



Abteilung II
B-5041/2014

Abschreibungsentscheid vom 5. Oktober 2015

Besetzung

Einzelrichter Philippe Weissenberger,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

XY,

vertreten durch Fürsprecher Michael Kunz,
LL.M., Kunz Compliance,
Effingerstrasse 1, Postfach 7015, 3001 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Laupenstrasse 27, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zustimmungserfordernis.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA; nachfolgend: Vorinstanz) mit Verfügung vom 4. Juli 2014 XY (nachfolgend: Beschwerdeführer) die Tätigkeit in leitender Stellung bei einem von der FINMA Beaufsichtigten für die Dauer von zwei Jahren ab Rechtskraft der Verfügung verbot (Dispositiv-Ziff. 1),

dass die Vorinstanz gleichzeitig ein Zustimmungserfordernis anordnete, indem sämtliche Informationen und Unterlagen aus dem Verfahren G01016087 (inkl. Verfügung vom 4. Juli 2014) bzw. aus dem Verfahren G01002608 (inkl. Verfügung vom 6. Juni 2013 [G01009957]) sowie die Tatsache, dass die FINMA gegen XY bzw. die Bank Z (heute: Z AG) ein Verfahren führe, nur mit ihrer vorgängigen Zustimmung Dritten herausgegeben oder zugänglich gemacht werden dürften (Dispositiv-Ziff. 2),

dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer für den Fall der Widerhandlung gegen Dispositiv-Ziff. 1 und 2 auf Art. 48 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) und die darin vorgesehene Strafandrohung hinwies (Dispositiv-Ziff. 3),

dass die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung hinsichtlich Dispositiv-Ziff. 2 (Zustimmungserfordernis) entzog und diese für sofort vollstreckbar erklärte (Dispositiv-Ziff. 4),

dass dem Beschwerdeführer schliesslich die Verfahrenskosten von Fr. 30'000.– auferlegt wurden (Dispositiv-Ziff. 5),

dass der Beschwerdeführer gegen die Verfügung vom 4. Juli 2014 mit Eingabe vom 8. September 2014 Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhob und im Hauptantrag deren vollständige Aufhebung sowie die Einstellung des eingreifenden Verwaltungsverfahrens beantragte; eventualiter sei die angefochtene Verfügung vollständig aufzuheben und es sei festzustellen, dass seitens XY im US-Kundengeschäft der Bank Z keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorgelegen habe,

dass der Beschwerdeführer in verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte, es sei die von der Vorinstanz bezüglich Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung (Zustimmungserfordernis) entzogene aufschiebende Wirkung

wiederherzustellen und über die Wiederherstellung sei superprovisorisch zu befinden,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 10. September 2014 das Gesuch des Beschwerdeführers um superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abwies und die aufschiebende Wirkung in Bezug auf Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung (Zustimmungserfordernis) zurzeit nicht wiederherstellte,

dass in der Folge der Schriftenwechsel zum Antrag des Beschwerdeführers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung geführt wurde und die Parteien entsprechende Stellungnahmen einreichten,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 4. November 2014 ankündigte, im Lichte des Urteils B-5579/2013 vom 14. Oktober 2014 (Aufhebung Zustimmungserfordernis betreffend ein von der FINMA beaufsichtigtes Institut) werde ein direkter Teilentscheid mit Bezug auf das Zustimmungserfordernis in Betracht gezogen, und der Vorinstanz Gelegenheit gab, innert Frist diesbezüglich eine Stellungnahme einzureichen,

dass die Vorinstanz mit Eingabe vom 21. November 2014 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5579/2013 vom 14. Oktober 2014, mit welchem ein Zustimmungserfordernis gegen ein von der FINMA beaufsichtigtes Institut aufgehoben wurde, vor Bundesgericht erhob,

dass die Vorinstanz mit Stellungnahme vom 25. November 2014 die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens soweit das Zustimmungserfordernis betreffend bis zum Ausgang des erwähnten bundesgerichtlichen Verfahrens beantragte, das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer diesbezüglich das rechtliche Gehör gewährte und dieser die Abweisung des Sistierungsantrags sowie einen direkten Entscheid zum Zustimmungserfordernis beantragte,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 2. Dezember 2014 das Beschwerdeverfahren soweit das Zustimmungserfordernis betreffend bis zum Vorliegen eines Entscheids des Bundesgerichts im Beschwerdeverfahren 2C_1058/2014 aus prozessökonomischen Gründen sistierte, das Verfahren, soweit sich die Beschwerde gegen das Berufsverbot richtete, jedoch weiterführte und die Vorinstanz ersuchte, eine entsprechend Vernehmlassung einzureichen,

