Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-2343/2013

Urteil vom 4. Juni 2014

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Frank Seethaler, Richter Ronald Flury,
Gerichtsschreiberin Barbara Schroeder De Castro Lopes.

Parteien

A._____,
vertreten durch Fürsprecher Dieter C. Söhner,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichtigkeit / Rechtsverweigerung.

Sachverhalt:

A.
Am 1. Juli 2011 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (nachfolgend FINMA oder Vorinstanz) eine Verfügung gegen die X._____AG, in welcher im Dispositiv Folgendes angeordnet wurde:

1. "Es wird festgestellt, dass die X._____ AG aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat.

2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 10'000.- werden der X._____ AG auferlegt. Sie werden mit separater Post in Rechnung gestellt und sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu begleichen."

In Randziffer 35 wird über den ehemaligen Vizepräsidenten des Verwaltungsrates der X._____ AG, A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) Folgendes festgehalten:

"Sowohl A._____ wie auch B._____ waren für die Verwaltung bzw. Geschäftsführung der X._____ AG verantwortlich und zudem direkt oder indirekt an ihr massgebend beteiligt. Durch die oben beschriebenen Geschäftsvorfälle haben sich A._____ und B._____ zum Schaden der X._____ AG materielle Vorteile verschafft. Dieses Verhalten kann nicht als integer bezeichnet werden und widerspricht in krasser Weise dem, was von einem redlichen Organ eines bewilligten Institutes erwartet wird. Damit ist den Erfordernissen der Gewähr und eines guten Rufes nicht genüge getan. Die Verletzung des Gewährserfordernisses muss sich die X._____ AG als Bewilligungsträgerin anrechnen lassen."

Im Zeitpunkt des Erlasses der genannten Verfügung hatte der Beschwerdeführer keine Organstellung bei der X._____ AG mehr inne und war auch nicht mehr direkt oder indirekt an ihr beteiligt, musste aber als Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Z._____ AG Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.

B.
Auf Anfrage der FINMA hin teilte die X._____ AG mit Schreiben vom 31. August 2011 der Vorinstanz mit, dass keine Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer eingereicht werde.

C.
Am 6. Oktober 2011 erstattete die FINMA bei der Staatsanwaltschaft in Y._____ Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung. Das Verfahren wurde mit Verfügung vom 16. Mai 2012 eingestellt.

D.
Mit Schreiben vom 13. Oktober 2011 teilte der Beschwerdeführer der FINMA mit, dass die Z._____ AG wegen seinen gesundheitlichen Beschwerden ihre Aktivitäten im Bereich Anlagefondsvertrieb per 31. Oktober 2011 einstellen müsse. Entsprechend verzichtete die Z._____ AG auf ihre Bewilligung als Vertriebsträger, weshalb die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 25. November 2011 mitteilte, dass es der Z._____ AG nunmehr verboten sei, kollektive Kapitalanlagen öffentlich anzubieten und zu vertreiben.

E.
Mit Schreiben vom 16. Dezember 2011 teilte die FINMA dem Beschwerdeführer mit, dass er derzeit keine Organfunktion in einem von ihr überwachten Unternehmen mehr einnehme. Entsprechend sei eine am 15. August 2011 versandte Gesprächseinladung, welche der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen bis zum Zeitpunkt des Schreibens nicht wahrnehmen konnte, hinfällig geworden.

F.
Mit Schreiben vom 21. Dezember 2011, dem sogenannten "Gewährsbrief", wurde der Beschwerdeführer seitens der Vorinstanz darüber informiert, dass ihm empfohlen werde, sich mit der FINMA in Verbindung zu setzen, sofern er gedenke, bei einem von ihr beaufsichtigten Unternehmen wieder eine Gewährsstellung einzunehmen und insofern wieder Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müsse.

In diesem Schreiben wurde die eingangs genannte Verfügung vom 1. Juli 2011 seitens der FINMA erstmals gegenüber dem Beschwerdeführer erwähnt und der Beschwerdeführer erfährt von den gegen ihn in der mittlerweile rechtskräftigen Verfügung erhobenen Vorwürfen.

G.
Mit Schreiben vom 6. Januar 2012 verlangte der nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführer Akteneinsicht, welche ihm am 20. Februar 2012 gewährt wurde. Nach Angaben des Beschwerdeführers erhielt er in

diesem Zeitpunkt auch erstmals Kenntnis vom Inhalt der Verfügung vom 1. Juli 2011.

H.
Anlässlich eines auf Wunsch des Beschwerdeführers erfolgten Gesprächs vom 19. Oktober 2012 mit der Vorinstanz erklärte Letztere, dass nach ihrer Ansicht, die Verfügung vom 1. Juli 2011 rechtskräftig und das Verfahren abgeschlossen sei. Da der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt keine konkrete Gewährsstellung in einem von der FINMA überwachten Institut in Aussicht habe, sei auch keine Gewährsprüfung möglich. Es stehe diesem jedoch frei, entlastende Dokumente einzureichen, welche die FINMA anlässlich einer allfälligen künftigen Gewährsprüfung berücksichtigen werde.

I.
Mit Schreiben vom 28. Februar 2013 verlangte der Beschwerdeführer den Erlass einer anfechtbaren Verfügung seitens der FINMA. Die FINMA solle mittels Verfügung feststellen, dass die Sachverhaltsabklärungen, welche zur Verfügung vom 1. Juli 2011 gegen die X._____ AG führten, unvollständig gewesen seien und entsprechend den bereits damals vorliegenden Beweismitteln die in der genannten Verfügung beschriebenen Geschäftsvorfälle bzw. die Verletzungen der Gewährsbestimmungen, nicht zutreffen würden.

J.
Mit Schreiben vom 22. März 2013 erklärte die FINMA, dass der Erlass einer weiteren Verfügung auf der Basis der von dem Beschwerdeführer eingereichten Dokumente nicht möglich sei und wiederholte ihre anlässlich des Gesprächs vom 19. Oktober 2012 gemachten Angaben.

K.
Mit Beschwerde vom 24. April 2013 wandte sich der Beschwerdeführer mit folgenden Anträgen an das Bundesverwaltungsgericht:

"1. Es sei festzustellen, dass die Verfügung der FINMA vom 1. Juli 2011 nichtig ist.

