werden dürfen, könnten keine Kosten auferlegt werden. Sei das Verfahren rechtmässig eröffnet worden, habe mithin ein begründeter Anfangsverdacht bestanden, so treffe den Betroffenen grundsätzlich eine Kostentragungspflicht. Die Hürden für eine Verfahrenseröffnung würden hoch angesetzt, insbesondere mit Blick auf die möglichen negativen Konsequenzen für den Betroffenen. Im Falle einer Einstellung sei bei der Kostenfestsetzung zudem das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

**3.2** Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Legalitätsprinzips. Zur Begründung führt er aus, Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV sei keine genügende gesetzliche Grundlage, nach BGE 128 II 247 sowie BVGE 2017 II/1 gelte das Unterliegerprinzip und er habe vollständig obsiegt, weil das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung betreffend Berufsverbot vollumfänglich aufgehoben habe. Deshalb seien ihm keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Vorinstanz habe das Verursacherprinzip willkürlich angewendet. Allein aus der unbestimmten Bestimmung, wonach die Vorinstanz Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall erheben könne (Art. 15 Abs. 1 FINMAG), könne nicht geschlossen werden, dass Gebühren zu erheben seien, wenn ein Verfahren sanktionslos eingestellt werde, weil kein Fehlverhalten des Betroffenen vorgelegen habe.

#### **4.**

**4.1** Das Bundesgericht hat sich in BGE 128 II 247 ausführlich mit der Kostenaufgabe bei Einstellung einer Untersuchung durch die Wettbewerbskommission auseinandergesetzt. Das Urteil datiert vom 25. April 2002. Das Gericht hielt für das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) und Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 (GebV-KG, SR 251.2) fest,

dass Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes vom 4. Oktober 1974 (in der damaligen Fassung, AS 1975 65) die eigentliche gesetzliche Grundlage für die GebV-KG bilde (E. 2). Die Gesetzesbestimmung räume dem Bundesrat einen erheblichen Regelungsspielraum ein; Bemessungsgrundlagen und Höhe der Gebühren seien aber nicht im Gesetz umrissen, sondern auf Verordnungsstufe delegiert (E. 3). Die Gebührenpflicht nach Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes beziehe sich grundsätzlich auf alle erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, die von Organen der Bundesverwaltung durchgeführt würden (E. 4). Die Gebührenbemessung nach Art. 4 GebV-KG halte sich innerhalb des Delegationsrahmens (E. 5). Dabei gelte eine sinngemässe Anwendung des Unterliegerprinzips: Nur wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung gebe, d.h. mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach Art. 30 KG auslöse, könne mit Untersuchungskosten belastet werden (E. 6).

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in BVGE 2017 II/1 zur Kostenverlegung im (erstinstanzlichen) Aufsichtsverfahren nach Art. 52 des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009 (PBG, SR 745.1) ausgesprochen. Das Urteil erging zu Art. 2 der Gebührenverordnung BAV vom 25. November 1998 (GebV-BAV, SR 742.102). Das Gericht führte aus, die Bestimmung stütze sich auf Art. 46a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) mit demselben Gehalt wie Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes. Grundsätzlich gelte das Verursacherprinzip; es seien aber Konstellationen denkbar, in denen das Verursacherprinzip hinter das Unterliegerprinzip zurücktreten müsse (E. 8.3.3).

BGE 128 II 247 erging unter altem Recht und zum Kartellgesetz. BVGE 2017 II/1 betrifft das Aufsichtsverfahren unter dem Personenbeförderungsgesetz. Weder das Bundesgericht noch das Bundesverwaltungsgericht haben sich in der publizierten Rechtsprechung zur gesetzlichen Grundlage der Gebührenpflicht im Finanzmarktaufsichtsrecht ausdrücklich geäussert (vgl. BVGE 2016/31 zur gesetzlichen Grundlage der Aufsichtsabgabe im Finanzmarktaufsichtsrecht).

**4.2** Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der vorfrageweisen Überprüfung von Verordnungen des Bundesrates die gleiche Kognition wie das Bundesgericht. Bei unselbstständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sich der Bundesrat an die Gren-

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

**4.3** Die Vorinstanz stützt die Kostenaufgabe in der angefochtenen Verfügung auf Art. 5 FINMA-GebV. Die Verordnungsbestimmung kann im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle auf ihre Gesetzes- und Verfassungskonformität überprüft werden. Zunächst ist bei der vorfrageweisen Überprüfung zu klären, ob die Verordnung auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruht (nachfolgend E. 5). Liegt eine gesetzliche Ermächtigung vor, ist zu prüfen, ob die Verordnung die verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere die Grundsätze der Gesetzesdelegation, wahrt (nachfolgend E. 6). Sind Gesetzes- und Verfassungskonformität zu bejahen, ist die Verordnungsbestimmung und ihre gesetzlichen Grundlagen auszulegen (nachfolgend E. 7). Gestützt auf das Auslegungsergebnis ist alsdann zu entscheiden, ob die Kostenaufgabe im konkreten Fall zu Recht oder Unrecht erfolgte (nachfolgend E. 8).

## **5.**

**5.1** Gemäss Art. 182 BV erlässt der Bundesrat rechtsetzende Bestimmungen in der Form der Verordnung, soweit er durch Verfassung oder Gesetz

dazu ermächtigt ist (Abs. 1). Er sorgt für den Vollzug der Gesetzgebung, der Beschlüsse der Bundesversammlung und der Urteile richterlicher Behörden des Bundes (Abs. 2). Der Bundesrat hat die FINMA-GebV erlassen und am 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt (Art. 40 FINMA-GebV). Nach ihrem Ingress stützt sich der Erlass auf Art. 15 und Art. 55 FINMAG sowie auf Art. 46a RVOG.

## 5.2

**5.2.1** Die Bestimmung von Art. 15 FINMAG mit der Marginalie «Finanzierung» findet sich im 2. Abschnitt («Finanzierung und Finanzhaushalt») des 2. Kapitels («Organisation»). Die Botschaft führt aus, dass die bestehenden Regelungen über die Finanzierung der (bisherigen) drei Aufsichtsbehörden weitgehend übernommen und im FINMAG zusammengefasst wurden (Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG] vom 1. Februar 2006 [nachfolgend: Botschaft FINMAG], BBI 2006 2829, 2867). Art. 15 FINMAG sieht in Abs. 1 vor, dass die FINMA Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen erhebt (1. Satz). Zudem erhebt sie von den Beaufsichtigten jährlich pro Aufsichtsbereich eine Aufsichtsabgabe für die Kosten der FINMA, die durch die Gebühren nicht gedeckt sind (2. Satz). Abs. 2 listet die Kriterien für die Bemessung der Aufsichtsabgabe auf (Bst. a-d), Abs. 3 ermächtigt den Bundesrat, die Aufteilung der Aufsichtsabgabe in eine fixe Grundabgabe und eine variable Zusatzabgabe vorzusehen, Abs. 4 enthält eine Ermächtigung für die Einzelheiten, namentlich die Bemessungsgrundlagen, die Aufsichtsbereiche und die Aufteilung der durch die Aufsichtsabgabe zu finanzierenden Kosten unter den Aufsichtsbereichen (Bst. a-c). Im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 3 und Abs. 4 FINMAG, die den Bundesrat im Bereich «Aufsichtsabgaben» zur Rechtssetzung ermächtigen, enthält Art. 15 Abs. 1 FINMAG keine Ermächtigungsnorm. Die Norm wurde im Gesetzgebungsprozess herangezogen, um die Gebührenpflicht im Bereich «Aufsichtsverfahren» zu begründen, und entsprechend erläutert (vgl. Botschaft FINMAG, BBI 2006 2829, 2868; dazu unten E. 7.3.2). Sie enthält indes keine Ermächtigung zum Erlass rechtsetzender Bestimmungen über Gebühren, sondern bestimmt die Mittel für eine verursachergerechte Finanzierung der FINMA (Art. 15 Abs. 1 FINMAG).

