



## **Urteil vom 4. November 2014**

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani, Richter Philippe Weissenberger,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

---

Parteien

Rechtsanwalt lic. iur. A.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Fürsprecher Manuel Rohrer,  
3001 Bern,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Akteneinsichtsgesuch.

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

**A.a** Mit superprovisorischer Verfügung vom 14. September 2009 untersagte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) der B.\_\_\_\_\_ GmbH jegliche Entgegennahme von Publikumseinlagen und jegliche Werbung für deren Entgegennahme (Dispositivziffer 1) und setzte Rechtsanwältin C.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_ als Untersuchungsbeauftragte ein (Dispositivziffer 2). Die Kosten der Untersuchungsbeauftragten auferlegte die Vorinstanz der B.\_\_\_\_\_ GmbH (Dispositivziffer 9) und ermächtigte die Untersuchungsbeauftragten, von der B.\_\_\_\_\_ GmbH diesbezüglich einen Kostenvorschuss zu verlangen (Dispositivziffer 10).

**A.b** Die Untersuchungsbeauftragten hielten mit Untersuchungsbericht vom 23. Oktober 2009 fest, es seien Aktiven von total Fr. 1'236.70 und EUR 47'465.63 fest- und sichergestellt worden. Im Weiteren seien zusätzliche Gutschriften bekannt, sodass sich die verfügbaren Bankguthaben der B.\_\_\_\_\_ GmbH per Berichtsdatum soweit ersichtlich auf Fr. 1'236.80 sowie EUR 61'624.24 beliefen.

**A.c** Mit Verfügung vom 21. Dezember 2009 stellte die Vorinstanz fest, dass die B.\_\_\_\_\_ GmbH ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehme und damit gegen das Bankengesetz verstosse, und eröffnete per 22. Dezember 2009 den Konkurs über sie. Die Vorinstanz verzichtete einstweilen auf die Einsetzung eines Konkursliquidators und nahm die entsprechenden Aufgaben selbst wahr. Die Kosten der mit Verfügung vom 14. September 2009 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von Fr. 41'716.80 auferlegte die Vorinstanz der B.\_\_\_\_\_ GmbH, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ solidarisch.

**A.d** A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ist Anwalt und vertrat E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ sowie die B.\_\_\_\_\_ GmbH im Verfahren vor der Vorinstanz. In der Folge machte er im Konkursverfahren der B.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation Honorarforderungen von insgesamt Fr. 52'350.– für den Zeitraum vom 22. Oktober 2009 bis 14. Juli 2010 geltend, wovon Fr. 27'550.– als Massverbindlichkeiten.

**A.e** Die Vorinstanz kollozierte die Forderungen des Beschwerdeführers im Umfang von insgesamt Fr. 47'250.– in der 3. Klasse. Der Kollokationsplan wurde am 25. November 2011 aufgelegt. Mit 1. Zirkularschreiben

vom 24. November 2011 teilte die Vorinstanz den Gläubigern mit, dass im Konkursverfahren der B.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation insgesamt Fr. 46'724.52 an Aktiven vorhanden seien. Für die 3. Klasse wurde eine Konkursdividende von ca. 1% bis 3% in Aussicht gestellt.

**A.f** Mit E-Mail vom 15. Dezember 2011 ersuchte der Beschwerdeführer die Vorinstanz um Mitteilung darüber, an welchen Daten und in welcher Höhe den Untersuchungsbeauftragten Zahlungen aus den Mitteln der B.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation gemacht worden seien und insbesondere, ob den Untersuchungsbeauftragten nach Einreichen ihres Untersuchungsberichts am 23. Oktober 2009 noch derartige Zahlungen gemacht worden seien. Er beantragte, dass ihm im letzteren Fall die daraus resultierenden Forderungen in gleicher Höhe gegenüber den Untersuchungsbeauftragten im Hinblick auf die Möglichkeit einer paulianischen Anfechtung zur Abtretung angeboten oder direkt abgetreten würden.

**A.g** Die Vorinstanz hielt in einem Memo vom 16. Dezember 2011 zu dieser E-Mail fest, die Kosten der Untersuchungsbeauftragten gälten als Massaverbindlichkeit im Konkursverfahren. Selbst wenn der Untersuchungsbeauftragte noch nicht alle Kosten ersetzt erhalten hätte, könne er diese nachträglich im Konkursverfahren als Massaverbindlichkeit geltend machen. Eine Gläubigerschädigung sei daher ohnehin nicht möglich. Soweit bekannt, seien alle Zahlungen an die Untersuchungsbeauftragten durch die Inanspruchnahme eines Kostenvorschusses erfolgt. Wenn die Kostenvorschüsse vor Kenntnis der Überschuldung bezogen worden seien, sei eine Gläubigerschädigung ohne Weiteres ausgeschlossen. Unabhängig davon seien zudem die Handlungen der Untersuchungsbeauftragten als Organ der Gesellschaft zur Aufrechterhaltung des Geschäfts im Interesse aller Gläubiger. Der Rechtsanspruch sei zwei Jahre nach Konkursöffnung vom 22. Dezember 2009 verwirkt.

In der Folge wies die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 19. Dezember 2011 darauf hin, dass er ein schriftliches Akteneinsichtsgesuch einzureichen habe, das den Anforderungen von Art. 5 der Bankenkonzursverordnung-FINMA entspreche und insbesondere Ausführungen darüber enthalte, inwiefern er unmittelbar in seinen Vermögensinteressen betroffen sei.

**A.h** Der Beschwerdeführer stellte am 31. Mai 2012 ein schriftliches Akteneinsichts- und Auskunftsgesuch mit den folgenden Rechtsbegehren:

"1. Es sei dem Gesuchsteller mitzuteilen, ob die B.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. die B.\_\_\_\_\_ GmbH in Konkurs nach dem 23. Oktober 2009 Zahlungen an die Untersuchungsbeauftragten im Verfahren der FINMA betreffend eine Bewilligungspflicht der B.\_\_\_\_\_ GmbH gemacht hat.

2. Falls die B.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. die B.\_\_\_\_\_ GmbH in Konkurs nach dem 23. Oktober 2009 Zahlungen an die Untersuchungsbeauftragten im Verfahren der FINMA betreffend eine Bewilligungspflicht der B.\_\_\_\_\_ GmbH gemacht hat, sei Rechtsanwalt lic. iur. A.\_\_\_\_\_ oder einem Vertreter desselben Einsicht in die Konkursakten der B.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. die B.\_\_\_\_\_ GmbH in Konkurs sowie die Akten des Verfahrens der FINMA betreffend eine Bewilligungspflicht der B.\_\_\_\_\_ GmbH, soweit diese Zahlungen der B.\_\_\_\_\_ GmbH an die Untersuchungsbeauftragten betreffen, zu gewähren.

3. Sollten nach dem 23. Oktober 2009 noch Zahlungen der B.\_\_\_\_\_ GmbH an die Untersuchungsbeauftragten gemacht worden sein, sei die unseres Erachtens daraus resultierende Forderung in selber Höhe gegenüber den Untersuchungsbeauftragten im Hinblick auf die Möglichkeit einer paulianischen Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG (zur Abtretung anzubieten oder) A.\_\_\_\_\_ ADVOKATUR & NOTARIAT (Rechtsanwalt lic. iur. A.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt lic. iur. G.\_\_\_\_\_) direkt abzutreten."

**A.i** Mit Schreiben vom 19. Juni 2012 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, dass seinem Antrag auf Akteneinsicht aufgrund mangelnder Voraussetzungen gemäss Art. 5 der Bankenkonzursverordnung-FINMA voraussichtlich nicht stattgegeben werden könne, sowie, dass sie, falls er an seinem Antrag festhalte, darüber im Rahmen einer kostenpflichtigen Verfügung entscheiden werde.

**A.j** Der Beschwerdeführer erneuerte mit E-Mail vom 28. Juni 2012 seine mit Gesuch vom 31. Mai 2012 gestellten Anträge. Zur Begründung führte er aus, seine Forderungen im Konkurs der B.\_\_\_\_\_ GmbH (in Konkurs) seien im Betrag von Fr. 47'250.– kolloziert worden. Er habe ein Interesse daran zu wissen, ob Gelder abgeflossen seien, mit welchen seine Forderungen gedeckt werden könnten. Gingen der Konkursmasse der B.\_\_\_\_\_ GmbH aus einer paulianischen Anfechtung Gelder zu oder könne der Beschwerdeführer aus einer paulianischen Anfechtung aus dem Konkurs der B.\_\_\_\_\_ GmbH (in Konkurs) Gelder erhältlich machen, verminderten sich seine Konkursforderungen. Er habe damit ein direktes Interesse an einer allfälligen paulianischen Anfechtung.

**A.k** Mit Schreiben vom 29. Juni 2012 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer erneut mit, dass nach der bisherigen Vorabprüfung ein unmittelbares Vermögensinteresse im Sinne von Art. 5 der Bankenkursverordnung-FINMA nicht gegeben sei, da die behaupteten Ansprüche verwirkt seien. Sie wies ihn nochmals darauf hin, dass eine detaillierte Prüfung des Gesuchs und eine weitergehende Begründung aufgrund des damit verbundenen Aufwands im Rahmen einer kostenpflichtigen Verfügung erfolge.