Eventualiter:

2. Es sei festzustellen, dass sich die FINMA zu Unrecht weigert, mit Bezug auf das Schreiben von Dr. A._____ vom 28. Februar 2013 eine beschwerdefähige Verfügung zu erlassen.

3. Es sei die Sache mit der Anweisung an die FINMA zurückzuweisen, den Sachverhalt in Bezug auf die Einhaltung der Gewährserfordernis und des Aufsichtsrechts durch Dr. A._____, unter Einbezug sowohl der vollständigen Belege als auch der Mitwirkung von Dr. A._____, ohne Verzug neu festzustellen; und

Unter Kosten-und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

In der Begründung führt der Beschwerdeführer aus, dass die Verfügung der FINMA vom 1. Juli 2011 nichtig sei, da in besonders krasser Weise das Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Die FINMA habe in ihrer Verfügung vom 1. Juli 2011 den Beschwerdeführer schwer belastet und sich zudem in einseitiger Weise auf einen Untersuchungsbericht abgestützt ohne weitere Dokumente, die den Beschwerdeführer entlastet hätten, heranzuziehen oder zu würdigen. Die Annahme der Nichtigkeit gefährde zudem die Rechtssicherheit nicht. Die Nichtigkeit könne grundsätzlich jederzeit und vor jeder Instanz geltend gemacht werden.

Aus der mangelhaften Eröffnung dürfe dem Beschwerdeführer auch kein Nachteil erwachsen. Die Folgen des Eröffnungsmangels – Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit – seien aufgrund einer Interessensabwägung zu bestimmen. Die Beschwerdefrist – welche dabei nicht zwingend der Rechtsmittelfrist entspreche - laufe daher in letzterem Falle erst, wenn die betroffene Partei im Besitze aller für die erfolgreiche Wahrnehmung ihrer Rechte wesentlichen Elemente sei. Der Beschwerdeführer habe sich seit der Zustellung der Akten durch die FINMA kontinuierlich darum bemüht, mit seinem Anliegen gehört zu werden.

Zudem [bzw. eventualiter, Anm. BVGer] liege seiner Ansicht nach eine Rechtsverweigerung vor, da sich die Vorinstanz dem Gesuch um Erlass einer Verfügung "widersetzt" habe und das Verweigern einer Verfügung von Gesetztes wegen einer Verfügung gleichgestellt sei. Das Anfechtungsobjekt sei daher das Schreiben der FINMA vom 22. März 2013. Bei einer ausdrücklichen Verweigerung zum Erlass einer Verfügung könne innerhalb der gesetzlichen Frist von 30 Tagen Beschwerde erhoben werden. Der Beschwerdeführer könne zudem ohne Weiteres glaubhaft machen, dass er einen Anspruch auf Erlass einer Verfügung habe. Die Sachverhaltsermittlungen der Staatsanwaltschaft sollten nach seiner Ansicht für die FINMA Grund genug sein, von den eigenen Verfahrensmängeln Kenntnis zu nehmen und diese zu korrigieren. Der Beschwerdeführer sei vor Erlass der Verfügung vom 1. Juli 2011 zu keinem Zeitpunkt zu

den behaupteten Vorwürfen angehört worden, obwohl er als Organ der Z._____ AG bis zum Ende der Unterstellung im November 2011 über Parteistellung verfügt und ein Rechtsschutzbedürfnis gehabt hätte. Der Beschwerdeführer sei insofern seines Rechts, am Verfahren teilnehmen zu können, beraubt gewesen. Auch zum jetzigen Zeitpunkt biete einzig das Beschwerdeverfahren die Möglichkeit, sowohl die materiellen Nachteile (z.B. "Forderung der X._____ AG aufgrund der aufsichtsrechtlichen Verurteilung durch die FINMA") als auch die ideellen Nachteile (z.B. künftige Organstellung bei einem durch die FINMA beaufsichtigten Institut) zu beheben.

L.
Mit Vernehmlassung vom 1. Juli 2013 beantragt die FINMA, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen soweit darauf einzutreten sei. In ihrer Begründung bekräftigt die Vorinstanz im Wesentlichen ihren bereits anlässlich des Gesprächs vom 19. Oktober 2012 vertretenen Standpunkt. Im Einzelnen führt sie aus, dass dem Beschwerdeführer ihrer Ansicht nach die Beschwerdelegitimation fehle, da die besagte Verfügung vom 1. Juli 2011 nicht gegen ihn erging, sondern gegen die X._____ AG, und er somit auch vom Dispositiv nicht betroffen sei. Da sich der Beschwerdeführer alleine gegen die Begründung der Verfügung wende, komme ihm kein Rechtschutzinteresse zu. Hinsichtlich einer allfälligen Rechtsverweigerungsbeschwerde bestreitet die FINMA ebenfalls ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellungsverfügung. Die Gewährsprüfung sei nur im Hinblick auf eine bestimmte Position in einem konkreten Institut möglich. Ohne zumindest eine solche Position in Aussicht zu haben, bestünde kein schutzwürdiges Interesse zur Feststellung des Vorliegens der Gewähr.

Des Weiteren stellt sich die FINMA auf den Standpunkt, dass die Beschwerdefrist hinsichtlich der Verfügung vom 1. Juli 2011 nicht eingehalten sei. Gemäss eigenen Angaben habe der Beschwerdeführer spätestens am 20. Februar 2012 von deren Inhalt Kenntnis genommen. Die Beschwerde vom 24. April 2013 erfolgte daher verspätet.

Auch könne der Beschwerdeführer die Nichtigkeit der genannten Verfügung nicht darlegen. Das rechtliche Gehör komme nur den Verfahrensparteien zu. Die fragliche Verfügung richtete sich nicht gegen den Beschwerdeführer, sondern gegen die X._____ AG, welcher der Beschwerdeführer zum fraglichen Zeitpunkt nicht mehr angehörte. Entsprechend hätte er keine Parteistellung gehabt. Hinsichtlich seiner Gewährs-

stellung in der Z._____ AG sei der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 15. August 2012 zu einem Gespräch eingeladen gewesen, zu dem er sich jedoch krank melden liess, bevor er kurz darauf gänzlich auf die Bewilligung verzichtete. Eine Gehörsverletzung seitens der FINMA liege daher auch in diesem Zusammenhang nicht vor.