**5.2.2** Die Bestimmung von Art. 55 FINMAG trägt die Marginalie «Ausführungsbestimmungen» und steht unter den «Schlussbestimmungen» (6. Kapitel) im Abschnitt über den «Vollzug» (1. Abschnitt). Sie statuiert

eine Vollzugskompetenz. Die Kompetenz des Bundesrates, Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz zu erlassen (Art. 55 Abs. 1 FINMAG), enthält keine Ermächtigung zur Rechtssetzung von Bestimmungen über Gebühren, da Gebühren den Kausalabgaben zuzurechnen sind (vgl. BGE 128 II 247 E. 2.2 und E. 3.1 zur GebV-KG unter altem Recht; zu Gebühren vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2756 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 57 Rz. 18 ff.; RENÉ WIEDERKEHR, Kausalabgaben, Kleine Schriften zum Recht, Bern 2015, S. 37).

**5.2.3** Die Bestimmung von Art. 46a RVOG hatte eine Vorgängerbestimmung in Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes vom 4. Oktober 1974 (AS 1975 65; nachfolgend: Haushaltverbesserungsgesetz). Das Haushaltsverbesserungsgesetz sah darin vor, dass der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung erlässt. Diese Bestimmung wurde im Rahmen des Bundesgesetzes über das Entlastungsprogramm 2003 vom 19. Dezember 2003 (AS 2004 1633) per 1. Januar 2005 aufgehoben und durch Art. 46a RVOG ersetzt.

Die Botschaft des Bundesrates zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt (EP 03) vom 2. Juli 2003 (nachfolgend: EP 03-Botschaft, BBI 2003 5615 ff.) hält zur Einführung der neuen Gebührenregelung fest (vgl. auch BGE 144 II 454 E. 5.5.2):

«Anders als die heutige Regelung hat die Neuregelung nicht mehr subsidiären Charakter. Mit dem neuen Artikel soll eine allgemeine Gesetzesgrundlage für die Gebührenerhebung durch den Bundesrat und die Bundesverwaltung geschaffen werden. Spezialgesetzliche Gebührenregelungen sollen nur noch dort erlassen werden, wo Besonderheiten oder Abweichungen normiert werden müssen. [...] Der neue Gebührenartikel stellt die formell-gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Gebühren für erstinstanzliche Verfügungen, Dienstleistungen sowie andere amtliche Verrichtungen dar. Die Gebühren für Beschwerdeentscheide sind im Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) geregelt. Eine Regelung des gesamten Gebührenbereichs im VwVG erscheint nicht sinnvoll, weil die amtlichen Verrichtungen, denen erstinstanzliche Verfügungen zugrunde liegen, sehr unterschiedlich sind und demzufolge eine Vielzahl von Gebührentarifen erfordern.» (BBI 2003 5615, 5760) [...] «Die Neuregelung gilt – wie die übrigen allgemeinen Regelungen über die Bundesverwaltung – auch für die dezentrale Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 3 RVOG), soweit nicht spezialrechtlich (z.B. in den Organisationserlassen) etwas anderes geregelt ist.» (BBI 2003 5615, 5761)

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

## **6.**

**6.1** Gemäss Art. 164 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben (Abs. 1 Bst. d). Rechtssetzungsbefugnisse können durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Abs. 2). Das Gesetz delegiert in Art. 46a RVOG Rechtssetzungsbefugnisse an den Bundesrat. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

<sup>1</sup> Der Bundesrat erlässt Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung.

<sup>2</sup> Er regelt die Erhebung von Gebühren im Einzelnen, insbesondere:

- a. das Verfahren zur Erhebung von Gebühren;
- b. die Höhe der Gebühren;
- c. die Haftung im Fall einer Mehrheit von Gebührenpflichtigen;
- d. die Verjährung von Gebührenforderungen.

<sup>3</sup> Bei der Regelung der Gebühren beachtet er das Äquivalenzprinzip und das Kostendeckungsprinzip.

<sup>4</sup> Er kann Ausnahmen von der Gebührenerhebung vorsehen, soweit dies durch ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung oder Dienstleistung gerechtfertigt ist.

**6.2** Die Gesetzesdelegation ist nach Rechtsprechung und Lehre zulässig unter den Voraussetzungen, dass sie durch die Verfassung nicht ausgeschlossen sein darf, die Delegationsnorm in einem formellen Gesetz enthalten sein muss, die Delegation auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt ist und die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im Gesetz selbst enthalten sind (vgl. etwa

BGE 141 II 169 E. 3.2-3.4; BGE 130 I 113 E. 2.2 zur Delegation bei Kausalabgaben; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 1872-1874; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 368; GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 415).

**6.3** Der Gesetzesvorbehalt für das Abgaberecht nach Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV schliesst die Gesetzesdelegation für Gebühren nicht aus. Verlangt wird, dass der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe und die Grundlagen für ihre Bemessung in einem Bundesgesetz vorgesehen werden (BGE 130 I 113 E. 2.2). Der Kreis der Personen, die zur Entrichtung von Gebühren verpflichtet werden, folgt aus dem Begriff «Gebühren» (Art. 46a Abs. 1 RVOG). Gebühren sind Geldleistungen, die für eine dem Gebührenpflichtigen individuell zurechenbare staatliche Leistung zu entrichten sind (Individualäquivalenz); die Gebührenpflicht bei Verfügungen erfasst die Verfügungsadressaten (EP 03-Botschaft, BBI 2003 5615, 5761; THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Stämpflis Handkommentar, Bern 2007, Art. 46a Rz. 8, 12; zur Definition von Gebühren vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2764; WIEDERKEHR, a.a.O., S. 37). Der Gegenstand der Abgabe besteht aus dem Verwaltungsaufwand für (erstinstanzliche) «Verfügungen» (und Dienstleistungen, Art. 46a Abs. 1 RVOG; EP 03-Botschaft, BBI 2003 5615, 5762; zum Verwaltungsaufwand vgl. BGE 144 II 454 E. 5.5.3). Die Grundlagen für die Bemessung der Abgabe ergeben sich aus dem «Äquivalenzprinzip» und dem «Kostendeckungsprinzip», die das Gesetz ausdrücklich aufnimmt und bei der Gebührenregelung zu beachten sind (Art. 46a Abs. 3 RVOG). Auch im Fall, dass der Erlass der Verfügung nicht als Nutzen oder persönlicher Vorteil des Gebührenpflichtigen verstanden wird, kann die Individualäquivalenz nach konstanter langjähriger Praxis der Bundesbehörden bejaht werden. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass die Auferlegung von Verfahrenskosten im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nach dem Unterliegerprinzip erfolgen kann (EP 03-Botschaft, BBI 2003 5615, 5761). Demnach ist die Delegation durch die Verfassung nicht ausgeschlossen. Die Delegationsnorm befindet sich in einem Gesetz im formellen Sinn, ist auf ein genau umschriebenes Gebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie werden durch das Gesetz selbst bestimmt (Art. 46a Abs. 1-4 RVOG). In der Literatur wird Art. 46a RVOG denn auch als typisches Beispiel einer genügenden Delegationsnorm für die verordnungsmässige weitere Regelung von Verwaltungsgebühren angeführt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2808).