**A.l** Der Beschwerdeführer machte die mit Gesuch vom 31. Mai 2012 gestellten Anträge mit E-Mail und Schreiben vom 4. Juli 2012 erneut geltend. Zusätzlich stellte er den Verfahrensantrag, die Vorinstanz habe sich für die Beurteilung des Akteneinsichtsgesuchs und die Beurteilung allfälliger Ansprüche aus Zahlungen nach Vorliegen des Berichts der Untersuchungsbeauftragten vom 23. Oktober 2009 als befangen zu erklären und diese Beurteilungen einer unabhängigen Instanz zu übertragen. Die Vorinstanz befände sich für die Beurteilung eines Haftungsanspruchs gegen ihre Untersuchungsbeauftragten und sich selbst offensichtlich in einem Interessenkonflikt. Die Vorinstanz habe zudem den Untersuchungsbeauftragten im Jahr 2009 die Bezahlung einer Honorarsumme von bis zu Fr. 30'000.– durch die FINMA garantiert. Sie habe diese Fr. 30'000.– nun aber nicht an die Untersuchungsbeauftragten zahlen müssen, da sie diese restlos aus den Mitteln der B. \_\_\_\_\_ GmbH befriedigt habe.

**A.m** Mit Verfügung vom 24. September 2012 wies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren ab und trat auf die übrigen Begehren nicht ein.

Zur Begründung des Nichteintretenentscheids führte sie aus, die alleinige Eigenschaft als Gläubiger genüge nicht zur Begründung des schutzwürdigen Interesses im Sinne eines unmittelbaren Vermögensinteresses gemäss Art. 5 der Bankenkursverordnung-FINMA, vielmehr müsse unabhängig von einer allfälligen Gläubigereigenschaft glaubhaft gemacht werden, dass unmittelbare Vermögensinteressen betroffen seien. Das Vermögensinteresse eines Gläubigers sei dann unmittelbar, wenn als Grund für die Akteneinsicht Auswirkungen auf die mutmassliche Konkursdividende dargelegt werden könnten. Vorliegend beantrage der Beschwerdeführer Akteneinsicht, um Informationen über eine angeblich fehlende Verwertung von potentiellen Ansprüchen aus paulianischer Anfechtung zu erlangen. Ansprüche aus paulianischer Anfechtung seien aber zwei Jahre nach Konkurseröffnung verwirkt. Da das Konkursverfahren am 22. Dezember 2009 eröffnet worden sei, sei die Frist am 21. Dezember

2011 abgelaufen. Anfechtungsansprüche könnten auch nicht über einen Nachkonkurs gemäss Art. 37 der Bankenkonzursverordnung-FINMA geltend gemacht werden. Sodann sei nach der Rechtsprechung ein hinreichendes Interesse abzulehnen, wenn der Dritte bloss Akteneinsicht in jene Unterlagen verlange, die ihm eine Klage gegen die beaufsichtigte Partei oder gegen die Aufsichtsbehörde ermöglichen sollten. Mangels eines schutzwürdigen Interesses sei die Parteistellung des Beschwerdeführers im Konkursverfahren über die B.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation nicht gegeben, weshalb auf das (Primär)-Begehren auf Einsicht in die Akten des Bankenkonzursverfahrens nicht einzutreten sei. Mangels eines schutzwürdigen Interesses sei auch auf das Eventualbegehren, es sei dem Beschwerdeführer Auskunft über nach dem 23. Oktober 2009 erfolgte Zahlungen von der B.\_\_\_\_\_ GmbH an die Untersuchungsbeauftragten zu erteilen, nicht einzutreten.

#### **B.**

Am 29. Oktober 2012 erhob der Beschwerdeführer gegen die Verfügung vom 24. September 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellte die folgenden Rechtsbegehren:

"1. Es sei die Nichtigkeit des als Verfügung bezeichneten Schreibens der FINMA vom 24. September 2012 (nachfolgend "Verfügung") festzustellen resp. die Verfügung der FINMA vom 24. September 2012 aufzuheben.

2. Dem Beschwerdeführer oder einem Vertreter desselben sei Einsicht in die Akten des Konkursverfahrens über die B.\_\_\_\_\_ GmbH zu gewähren (inkl. Anfertigung von Kopien).

3. Die Verfügung sei insoweit an die FINMA für weitere Abklärungen und zum erneuten Entscheid zurückzuweisen, als mögliche Rückforderungsansprüche der Konkursmasse der B.\_\_\_\_\_ GmbH aus Zahlungen an die Untersuchungsbeauftragten oder andere Ansprüche (beispielsweise aus Verantwortlichkeit) bestehen könnten, verbunden mit der Anweisung, die FINMA habe sich auch materiell mit der Frage der Verfolgung durch die Konkursliquidatorin oder der Abtretung der Forderungen an den Beschwerdeführer und die anderen Gläubiger im Konkursverfahren auseinanderzusetzen und die Erkenntnisse dem Beschwerdeführer bzw. den Gläubigern zur Kenntnis zu bringen.

4. Die Kostenauflegung der Verfügung der FINMA vom 24. September 2012 sei aufzuheben.

5. Eventualiter: Die Verfügung der FINMA vom 24. September 2012 sei aufzuheben und zur Neuentscheidung an die FINMA zurückzuweisen."

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt der Beschwerdeführer, es sei das Verfahren zu sistieren.

Zur Begründung rügt er, die Untersuchungsbeauftragten seien gegenüber anderen Gläubigern begünstigt worden. Im Untersuchungsbericht vom 23. Oktober 2009 hätten sie noch Bankguthaben der B.\_\_\_\_\_ GmbH von Fr. 1'236.70 und EUR 61'624.24 sowie Passiven von EUR 133'249.– und damit einen Passivüberschuss angegeben; im 1. Zirkularschreiben vom 24. November 2011 seien dagegen nur noch Aktiven von insgesamt Fr. 46'724.52 aufgeführt. Es sei zu vermuten, dass die Differenz an die Untersuchungsbeauftragten ausbezahlt worden sei, und zwar, nachdem sie einen Passivenüberschuss der B.\_\_\_\_\_ GmbH festgestellt hätten. Die Differenz könnte möglicherweise Forderungen der Konkursmasse begründen, beispielsweise in Bezug auf eine paulianische Anfechtung, aus ausservertraglichen Ansprüchen oder Verantwortlichkeitsklagen. Um die Chancen solcher Klagen und die Höhe allfälliger Ansprüche abschätzen zu können, sei er auf die Akteneinsicht angewiesen. Schliesslich sei die Auferlegung von Kosten von Fr. 5'000.– völlig unverhältnismässig und verletze das Äquivalenzprinzip schwer, nachdem die Vorinstanz auf sein Akteneinsichtsgesuch nicht einmal eingetreten sei.

### **C.**

Mit Stellungnahme vom 9. November 2012 beantragt die Vorinstanz, es sei auf den Verfahrens Antrag, das Beschwerdeverfahren zu sistieren, nicht einzutreten, eventualiter sei er abzuweisen. Die Aufsichtsbeschwerde bezwecke nicht den individuellen Rechtsschutz und sei ausserdem unzulässig, wenn das infrage stehende Verhalten mit einem ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel gerügt werden könne. Vorliegend stehe keine gütliche Einigung in Aussicht, und entgegen den Erwartungen des Beschwerdeführers sei nicht damit zu rechnen, dass die Vorinstanz aus eigenem Antrieb auf die angefochtene Verfügung zurückkommen werde. Somit rechtfertige sich eine Sistierung des Verfahrens oder die Ansetzung einer ausserordentlich langen Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses nicht.

### **D.**

Mit Verfügung vom 16. November 2012 wies der Instruktionsrichter die Anträge auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens, auf Aussetzung der Erhebung des Kostenvorschusses oder auf Anordnung einer ausserordentlichen langen Frist zur Bezahlung desselben ab.

**E.**

Mit Eingabe vom 17. Dezember 2012 teilte der Beschwerdeführer mit, dass er am 26. November 2012 beim Eidgenössischen Finanzdepartement ein Begehren auf Schadenersatz nach dem Verantwortlichkeitsgesetz eingereicht hatte.

**F.**

Mit Vernehmlassung vom 18. Januar 2013 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

**G.**

Der Beschwerdeführer hält mit Replik vom 28. Februar 2013 an seinen Anträgen fest.

**H.**

Mit Duplik vom 19. März 2013 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen fest.

**I.**

Der Beschwerdeführer reicht am 27. März 2013 eine "Berichtigung zur Stellungnahme der Vorinstanz" ein, wozu die Vorinstanz am 9. April 2013 Stellung nimmt.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit voller Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. Art. 7 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

**1.1** Der Entscheid der Vorinstanz vom 24. September 2012 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (vgl. Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegende von der FINMA erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung zuständig.