Hinsichtlich weiterer Handlungen der FINMA, namentlich der Strafanzeige, zu welcher sie gemäss Art. 38 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) gehalten sei, und des Gewährsbriefs, welcher keine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) sei, könne der FINMA keine Gehörsverletzung vorgeworfen werden. Mit Bezug auf eine allfällige künftige Gewährsprüfung sei der Beschwerdeführer am 19. Oktober 2012 auf dessen Wunsch hin angehört worden und habe die Möglichkeit erhalten, vorab entlastende Dokumente einzureichen.

Insgesamt treffe der Vorwurf einer krassen Gehörsverletzung ins Leere und könne die Nichtigkeit der Verfügung vom 1. Juli 2011 nicht begründen.

Hinsichtlich der Rüge der Rechtsverweigerung bemerkt die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer kein Feststellungsinteresse nachweisen könne und entsprechend nicht legitimiert sei, eine Rechtsverweigerungsbeschwerde einzureichen. Das Vorliegen der Gewähr lasse sich regelmässig nur im Hinblick auf eine bestimmte Position in einem konkreten Institut bewerten. Bekleide eine Person keine derartige Stellung und habe eine solche auch nicht in Aussicht, sei die Gewährsprüfung nicht möglich, weswegen auch kein schutzwürdiges Interesse zur Feststellung des Vorliegens der Gewähr bestehe.

M.

Mit Verfügung vom 5. Juli 2013 wurde der Schriftenwechsel vorläufig abgeschlossen. Mit Eingabe vom 21. August 2013 beantragte der Beschwerdeführer einen weiteren Schriftenwechsel, da seiner Ansicht nach die Vorinstanz zu formalistisch argumentiert habe und auf die Begründungen seiner Anträge weitgehend nicht eingegangen sei. Zudem verlangte er Einsicht in Akten aus dem Verfahrensdossier, welche ihm bis anhin nicht vorlagen.

Gemäss Verfügung vom 27. August 2013 nahm die Vorinstanz am 5. September 2013 zur Akteneinsicht Stellung und beantragte ihre Ablehnung bezüglich derjenigen Dokumente, welche den Beschwerdeführer nicht direkt betreffen bzw. für die Verfügung vom 1. Juli 2011, das Schreiben der FINMA vom 26. Oktober 2012 sowie vom 22. März 2013 nicht relevant waren. Für den übrigen Teil der Akten, in welche der Beschwerdeführer Einsicht zu nehmen wünschte, hatte die Vorinstanz keine Einwände gegen eine Zustellung an den Beschwerdeführer.

Mit Verfügung vom 11. September 2013 wurden dem Beschwerdeführer Kopien der von der Vorinstanz zur Einsicht empfohlenen Akten zugestellt. Dem Beschwerdeführer wurde zudem, soweit aufgrund der zur Einsicht zugestellten Vorakten nötig, Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung gegeben.

Mit Stellungnahme vom 7. Oktober 2013 verzichtete der Beschwerdeführer auf eine Beschwerdeergänzung, behielt sich jedoch weitere Ergänzungen vor, sollte der Antrag auf Einsicht in sämtliche Verfahrensakten gutgeheissen werden.

Mit Verfügung vom 17. Oktober 2013 kam der Instruktionsrichter nach einer vorläufigen Beurteilung zum Schluss, dass kein weiterer Schriftenwechsel durchzuführen sei und ein verfahrensabschliessender Entscheid auf der Grundlage der vorliegenden Akten nicht ausgeschlossen werden könne.

Auf die vorgebrachten Argumente sowie auch auf weitere im Verlaufe des erstinstanzlichen und des Beschwerdeverfahrens von beiden Seiten vorgebrachte Argumente wird, soweit erforderlich, in den untenstehenden Urteilserwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
In seinem Hauptbegehren verlangt der Beschwerdeführer, es sei die Nichtigkeit der Verfügung der FINMA vom 1. Juli 2011 festzustellen.

1.1 Die Nichtigkeit ist von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten und kann jederzeit geltend gemacht werden (BGE 138 II 501, E. 3.1 mit Hinweisen; HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, All-

gemeines Verwaltungsecht, 6. vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 2010, S. 215, Rz. 955 [im Folgenden: HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN]; zu den allfälligen paradoxen Resultaten, zu denen dieser Rechtsgrundsatz führen kann vgl. PIERRE MOOR, "La nullité doit être constatée en tout temps et par tout autorité" in: Staats-und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 41 ff.). Ob, wie in der Doktrin teilweise behauptet wird, die Nichtigkeit tatsächlich von "jedermann" geltend gemacht werden kann (vgl. HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, S. 215, RZ. 955), d.h. auch von Gesuchstellern, welche von der als nichtig erachteten Verfügung weder formell noch materiell betroffen sind und somit auch keinerlei Vorteile aus der Feststellung der Nichtigkeit ableiten können, ist zumindest fraglich, kann jedoch im vorliegenden Fall offen bleiben.

Eine nichtige Verfügung entfaltet zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen, weshalb eine Rechtsmittelinstanz eine nichtige Verfügung nicht aufheben, sondern lediglich feststellen kann (statt vieler: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 31, Rz. 14). Die Anfechtung einer nichtigen Verfügung läuft damit im Entscheid über das Eintreten auf die autoritative Feststellung hinaus, dass eine nichtige Verfügung und damit eine Anordnung ohne Rechtswirksamkeit vorliegt (vgl. YVO HANGARTNER, Die Anfechtung nichtiger Verfügungen und von Scheinverfügungen, AJP 2003, S. 1054, Ziff. 2 [im Folgenden: HANGARTNER]). Feststellungsentscheide können jedoch auch ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens ergehen (vgl. HANGARTNER, S. 1054, Ziff. 2 mit Hinweisen).