dass der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. Dezember 2014 beantragte, über das in der Beschwerdeschrift gestellte Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei – trotz zwischenzeitlich erfolgter Verfahrenssistierung – ohne weiteren Verzug zu entscheiden, das Bundesverwaltungsgericht auf diesen Antrag mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2015 nicht eintrat und dem Beschwerdeführer hierfür Kosten von Fr. 700.– auferlegte, die im Rahmen des Endentscheids eingefordert würden,

dass der Schriftenwechsel bezüglich des Berufsverbots am 21. Januar 2015 geschlossen wurde und das Bundesverwaltungsgericht mit Teilurteil vom 29. Juni 2015 die Beschwerde gegen das Berufsverbot und die Verfahrenskostenaufgabe vor Vorinstanz abwies, unter Auflage der Verfahrenskosten für das Beschwerdeverfahren von Fr. 5'000.– an den Beschwerdeführer,

dass der Beschwerdeführer sodann gegen das Teilurteil vom 29. Juni 2015 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor Bundesgericht erhoben hat,

dass das Bundesgericht mit Urteil 2C_1058/2014 vom 28. August 2015 die Beschwerde der Vorinstanz gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5579/2013 vom 14. Oktober 2014, mit welchem ein von der FINMA gegenüber einem beaufsichtigten Institut angeordnetes Zustimmungserfordernis aufgehoben wurde, abgewiesen hat,

dass die Vorinstanz mit Eingabe vom 16. September 2015 (vorab per Fax) dem Bundesverwaltungsgericht mitgeteilt hat, sie werde gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_1058/2014 vom 28. August 2015 die angefochtene Verfügung vom 4. Juli 2014 teilweise, d.h. in Bezug auf das Zustimmungserfordernis und die damit verbundenen Anordnungen, in Wiedererwägung ziehen und die entsprechenden Erwägungen und Dispositiv-Ziff. ersatzlos streichen; die entsprechende Verfügung werde dem Beschwerdeführer unverzüglich eröffnet und dem Gericht zur Kenntnis zwecks Abschlusses des Beschwerdeverfahrens eingereicht,

dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 18. September 2015 auf ihre Verfügung vom 4. Juli 2014 zurückgekommen ist und deren Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4, soweit das Zustimmungserfordernis betreffend, ersatzlos und unter Verzicht auf Verfahrenskosten aufgehoben hat, da das Bundesgericht mit Urteil 2C_1058/2014 vom 28. August 2015 festgehalten habe, dass

derzeit keine ausreichende formellgesetzliche Grundlage bestehe, auf die sich die FINMA beim Erlass eines an die Verfügungsadressatin gerichteten Zustimmungserfordernisses abstützen könne, und sich die Sachlage vorliegend nicht wesentlich von derjenigen unterscheide, welche der genannten bundesgerichtlichen Beurteilung zugrunde gelegen habe,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 22. September 2015 das Beschwerdeverfahren betreffend das Zustimmungserfordernis wieder aufgenommen und den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ersucht hat, innert Frist eine entsprechende Kostennote einzureichen,

dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers seinen Aufwand für das Beschwerdeverfahren betreffend das Zustimmungserfordernis mit Eingabe vom 28. September 2015 beziffert und beantragt, das Gericht habe die Beschwerde betreffend das Zustimmungserfordernis materiell zu behandeln und in der Sache ein Urteil zu sprechen, da das Verfahren nicht gegenstandslos geworden sei,

dass er zur Begründung seines Antrags weiter vorbringt, das Bundesverwaltungsgericht lasse eine Wiedererwägung in der Praxis offenbar bis zur letzten möglichen Vernehmlassung der Vorinstanz zu, welche vorliegend am 25. November 2014 eingereicht worden sei; nach dem Urteil des Bundesgerichts 2C_1058/2014 vom 28. August 2015 sei keine Vernehmlassung mehr erforderlich, weil selbst die Vorinstanz die Sachlage gegenüber dem Beschwerdeführer nicht wesentlich von derjenigen unterscheide, welche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zugrunde gelegen habe, weshalb die Wiedererwägung verspätet erfolgt und nicht rechtswirksam sei,

dass er schliesslich darlegt, aus den genannten Gründen müsse das Beschwerdeverfahren nach Art. 58 Abs. 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) weitergeführt werden,

dass die Eingabe des Beschwerdeführers vom 28. September 2015 der Vorinstanz zur Kenntnis zugestellt worden ist,

dass Verfügungen der Vorinstanz im Bereich der Finanzmarktaufsicht vor Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind (Art. 54 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]),