**1.2** Der Streitgegenstand in einem Beschwerdeverfahren umfasst das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Er wird durch zwei Elemente bestimmt: Erstens durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsgegenstand) und zweitens durch die Beschwerdebegehren (vgl. dazu FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 42 ff. und 127 ff.; BGE 118 V 311 E. 3b, mit Hinweisen). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die Vorinstanz nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, darf die Rechtsmittelinstanz nicht beurteilen. Was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen, ergibt sich somit aus dem Dispositiv der angefochtenen Verfügung sowie aus den vor der Vorinstanz gestellten Anträgen, soweit diese in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht nicht berücksichtigt wurden.

**1.2.1** In Dispositivziffer 1 wies die Vorinstanz das Begehren, sie habe sich für die Beurteilung des Akteneinsichtsgesuches und die Beurteilung allfälliger Ansprüche aus Zahlung nach Vorliegen des Berichts der Untersuchungsbeauftragten vom 23. Oktober 2009 als befangen zu erklären und diese Beurteilungen einer unabhängigen Instanz zu übertragen, ab.

Diese Dispositivziffer ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht angefochten. Diese Frage gehört demnach zwar zum Anfechtungsgegenstand, aber nicht zum Streitgegenstand und braucht im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beurteilt zu werden.

**1.2.2** Der Beschwerdeführer beantragt, ihm oder seinem Vertreter sei Einsicht in die Akten des Konkursverfahrens über die B.\_\_\_\_\_ GmbH zu gewähren, inkl. Anfertigung von Kopien (Beschwerdebegehren Ziffer 2). Im vorinstanzlichen Verfahren hatte er diesbezüglich noch eingeschränktere Begehren gestellt, er hatte nämlich lediglich Einsicht in die Konkursakten bzw. in die Akten des Verfahrens der Vorinstanz betreffend eine Bewilligungspflicht der B.\_\_\_\_\_ GmbH verlangt, soweit diese Zahlungen der B.\_\_\_\_\_ GmbH an die Untersuchungsbeauftragten betreffen. Soweit der Beschwerdeführer im Rechtsmittelverfahren nunmehr eine weitergehende Akteneinsicht verlangt, ist auf dieses Rechtsbegehren daher nicht einzutreten.

**1.2.3** In Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist die Vorinstanz auf das Akteneinsichtsbegehren des Beschwerdeführers nicht eingetreten.

Mit einer Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid kann – entsprechend dem dargelegten Grundsatz, dass der Streitgegenstand im Rechtsmittelverfahren nicht ausgeweitet werden kann – an sich nur das Nichteintreten beanstandet und nicht eine materielle Beurteilung verlangt werden. Erstinstanzliche Verfügungen sind indessen nicht streng nach ihrem Wortlaut, sondern nach ihrem wirklichen Gehalt zu verstehen (vgl. Urteil des BGer 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 2; BGE 132 V 74 E. 2; Urteile des BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 1.3; B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 1.2 und 5). Im vorliegenden Fall geht aus den Erwägungen der angefochtenen Verfügung klar hervor, dass die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Akteneinsicht materiell beurteilt und abschlägig entschieden hat. Es ist daher davon auszugehen, dass das Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren – entgegen dem Wortlaut des vorinstanzlichen Dispositivs – ein materieller Entscheid der Vorinstanz über das Gesuch des Beschwerdeführers um Akteneinsicht ist.

Soweit der Beschwerdeführer somit im vorliegenden Rechtsmittelverfahren beantragt, ihm sei Einsicht in die Akten des Konkursverfahrens über die B.\_\_\_\_\_ GmbH zu gewähren, soweit diese Zahlungen der B.\_\_\_\_\_ GmbH an die Untersuchungsbeauftragten betreffen, liegt daher keine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstandes vor, weshalb – vorbehältlich der übrigen Eintretensvoraussetzungen – darauf einzutreten ist.

**1.2.4** Zu prüfen ist sodann, ob auf Ziffer 3 der Beschwerdebegehren einzutreten ist. Ziffer 3 lautet wie folgt:

"Die Verfügung sei insoweit an die FINMA für weitere Abklärungen und zum erneuten Entscheid zurückzuweisen, als mögliche Rückforderungsansprüche der Konkursmasse der B.\_\_\_\_\_ GmbH aus Zahlungen an die Untersuchungsbeauftragten oder andere Ansprüche (beispielsweise aus Verantwortlichkeit) bestehen könnten, verbunden mit der Anweisung, die FINMA habe sich auch materiell mit der Frage der Verfolgung durch die Konkursliquidatorin oder der Abtretung der Forderungen an den Beschwerdeführer und die anderen Gläubiger im Konkursverfahren auseinanderzusetzen und die Erkenntnisse dem Beschwerdeführer bzw. den Gläubigern zur Kenntnis zu bringen."

Im vorinstanzlichen Verfahren hatte der Beschwerdeführer in seinem Akteneinsichts- und Auskunftsgesuch vom 31. Mai 2012 nebst seinem Gesuch um teilweise Einsicht in die Konkursakten der B.\_\_\_\_\_ GmbH das folgende Rechtsbegehren gestellt:

3. Sollten nach dem 23. Oktober 2009 noch Zahlungen der B.\_\_\_\_\_ GmbH an die Untersuchungsbeauftragten gemacht worden sein, sei die unseres Erachtens daraus resultierende Forderung in selber Höhe gegenüber den Untersuchungsbeauftragten im Hinblick auf die Möglichkeit einer paulianischen Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG (zur Abtretung anzubieten oder) A.\_\_\_\_\_ ADVOKATUR & NOTARIAT (Rechtsanwalt lic. iur. A.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt lic. iur. G.\_\_\_\_\_) direkt abzutreten."

Mit E-Mail vom 28. Juni 2012 sowie mit E-Mail und Schreiben vom 4. Juli 2012 erneuerte der Beschwerdeführer diese Anträge.

Wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, verlangte der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren somit allein die Abtretung potentieller Forderungen im Hinblick auf die Möglichkeit einer paulianischen Anfechtung. Mit dem Beschwerdebegehren Ziffer 3 verlangt er nun erstmals Abklärungen im Hinblick auf allfällige Rückforderungs- oder Verantwortlichkeitsansprüche. Im Vergleich zu den im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Rechtsbegehren beantragt er somit mehr bzw. etwas Anderes, was eine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstands darstellt.

Auf das Beschwerdebegehren Ziffer 3 ist daher nicht einzutreten.

**1.3** Gemäss den allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Als Adressat der angefochtenen Verfügung ist der Beschwerdeführer in besonderem Mass vom Entscheid betroffen und hat ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der vorinstanzlichen Verfügung. Die Voraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 VwVG sind daher im vorliegenden Fall gegeben.

**1.4** Das Konkursverfahren gegen eine juristische Person, die ohne Bewilligung eine nach dem Bankengesetz bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt hat, erfolgt analog den Bestimmungen über den Bankenkurs (vgl. Art. 33 ff. des Bankengesetzes vom 8. November 1934 [BankG, SR 952.0] i.V.m. Art. 37 Abs. 2 und 3 FINMAG). In einem derartigen Verfahren können die Gläubiger und Eigner einer Bank lediglich gegen die Genehmigung des Sanierungsplans und gegen Verwertungshandlungen Beschwerde führen (vgl. Art. 24 Abs. 2 BankG). Da die im vorliegenden Fall angefochtene Verfügung im Kontext eines derartigen Konkursverfahrens erfolgte, ist zu prüfen, ob diese spezialgesetzliche Einschränkung der Beschwerdelegitimation im vorliegenden Fall greift.

In der Botschaft wird die Einschränkung der Beschwerdelegitimation von Gläubigern und Eignern mit der Zielsetzung der von der Vorinstanz im Rahmen des elften und zwölften Abschnitts des Bankengesetzes zu treffenden Massnahmen erklärt. Eine von Solvenzproblemen betroffene Bank soll im Einzelfall entweder ohne Verzögerung einem effizienten und effektiven Sanierungsverfahren zugeführt werden oder – wenn keine Sanierung mehr möglich ist – mit einem für Gläubiger und Eigner möglichst günstigen Ergebnis liquidiert werden. Würden solche Verfahren dadurch am Fortgang gehindert oder zum Erliegen gebracht, dass Gläubiger oder Eigner der Bank nach jeder von der Vorinstanz getroffenen Verfahrensmassnahme Beschwerde einlegen könnten, wären diese Ziele kaum mehr erreichbar (vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002 [nachfolgend: Botschaft Änderung Bankengesetz 2002], BBl 2002 8078). Im Interesse der Gesamtheit der Beteiligten ist daher der Rechtsschutz in solchen Verfahren auf das Wesentliche beschränkt worden. Bei Liquidationsschwierigkeiten einer Bank akzentuiert sich typischerweise ein Konflikt zwischen dem Partikular- bzw. Individualinteresse des einzelnen Gläubigers am optimalen Schutz seiner eigenen Vermögensrechte einerseits und dem allgemeinen Gläubigerinteresse, einem Kollektivinteresse der Gesamtheit aller Gläubiger bezüglich ihrer Vermögensrechte, andererseits. Werden Probleme einer Bank öffentlich, kann das private Interesse eines Gläubigers darin bestehen, im Sinn eines "bank run" möglichst schnell sein gesamtes Guthaben abzuheben. Dieses Verhalten ist nicht nur im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger problematisch, es kann auch konträr zum kollektiven Gläubigerinteresse sein, ist es doch dazu geeignet, den Fortbestand der Bank und somit die anderen Gläubiger Guthaben zu gefährden. In diesem Konflikt zwischen dem Partikular- bzw. Individualinteresse des einzelnen Gläubigers und dem Kollektivinte-

resse der Gesamtheit aller Gläubiger hat der Gesetzgeber daher zu Gunsten der Gläubigersamtheit der Vorinstanz ein Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, welches es ihr erlaubt, bei einer Bank präventiv Massnahmen zu ergreifen und dadurch nach Möglichkeit einen Bankenkurs abzuwenden. Aus diesem Grund ist die Beschwerde der Gläubiger bzw. Eigner nicht gegen alle, sondern nur gegen die für sie wichtigsten Verfügungen zugelassen (vgl. EVA HÜPKES, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 15 ff. der Vorbemerkungen zum 11. bis 13. Abschnitt; TOMAS POLEDNA/DAVIDE JERMINI, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, a.a.O., Rz. 5 ff. zu Art. 24 BankG; vgl. zum Ganzen BVGE 2009/31 E. 2.4.1).