1.2 Dem Begehren auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist, das nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (vgl. Art. 25 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]). Im Falle der Nichtigkeit liegt ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellungsverfügung dann vor, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Verfügung nichtig sein könnte (vgl. HANGARTNER S. 1054, Ziff. 2). Unter diesen Voraussetzungen kann jederzeit verlangt werden, dass die Frage der Nichtigkeit überprüft wird, selbst wenn – aus welchen Gründen auch immer – die Beschwerdefrist nicht eingehalten wurde. Dieses Ergebnis entspricht der Praxis, dass die Nichtigkeit einer Verfügung selbst noch im Verfahren der Vollstreckung der Verfügung geltend gemacht werden kann (vgl. HANGARTNER, S. 1054, Ziff. 2 mit weiteren Hinweisen). Umgekehrt kann auf

das Feststellungsbegehren nicht eingetreten werden, sollten sich keine Anhaltspunkte für die Nichtigkeit der Verfügung finden. Erweist sich die Verfügung daher – falls überhaupt fehlerhaft – lediglich als mangelhaft und somit "nur" als anfechtbar, ist diese bei verpasster Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig und damit rechtsbeständig (BGE 132 II 21 E. 3.1).

Auch wenn – wie erwähnt – die Nichtigkeit von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten ist (vgl. o., E. 1.1), ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in seiner Funktion als ordentliche Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) sowie Art. 33 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG; SR 173.32) auch als zuständig für eine allfällige Feststellung der Nichtigkeit der betroffenen Verfügung erachtet.

Es ist im Folgenden daher zu prüfen, ob die Eintretensvoraussetzungen für das Feststellungsbegehren des Beschwerdeführers – bzw. sinngemäss des Gesuchstellers (im Folgenden durchwegs als Beschwerdeführer bezeichnet) – gegeben sind, bzw. ob Anhaltspunkte für die Nichtigkeit der Verfügung bestehen.

1.3

Nichtigkeit ist gemäss der vom Bundesgericht verfolgten Evidenztheorie nur anzunehmen, wenn der Mangel der Verfügung besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist, wobei durch die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet sein darf. Die Praxis ist allerdings zurückhaltend und nimmt Nichtigkeit nur bei ausserordentlich schwerwiegenden Mängeln an (vgl. zum Ganzen statt vieler HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 947 ff. mit weiteren Hinweisen insbesondere auf die Praxis des Bundesgerichts).

Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Verfahrensmängel, die in Gehörsverletzungen liegen, sind in denjenigen Fällen heilbar und führen "nur" zur Anfechtbarkeit des fehlerhaften Entscheids, wenn die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder Begründung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, das eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz erlaubt; eine Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs würde in solchen Fällen bloss zu einem formalistischen Leerlauf und einer unnötigen Ver-

längerung des Verfahrens führen (BGE 134 I 140, 150; 1331 I 201, 204 f.; 133 I 100, 105; 132 V 387, 390; kritisch hierzu HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1709 ff. mit weiteren Hinweisen). Handelt es sich jedoch um einen besonders schwerwiegenden Verstoss gegen grundlegende Parteirechte, so können auch Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör Nichtigkeit zur Folge haben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Betroffene von einer Entscheidung mangels Eröffnung gar nichts weiss bzw. wenn er gar keine Gelegenheit erhalten hat, an einem gegen ihn laufenden Verfahren teilzunehmen (vgl. hierzu BGE 129 I 361, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen).

Zusammengefasst müssen für die Annahme der Nichtigkeit kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sein:

(1) Der Mangel muss besonders schwer wiegen;

(2) er muss zudem offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein;

(3) die Rechtssicherheit darf durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werden.

1.4

1.4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass in besonders krasser Weise das Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Die FINMA habe in ihrer Verfügung vom 1. Juli 2011 den Beschwerdeführer schwer belastet und sich zudem in einseitiger Weise auf einen Untersuchungsbericht abgestützt ohne weitere Dokumente, die den Beschwerdeführer entlastet hätten, heranzuziehen.

Demgegenüber führt die FINMA an, dass die Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers von der besagten Verfügung nicht berührt werden. Ausserdem komme dem Beschwerdeführer mangels Rechtschutzinteresse auch kein Rechtsmittel zu. Entsprechend fehle ihm die Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG und somit stehe ihm gemäss Art. 29 VwVG auch das Recht auf Anhörung nicht zu.

1.4.2 Nur soweit einem Rechtssubjekt im Verfahren Parteistellung nach Art. 6 VwVG zukommt, darf es im eigenen Namen prozessuale Rechte, namentlich den Anspruch auf rechtliches Gehör, ausüben (vgl. ISABELLE HÄNER in: AUER / MÜLLER / SCHINDLER (Hrsg.), VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich / St Gallen 2008, Art. 6, 14 und 15 und MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER in: WALD-

MANN/WEISSENBERGER (Hrsg.), VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich / Basel / Genf 2009, Art. 6, Rz. 23ff. mit weiteren Hinweisen; im Folgenden: Praxiskommentar).

Nach Art. 6 VwVG gelten als Parteien:
- die materiellen Verfügungsadressaten, also diejenigen, mit denen durch Verfügung (vgl. Art. 5 VwVG) unmittelbar ein Rechtsverhältnis geregelt werden soll, sowie
- die nach Art. 48 VwVG Rechtsmittelberechtigten.

Die Vorschriften über die Beschwerdelegitimation sind demnach massgebend für die Parteistellung (auch bereits) im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren (BGE 133 V 188 E. 4.2).

1.4.3 Unzweifelhaft ist der Beschwerdeführer nicht formeller Verfügungsadressat im Verfahren gegen die X._____ AG. Das Dispositiv der besagten Verfügung hat sodann explizit die Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen der Gesellschaft und nicht etwa solche des Beschwerdeführers zum Gegenstand. Von der Feststellung ist allein die Gesellschaft direkt und unmittelbar betroffen. Die X._____ AG selbst, handelnd durch ihre zum Zeitpunkt des Erlasses der Feststellungsverfügung zuständigen Organe, hat die Verfügung nicht angefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen konnte, wobei der Beschwerdeführer selbst zu diesem Zeitpunkt auch keine Organstellung bei der X._____ AG mehr innehatte.

Es ist nicht klar, in wessen Interessen der Beschwerdeführer prozessiert. Soweit er das gegen die X._____ AG geführte Verfahren wieder aufgerollt haben möchte, scheint er tatsächlich – wenn auch wie erwähnt, unbefugterweise und wie nachfolgend auch gezeigt wird, zu spät - im Interesse der Gesellschaft handeln zu wollen.