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

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

## 7.

**7.1** Gemäss Art. 5 Abs. 1 FINMA-GebV ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst (Bst. a); ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird (Bst. b); eine Dienstleistung der FINMA beansprucht (Bst. c). Die Verordnungsbestimmung beruht auf der Ermächtigung des Bundesrates (oben E. 5.3), Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung erlassen (Art. 46a Abs. 1 RVOG), ihr Erlass ist durch die Gesetzesdelegation gedeckt (oben E. 6.3) und stellt eine spezialgesetzliche Gebührenregelung im Finanzmarktaufsichtsrecht dar (oben E. 6.4).

Ob die Gebührenregelung von Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV bei Einstellung eines Verfahrens durch die FINMA zum Tragen kommt, ist strittig. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, dass das Unterliegerprinzip anwendbar sei, während die Vorinstanz auf das Veranlasserprinzip abstellen will. Die Frage ist durch Auslegung zu beantworten.

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

## 7.3

**7.3.1** Grammatikalisch ist vom Wortlaut des Rechtssatzes auszugehen. Alle drei Amtssprachen verwenden eine wörtliche Formulierung, die eine Veranlassung, Verursachung oder Herbeiführung des Aufsichtsverfahrens zum Ausdruck bringt (dt.: «ein Aufsichtsverfahren veranlasst»; frz.: «provoque une procédure de surveillance»; ital. «occasiona una procedura di vi-

gilanza»). Die Bestimmung ist nach ihrem Wortlaut auch keine Kann-Bestimmung, die den Behörden einen Ermessensspielraum einräumt. Sie statuiert eine Pflicht (dt.: «Gebührenpflichtig ist, wer [...]»; frz.: «Est tenue de payer des émoluments toute personne qui [...]»; ital.: «È assoggettato all'emolumento chiunque [...]»). Das ergibt sich aus dem Ingress wie auch aus der Marginalie, die Bestandteil der auszulegenden Bestimmung ist (dt.: «Gebührenpflicht»; ital.: «Obbligo die pagare gli emolumenti»; weniger deutlich frz.: «Régime des émoluments»). Das Gesetz, das am Gebührenbegriff anknüpft (EP 03-Botschaft, BBI 2003 5615, 5761; oben E. 6.3), stellt allgemein auf die individuelle Zurechenbarkeit ab, was eine Veranlassung eines Aufsichtsverfahrens einschliesst. Die Auslegung nach dem grammatischen Auslegungselement führt zum Ergebnis, dass das Veranlasserprinzip anwendbar ist.

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

Die Gesetzesrevision des RVOG erfolgte 2003 im Rahmen des Entlastungsprogramms für den Bundeshaushalt. Die bundesrätliche Botschaft führt aus, «dass die Auferlegung von Verfahrenskosten im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nach dem Unterliegerprinzip erfolgen kann (BGE 128 II 247 E. 4.1; vgl. auch E. 6 zu den Grenzen des Unterliegerprinzips, insbesondere zum engeren Anwendungsbereich des Unterliegerprinzips im Vergleich mit dem Verursacherprinzip). Damit reicht ein persönliches Berührtsein aus, um eine Gebührenpflicht zu begründen, ein individueller Nutzen aus der Verfügung ist keine notwendige Voraussetzung. Somit ergibt sich der Kreis der gebührenpflichtigen Personen implizit aus dem Begriff der Gebühr als auf Individualäquivalenz beruhender Abgabe.» (EP 03-Botschaft, BBI 2003 5615, 5761 f.). Die Diskussion im Parlament nahm zwar auf das Verursacherprinzip Bezug, doch ging es um den Zusatz

zu Art. 46a Abs. 1 RVOG am Ende («sofern dies in der entsprechenden Gesetzgebung vorgesehen ist»), der nicht Gesetz wurde (AB 2003 N 1604-1607).

Das Gesetzgebungsverfahren zum FINMAG fand 2006-2007 statt. Die Botschaft des Bundesrates umschreibt den Gegenstand der Gebührenerhebung und führt zum Aufsichtsverfahren (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 E-FINMAG) aus: «Die Formulierung «Aufsichtsverfahren im Einzelfall» ist auch mit Blick auf die Fälle gewählt worden, in denen Untersuchungen ohne Verfügung oder bloss mit einer Einstellungsverfügung beendet werden. Während der Aufwand für die Einstellungsverfügung selbst gering ist, kann der vorhergehende Untersuchungsaufwand gross sein. Die gewählte Formulierung ermöglicht, Gebühren auch für solchen Untersuchungsaufwand zu erheben. Die Kostenaufgabe dürfte namentlich im Rahmen des Unterliegerprinzips gerechtfertigt sein, wonach die oder der mutmasslich Unterliegende die Verfahrenskosten zu tragen hat.» Die Fussnote dazu erwähnt BGE 128 II 247 (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, 2868). Die Beratungen im Parlament haben die Gebühren für Aufsichtsverfahren nicht thematisiert. Die Ratsdebatten drehten sich hauptsächlich um die Finanzierung der FINMA durch die beaufsichtigten Finanzintermediäre (AB 2007 N 83 f.; AB 2007 S 405 ff., 412, ohne Diskussion), mithin um die Aufsichtsabgabe (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 E-FINMAG). Da die Gebührenfrage die parlamentarische Beratung diskussionslos passierte, ist davon auszugehen, dass es nach dem gesetzgeberischen Willen auf den «Einzelfall» ankommt, die Kostenaufgabe «namentlich» beim mutmasslichen Unterliegen gerechtfertigt ist, für den veranlassten «vorhergehenden Untersuchungsaufwand» aber eine Gebühr erhoben werden soll.