Im Zusammenhang mit den Massnahmen nach dem elften und zwölften Abschnitt des Bankengesetzes gelten sowohl der einzelne Gläubiger oder Eigner der Bank als auch das Gläubigerkollektiv als potentiell in ihren finanziellen Interessen Betroffene. Ihre Betroffenheit ist indessen insofern indirekt und mittelbar, als die Sicherheit ihrer Forderungen bzw. ihr Vermögensinteresse von der Bonität der Bank bzw. von der Grösse der Konkursmasse abhängt. So wird in der Botschaft ausgeführt, bis zur Erstellung des Sanierungsplans seien Gläubiger und Eigner vom Verfahren – wenn überhaupt – nur am Rande betroffen, weil die vorgängigen Schutzmassnahmen und der Entscheid, die Aussichten für eine Sanierung prüfen zu lassen, ihre Forderungen oder Beteiligungen höchstens vorläufig oder auf indirekte Weise tangierten. Der Sanierungsplan dagegen betreffe die Gläubiger und Eigner direkt, weshalb sie dagegen Einwendungen und gegen dessen Genehmigung auch Beschwerde erheben können sollten (vgl. Botschaft Änderung Bankengesetz 2002, BBl 2002 8078).

Typisch an den Massnahmen, die von der Vorinstanz gestützt auf den elften und zwölften Abschnitt des Bankengesetzes verfügt werden, ist somit, dass sie sich in erster Linie gegen die beaufsichtigte Bank richten und die Kunden nur punktuell und indirekt tangieren (vgl. BGE 137 II 431 E. 2.2.3). Insofern ist die Einschränkung der Beschwerdelegitimation der Gläubiger und Eigner gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG als spezialgesetzliche Konkretisierung des Grundsatzes zu verstehen, wonach die Gläubigereigenschaft an sich nicht ausreicht, um die erforderliche Beziehungsnähe für eine eigene Beschwerdelegitimation in Bezug auf Verfügungen gegen den Schuldner zu begründen. Nach diesem Grundsatz ist für die Beschwerdelegitimation bei Drittbeschwerden eine direkte und unmittelbare Betroffenheit durch die angefochtene Verfügung erforderlich

(vgl. BGE 133 II 468 E. 1 mit Hinweisen). Führt ein Gläubiger Beschwerde gegen eine den Schuldner belastende Verfügung, so handelt es sich um einen sogenannten Drittbeschwerdeführer pro Adressat. In dieser Konstellation gesteht die Rechtsprechung dem Gläubiger zwar ein faktisches (wirtschaftliches) Interesse an einer Abänderung der Verfügung zu, doch gilt die Gläubigereigenschaft nicht als ausreichend, um die notwendige Beziehungsnähe und den unmittelbaren Nachteil durch die angefochtene Verfügung und damit die Beschwerdelegitimation zu begründen (vgl. BGE 130 V 560 E. 3.5). Die Einschränkung der Beschwerdelegitimation gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG greift somit nur dort, wo ein Drittbeschwerdeführer durch eine gestützt auf den elften oder zwölften Abschnitt des Bankengesetzes verfügte Massnahme der Vorinstanz gegen die betroffene Bank in seinem indirekten und mittelbaren finanziellen Interesse als Gläubiger oder Eigner berührt ist (vgl. BVGE 2009/31 E. 2.4).

Im vorliegenden Verfahren ist das Anfechtungsobjekt keine Verfügung gegen das betroffene Institut bzw. den Gemeinschuldner, sondern eine Verfügung, deren primärer Adressat der Beschwerdeführer selbst ist. Art. 24 Abs. 2 BankG steht daher der Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers nicht entgegen.

**1.5** Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

**1.6** Auf die Beschwerde ist demnach im dargelegten Umfang einzutreten.

## **2.**

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer vorab, die angefochtene Verfügung sei nichtig, da die Vorinstanz gar nicht zuständig gewesen sei, eine Verfügung zu erlassen. Die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung in ihrer Funktion als Konkursliquidatorin erlassen. Als solche sei sie aber gemäss Art. 6 Abs. 1 der Bankenkonzursverordnung-FINMA ausdrücklich nicht ermächtigt, Verfügungen zu erlassen.

Die Vorinstanz macht dagegen geltend, im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung sei das Konkursverfahren über die B. \_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation noch nicht abgeschlossen gewesen, weshalb ge-

mäss Art. 5 Abs. 5 der Bankenkonzursverordnung-FINMA die Konkursliquidatorin für den Entscheid über die Akteneinsicht zuständig gewesen sei. Aufgrund der eingeschränkten Beschwerdelegitimation im bankenrechtlichen Konkursverfahren eröffne Art. 6 Abs. 2 der Bankenkonzursverordnung-FINMA aber denjenigen, die von Entscheiden der Konkursliquidatorin betroffen seien, die Möglichkeit, den Sachverhalt der Vorinstanz anzuzeigen. Nach der neuen Regelung des Art. 6 Abs. 3 der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA erlasse die Vorinstanz daraufhin – falls erforderlich – eine Verfügung. Die Vorinstanz sei aber bereits vor Inkrafttreten dieser Regelung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Eröffnung eines gerichtlichen Rechtswegs gehalten gewesen, im Streitfall, d.h. bei Nichteintreten auf eine Eingabe oder Abweisung eines Gesuchs, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu entscheiden (BGE 130 II 521 E. 2.5). Hinzu komme, dass sie den Beschwerdeführer vorgängig darüber informiert habe, dass sie dem Antrag auf Akteneinsicht mangels eines unmittelbaren Vermögensinteresses nicht stattgeben könne. Sie habe ihm mitgeteilt, dass der allfällige Erlass einer formellen Verfügung kostenpflichtig sei und ihn zugleich angefragt, ob er an seinem Gesuch festhalte. Der Beschwerdeführer habe mit E-Mail vom 28. Juni 2012 und Schreiben vom 4. Juli 2012 sein Gesuch nochmals ausführlich begründet und an seinen Begehren sowie an deren Begründung in der Sache festgehalten. Für die Vorinstanz sei daraus erkennbar gewesen, dass er mit einer formlosen Ablehnung seines Gesuchs nicht einverstanden sei, sondern von ihr stattdessen eine förmliche und anfechtbare Verfügung beantrage. Diesem Begehren sei sie mittels Verfügung vom 24. September 2012 nachgekommen. Mit Blick auf den Verfahrensablauf und das Verhalten des Beschwerdeführers erscheine es als widersprüchlich, wenn der Beschwerdeführer zuerst von ihr eine Verfügung verlange und dann behaupte, sie sei dafür gar nicht zuständig.

**2.1** Nach ständiger Rechtsprechung prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen nicht nur die Prozessvoraussetzungen in Bezug auf ein Sachurteil des Bundesverwaltungsgerichts, sondern auch, ob die Prozessvoraussetzungen vor der Vorinstanz gegeben waren. Hat die Vorinstanz übersehen, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlte, und hat sie materiell entschieden, ist dies im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu berücksichtigen, mit der Folge, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben ist (vgl. BGE 132 V 93 E. 1.2; Urteil des BVGer B-253/2012 vom 8. März 2012 E. 2).

Dass der Beschwerdeführer die angefochtene Verfügung selbst von der Vorinstanz verlangt hat, ist daher kein Grund, die von ihm nachher erhobene Rüge der Unzuständigkeit wegen Widersprüchlichkeit nicht zu behandeln, da das Bundesverwaltungsgericht eine fehlende Zuständigkeit der Vorinstanz ohnehin von Amtes wegen zu beachten hätte. Auch wäre sein ausdrücklich an die Vorinstanz gerichtetes Gesuch nicht im Sinne einer "Einlassung" geeignet, eine allenfalls objektiv nicht gegebene Zuständigkeit zu begründen, da die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei im Bundesverwaltungsrecht nicht möglich ist (vgl. Art. 7 VwVG).