Soweit er eigene Interessen verfolgt, richten sich seine Vorbringen gegen Teile der Begründung in der Verfügung gegen die X._____ AG, die seiner Meinung nach geeignet seien, seinen Ruf zu schädigen. Grundsätzlich nimmt mit Eintritt der Rechtskraft aber nur das Dispositiv einer Verfügung Teil an deren Rechtsbeständigkeit. Insofern ist nur das Dispositiv einer Verfügung, nicht aber deren Begründung, in der Regel geeignet, die tatsächlich oder rechtliche Stellung einer im Übrigen betroffenen Partei direkt und unmittelbar zu beeinflussen. Im Gegensatz zur X._____ AG ist der Beschwerdeführer im Dispositiv der feststellenden Verfügung vom 11.

Juli 2011 nicht genannt. Eine Ausnahme bestünde lediglich in denjenigen, vorliegend nicht weiter interessierenden Fällen, in denen die Begründung Bestandteil des Verfügungsdispositivs wird und eine Anordnung (im Beschwerdeverfahren in erster Linie eine Rückweisung) "im Sinne der Erwägungen" erfolgt. Aus dieser Sicht fehlt es den eigentlichen Anliegen des Beschwerdeführers in gewisser Weise auch an einem konkreten Bezug zum Dispositiv, mithin an einer unmittelbaren und direkten Betroffenheit, welche für die Beschwerdelegitimation und Parteistellung ausschlaggebend wäre.

Ein behaupteter oder potentieller Schaden für sich allein vermag noch keine Parteistellung zu begründen, wenn der Geschädigte nicht Adressat des durch die Verfügung geregelten Rechtsverhältnisses, in casu der Feststellung ist. Hierfür wäre vielmehr das Staatshaftungsverfahren anzustrengen (vgl. für die Voraussetzungen u.a. Art. 19 FINMAG).

1.4.4 Allerdings knüpft, wie bereits erwähnt, die Parteistellung gemäss Art. 6 VwVG auch an die Rechtsmittelbefugnis an und umfasst daher auch vom zu regelnden Rechtsverhältnis besonders berührte Dritte. Das schutzwürdige Interesse besteht auch bei der Drittbeschwerde im praktischen Nutzen, den die Beschwerde dem erfolgreichen Beschwerdeführer einbringen würde, d.h. in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist jeweils in Bezug auf die konkrete Einzelfallkonstellation zu prüfen (BGE 130 V 560 E. 3.4 in fine).

Ob Anhaltspunkte für den vom Beschwerdeführer angegebenen Nichtigkeitsgrund der krassen Gehörsverletzung vorliegen, kann daher nur ausgehend von der (Vor-)Frage beantwortet werden, ob ihm im Verfahren auf Erlass der Verfügung vom 1. Juli 2011 gestützt auf einen Prognoseentscheid die Parteistellung eines Dritten im genannten Sinne hätte eingeräumt werden müssen.

1.4.5 Wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt, hatte er im Verfügungszeitpunkt unbestrittenermassen eine Gewährsposition in einer anderen Firma inne. Bei dieser Firma handelt es sich um die Z._____ AG (vgl. o. Sachverhalt), welche im Verfügungszeitpunkt über keine Beteiligungen an der X._____ AG mehr verfügte. Allerdings ist die Z._____ AG mit der X._____ AG auch hinsichtlich Personal und Infrastruktur eng verknüpft gewesen und es bestand daher eine besondere Beziehungsnähe zur Verfügungsadressatin. Dieser Umstand, welcher letztlich

der Auslöser für die Vorwürfe an den Beschwerdeführer darstellte, war der FINMA bekannt. Es könnte daher argumentiert werden, dass der Beschwerdeführer am Ausgang des Verfahrens gegen die X._____ AG ein spezifisches Eigeninteresse gehabt haben könnte, welches in erster Linie immaterieller (Wahrung des guten Rufes), indirekt aber auch materieller Natur wäre (einwandfreie Geschäftstätigkeit als Bedingung für die Aufrechterhaltung der im Verfügungszeitpunkt aktuellen Bewilligung der Z._____ AG als Vertriebsträger von kollektiven Kapitalanlagen).

Es ist zunächst festzuhalten, dass zur Beurteilung des Vorliegens einer besonderen beachtenswerten Beziehungsnähe zu einer mittels Verfügung geregelten Sache konsequenterweise vom Verfügungsdispositiv auszugehen ist. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass das fragliche Dispositiv nur feststellt, also nicht rechtsgestaltend eingreift und als Adressat der Feststellung bzw. als Urheber von Pflichtverletzungen einzig und explizit die Gesellschaft nennt. In diesem Sinn ist der persönliche Geltungsbereich der Verfügung eng begrenzt und Personen, welche zum Verfügungszeitpunkt nicht mehr in - beziehungsweise für - die Gesellschaft tätig waren, sind grundsätzlich nicht mehr als jeder andere Dritte betroffen. Ob allenfalls im Verfügungszeitpunkt eingesetzte Organe der Gesellschaft als Drittbeschwerdeführer in Frage kämen, wenn sie in eigenem Namen und in eigenem Interesse Beschwerde geführt hätten, kann offen bleiben, nachdem der Beschwerdeführer selbst im Verfügungszeitpunkt nicht mehr Organ der Gesellschaft war und somit nicht mehr über eine entsprechende Beziehungsnähe zur Sache verfügt.

Schliesslich zeigt auch eine weitere Überlegung, dass es unsinnig wäre, dem Beschwerdeführer im Feststellungsverfahren gegen die X._____ AG eine Drittparteistellung einzuräumen. Aufgrund der Beschwerde lässt sich nicht eindeutig erkennen, ob der Beschwerdeführer in eigenem Interesse, bzw. für oder gegen die Interessen der X._____ AG antritt. Der Beschwerdeführer selbst scheint von einer Beschwerdeführung pro Adressat auszugehen, denn immerhin verlangt er unter anderem die Nichtigkeitserklärung der die Gesellschaft belastenden Feststellung. Insofern nimmt er, wenn auch zu spät (vgl. hierzu unten, E. 1.4.7), eher die Rolle eines Nebenintervenienten und nicht diejenige einer selbständig belasteten Hauptpartei wahr (vgl. Praxiskommentar, Art. 48 Rz. 34).