Der Gesetzgeber hat in Kenntnis von BGE 128 II 247 eine Gebührenpflicht auch für diejenigen Fälle von Aufsichtsverfahren, die mit einer Einstellungsverfügung enden, vorsehen wollen. Auch der Erläuterungsbericht (Erläuterungsbericht FINMA-GebV, S. 4 zu Art. 6 E-FINMA-GebV) führt Entsprechendes aus: «Das heisst, wer genügend Anlass für eine Untersuchung gesetzt hat oder wer in einem Verfahren mutmasslich unterlegen wäre, soll die Kosten des Verfahrens tragen». Die Kosten des vorhergehenden Aufwands könnten aber keinesfalls auferlegt werden, wenn uneingeschränkt das Unterliegerprinzip gälte. In Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers lässt deshalb die FINMA-GebV die Veranlassung eines Aufsichtsverfahrens ausreichen. Die Auslegung nach dem historischen Auslegungselement führt zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber das Veranlasserprinzip nicht ausschliessen wollte.

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

**7.3.4** Teleologisch ist auf Sinn und Zweck der Rechtsnorm, die der Rechtssatz ausdrückt, auszulegen. Der ausgewiesene Sinn und Zweck besteht in angemessenen Gebühren für Verfügungen (Art. 46a Abs. 1 RVOG) bzw. für veranlassten Verfahrensaufwand des Aufsichtsverfahrens (Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV). Das Aufsichtsverfahren ist ein eingreifendes Verwaltungsverfahren, das mitunter zu einem enormen Aufwand führt, auch wenn das angehobene Verfahren ohne Verfügung oder mit einer Einstellungsverfügung endet. «Einstellungsverfügung» ist kein Terminus technicus des Finanzmarktaufsichtsrechts und findet sich nicht im FINMAG. Die FINMA verfügt die Einstellung aber oft mit Blick darauf, dass die Kostenaufgabe anfechtbar wird.

Die Kosten der Finanzmarktaufsicht werden durch die Beaufsichtigten finanziert, wobei auch Personen erfasst sind, die bewilligungslos tätig werden (vgl. Art. 3 Bst. a FINMAG «[...] die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen [...]»). Dabei handelt es sich einerseits um Gebühren, die individuell für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und das Erbringen von Dienstleistungen erhoben

werden. Für sämtliche übrigen Kosten, die nicht durch Gebühreneinnahmen gedeckt werden können, wird von den Beaufsichtigten eine jährliche Pauschalabgabe, die sog. Aufsichtsabgabe, erhoben (vgl. Art. 15 Abs. 1 FINMAG; Art. 2-4 FINMA-GebV; Botschaft FINMAG, BBI 2006 2829, 2844, 2867 f.; Erläuterungsbericht FINMA-GebV, S. 3: «Das verbleibende Defizit und die zu äufnenden Reserven haben die Beaufsichtigten des jeweiligen Aufsichtsbereichs durch die Aufsichtsabgabe zu finanzieren.»). Aufsichtsabgaben zeichnen sich dadurch aus, dass sie den Beaufsichtigten nicht individuell, sondern nur als Gruppe (Aufsichtsbereiche, vgl. Art. 3 FINMA-GebV) zugerechnet werden können (vgl. Art. 4 Abs. 2 und Art. 11 FINMA-GebV; Botschaft FINMAG, BBI 2006 2829, 2868 f.; Erläuterungsbericht FINMA-GebV, S. 1). Aus dem Finanzierungssystem der FINMA ergibt sich, dass der Aufwand, den die Beaufsichtigten durch ihr Verhalten direkt verursachen, ihnen und nicht der Allgemeinheit der Beaufsichtigten angelastet werden soll.

Das Veranlasserprinzip, auch Verursacherprinzip genannt, ist der allgemeinere Begriff und wird durch das Prinzip von Unterliegen und Obsiegen spezifiziert. Von einem Unterliegen im eigentlichen Sinn kann überhaupt nur die Rede sein, wenn zwei Parteien sich im Verfahren gegenüberstehen und die zu erhebende Verwaltungsgebühr nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens auf die Verfahrensparteien zu verlegen ist (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3 zum fernmelderechtlichen Interkonkonnktionsverfahren). Auf das Aufsichtsverfahren trifft dies aber nicht zu. Das erstinstanzliche eingreifende Verwaltungsverfahren ist auch kein Beschwerdeverfahren, in welchem die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Auch eine Gegenstandslosigkeit – Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 72 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273; vgl. BGE 128 II 247 E. 6.1 m.H.) – lässt sich bei Verfahrenseinstellungen nicht annehmen. Das Verfahren ist ja gerade nicht gegenstandslos geworden (wie z.B. im Todesfall der Partei, gegen die das Verfahren geführt wurde), sondern es wird aus anderen Gründen einfach beendet bzw. eingestellt (z.B. aus Gründen der Verhältnismässigkeit oder Opportunitätsgründen). Da kein Erledigungsgrund eingetreten ist, lässt sich nicht auf die Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes abstellen (Art. 72 BZP in fine). Das Kriterium ist schlechterdings unanwendbar, wenn das Verfahren eingestellt wird. Das Veranlasserprinzip wird vorliegend der gesetzgeberischen Absicht besser gerecht. Der Gesetzgeber wollte die Gebührenfrage gerade nicht einheitlich im VwVG regeln, da «amtliche Verrichtungen, denen erstinstanzlichen Verfügungen zugrunde liegen, sehr unterschiedlich sind» (EP 03-Botschaft, BBI 2003 5615, 5760; vgl. VERA

MARANTELLI/ SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 6 Rz. 43). Trotz Kenntnis von BGE 128 II 247 erklärte er das «namentlich» erwähnte Unterliegerprinzip nicht für allgemein anwendbar (Botschaft FINMAG, BBI 2006 2829, 2868), sondern beabsichtigte einen Spielraum für spezialgesetzliche Gebührenregelungen (oben E. 5.2.3). Auf dem Gebiet des Finanzmarktaufsichtsrechts ist bei Verfahrenseinstellungen eine Gebühr für den «vorausgehenden Untersuchungsaufwand» bezweckt, wenn das Verfahren veranlasst worden ist (vgl. Botschaft FINMAG, BBI 2006 2829, 2868).

Das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde kann einen ausserordentlichen Aufwand verursachen. Die Aufsicht durch die FINMA wird nach den Finanzmarktgesetzen und dem FINMAG ausgeübt (Art. 6 i.V.m. Art. 1 FINMAG). Die Finanzmarktaufsicht ist eine Daueraufgabe. Die FINMA setzt neben der Prüfung der Beaufsichtigten (Art. 24-28a FINMAG) die weiteren gesetzlichen Aufsichtsinstrumente ein (Art. 29-37 FINMAG). Solange sie Vorabklärungen trifft (vgl. Art. 29 FINMAG), liegt kein Aufsichtsverfahren vor. Das Aufsichtsverfahren wird erst eröffnet und den Parteien angezeigt, wenn sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ergeben (Art. 30 FINMAG). Ab diesem Zeitpunkt entsteht ein Verfahrensaufwand, auch wenn das Verfahren später ohne Verfügung endet oder eingestellt wird. Nach der Wertung, die der Gesetzgeber vorgenommen hat, soll dieser Aufwand nicht der Allgemeinheit der Beaufsichtigten anheimfallen, sondern demjenigen angelastet werden, der ihn durch sein Verhalten veranlasst hat. Die Auslegung nach dem teleologischen Auslegungselement führt ebenfalls zum Ergebnis, dass das spezialgesetzliche Veranlasserprinzip anwendbar ist.