dass die Vorinstanz in Anwendung von Art. 58 Abs. 1 VwVG ihren ursprünglichen Entscheid bis zu ihrer Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen kann, die Verfügung ohne Verzug den Parteien eröffnet und sie der Beschwerdeinstanz zur Kenntnis bringt (Art. 58 Abs. 2 VwVG),

dass eine Wiedererwägung durch die Vorinstanz praxisgemäss nur bis zum Abschluss des Schriftenwechsels möglich ist, wobei nicht nur die erste Vernehmlassung der Vorinstanz, sondern auch jede weitere Stellungnahme im Sinne von Art. 57 Abs. 2 VwVG gemeint ist, zu der diese von der Beschwerdeinstanz eingeladen worden ist, und die Befugnis der Vorinstanz zur Wiedererwägung demnach spätestens nach Ablauf der Frist zur letztmals ermöglichten Stellungnahme endet; nach diesem Zeitpunkt erlassene neue Verfügungen sind nichtig und nur als Antrag an die Beschwerdeinstanz zu betrachten (BGE 130 V 138 E. 4.2 m.H.; BVGE 2011/30 E. 5.3.1 m.H.; ANDREA PFLEIDERER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 58 Rz. 36; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 706, 1066),

dass mit Bezug auf das Zustimmungserfordernis noch kein Schriftenwechsel durchgeführt worden ist, das Verfahren am 2. Dezember 2014 bis zum Vorliegen eines Entscheids des Bundesgerichts im Beschwerdeverfahren 2C_1058/2014 aus prozessökonomischen Gründen sistiert worden war und erst angesichts der Ankündigung der Vorinstanz, ihre Verfügung gestützt auf den am 28. August 2015 ergangenen Entscheid des Bundesgerichts im Verfahren 2C_1058/2014 diesbezüglich in Wiedererwägung zu ziehen, wieder aufgenommen worden ist,

dass damit eine Wiedererwägung durch die Vorinstanz entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers zulässig ist und die Beschwerdeinstanz die Behandlung der Beschwerde nach Art. 58 Abs. 3 VwVG nur fortzusetzen hat, soweit diese durch die neue Verfügung nicht gegenstandslos geworden ist,

dass mit der wiedererwägungsweise getroffenen Verfügung vom 18. September 2015 den Anträgen des Beschwerdeführers hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses vollumfänglich entsprochen worden ist,

dass daher das Beschwerdeverfahren betreffend das Zustimmungserfordernis (Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4 der Verfügung vom 4. Juli 2014), bzw.

soweit es nicht mit Teilurteil vom 29. Juni 2015 erledigt worden ist, im einzelrichterlichen Verfahren als durch Wiedererwägung gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (Art. 23 Abs. 1 Bst. a VGG),

dass die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt werden, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass zur Bestimmung der Partei, welche die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat, auf materielle Kriterien abzustellen ist, mithin nach dem materiellen Grund für das formelle Verhalten zu fragen und dabei unerheblich ist, wer die formelle Prozesshandlung vornimmt, die zu einer Abschreibung des Verfahrens führt (Urteil des Bundesgerichts 2C_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.4 m.H.),

dass bei einer gestützt auf Art. 58 VwVG erfolgten Wiedererwägung einer Verfügung die Vorinstanz dann als unterliegend gilt, wenn diese ihren Entscheid bis zur Vernehmlassung an das Bundesverwaltungsgericht aus besserer eigenen Einsicht abgeändert hat (Urteil des Bundesgerichts 2C_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.4),

dass die Vorinstanz ihren Entscheid betreffend das Zustimmungserfordernis gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_1058/2014 vom 28. August 2015 geändert hat, da sich die Sachlage, wie sie denn auch einräumt, in Bezug auf das angeordnete Zustimmungserfordernis gegenüber dem Beschwerdeführer nicht wesentlich von derjenigen unterscheidet, welche der bundesgerichtlichen Beurteilung im genannten Beschwerdeverfahren zugrunde lag, und daher mit einer Gutheissung der diesbezüglichen Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht zu rechnen war,

dass die Vorinstanz den Entscheid hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses somit aus besserer eigener Einsicht geändert und damit die Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens bewirkt hat, weshalb sie als unterliegend gilt,

dass jedoch Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG), weshalb vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben sind,

dass aber die dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2015 bereits auferlegten Kosten von Fr. 700.– für den Zwischenentscheid betreffend seinen Antrag auf unverzüglichen Entscheid über sein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen das Zustimmungserfordernis, wie angekündigt, nun im Rahmen des verfahrensabschliessenden Entscheids zum Zustimmungserfordernis eingefordert werden (vgl. Dispositiv-Ziff. 4 der Zwischenverfügung vom 13. Januar 2015),

dass dieser Betrag dem nach dem Urteil vom 29. Juni 2015 verbleibenden Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– entnommen wird,