Im Sinne der auch vom Bundesgericht verfolgten restriktiven Praxis (Praxiskommentar, Art. 48 VwVG, Rz. 12 mit weiteren Hinweisen) zur Beschwerdelegitimation des Dritten als Nichtadressat einer Verfügung ist die

Parteistellung des Beschwerdeführers im Verfahren gegen die X._____ AG letztlich abzulehnen. Fehlt es an der Parteistellung, so ist auch dem Vorwurf der krassen Gehörsverletzung der Boden entzogen, womit es auch an Anhaltspunkten für die Nichtigkeit der Verfügung der FINMA vom 1. Juli 2011 fehlt. Auf das Hauptbegehren kann daher nicht eingetreten werden.

1.4.6 Selbst wenn dem Beschwerdeführer Parteistellung zuzugestehen gewesen wäre, erscheint eine allfällige damit verbundene Gehörsverletzung nicht als derart krass als dass sie als unheilbar und die Verfügung somit als nichtig anzusehen wäre. Aus der vorliegend einzunehmenden *ex-ante*-Perspektive der Vorinstanz dürfte es zumindest naheliegend sein, dass die materielle Verfügungsadressatin – die X._____ AG selbst – gegebenenfalls die Hilfe des Beschwerdeführers in Anspruch nimmt, um alle entlastenden Dokumente und Argumente in das Verfahren einzubringen und eine für sie negative Verfügung abzuwenden. Mit einer vom Beschwerdeführer in den Akten (vgl. Schreiben des Rechtsvertreters vom 28. Februar 2013 an die FINMA, S. 3) behaupteten Irreführung oder Unterschlagung von Dokumenten zum eigenen Schaden der X._____ AG musste die Vorinstanz mithin nicht rechnen.

1.4.7 Der Vollständigkeit halber ist ausserdem anzufügen, dass eine weitergehende Überprüfung der fraglichen Verfügung im Rahmen eines ordentlichen Beschwerdeverfahrens nach Ansicht des Gerichts ausgeschlossen scheint, selbst wenn die Parteistellung zu bejahen wäre. In Anwendung von Art. 38 VwVG, wonach aus der mangelhaften Eröffnung einer Verfügung kein Nachteil erwachsen darf, wäre nämlich dennoch zu prüfen, ob die Beschwerdeerhebung vom 24. April 2013, mithin 14 Monate nach dem unbestrittenen Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Verfügung durch den Beschwerdeführer am 20. Februar 2012, noch rechtzeitig war. Angesichts der Tatsache, dass dem Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt auch alle ihn betreffenden Akten zugestellt worden waren, wäre es ihm bzw. seinem Rechtsvertreter zuzumuten gewesen, dass er innerhalb eines deutlich kürzeren Zeitraums die ordnungsgemässe Eröffnung verlangt oder Beschwerde geführt hätte (vgl. FELIX UHLMANN / ALEXANDRA SCHWANK in: Praxiskommentar, Art. 38 Rz. 8). Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Beschwerdeführer das Gespräch mit der FINMA – gemäss den Akten erst am 31. August 2012 – suchte oder gegebenenfalls auch die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft, welche bereits am 16. Mai 2012 erfolgte, abwarten wollte. Die Verfügung

der FINMA vom 1. Juli 2011 wäre diesbezüglich als formell rechtskräftig und die Beschwerde als verspätet zu betrachten.

1.5 Als Zwischenergebnis bleibt es dabei, dass der Beschwerdeführer sich im Verfahren um Erlass der Verfügung der FINMA vom 1. Juli 2011 nicht auf eine Parteistellung berufen kann. Entsprechend trifft auch der angeführte Nichtigkeitsgrund einer krassen Gehörsverletzung ins Leere. Auf das Gesuch um Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung der FINMA vom 1. Juli 2011 kann daher mangels entsprechenden Anhaltspunkten bzw. mangels Feststellungsinteresse nicht eingetreten werden.

2.

Als Eventualbegehren reicht der Beschwerdeführer eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ein. Die FINMA habe sich zu Unrecht geweigert, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, in der festgestellt wird, dass die Sachverhaltsabklärungen, welche zur Verfügung gegen die X._____ AG vom 1. Juli 2011 geführt haben, unvollständig waren und basierend auf den bereits damals vorliegenden Beweismitteln die in der Verfügung beschriebenen Geschäftsvorfälle bzw. die Verletzung der Gewährsbestimmungen, welche dem Beschwerdeführer vorgeworfen werden, nicht zutreffen. Zudem verlangt der Beschwerdeführer, dass die Sache mit der Anweisung an die FINMA zurückzuweisen sei, den Sachverhalt in Bezug auf die Einhaltung der Gewährserfordernis und des Aufsichtsrechts durch den Beschwerdeführer, unter Einbezug sowohl der vollständigen Belege als auch der Mitwirkung des Beschwerdeführers, ohne Verzug neu festzustellen.

2.1 Eine Rechtsverweigerung erfolgt stets informell; dies kann explizit (z.B. formloses Schreiben, einfache mündliche oder schriftliche Mitteilung, E-Mail) oder implizit geschehen (vgl. MARKUS MÜLLER in: MÜLLER/AUER/SCHINDLER [HRSG.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bern 2008, Art. 46 a, Rz. 4; im Folgenden: MÜLLER/AUER/SCHINDLER). Eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist - obwohl eine ordentliche Beschwerde - nicht fristgebunden. Sie kann gemäss Art. 50 Abs. 2 VwVG jederzeit eingereicht werden. Die Grenze bildet hier freilich der Grundsatz von Treu und Glauben. Verweigert die Behörde ausdrücklich den Erlass einer Verfügung, so ist nach diesen Grundsätzen innerhalb der gesetzlichen Frist von 30 Tagen Beschwerde zu erheben (vgl. MARKUS MÜLLER in: MÜLLER/AUER/SCHINDLER [HRSG.],

VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bern 2008, Art. 46 a, Rz.10 mit weiteren Hinweisen).