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

**7.5** Die Gebührenpflicht tritt unter der Voraussetzung ein, dass die Verfahrenspartei das «Aufsichtsverfahren veranlasst» hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV). Als Partei eines Aufsichtsverfahrens kommt nur in Betracht, wer als Beaufsichtigter i.S.v. Art. 3 FINMAG gilt oder wer als «verantwortliche Person» mit einem Berufsverbot belastet werden kann, da dieses zu

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

## **8.**

**8.1** Was ein hinreichend begründeter Anlass für Abklärungen im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens der Aufsichtsbehörde bildet, kann nicht abstrakt festgelegt werden, sondern ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen. In der Regel wird die FINMA entsprechende Erkenntnisse aus ihrer laufenden Überwachungstätigkeit zum Anlass nehmen, Vorabklärungen durchzuführen und bei Erhärtung entsprechender Anhaltspunkte ein Verfahren eröffnen (vgl. Art. 30 FINMAG). Beaufsichtigte melden relevante Vorkommnisse häufig auch selber der Aufsichtsbehörde. Bei möglicherweise unbewilligt Tätigen bilden beispielsweise Anzeigen von Privatpersonen (Anleger, Kunden, Mitarbeitende) Auslöser für Vorabklärungen und anschliessende Verfahrenseröffnungen. Ziel der Vorabklärungen ist die Feststellung, ob ein anfänglicher Anhaltspunkt ausgeräumt werden kann oder sich erhärtet und somit Grund zur Annahme besteht, dass die Betroffenen Aufsichtsrecht verletzt haben (Art. 30 FINMAG: «Ergeben sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen [...]»;

vgl. zu den Vorabklärungen der FINMA Urteil des BVGer B-3844/2013 vom 7. November 2013 E. 1.4.2.3.1). Dabei richtet die FINMA ihren Entscheid über die Verfahrenseröffnung nach Kriterien, die direkt mit den Betroffenen und ihren Handlungen zusammenhängen (Gefährdung von Anlegern, Versicherten, Gläubigern, Investoren, Beaufsichtigten, der Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes oder dessen Reputation, Schwere der möglichen Aufsichtsrechtsverletzung, Aktualität usw.), aber auch nach Kriterien zum Umfeld und den Rahmenbedingungen (Erwartungsdruck, Parallelverfahren, Alternativen, Ressourcen, Erfolgsaussichten; zum Ganzen vgl. KATJA ROTH PELLANDA/LARA KOPP, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrakturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 30 Rz. 4 ff.; URS ZULAUF/DAVID WYSS ET. AL., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 89 f.; Leitlinien der FINMA zum Enforcement vom 24. September 2014). Die Entscheidung darüber, ob ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnet werden oder die Untersuchung nach den Vorabklärungen beendet werden soll, bildet den Abschluss der Vorabklärungen.

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

**8.3** Die Vorinstanz hat erwogen, der Beschwerdeführer habe das Verfahren veranlasst, indem im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aufgrund der Untersuchungsberichte und des «Statement of Facts» begründete Verdachtsmomente bestanden hätten, dass er in seiner Funktion als Devisenhandelsmitarbeiter gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen verstossen haben könnte. Insbesondere hätten Hinweise dafür bestanden, dass er zu Lasten der Anleger im ersten Halbjahr 2010 treuwidrige Mark-Ups (Preisaufschläge; i.d.R. ist damit der von der Organisationseinheit Sales vorgenommene Preisaufschlag gegenüber dem vom Spothandelsdesk übermittelten Preis gemeint) von erheblicher Höhe im bankeigenen Y. \_\_\_\_\_ -

Produkt verrechnet habe, die den Anlegern bzw. Kunden nicht offengelegt worden seien. Auch hätten Hinweise vorgelegen, dass der Beschwerdeführer die Verrechnung exzessiver Mark-Ups im selben Produkt durch den Spothandelsdesk der Bank zugelassen habe. Die Anleger hätten von den Mark-Ups keine Kenntnis gehabt und vernünftigerweise nicht damit rechnen müssen. Manipulatives, missbräuchliches und treuwidriges Verhalten sei mit dem aufsichtsrechtlichen Gewährserfordernis nicht vereinbar. Schliesslich hätten Verdachtsmomente bestanden, dass der Beschwerdeführer gegen interne Weisungen der Bank betreffend faires und integrires Verhalten gegenüber Kunden sowie die Adressierung von Interessenkonflikten verstossen haben könnte. Es sei insbesondere angezeigt gewesen, den Beschwerdeführer persönlich anzuhören und einzuvernehmen. Auch sei ihm im Rahmen der Wahrung des rechtlichen Gehörs der provisorische Sachverhalt zur Stellungnahme unterbreitet worden.

**8.4** Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe keinen Anlass für ein Aufsichtsverfahren geboten und es sei rechtskräftig, dass er mit seiner Beschwerde obsiegt habe. Die Vorinstanz lege nicht dar, inwiefern er durch sein Handeln das Verfahren bewirkt haben solle. Eine Kostenaufgabe müsse sich in tatsächlicher Hinsicht auf unbestrittene oder rechtgenügend nachgewiesene Umstände stützen können, was vorliegend nicht der Fall sei. Die Vorinstanz habe keine diesbezüglich verwertbaren Abklärungen getroffen. Sie habe es unterlassen, seine Sachvorbringen und Beweisangebote zu prüfen; nur so hätte festgestellt werden können, auf welche Anhaltspunkte sie sich für die Veranlassung des Verfahrens stütze. Die Behauptung, dass bei Verfahrenseröffnung erhebliche Verdachtsmomente für eine Aufsichtsrechtsverletzung vorgelegen hätten, stimme nicht mit dem Beweisergebnis überein. Insbesondere beruhten die Vorwürfe und Ausführungen auf aktenwidrigen Feststellungen. Gemäss der Untersuchungsbeauftragten hätten keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Beschwerdeführer Front-Running-Transaktionen vorgenommen oder Kenntnis von solchen des Spothandels gehabt habe und vertrauliche Informationen an unberechtigte Personen weitergegeben oder pflichtwidrige Transaktionen über sein persönliches Konto abgewickelt habe. Vielmehr sei er mit vertraulichen Informationen sorgfältig umgegangen und habe mehrfach die Weitergabe von sensiblen Informationen verweigert. Auch die Anschuldigung, er habe treuwidrig überhöhte Mark-Ups auf Y.\_\_\_\_\_-Hedgingtransaktionen erhoben, werde durch den Untersuchungsbericht nicht gestützt. Der Bericht habe festgehalten, dass das Vorgehen den Vorgesetzten bekannt und von diesen autorisiert gewesen sei und dass es der Beschwerdeführer selber gewesen sei, der im Zusammenhang mit dem