**2.2** Am 1. November 2012 trat die Bankeninsolvenzverordnung-FINMA vom 30. August 2012 (BIV-FINMA, SR 952.05) in Kraft und ersetzte die Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision zum Konkurs von Banken und Effektenhändlern vom 30. Juni 2005 (Bankenkonkursverordnung [BKV], seit 1. Januar 2009: Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Banken und Effektenhändlern vom 30. Juni 2005 [Bankenkonkursverordnung-FINMA, BKV-FINMA, SR 952.812.32]).

Die angefochtene Verfügung datiert vom 24. September 2012, die Beschwerde vom 29. Oktober 2012.

In intertemporalrechtlicher Hinsicht gilt grundsätzlich, dass beim Fehlen von ausdrücklichen Übergangsregeln die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen ist. Diese Nachwirkung des alten Rechts hat mit der funktionellen Zuständigkeit der Rechtsmittelbehörde zu tun: Ihre Aufgabe erschöpft sich darin zu überprüfen, ob das für die Vorinstanz massgebliche Recht richtig angewendet wurde. Der Nachwirkungsgrundsatz ist insofern zu relativieren, als neues strengeres Recht auf hängige Beschwerdesachen gleichwohl Anwendung finden darf, falls es um der öffentlichen Ordnung willen oder zur Durchsetzung erheblicher öffentlicher Interessen erlassen wurde und wenn zwingende Gründe für die sofortige Anwendung des neuen Rechts sprechen. Neues günstigeres Rechts soll stets berücksichtigt werden, soweit der Rechtsschutz Dritter nicht beeinträchtigt wird (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 24 Rz. 20, unter Verweis auf BGE 139 II 263 E. 8.2; BGE 139 II 243 E. 11.1). Diese Grundsätze gelten für nachträgliche Änderungen des materiellen Rechts; neue Verfahrensvorschriften sind unverzüglich anzuwenden, ausser sie führten eine grundlegend neue

Ordnung ein (BGE 129 V 113 E.2.2) oder wenn es um die Frage von laufenden Rechtsmittelfristen geht (BGE 130 V 560 E. 3.1).

Im vorliegenden Fall enthält die BIV-FINMA eine Übergangsregelung. Demnach gelten für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieser Verordnung rechtshängig sind, die Vorschriften der BIV-FINMA (vgl. Art. 61 BIV-FINMA). Es stellt sich daher die Frage, ob die BIV-FINMA in Bezug auf das vorliegende Verfahren Geltung beansprucht. Die Übergangsbestimmung sieht eine sofortige Anwendung des neuen Rechts vor. Eine sofortige Anwendung ist indessen nicht gleichzusetzen mit einer rückwirkenden Anwendung. Die vom Beschwerdeführer erhobene Rüge, die angefochtene Verfügung sei nichtig, da die Vorinstanz zu deren Erlass nicht zuständig gewesen sei, kann ja wohl kaum aufgrund einer Verordnung zu prüfen sein, welche erst nach Rechtshängigkeit der Beschwerde gegen diese Verfügung in Kraft trat.

Die Frage kann aber letztlich ohnehin offen gelassen werden, da die allfälligen Unterschiede zwischen der BKV-FINMA und der BIV-FINMA für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht relevant sind.

**2.3** Das Bankengesetz sieht vor, dass die Vorinstanz im Falle eines Bankenkurses einen oder mehrere Konkursliquidatoren ernennt (vgl. Art. 33 Abs. 2 BankG), die in der Folge namentlich für die Sicherung und Verwertung der Konkursaktiven, die Besorgung der im Rahmen des Bankenkursverfahrens notwendigen Geschäftsführung, die Vertretung der Masse vor Gericht sowie die Erhebung und Auszahlung der gesicherten Einlagen verantwortlich sind (vgl. Art. 9 BKV-FINMA bzw. Art. 13 BIV-FINMA). Die Konkursliquidatoren werden von der Vorinstanz mandatiert; es handelt sich bei ihnen um sogenannte "Beauftragte" der FINMA, wie auch die Untersuchungsbeauftragten nach Art. 36 FINMAG, die Sanierungsbeauftragten nach Art. 28 BankG oder die beigezogenen Dritten nach Art. 47 Abs. 2 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01). Gemeinsam ist all diesen "Beauftragten", dass die Vorinstanz mit ihrer Mandatierung eigene öffentlich-rechtliche Aufgaben an private Erfüllungsträger delegiert (vgl. BENEDICT MAURENBRECHER/ANDRÉ TERLINDEN in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 7 ff. zu Art. 36 FINMAG; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Zürich/St. Gallen 2010, S. 53 f., 61,

73 f.; SUSAN EMMENEGGER, Die Haftung der EBK-Beauftragten, in: Emmenegger [Hrsg.], Bankhaftungsrecht, Basel 2006, S. 3 f.).

Verfügungen sind Anordnungen einer Behörde im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten, die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten und Pflichten oder die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten oder das Nichteintreten auf ein solches Begehren zum Gegenstand haben (vgl. Art. 5 Abs. 1 VwVG). Eine Verfügung ist somit eine autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnung einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar ist (vgl. etwa BGE 135 II 38 E. 4.3, BGE 131 II 13 E. 2.2). Aufgrund dieses hoheitlichen und durchsetzbaren Charakters darf bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben an verwaltungsexterne Private nicht ohne Weiteres von der Verfügungsbefugnis ausgegangen werden, sondern eine solche bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage (vgl. Urteil des BGer 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 E. 3).

Weder das Finanzmarktaufsichtsgesetz noch das Bankengesetz sehen eine derartige Verfügungsbefugnis der Beauftragten der Vorinstanz vor (vgl. RENATE SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich/Basel/Genf, Ausgabe 2006, Rz. 11 zu Art. 31 BankG; THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, a.a.O., Rz. 33 zu Art. 33 BankG). Historisch gesehen war dies ein bewusster Entscheid: So wird in der Botschaft zum Bankengesetz ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die in den diversen Verfahrensstadien einsetzbaren Personen dem Vollzug von Verfügungen der Vorinstanz dienen. Sie würden zwar hoheitlich eingesetzt, würden dadurch aber nicht zu "Bundesbehörden" und könnten demnach keine Verfügungen, sondern lediglich faktische Anordnungen treffen (vgl. Botschaft Änderung Bankengesetz 2002, BBl 2002 8075; 8079). In der Verordnung wird diese fehlende Verfügungskompetenz nochmals ausdrücklich klar gestellt (vgl. Art. 6 Abs. 1 BKV-FINMA bzw. Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA).

Die im Bankenkonzurs zur Vornahme der Liquidation eingesetzten beauftragten Personen sind somit nicht als eigenständige Behörde, sondern als "verlängerter Arm" der Vorinstanz tätig. Für allfällige Schäden aus wesentlichen Amtspflichtverletzungen dieser Beaufsichtigten haftet der Bund zwar, als wenn sie Mitarbeiter der Vorinstanz wären (vgl. Art. 19

Abs. 1 FINMAG; EMMENEGGER, a.a.O., S. 47 f.). Die Verfügungskompetenz aber, als Quintessenz hoheitlichen Handelns einer Behörde, kann nicht an diesen "verlängerten Arm" ausgelagert werden, sondern verbleibt bei der Vorinstanz.

Aus diesem Verhältnis zwischen Vorinstanz und den von ihr Beauftragten ergibt sich, dass es im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz liegt, ob sie überhaupt einen oder mehrere Konkursliquidatoren einsetzen oder in begründeten Einzelfällen – insbesondere bei offensichtlich geringen Aktiven – gänzlich davon absehen und die Konkursliquidation selbst, d.h. durch ihre eigenen Mitarbeiter, durchführen will (vgl. Urteil des BVGer B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.3 f.). In letzterem Fall werden die öffentlich-rechtlichen Aufgaben nicht an einen Privaten ausgelagert, sondern verbleiben bei der Vorinstanz. In Bezug auf die alleinige Verfügungskompetenz der Vorinstanz ist dieser Unterschied ohne Relevanz.

**2.4** Die Rüge, die Vorinstanz sei zum Erlass der angefochtenen Verfügung gar nicht zuständig gewesen, erweist sich somit als offensichtlich unbegründet.