Das Verbot der Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung wird verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre (BGE 135 I 6, 9). Eine Rechtsverweigerung ist somit nur dann möglich, wenn ein Anspruch der Privaten auf Behandlung ihrer Begehren besteht (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, RZ. 1657). Da in dem Schreiben der FINMA vom 22. März 2013 eine explizite Verweigerung zum Verfügungserlass gesehen werden kann und die Beschwerdefrist mit Beschwerdeerhebung vom 24. April 2013 eingehalten ist, wird im Folgenden geprüft, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch auf die von ihm verlangte Feststellungsverfügung hat.

2.2 Gemäss Art. 25 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (Art. 25 Abs. 1 VwVG). Einem Begehren ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Die feststellende Verfügung dient lediglich der Klärung einer Rechtslage und nicht dazu, neue Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, RZ. 895).

2.3 Das schutzwürdige Interesse gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG wird im Sinne der Einheit des Prozesses gleich ausgelegt wie dasjenige zur Beschwerdelegitimation (vgl. ISABELLE HÄNER in: Praxiskommentar, Art. 25, Rz. 16 mit weiteren Hinweisen). Das Rechtsschutzinteresse besteht somit darin, dass unmittelbar ein direkteinwirkender Nachteil abgewendet werden kann, wenn die Feststellungsverfügung erlassen wird (vgl. auch ISABELLE HÄNER in: Praxiskommentar, Art. 25, Rz. 16). Wie bei der Beschwerdelegitimation ist nur ein aktuelles Interesse schutzwürdig (BGE 114 V 201 E. 2c). Das praktische Interesse muss im Feststellungszeitpunkt noch aktuell und darf nicht bereits dahingefallen sein. Im Hinblick auf die Feststellung von künftigen, möglicherweise noch entstehenden Rechten oder Pflichten ist die Frage wichtig, ob das Interesse schon aktuell ist (BGE 108 Ib 540, E. 3).

Eine weitere, das Feststellungsinteresse betreffende Anforderung ist, dass eine Feststellungsverfügung nur dann erlassen werden kann, wenn

das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann. Die Feststellungsverfügung ist mithin subsidiär, sofern dem Gesuchsteller durch den Verweis auf die gestaltende Verfügung keine unzumutbaren Nachteile entstehen (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER in: MÜLLER/AUER/SCHINDLER, Art. 25, Rz. 16). Allerdings gilt dieses Erfordernis nicht absolut. Kann das schutzwürdige Interesse mit einer Feststellungsverfügung besser gewahrt werden als mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung, ist die Legitimation ausreichend dargetan (vgl. ISABELLE HÄNER in: Praxiskommentar, Art. 25, Rz. 20 mit Hinweisen auf die Praxis des Bundesgerichts). Es ist jedoch zu beachten, dass das Subsidiaritätserfordernis auch in die umgekehrte Richtung wirken kann. Ist eine Frage bereits durch eine formell rechtskräftige Verfügung entschieden worden, schliesst das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes eine nochmalige Überprüfung einer individuell-konkreten Anordnung in einem späteren Verwaltungsverfahren grundsätzlich aus. Das Feststellungsbegehren darf nicht dazu benützt werden, die nachteiligen Konsequenzen einer verpassten Beschwerdefrist zu umgehen (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER in: MÜLLER/AUER/SCHINDLER, Art. 25, Rz. 17).

2.4 Es gilt in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass das vom Beschwerdeführer anvisierte Feststellungsbegehren nicht – wie es wörtlich verlangt (vgl. o. Sachverhalt, Bst. H und E. 2) – die Feststellung einer falschen oder unvollständigen Sachverhaltsabklärung im Rahmen des Verfahrens zum Erlass der Verfügung vom 1. Juli 2011 zum Gegenstand haben kann. Eine derartige "Feststellung" müsste aufgrund einer entsprechenden Rüge und/oder eines entsprechenden Begehrens im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens, in welchem im Ergebnis die besagte Verfügung gegebenenfalls mittels Gestaltungsverfügung aufgehoben oder abgeändert würde, erfolgen. Wie oben (vgl. E. 1.4.3) erläutert, ist die besagte Verfügung jedoch bereits in formelle Rechtskraft erwachsen. Abgesehen davon verlangt der Beschwerdeführer mit der im Rahmen der behaupteten Rechtsverweigerung anbegehrten Feststellung inhaltlich, erneut das, was ihm mangels Parteistellung mit der im Kontext des Nichtigkeitsbegehrens behaupteten Gehörsverletzung versagt bleiben muss. Da der Anspruch auf eine Feststellung in der Sache ein entsprechendes Feststellungsinteresse voraussetzt, kann diesbezüglich auf die vorangehenden Erwägungen (E. 2.3 f.) verwiesen werden.

2.5 Der Beschwerdeführer verlangt daneben sinngemäss auch, dass die FINMA mittels Verfügung festzustellen habe, dass er in seiner Funktion

als Vizepräsident des Verwaltungsrates der X._____ AG das Erfordernis einer einwandfreien Geschäftstätigkeit nicht verletzt habe.

2.5.1 Was das aktuelle schutzwürdige Interesse bezüglich Einhaltung der Gewährspflichten betrifft, ist der Ansicht der FINMA zu folgen, wonach ein solches, das einen Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung begründen könnte, nicht gegeben ist, da sich die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der für die Verwaltung und Geschäftsführung verantwortlichen Personen eines der von der FINMA bewilligten und beaufsichtigten Institute lediglich mit Bezug auf eine bestimmte Position in einem bestimmten Institut bewerten lässt. Da der Beschwerdeführer derzeit keine solche Stellung bekleidet oder demnächst in Aussicht hat, fehlt es ihm an einem aktuellen schutzwürdigen Interesse an der Feststellung des Vorliegens seiner Gewähr.