Y. \_\_\_\_\_-Produkt eine inkorrekte Berechnung der Management Fee sowie eine zu Unrecht erhobene Funding Fee aufgedeckt habe, was er gemeldet habe, woraufhin die Bank die Management Fee angepasst habe. Er habe sich im Zusammenhang mit dem Y. \_\_\_\_\_-Produkt einwandfrei verhalten. Das Verfahren hätte gar nie eröffnet werden dürfen, da der Untersuchungsbericht ihn gänzlich entlastet habe. Die Vorinstanz habe das Verfahren veranlasst. Der Beschwerdeführer sei seit über vier Jahren mit einem Aufsichtsverfahren und seit drei Jahren mit einem zu Unrecht verfüzten Berufsverbot konfrontiert, womit sein wirtschaftliches Fortkommen behindert werde. Es sei mehr als störend, dass die Vorinstanz nun auch noch Kosten auferlegen wolle und in der Verfügung ausführe, es würde auch heute noch der Verdacht bestehen, dass er gegen Aufsichtsrecht verstossen habe.

**8.5** Vorliegend hat die Vorinstanz ein Gesamtverfahren unter einem gemeinsamen Dach geführt. Dieses besteht aus der Durchführung eines Hauptverfahrens und weiteren Verfahren, die im Nachgang durchgeführt werden. Die Durchführung eines Gesamtverfahrens ist durch die gesetzliche Verfahrensordnung gedeckt, soweit die verfahrensrechtlichen Garantien eingehalten werden (BVG 2018 IV/5 E. 5.1.3). Die Vorinstanz hat das Hauptverfahren betreffend die Bank abgewickelt und im Anschluss mehrere Einzelverfahren durchgeführt, um die Verantwortlichkeit der betroffenen natürlichen Personen abzuklären. Das Verfahren gegen die Bank war Ende September 2013 gestützt auf deren Mitteilung eröffnet worden, wonach eine interne Untersuchung wegen Verdachts auf Manipulationen, Absprachen und anderem marktmissbräuchlichem Verhalten im Devisenhandel elektronische Kommunikationen hervorgebracht habe, die eine Beteiligung der Bank an entsprechenden Verhaltensweisen als möglich erscheinen lasse. Es bestanden damit Hinweise auf Unregelmässigkeiten in der Bank, mithin begründete Verdachtsmomente. Die Vorinstanz setzte eine Untersuchungsbeauftragte zur Sachverhaltsermittlung ein (Art. 36 FINMAG), deren Mandat auch Abklärungen zu den involvierten Personen im Devisenhandel der Bank im Untersuchungszeitraum (1. Januar 2008 bis 30. September 2013) umfasste. Die Untersuchungsbeauftragte erstattete mehrere Berichte (zwischen dem 29. November 2013 und dem 7. Oktober 2014) im Verfahren gegen die Bank und – ihrem Mandat entsprechend – Zusammenfassungen ihrer Erkenntnisse bzw. Untersuchungsergebnisse mit Bezug auf einzelne natürliche Personen (Statements of Facts [Sachverhaltsberichte]). Das Statement of Facts betreffend den Beschwerdeführer datiert vom 14. Oktober 2014. Die Vorinstanz eröffnete das Verfahren

gegen ihn am 10. November 2014. Die Verfügung gegen die Bank erging am 11. November 2014.

**8.6** Die Untersuchungsbeauftragte ist hinsichtlich ihrer Funktion eine Sachverständige, die gestützt auf besondere Sachkenntnis einen Bericht über die Sachverhaltsprüfung und die Sachverhaltswürdigung erstellt, ohne eine rechtliche Würdigung vorzunehmen. Entsprechend gilt der Untersuchungsbericht als Sachverständigengutachten i.S.v. Art. 12 Bst. e VwVG (Urteile des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 3 und 2A.360/2006 vom 12. September 2006 E. 3.2; BVGE 2018 IV/5 E. 7.5.2). Die Vorinstanz hat in einem Gesamtverfahren Hinweise auf mögliches Fehlverhalten bestimmter Personen, auch mit Blick auf mögliche Konsequenzen und eine allfällige Kostenpflicht, zu prüfen und zu würdigen, bevor sie ein nachgelagertes Verfahren eröffnet (oben E. 8.1). Die Vorinstanz weist zutreffend darauf hin, dass sie nicht an die Wertungen der Untersuchungsbeauftragten gebunden ist, sondern eine eigene Beurteilung, insbesondere gestützt auf die Quelldokumente und Belege, vornehme.

**8.7** Im Untersuchungszeitraum arbeitete der Beschwerdeführer bis September 2010 im Sales des Devisenhandels der Bank im Bereich FX-Money Market in der Abteilung Structured Currencies and Commodities und wechselte anschliessend ins Trading des Devisenhandels in die Abteilung Listed Products des Bereichs FX-Derivatives (später FX-Options), wobei er ab Januar 2011 als Teamleiter (...) tätig war. Zum bankeigenen Y.\_\_\_\_\_-Produkt (Swiss Y.\_\_\_\_\_-Certificate, ein Forex-Investment-Produkt basierend auf dem bankinternen Y.\_\_\_\_\_-Index) und zur Rolle des Beschwerdeführers bei dessen Ausführung hatte die Bank aufgrund einer Whistleblower-Meldung betreffend Front-Running und überhöhte Mark-Ups bereits im Jahr 2012 eine interne Untersuchung eröffnet, die im Rahmen der umfassenden Abklärungen im Devisenhandel wiederaufgenommen und ausgeweitet worden war. Zwei diesbezügliche Berichte (Stand Oktober 2013) wurden als Beilage zum Statement of Facts durch die Untersuchungsbeauftragte beigebracht. Der Beschwerdeführer wurde gestützt auf die Ergebnisse der internen Untersuchung von der Bank im Januar 2014 suspendiert. Die Vorinstanz verfügte über diese Berichte somit vor der Verfahrenseröffnung gegen den Beschwerdeführer.

**8.7.1** Aus den Untersuchungsberichten samt Beilagen ergab sich vor dem Eröffnungszeitpunkt des Verfahrens gegen den Beschwerdeführer gemäss Ausführungen der Vorinstanz, dass er im ersten Halbjahr 2010 überhöhte Gebühren auf dem Y.\_\_\_\_\_-Produkt für seinen Desk berechnet habe.