### **3.**

Der Beschwerdeführer rügt, die von ihm angebehrte Einsicht in die Akten des Konkursverfahrens über die B.\_\_\_\_\_ GmbH sei ihm zu Unrecht nicht gewährt worden. Die Untersuchungsbeauftragten hätten in ihrem Bericht vom 23. Oktober 2009 Bankguthaben der B.\_\_\_\_\_ GmbH von Fr. 1'236.70 und EUR 61'624.24 sowie Passiven von EUR 133'249.– und damit einen Passivüberschuss angegeben. Im 1. Zirkularschreiben vom 24. November 2011 seien dagegen nur noch Aktiven von insgesamt Fr. 46'724.52 aufgeführt. Es sei zu vermuten, dass die Differenz an die Untersuchungsbeauftragten ausbezahlt worden sei, und zwar, nachdem sie einen Passivenüberschuss der B.\_\_\_\_\_ GmbH festgestellt hätten. Die Differenz begründe Forderungen der Konkursmasse, welche sich auf die Konkursdividende und damit unmittelbar auf seine Vermögensrechte als Gläubiger auswirkten. Zu denken sei beispielsweise an eine paulianische Anfechtung, welche zwar möglicherweise, aber nicht sicher verwirkt sei, an ausservertragliche Ansprüche oder an Verantwortlichkeitsklagen. Damit er das Bestehen und die Erfolgsaussichten derartiger Forderungen beurteilen könne, sei ihm als Gläubiger Einsicht in die Akten des Konkursverfahrens über die B.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation und die Akten der B.\_\_\_\_\_ GmbH vor und im Konkurs zu gewähren. Als Gläubiger, dessen Forderung im Konkurs über die B.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation

kolloziert worden sei, sei er aktuell und unmittelbar in seinen Vermögensinteressen betroffen. Er habe daher Parteieigenschaft, weshalb ihm gestützt auf Art. 26 VwVG das Akteneinsichtsrecht vorbehaltlos zustehe. Eine Verweigerung wäre nur aus den in Art. 27 Abs. 1 VwVG genannten Gründen möglich, doch seien vorliegend keine derartigen Gründe ersichtlich oder geltend gemacht worden. Die Vorinstanz habe pauschal auf das Bankgeheimnis verwiesen. Dieses sei aber nicht betroffen, da die B.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation keine Bank gewesen sei. Ohnehin habe der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Rechtsvertreter der B.\_\_\_\_\_ GmbH bereits Einblick in wesentliche Teile der Akten erhalten, insbesondere in alle Informationen betreffend Kunden und Geschäftspartner der B.\_\_\_\_\_ GmbH. Völlig unverständlich sei, dass dem Beschwerdeführer die Auskünfte bezüglich Zahlungen an die Untersuchungsbeauftragten nicht erteilt worden seien, denn diese Auskunft hätte keine Kunden betroffen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei es nicht Sache der Behörden, anstelle der vom Konkurs Betroffenen über die allfällige Geltendmachung von Forderungen und deren Erfolgsaussichten zu befinden und die Akteneinsicht davon abhängig zu machen.

Die Vorinstanz begründete ihr Nichteintreten auf das Akteneinsichtsbegehren des Beschwerdeführers damit, dass die alleinige Eigenschaft als Gläubiger zur Begründung eines schutzwürdigen und unmittelbaren Vermögensinteresses im Sinne von Art. 5 BKV-FINMA nicht genüge. Vielmehr müsse unabhängig von einer allfälligen Gläubigereigenschaft glaubhaft gemacht werden, dass unmittelbare Vermögensinteressen betroffen seien. Das Vermögensinteresse eines Gläubigers sei dann unmittelbar, wenn als Grund für die Akteneinsicht Auswirkungen auf die mutmassliche Konkursdividende dargelegt werden könnten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei ein hinreichendes Interesse abzulehnen, wenn der Dritte bloss Akteneinsicht in jene Unterlagen verlange, die ihm eine Klage gegen die beaufsichtigte Partei oder gegen die Aufsichtsbehörde ermöglichen sollten. Vorliegend beantrage der Beschwerdeführer Akteneinsicht, um Informationen über eine angeblich fehlende Verwertung von potentiellen Ansprüchen aus paulianischer Anfechtung zu erhalten. Ansprüche aus paulianischer Anfechtung seien zwei Jahre nach Konkurseröffnung verwirkt. Da das Konkursverfahren am 22. Dezember 2009 eröffnet worden sei, sei die Frist am 21. Dezember 2011 abgelaufen. Anfechtungsansprüche könnten auch nicht über einen Nachkonkurs geltend gemacht werden. Sodann sei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein hinreichendes Interesse abzulehnen,

wenn der Dritte bloss Akteneinsicht in jene Unterlagen verlange, die ihm eine Klage gegen die beaufsichtigte Partei oder gegen die Aufsichtsbehörde ermöglichen sollten. Mangels schutzwürdigen Interesses sei daher die Parteistellung des Beschwerdeführers im Konkursverfahren über die B.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation abzulehnen und in der Folge auf das Begehren auf Einsicht in die Akten des Bankenkursverfahrens nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer könnte selbst dann, wenn er formell Beteiligter wäre, kein schutzwürdiges Interesse nachweisen, weshalb das Gesuch auch in materieller Hinsicht abzuweisen wäre.

**3.1** Das Bankengesetz selbst regelt die Frage, ob bzw. inwieweit Gläubiger Anspruch auf Einsicht in die Akten eines Bankenkurses haben, nur in Bezug auf die Einsicht in den Kollokationsplan (vgl. Art. 36 Abs. 2 BankG). Art. 5 BKV-FINMA sieht darüber hinaus Folgendes vor:

"1 Wer glaubhaft macht, dass er durch den Bankenkurs unmittelbar in seinen Vermögensinteressen betroffen ist, kann die Konkursakten einsehen; dabei ist das Berufsgeheimnis nach den Artikeln 47 BankG und 43 BEHG so weit als möglich zu wahren.

2 Die Akteneinsicht kann auf bestimmte Verfahrensstadien beschränkt oder aufgrund entgegenstehender überwiegender Interessen eingeschränkt oder verweigert werden.

3 Die durch die Akteneinsicht (insbesondere in den Kollokationsplan) erhaltenen Informationen dürfen lediglich verwendet werden, um die eigenen Vermögensinteressen zu wahren.

4 Der Konkursliquidator kann die Akteneinsicht von einer Erklärung im Sinne von Absatz 3 abhängig machen und für den Fall der Zuwiderhandlung vorgängig auf die Strafdrohung nach Artikel 48 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 und Artikel 292 des Strafgesetzbuches hinweisen.

5 Der Konkursliquidator und nach Abschluss des Bankenkursverfahrens die FINMA entscheiden über die Einsicht in die Konkursakten."

Art. 5 BIV-FINMA weist bezüglich der hier relevanten Passagen einen identischen Wortlaut auf.

**3.2** Als Gläubiger, dessen Forderung rechtskräftig kolloziert wurde und dem von der Konkursverwaltung eine Konkursdividende von lediglich 1% bis 3% in Aussicht gestellt wurde, ist der Beschwerdeführer durch den in Frage stehenden Konkurs offensichtlich unmittelbar in seinen Vermögensinteressen betroffen.

**3.3** Das Argument der Vorinstanz, die alleinige Eigenschaft als Gläubiger genüge für die Annahme eines schutzwürdigen und unmittelbaren Vermögensinteresses im Sinne von Art. 5 BKV-FINMA nicht, vielmehr müsse als Grund für die Akteneinsicht Auswirkungen auf die mutmassliche Konkursdividende dargelegt werden können, ist nicht nachvollziehbar.

Zwar ist einleuchtend, wenn die Vorinstanz für die Frage, was unter "unmittelbar" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BKV-FINMA zu verstehen ist, auch die Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation von Dritten heranzieht, welche ebenfalls ein "unmittelbares Interesse" voraussetzt. Unmittelbarkeit in diesem Sinn bedeutet indessen, dass der Betroffene sein Interesse nicht aus dem – gleichgerichteten – Interesse eines Anderen ableitet (vgl. Urteil des BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 3.2). Bei einem Gläubiger, dessen eigene Forderung kolloziert wurde, ist diese Unmittelbarkeit in Bezug auf den in Frage stehenden Konkurs daher offensichtlich gegeben.

**3.4** Im allgemeinen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ist die Akteneinsicht so geregelt, dass jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, die Protokolle und Register des Betreibungsamtes einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen kann (vgl. Art. 8a des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG, SR 281.1]). Im Falle des Konkurses billigt die Rechtsprechung grundsätzlich jedem Gläubiger das erforderliche Interesse zu (vgl. BGE 93 III 4). Art. 8a SchKG findet an sich keine Anwendung in einem Bankenkongkursverfahren. Die BKV-FINMA bzw. die BIV-FINMA stellt insofern ein eigenständiges, geschlossenes Regelwerk unabhängig vom SchKG dar und regelt in umfassender Weise das Verfahren des Bankenkongkurses von der Eröffnung bis zur Schliessung (vgl. THOMAS BAUER/CHRISTIAN HAAS, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, a.a.O., Rz. 28 zu Art. 34 BankG).

In Bezug auf die Akteneinsicht liegt der wesentliche Unterschied zum allgemeinen Konkursrecht im besonderen Schutz des Bankkündengeheimnisses, das auch im Bankenkongkursverfahren möglichst zu wahren ist (vgl. Art. 47 BankG und Art. 5 Abs. 1 und 2 BKV-FINMA bzw. Art. 5 Abs. 1 und 2 BIV-FINMA). Ein Grund, warum der Begriff der Unmittelbarkeit des Vermögensinteresses eines Gläubigers im Bankenkongkursverfahren anders ausgelegt werden sollte als im allgemeinen Konkursverfahren, ergibt sich indessen aus dem Bankkündengeheimnis nicht und ist auch sonst nicht ersichtlich.