dass der Restbetrag von Fr. 4'300.– dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Abschreibungsentscheids zurückzuerstatten ist,

dass das Gericht bei Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens prüft, ob eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, und für die Festsetzung der Parteientschädigung Art. 5 VGKE sinngemäss gilt (Art. 15 VGKE; Urteil des Bundesgerichts 2C_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.6),

dass demnach der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen ist,

dass die Parteien, die Anspruch auf Parteientschädigung erheben, dem Gericht vor dem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen haben und das Gericht im Säumnisfall die Entschädigung auf Grund der Akten festzusetzen hat (Art. 14 Abs. 1 und 2 VGKE),

dass der Vertreter des Beschwerdeführers mit Eingabe vom 29. September 2015 seinen Aufwand mit insgesamt ca. 16 Stunden beziffert, bestehend aus ca. 7 Stunden für den auf das Zustimmungserfordernis entfallenden Aufwand für die Beschwerde (Studium der Verfügung, Besprechungen mit dem Klienten, rechtliche Abklärungen und Ausarbeitung der Beschwerdeschrift) und 9 Stunden für die Bearbeitung und Beantwortung der verschiedenen Zwischenverfügungen das Zustimmungserfordernis betreffend (inkl. Besprechungen mit dem Klienten),

dass nur die den Parteien erwachsenen notwendigen Kosten zu entschädigen sind (Art. 7 Abs. 1 VGKE), wobei Parteikosten dann als notwendig

zu betrachten sind, wenn sie zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung unerlässlich erscheinen (BGE 131 II 200 E. 7.2),

dass bei der Frage, ob es sich um notwendige Kosten handelt, auf die Prozesslage abzustellen ist, die sich dem Betroffenen im Zeitpunkt der Kostenaufwendung dargeboten hat (Urteil des Bundesgerichts 2C_445/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5.3),

dass die Kosten der Vertretung das Anwaltshonorar, die Auslagen und die Mehrwertsteuer für diese Entschädigungen, soweit eine Steuerpflicht besteht und die Mehrwertsteuer nicht bereits berücksichtigt wurde, umfassen (Art. 9 Abs. 1 VGKE),

dass das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters bemessen wird, wobei der Stundenansatz für Anwälte und Anwältinnen mindestens 200 und höchstens 400 Franken beträgt und die Mehrwertsteuer darin nicht enthalten ist (Art. 10 Abs. 1 und 2 VGKE),

dass sich der Beschwerdeführer in guten Treuen veranlasst sehen durfte, ein Beschwerdeverfahren gegen das Zustimmungserfordernis anzustreben, weshalb die geltend gemachten Parteikosten grundsätzlich als notwendig zu betrachten sind,

dass jedoch zu berücksichtigen ist, dass im vorliegenden Verfahren kein Schriftenwechsel durchgeführt worden ist, weshalb sich der Aufwand auf die Erstellung der Beschwerdeschrift, die sich nur in Rz. 53 über 1½ Seiten mit dem Zustimmungserfordernis beschäftigt, und auf die Stellungnahme zum Antrag der Vorinstanz auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens sowie die Einreichung der Kostennote beschränkt hat,

dass daher der geltend gemachte Zeitaufwand von insgesamt 16 Stunden als übermässig hoch erscheint und statt dessen höchstens 8 Stunden allenfalls berechtigt erscheinen,

dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nicht nur keine detaillierte Kostennote eingereicht hat, sondern auch nicht ausweist, zu welchem Stundenansatz er gearbeitet hat und daher das Gericht diesen innerhalb der von Art. 10 Abs. 2 VGKE vorgesehenen minimalen und maximalen Stundenansätze nach Ermessen festlegt,

dass vorliegend ein Stundenansatz von gegen Fr. 350.– angemessen erscheint,

dass die Parteientschädigung für den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer somit auf Fr. 2'800.– festzusetzen ist (darin enthalten ist der Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE),

dass die Parteientschädigung von der Vorinstanz zu tragen ist (Art. 15 i.V.m. Art. 5 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Das Beschwerdeverfahren betreffend das Zustimmungserfordernis (Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4 der Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014) wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2015 auferlegten Kosten von Fr. 700.– werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Abschreibungsentscheids dem Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 4'300.– wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Abschreibungsentscheids zurückerstattet.

4.

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.– zugesprochen. Dieser Betrag ist dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Abschreibungsentscheids zu überweisen.

5.

Dieser Entscheid geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. G01016087; Gerichtsurkunde)

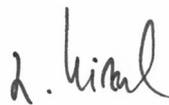
Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:



Philippe Weissenberger

Die Gerichtsschreiberin:



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 Rechtschrift 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: 5. Oktober 2015