Sie erklärt, es sei belegt gewesen, dass der Beschwerdeführer bei mehreren Bestens-Aufträgen an Switch- (Wechsel von Devisenpositionen) bzw. Flip- (Umschichtungen) Tagen zum Devisenkurs des Devisenspothandelsdesks einen zusätzlichen Mark-Up für seinen Desk addiert habe, den er von Mai bis Juli 2010 stetig erhöht habe, sodass dieser schliesslich 0.258 % bzw. 25.8 Basispunkte für einzelne Transaktionen erreicht habe, während für solche Transaktionen gemäss bankinternen Abklärungen ein Mark-Up von höchstens 0.01 % üblich gewesen sei. Es sei belegt gewesen, dass der Beschwerdeführer mit diesen Mark-Ups im Jahr 2010 rund USD 10.6 Mio. an zusätzlichem Gewinn für seinen Desk erzielt habe, der potentiell den Anlegern vorenthalten worden sei. Die Mark-Ups seien den Anlegern nicht offengelegt worden. Der Beschwerdeführer sei sich der erheblichen Gewinne bewusst gewesen und habe dies seinem Vorgesetzten unter Bezugnahme auf die Y. \_\_\_\_\_-Devisentransaktionen auch kundgetan. Dieser habe die Fähigkeit des Beschwerdeführers, zusätzliche Gewinne zu erzielen, in der Leistungsbeurteilung denn auch vorgehoben. Die Untersuchungsberichte hätten zudem Hinweise darauf gegeben, dass der Beschwerdeführer erst auf konkrete Anweisung seiner Vorgesetzten hin diese Praxis aufgegeben habe: Ab Oktober 2010 habe er die Mark-Ups auf 0 % gesenkt. Er habe sich gegenüber der Untersuchungsbeauftragten jedoch nicht erinnern können, warum er plötzlich mit dem Verrechnen von Mark-Ups aufgehört habe und wie die angeblich damit gedeckten Risiken fortan gedeckt würden. Eine Begründung für die erheblichen Schwankungen habe er nicht liefern können. Es hätten ferner Hinweise dafür bestanden, dass auch der Devisenspothandelsdesk überhöhte Mark-Ups auf Y. \_\_\_\_\_-Transaktionen verrechnet habe. Dies sei vom Desk-Head und von Devisenspothändlern bestätigt worden. Aus verschiedenen Chatprotokollen habe sich ergeben, dass der Beschwerdeführer davon gewusst und dieses Verhalten gefördert habe. Ferner habe er gewusst, dass der für das Y. \_\_\_\_\_-Produkt zuständige Desk in B. \_\_\_\_\_ wiederholt unzufrieden gewesen sei mit dem abgerechneten, aus Sicht des B. \_\_\_\_\_ Desks überhöhten Devisenkurs.

**8.7.2** Der Beschwerdeführer hält dafür, dass die berechnete Gebühr angemessen gewesen sei und sich an zwei vergleichbaren Produkten orientiert habe (zwischen 5-25 Basispunkten). Es sei beabsichtigt gewesen, pro Tag einen Spread (Geld-Brief-Spanne, Differenz zwischen gestelltem Kauf-[Bid] und Verkaufspreis [Offer]) von ca. 6 Basispunkten zu erzielen. Zudem sei erstellt, dass seine Vorgesetzten ihn ungefähr Ende 2009 anwiesen und autorisierten, eine Gebühr zu verrechnen und diese auch in der Höhe

genehmigt hätten. Auch habe er alle Vorgesetzten regelmässig und detailliert informiert. Der Entscheid seiner Vorgesetzten von Anfang Oktober 2010, keinen Mark-Up mehr auf Y.\_\_\_\_\_ -Transaktionen zu erheben, hätte nichts damit zu tun gehabt, dass man diese Gebühr plötzlich als unzulässig erachtet habe. Aufgrund seiner guten Arbeit sei er denn auch zur Beförderung vorgeschlagen worden. Die Untersuchungsbeauftragte sei zum Schluss gekommen, «taking mark-ups was normal business practice and we have not identified information suggesting he [i.e. Beschwerdeführer] knew or suspected that the FX Spot traders were potentially taking excessive mark-ups». Der Spothandel habe also ein Mark-Up erzielen dürfen. Dass der Spothandel tatsächlich Mark-Ups erhoben habe, habe der Beschwerdeführer nicht gewusst. Er sei davon ausgegangen, dass dieser mit dem Spread sowie durch die Möglichkeit, eine Risikoposition für die Bank einzugehen, Profite erzielen könne. In diesem Sinn seien auch die von der Vorinstanz vorgehaltenen Chats zu verstehen. Die Beweisführung der Vorinstanz stütze sich einzig auf die Auslegung völlig isoliert herausgegriffener Gesprächsaufzeichnungen mit dem Leiter des Spothandels.

**8.7.3** Der Beschwerdeführer bestritt im Rahmen des Verfahrens gegen die Bank nicht, dass er Gebühren auf Y.\_\_\_\_\_ -Produkt für seinen Desk berechnet hat. Die Vorinstanz erkannte aber aufgrund der Höhe der Gebühren im Unterschied zur bankinternen Praxis und dem Umstand der Nichtoffenlegung gegenüber den Kunden bzw. Anlegern, dass diese möglicherweise geschädigt wurden und gegen ihre Interessen agiert wurde. Diese Beurteilung ist nicht zu beanstanden. Diese Anhaltspunkte waren für die Vorinstanz denn auch der Hauptgrund für die Verfahrenseröffnung. Die von der Vorinstanz angeführten Anhaltspunkte (oben E. 8.7.1) sind durch die damalige Aktenlage belegt. Die Ausführungen der Untersuchungsbeauftragten, wonach die Erhebung der Mark-Ups «normal business practice» gewesen sei, sagt nichts darüber aus, ob deren Höhe und insbesondere fehlende Offenlegung gegenüber Anlegern möglicherweise aufsichtsrechtlich relevant sein könnte. Der Umstand alleine, dass auf einem Bankprodukt Gebühren anfallen, gehört zum Geschäft und war für die Vorinstanz kein Grund, ein Verfahren zu eröffnen. Ob die Höhe der Gebühren tatsächlich vergleichbar mit den vom Beschwerdeführer genannten Produkten war, war sodann Teil der Sachverhaltsermittlung im Verfahren gegen den Beschwerdeführer und musste im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht näher geprüft werden. Jedenfalls rechtfertigte die den Anlegern nicht offengelegte Erhebung von Gebühren durch den Beschwerdeführer, die – gemäss Angaben der Bank unübliche – Höhe der Gebühren und der ausgewiesene Gewinn des Desks eine Verfahrenseröffnung mit Blick auf

eine allfällige Aufsichtsrechtsverletzung. Der Umstand, dass die Vorgesetzten des Beschwerdeführers davon Kenntnis hatten, spricht nicht gegen die Annahme einer möglichen Aufsichtsrechtsverletzung, zumal auch Verfahren gegen die Vorgesetzten geführt wurden. Der Umstand, dass die Erhebung der Mark-Ups von den Vorgesetzten in der fraglichen Höhe gar angeordnet worden sei, findet in den Akten im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung keine Stütze. Der Einwand des Beschwerdeführers, dass die Anordnung der Vorgesetzten, keinen Mark-Up auf Y.\_\_\_\_\_ -Transaktionen mehr zu erheben, nicht wegen dessen allfälliger Unzulässigkeit erfolgt sei, stimmt mit dem Untersuchungsbericht überein. Der Entscheid wurde nach Angaben der Vorgesetzten getroffen, «to minimize any adverse impact to the index from repeated switches and avoid any basis for criticism going forward».