**3.5** Ob und wie weit einem Interessenten Einsicht zu gewähren ist, muss von Fall zu Fall aufgrund des Interessennachweises entschieden werden (vgl. BGE 135 III 503 E. 3; BGE 95 III 2 E. 2; BGE 93 III 4 E. 1; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 5. Aufl., Basel 2012, S. 49 Rz. 199; JAMES T. PETER, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], *Basler Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 16 f. zu Art. 8a SchKG). Einem Konkursgläubiger die Einsicht in bestimmte Aktenstücke zu verweigern, ist nur ausnahmsweise zulässig, so z.B. dann, wenn er sie aus Gründen verlangt, die mit seiner Gläubigereigenschaft nichts zu tun haben, wenn die Einsichtnahme keinen vernünftigen Zweck haben kann, sondern nur unnütze Umtriebe verursachen würde, oder wenn der Bekanntgabe eines bestimmten Aktenstücks eine gebieterische Pflicht zur Geheimhaltung entgegensteht (vgl. BGE 93 III 4 E. 1).

**3.6** Die Akten des Konkursverfahrens der B.\_\_\_\_\_ GmbH, welche die Vorinstanz dem Gericht eingereicht hat, enthalten keine Belege oder Informationen, welche Auskunft über die Zahlungsausgänge der B.\_\_\_\_\_ GmbH in der Zeit zwischen dem 23. Oktober 2009 und dem 22. Dezember 2009 geben.

Konkursakten, welche Gegenstand des Rechtes auf Einsicht sein können, sind gemäss der Rechtsprechung zum allgemeinen Konkursverfahren indessen nicht bloss die vom Konkursamt bzw. von der ausseramtlichen Konkursverwaltung geführten Protokolle, sondern auch die zugehörigen Aktenstücke, die die Konkursverwaltung im Besitz hat, z.B. die Buchhaltung des Gemeinschuldners samt Belegen (vgl. BGE 126 V 450 E. 2c; BGE 93 III 4 E. 1; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 1999, N. 6 zu Art. 8a SchKG; PETER, *Basler Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, a.a.O., Rz. 16 ff. zu Art. 8a SchKG).

Auch in Bezug auf die Frage, was als Konkursakten im Sinn von Art. 5 BKV-FINMA zu gelten hat, ist kein Grund ersichtlich, diesbezüglich vom Begriffsverständnis des allgemeinen Konkursrechts abzuweichen. Der Umstand, dass die Vorinstanz dem Gericht Konkursakten eingereicht hat, welche in Bezug auf die relevanten Stellen unvollständig sind, schliesst ein Einsichtsrecht des Beschwerdeführers in die ihn interessierenden Teile der Buchhaltung der B.\_\_\_\_\_ GmbH, nämlich in allfällige Zahlungsausgänge an die Untersuchungsbeauftragten in der Zeitspanne vom 23. Oktober 2009 bis zum 22. Dezember 2009, daher nicht aus.

**3.7** Zu prüfen ist somit, ob der Beschwerdeführer die Akteneinsicht aus Gründen verlangt, die mit seiner Gläubigereigenschaft nichts zu tun haben, ob die Einsichtnahme keinen vernünftigen Zweck hat oder ob der Akteneinsicht überwiegende Geheimhaltungsinteressen Dritter entgegenstehen.

**3.7.1** Im vorliegenden Fall begründet der Beschwerdeführer sein Interesse an der Akteneinsicht damit, dass die Untersuchungsbeauftragten in ihrem Bericht vom 23. Oktober 2009 Bankguthaben der B.\_\_\_\_\_ GmbH von Fr. 1'236.70 und EUR 61'624.24 sowie Passiven von EUR 133'249.– und damit einen Passivüberschuss angegeben hätten, im 1. Zirkularschreiben vom 24. November 2011 dagegen nur noch Aktiven von insgesamt Fr. 46'724.52 aufgeführt seien. Es sei daher zu vermuten, dass die Differenz an die Untersuchungsbeauftragten ausbezahlt worden sei, und zwar, nachdem sie einen Passivenüberschuss der B.\_\_\_\_\_ GmbH festgestellt hätten. Die Differenz begründe Forderungen der Konkursmasse, welche sich auf die Konkursdividende und damit unmittelbar auf seine Vermögensrechte als Gläubiger auswirkten. Eine paulianische Anfechtung sei zwar möglicherweise verwirkt, doch habe er in der Zwischenzeit eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Vorinstanz eingereicht. Damit er das Bestehen und die Erfolgsaussichten derartiger Forderungen beurteilen könne, sei ihm Einsicht in die Akten des Konkursverfahrens über die B.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation und die Akten der B.\_\_\_\_\_ GmbH vor und im Konkurs zu gewähren.

**3.7.2** Ein allfälliger Anspruch auf paulianische Anfechtung (vgl. Art. 292 SchKG) wäre im gegenwärtigen Zeitpunkt offensichtlich verwirkt, was auch der Beschwerdeführer nicht mehr ernsthaft bestreitet. Soweit der Beschwerdeführer sein Akteneinsichtsgesuch mit dieser Absicht begründet, hat er somit keinen vernünftigen Zweck glaubhaft gemacht.

**3.7.3** Gemäss der von ihm eingereichten Orientierungskopie hat der Beschwerdeführer am 26. November 2012 beim Eidgenössischen Finanzdepartement ein Begehren auf Schadenersatz nach Verantwortlichkeitsgesetz eingereicht. Bei diesem Verantwortlichkeitsverfahren geht es um die Frage, ob die von der Vorinstanz eingesetzten Untersuchungsbeauftragten in der Zeit zwischen dem 23. Oktober 2009, als ihnen die Vorinstanz die alleinige Verfügungsmacht über die Konten der B.\_\_\_\_\_ GmbH eingeräumt hatte, und der Konkurserklärung vom 22. Dezember 2009, ihre Honorarforderung für die Tätigkeit als Untersuchungsbeauf-

tragte aus den Mitteln der B.\_\_\_\_\_ GmbH bezahlt haben. Da die Vorinstanz als Mandantin der von ihr eingesetzten Untersuchungsbeauftragten letztlich für deren Honorar haftet, falls es nicht beim beaufsichtigten Institut eingebracht werden kann, wirft der Beschwerdeführer die Frage auf, ob die Vorinstanz nicht gegenüber den übrigen Gläubigern bevorzugt worden sei, falls die Untersuchungsbeauftragten auf Anweisung der Vorinstanz und in Kenntnis der Überschuldung der B.\_\_\_\_\_ GmbH ihr Honorar vor der Konkurseröffnung von den Konten der B.\_\_\_\_\_ GmbH bezogen hätten. Die sich bei einem derartigen Sachverhalt gegebenenfalls stellende Rechtsfrage ist, ob Art. 36 Abs. 4 FINMAG, der vorsieht, dass die Vorinstanz anordnen darf, dass die Beaufsichtigten für die Kosten der Untersuchungsbeauftragten einen Kostenvorschuss leisten müssen, eine genügende rechtliche Grundlage darstellt, um dadurch einen faktischen Rangvortritt des Untersuchungsbeauftragten bzw. der Vorinstanz gegenüber sämtlichen anderen Gläubigern zu erzielen. Diese Rechtsfrage wurde nach dem Kenntnisstand des Bundesverwaltungsgerichts noch nie gerichtlich beurteilt (vgl. TERLINDEN, a.a.O., S. 348 ff.). Es kann daher nicht gesagt werden, das vom Beschwerdeführer anhängig gemachte Verantwortlichkeitsverfahren sei offensichtlich aussichtslos und diene daher keinem vernünftigen Zweck.

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz sich nicht konkret zu den Prozesschancen dieses Verantwortlichkeitsverfahrens geäußert. Nur im Sinne eines obiter dictum ist daher darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz sich grosse Zurückhaltung aufzuerlegen hätte, bevor sie ein derartiges Verfahren als aussichtslos einstufen würde. Sie hat ein eigenes Interesse am Ausgang dieses Verantwortlichkeitsverfahrens, so dass auch der Anschein zu vermeiden ist, dass sie durch eine Verweigerung der Akteneinsicht den verfassungsmässigen Anspruch des Beschwerdeführers auf eine gerichtliche Beurteilung (vgl. Art. 29a BV) seines Verantwortlichkeitsbegehrens vereiteln wolle.

**3.7.4** Es könnte allenfalls die Frage gestellt werden, ob vom Beschwerdeführer hätte verlangt werden können, dass er seine Vermögensinteressen primär in anderer Weise verfolge, insbesondere indem er die Abtretung allfälliger Ansprüche auf paulianische Anfechtung hätte verlangen sollen, so dass das eingeleitete Verantwortlichkeitsverfahren im Vergleich dazu derart subsidiär sei, dass kein genügend direkter Zusammenhang mit der Gläubigereigenschaft des Beschwerdeführers mehr bestehe.

Im vorliegenden Fall ist diese Frage indessen klar zu verneinen: Um die Abtretung derartiger Ansprüche zu verlangen, hätte der Beschwerdeführer gerade die in Frage stehenden Informationen benötigt, und zwar rechtzeitig vor der Verwirkung einer allfälligen paulianischen Anfechtung.