2.5.2 Zwar ist nicht klar, ob die Vorinstanz erkannt hat, dass der Beschwerdeführer keine abstrakte Gewährsprüfung, sondern lediglich eine Feststellung in Bezug auf seine vergangene konkrete Tätigkeit verlangt. Doch stellt sich die Frage, ob dieses Interesse schutzwürdig beziehungsweise ein aktuell praktisches ist, ohnehin (vgl. auch E. 1.4.4 hiervor). Abgesehen vom pauschalen Hinweis auf eine mögliche Rufschädigung aufgrund seiner Nennung in der Begründung des Feststellungsentscheides gegenüber der X._____ AG bringt der Beschwerdeführer hierzu nichts Konkretes vor. In Bezug auf den behaupteten aber wie erwähnt nicht konkretisierten Rufschaden kann auf bereits Gesagtes verwiesen werden (vgl. E. 1.4.3 in fine). Ansonsten läuft die vom Beschwerdeführer anbegehrte Feststellung auf eine rein theoretische Überprüfung verschiedener Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Einhaltung von Gewährspflichten in der Vergangenheit hinaus, ohne dass eine konkreter und praktischer Bezug auf seine tatsächliche oder rechtliche Situation, sei es aktuell oder in naher Zukunft, hergestellt würde. Es zeigt sich damit, dass der Beschwerdeführer keinen aktuellen und schutzwürdigen Anspruch auf Erlass der anbegehrten Feststellungsverfügung hat, womit die geltend gemachte Rechtsverweigerung unbegründet ist.

2.5.3 Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass aus den Akten auch nicht hervor geht, dass der Beschwerdeführer eine Gewährsposition überhaupt noch anstrebt. Im Gegenteil ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer bereits seit Jahren auch aus gesundheitlichen Gründen einen stetigen Rückzug aus dem Berufsleben plant. So war auch bereits der Rücktritt von seinen Funktionen in der X._____ AG

geplant gewesen. Des Weiteren verzichtete er freiwillig – ebenfalls aus gesundheitlichen Gründen – auf die Bewilligung der Z._____ AG für den Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen. Der Beschwerdeführer vermag weder konkrete Auswirkungen einer allfälligen Rufschädigung auf die Einnahme einer erneuten Gewährsposition darzulegen, noch kommt zum Ausdruck, ob er überhaupt eine solche wünscht oder anstrebt.

2.5.4 Gemäss einem neueren, inzwischen rechtskräftigen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-789/2011 vom 2. September 2013 (mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur, insbesondere GREGOR T. CHATTON, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, in: Aktuelle juristische Praxis [AJP] 2011, S. 1195 ff.) wird dargelegt, dass sich eine von der FINMA festgestellte Verletzung von Gewährserfordernissen nach allgemeiner Lebenserfahrung in den interessierten Kreisen früher oder später herumsprechen dürfte. Die hiermit verbundene Rufschädigung hat wiederum Auswirkungen auf die tatsächlichen Möglichkeiten, wieder eine konkrete Aussicht auf eine Gewährsstellung zu erhalten. Daher wurde das aktuelle Rechtsschutzinteresse in dem zitierten Urteil in Bezug auf eine konkrete Stelle auch dann bejaht, wenn die Person im Urteilszeitpunkt diese Funktion nicht mehr innehat. Nichtsdestotrotz kann hieraus nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers abgeleitet werden, denn in jenem Verfahren erfolgte die geltend gemachte Rufschädigung in Form einer negativen Feststellung gegen die Beschwerdeführerin, welche im Gegensatz zum Beschwerdeführer im vorliegenden Fall im Dispositiv konkret genannt wurde, was für die Beurteilung der Betroffenheit und Intensität der geltend gemachten Rufschädigung von Bedeutung ist. Der Vollständigkeit halber darf noch erwähnt werden, dass im soeben zitierten Entscheid letztlich auch die besonderen Umstände des Einzelfalles zur Bejahung des aktuellen Rechtsschutzinteresses führten (vgl. E. 1.3.3 und E. 1.3.4 des soeben zitierten Urteils). So konnte die Beschwerdeführerin in jenem Verfahren konkret darlegen, dass eine Bewerbung um eine neue Stelle letztlich daran scheiterte, dass die potentielle Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin der FINMA ihre Kandidatur aus Furcht vor einer Ablehnung und allenfalls weiteren damit verbundenen Nachteilen nicht vorlegen wollte und die Beschwerdeführerin somit von vornherein für die Stelle nicht weiter in Betracht gezogen wurde. Die tatsächlichen Auswirkungen der behaupteten Rufschädigung lagen damit, anders als im vorliegenden Verfahren, auf dem Tisch.

Aus den genannten Gründen kann das Erfordernis eines aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG weder

an einer retrospektiven Feststellung noch an einer eigentlichen Gewährsprüfung als gegeben betrachtet werden.

2.6 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses kein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung durch die FINMA besteht. Entsprechend liegt auch keine Rechtsverweigerung vor. Die eventualiter eingereichte Rechtsverweigerungsbeschwerde ist daher abzuweisen.

3.
Als Gesamtergebnis ist festzuhalten, dass auf das Begehren um Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung der FINMA vom 1. Juli 2011 nicht eingetreten werden kann. Die eventualiter eingereichte Rechtsverweigerungsbeschwerde ist abzuweisen.

4.
Mittels Instruktionsverfügung vom 11. September 2013 wurde schliesslich in Aussicht gestellt, dass über eine weitergehende Akteneinsicht des Beschwerdeführers voraussichtlich später entschieden wird. Angesichts der im Verfahren auf Erlass der Verfügung der FINMA vom 1. Juli 2011 abgelehnten Parteistellung ist eine solche weitergehende Akteneinsicht abzulehnen. Wesentlich ist zudem aus der Sicht des Gerichts, dass diese weiteren Akten den Beschwerdeführer selbst nicht betreffen und für den Ausgang dieses Verfahrens nicht herangezogen werden mussten.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 2'500.- dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils mit dem bereits geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'500.- verrechnet. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf das Gesuch um Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung der FINMA vom 1. Juli 2011 gegen die X._____ AG wird nicht eingetreten.

2.
Die Rechtsverweigerungsbeschwerde wird abgewiesen.

3.
Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und nach der Eintritt der Rechtskraft wird der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'500.- zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde);
– die Vorinstanz (Ref-Nr. A286482/1062567/1062568; Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Francesco Brentani	Barbara Schroeder De Castro Lopes

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: 11. Juni 2014