**8.7.4** Ob die Vorinstanz im Eröffnungszeitpunkt des Verfahrens davon ausgehen durfte, dass der Beschwerdeführer von derselben Gebührenpraxis beim Spothandelsdesk gewusst und diese gefördert hat, kann offenbleiben, da die in E. 8.7.3 genannten Umstände bereits genügen, um eine Verfahrenseröffnung zu rechtfertigen. Anzumerken ist, dass sich aus den von der Vorinstanz zitierten Chatprotokollen ergibt, dass zumindest eine Kommunikation mit dem Leiter des Spothandels darüber stattgefunden hat, womit auch diesbezüglich nähere Abklärungen durch die Vorinstanz hätten angezeigt sein können. Die Frage, ob der Beschwerdeführer tatsächlich Kenntnis davon und das Verhalten gefördert hatte, war im Rahmen der Sachverhaltsabklärungen nach Verfahrenseröffnung zu klären.

**8.7.5** Die Vorinstanz stützte ihre Anhaltspunkte auf mehrere Hinweise bzw. Indizien und auf verschiedene Quellen (Untersuchungsbericht, Aussagen, interne Berichte, Chats, Abrechnungen der Transaktionen usw.), die sich vor dem Eröffnungszeitpunkt zu einem Bild verdichteten, wonach der Beschwerdeführer möglicherweise aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt haben könnte. Die Erhebung einer überhöhten Gebühr im Devisenhandel zulasten der Kunden bzw. Anleger kann gewährsrelevant (korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr) sein, weshalb eine Verfahrenseröffnung unter diesem Aspekt gerechtfertigt war.

**8.7.6** Auch Hinweise auf eine mögliche Verletzung bankinterner Pflichten (vorliegend die verschiedenen Codes of Conduct) können eine Verfahrenseröffnung rechtfertigen, soweit ein genügender Bezug zu einer aufsichtsrechtlichen Bestimmung (vorliegend Gewährserfordernis, unabhängig von dessen näherer Qualifikation) besteht. Die Vorinstanz führt unter

Bezugnahme auf den Untersuchungsbericht sowie entsprechende Belege aus, dass die Mitarbeiter im Devisenhandel verschiedenen bankinternen Regelwerken unterstanden, die eine faire Festlegung von Preisen gegenüber Kunden, die Wahrung der Kundeninteressen und die Adressierung von Interessenkonflikten verlangen. Auch war vor Verfahrenseröffnung aktenkundig, dass die Mitarbeitenden im Jahr 2009 entsprechend angehalten worden waren: «You are expected to be familiar with the contents of the code to ensure that you comply with its contents in your day-to-day business dealings. Breaching the code may constitute a disciplinary matter». Der Verdacht gegenüber dem Beschwerdeführer, überhöhte Preisauflagen ohne Wissen und zulasten der Kunden bzw. Anleger erhoben zu haben, und die möglicherweise aufsichtsrechtliche Relevanz dieses Verhaltens, war damit auch unter diesem Gesichtspunkt vor dem Eröffnungszeitpunkt hinreichend, um ein Verfahren gegen ihn zu eröffnen.

**8.7.7** Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, eine Kostenaufgabe müsse sich in tatsächlicher Hinsicht auf «unbestrittene oder rechtgenügend nachgewiesene Umstände» stützen, ist festzuhalten, dass die Umstände, aus denen sich ergibt, dass möglicherweise ein aufsichtsrechtlich relevantes Fehlverhalten vorliegt, nicht unbestritten sein müssen. Eröffnet die FINMA ein Verfahren, hat die betroffene Person Parteistellung und verfügt über die damit verbundenen Rechte, insbesondere den Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 6 und 29 ff. VwVG; vgl. BVGE 2018 IV/5 E. 4.3, 5.1 und 5.1.3). Rechtsgenügend nachgewiesen müssen die Umstände im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht sein, da das Beweisverfahren Teil des Verwaltungsverfahrens bildet. Der Beschwerdeführer übergeht ferner, dass im Zentrum des Verfahrens gegen ihn nicht Front Running, unbefugte Informationsweitergabe oder persönlicher Handel standen, sondern primär die überhöhten Gebühren, die für das Y. \_\_\_\_\_-Produkt verlangt wurden. Die entsprechenden Vorbringen sind demnach für die nachträgliche Prüfung der Veranlassung des Aufsichtsverfahrens unbehelflich. Auch übersieht der Beschwerdeführer den Unterschied zwischen Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Bst. b FINMA-GebV mit Bezug auf den Zeitpunkt. Für die Beurteilung des Veranlassens im Fall von Bst. b ist auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens abzustellen, während sich im Fall von Bst. a die Veranlassung auf den Erlass einer Verfügung, mithin einen späteren Zeitpunkt bezieht. Seine Vorbringen im Zusammenhang mit seinen Beweisanträgen und Sachvorbringen gehen daher an der Sache vorbei. Vorliegend waren genügend Anhaltspunkte vorhanden, unabhängig von der Prüfung seiner später im Verfahren eingebrachten Beweisanträge (oben E. 2). Auch kön-

nen die Anhaltspunkte nicht retrospektiv unter Annahme der korrekten juristischen Prämissen geprüft werden (vgl. Urteil des BVGer B-3092/2016 vom 25. April 2018, in BVGE 2018 IV/4 unpublizierte E. 4.1), da das Verfahren aus Opportunitäts- und Verhältnismässigkeitsgründen eingestellt und die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Aufsichtsrechtsverletzung nie rechtskräftig beurteilt wurde.

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

**8.9** Hinsichtlich der Höhe der auferlegten Verfahrenskosten erwägt die Vorinstanz, dass sie im Rahmen ihres Ermessens und unter Berücksichtigung des gerechtfertigten Aufwands für Sachverhaltsabklärungen reduzierte Kosten auferlege. Sie setzte diese angesichts der umfangreichen Untersuchung, des damit verbundenen Aufwands und in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips auf Fr. 7'500.– fest. Tatsächlich seien fakturierbare Leistungen von über Fr. 93'000.– für das Verfahren angefallen, wobei sie Fr. 30'000.– in der aufgehobenen Berufsverbotsverfügung veranschlagt habe. Der Beschwerdeführer bringt nichts dagegen vor. Insbesondere macht er nicht geltend, die Kosten seien ihm nicht zurechenbar oder zu hoch. Der Betrag von Fr. 7'500.– erscheint, gestützt auf die dem Gericht durch die Vorinstanz eingereichte Leistungsübersicht, als angemessen.

## **9.**

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

## **10.**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat der unterliegende Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 750.– festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 750.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Astrid Hirzel

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 17. September 2019