**3.7.5** Der Beschwerdeführer hat somit genügend glaubhaft gemacht, dass er die Akteneinsicht aus Gründen verlangt, die mit seiner Gläubigereigenschaft in Zusammenhang stehen und einem vernünftigen Zweck dienen.

**3.8** Was die erforderliche Interessenabwägung mit den Geheimhaltungsinteressen Dritter betrifft, so ist im Bankenkonzursverfahren, wie dargelegt, das Bankkundengeheimnis möglichst zu wahren (vgl. Art. 47 BankG und Art. 5 Abs. 1 und 2 BKV-FINMA bzw. Art. 5 Abs. 1 und 2 BIV-FINMA). Ob das Bankkundengeheimnis auch im Verhältnis zwischen einem unbewilligten Unternehmen, das illegalerweise Publikumseinlagen entgegen genommen hat, und seinen Kunden gilt, ist fraglich, kann aber im vorliegenden Fall letztlich offen gelassen werden, denn das Bankkundengeheimnis schützt nur die Beziehungen zwischen der Bank und deren Kunden, nicht aber das übrige Geschäftsverhalten der Bank und allfällige Interventionen der Vorinstanz (vgl. BGE 106 Ib 357 E. 3d). Das hier zu beurteilende Akteneinsichtsgesuch bezieht sich lediglich auf allfällige Belege über Zahlungen der B. \_\_\_\_\_ GmbH an die Untersuchungsbeauftragten in der Zeit zwischen dem 23. Oktober 2009 und dem 22. Dezember 2009; falls diese Belege auch Informationen enthalten sollten, welche Kunden der B. \_\_\_\_\_ GmbH betreffen, so könnten die betreffenden Informationen in geeigneter Weise abgedeckt werden, ohne dass der Zweck des Akteneinsichtsgesuchs des Beschwerdeführers beeinträchtigt würde.

Die Ziele der Finanzmarktaufsicht (vgl. Art. 5 FINMAG) verlangen in der Regel eine vertrauliche Behandlung der Aufsichtsakten. Nicht nur das Bankkundengeheimnis, sondern auch das Vertrauen der Beaufsichtigten in eine Nichtweitergabe ihrer Daten durch die Aufsichtsbehörde ist zu schützen und kann dem Akteneinsichtsbegehren von Dritten entgegen stehen (vgl. zur Veröffentlichung vorgesehenes Urteil des BVGer B-104/2014 vom 5. Juni 2014 E. 10). Ob bzw. inwieweit dieser Grundsatz auch in Bezug auf ein unbewilligtes Institut, und insbesondere im Konkursverfahren gegenüber einem kollozierten Gläubiger Geltung beanspruchen könnte, ist sehr fraglich, kann im vorliegenden Fall indessen ebenfalls offen gelassen werden, da weder dargetan noch ersichtlich ist,

inwiefern durch die in Frage stehende, sehr beschränkte Akteneinsicht schützenswerte Interessen dieser Art betroffen sein könnten.

**3.9** Es ergibt sich somit, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die von diesem beantragte Einsicht in allfällige Belege über Zahlungsausgänge an die Untersuchungsbeauftragten in der Zeitspanne vom 23. Oktober 2009 bis zum 22. Dezember 2009 zu Unrecht verweigert hat. Die angefochtene Verfügung ist daher in diesem Punkt aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Gewährung dieser Akteneinsicht, wobei allfällige Kundendaten in geeigneter Weise abzudecken sind. Sollten keine derartigen Zahlungen an die Untersuchungsbeauftragten erfolgt sein, hat die Vorinstanz dies dem Beschwerdeführer zu bestätigen.

#### **4.**

Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, die Auferlegung von Kosten von Fr. 5'000.– sei völlig unverhältnismässig und unhaltbar mit Blick darauf, dass die Vorinstanz auf das Akteneinsichtsgesuch nicht einmal eingetreten sei. Die verfügte Gebühr verletze das Äquivalenzprinzip.

**4.1** Die Vorinstanz erhebt Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen (Art. 15 Abs. 1 FINMAG). Die Bemessung der Gebühren wird in der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 (FINMA-GebV, SR 956.122) geregelt, die per 1. Januar 2013 revidiert wurde. Die angefochtene Verfügung datiert vom 24. September 2012, weshalb im Folgenden auf den Stand der FINMA-GebV am 1. Januar 2011 abzustellen ist und darauf Bezug genommen wird.

**4.2** Für die Bemessung der Gebühren der Vorinstanz gelten die Ansätze im Anhang der FINMA-GebV (Art. 8 Abs. 1 FINMA-GebV). Ist im Anhang ein Rahmen festgelegt, so setzt die Vorinstanz die konkret zu bezahlende Gebühr innerhalb des Rahmens anhand des durchschnittlichen Zeitaufwands für gleichartige Verrichtungen und der Bedeutung der Sache für die gebührenpflichtige Person fest (Art. 8 Abs. 2 FINMA-GebV). Solange die Vorinstanz ihrer Gebührenbemessung den im konkreten Fall effektiv erbrachten, ausscheidbaren und objektiv erforderlichen Zeitaufwand ihrer Mitarbeiter zu Grunde legt (Art. 6 FINMA-GebV i.V.m. Art. 4 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV, SR 172.041.1]) und die Gebühr diese Selbstkosten nicht übersteigt, ist das Kostendeckungsprinzip nicht verletzt (vgl. Urteile des BVGer

B-5837/2012 vom 21. Juni 2013 E. 2.4.2; B-2786/2009 vom 5. November 2009 E. 2.7).

**4.3** Im vorliegenden Fall kann der objektiv erforderliche Zeitaufwand nicht mit dem für die Verfassung der angefochtenen Verfügung erforderlichen Zeitaufwand gleichgesetzt werden. Wie dargelegt, hätte dem Einsichtsbegehren des Beschwerdeführers im Wesentlichen, d.h. in Bezug auf all-fällige Belege über Zahlungsausgänge an die Untersuchungsbeauftragten in der Zeitspanne vom 23. Oktober 2009 bis zum 22. Dezember 2009, stattgegeben werden müssen. Ob der Beschwerdeführer, wenn ihm diese gewährt worden wäre, an seinen weitergehenden Begehren festgehalten und eine anfechtbare Verfügung verlangt hätte, ist im Nachhinein schwer abzuschätzen.

Letztlich ist es indessen nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, diese Frage als erste Instanz zu entscheiden, da der Vorinstanz in Bezug auf die Festsetzung ihrer Gebühren und Verfahrenskosten ein Ermessensspielraum zusteht (vgl. Urteil des BVGer B-253/2012 vom 8. März 2012 E. 7).

**4.4** Die angefochtene Verfügung ist daher auch im Kostenpunkt aufzuheben und die Sache ist diesbezüglich an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie unter Berücksichtigung des Ausgangs des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens erneut über die Verfahrenskosten entscheide.

## **5.**

Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist.

## **6.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt der Beschwerdeführer als teilweise obsiegend, weshalb ihm nur reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass es sich um eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse handelt, auch wenn der Streitwert nicht klar zu beziffern ist. Die reduzierte Gerichtsgebühr ist daher auf Fr. 1'000.– festzulegen.

**7.**

Dem teilweise obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Der Beschwerdeführer hat mit Eingabe vom 9. August 2013 eine Kostennote eingereicht und Kosten von Fr. 19'809.70 geltend gemacht. Diese beinhalten einen anwaltlichen Aufwand von 60.25 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 300.– sowie Auslagen von Fr. 267.30 zuzüglich Mehrwertsteuer. Die Vorinstanz nahm zu dieser Kostennote am 28. August 2013 Stellung und beantragt eine Reduktion.

In der Tat erscheint der geltend gemachte Zeitaufwand als zu hoch. Diesbezüglich ist insbesondere zu berücksichtigen, dass für den vom Beschwerdeführer initiierten zweiten Schriftenwechsel kein objektiver Anlass bestand. Dem Beschwerdeführer ist daher eine aus diesem Grund sowie aufgrund des Verfahrensausgangs reduzierte Parteientschädigung von Fr. 10'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zulasten der Vorinstanz zuzuerkennen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

**1.1** Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben, soweit darin auf das Begehren des Beschwerdeführers um Einsicht in allfällige Belege über Zahlungsausgänge an die Untersuchungsbeauftragten in der Zeitspanne vom 23. Oktober 2009 bis zum 22. Dezember 2009 nicht eingetreten wird, und die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen zur Gewährung dieser Akteneinsicht. Allfällige Kundendaten sind dabei in geeigneter Weise abzudecken.

**1.2** Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben und die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen zu neuem Entscheid im Kostenpunkt unter Berücksichtigung des Ausgangs dieses Verfahrens.

**2.**

Dem Beschwerdeführer werden reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet und dem Beschwerdeführer wird nach Eintritt der Rechtskraft ein Betrag von Fr. 1'500.– zurückerstattet.

**3.**

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 10'000.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 6. November 2014