9 Wirtschaft – Technische Zusammenarbeit Economie – Coopération technique Economia – Cooperazione tecnica

59

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. A. gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
B–19/2012 vom 27. November 2013

Finanzmarktaufsicht. Berufsverbot. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Einziehung.

Art. 36 Abs. 3 BV. Art. 33 und Art. 35 FINMAG. Art. 717 Abs. 1 OR. Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG. Art. 6 Abs. 1 EMRK.

1. **Verbot der Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK; Frage offengelassen (E. 9.4.1).**
2. **Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen. Mehrfache Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht. Keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung (E. 9.4.4).**
3. **Verhältnismässigkeit des Berufsverbots (E. 9.4.4).**
4. **Der Einziehung unterliegen nur Entschädigungen, die zu Lasten der von der FINMA beaufsichtigten Gesellschaft gehen (E. 9.4.5).**

Surveillance des marchés financiers. Interdiction d'exercer certaines activités soumises à surveillance. Garantie d'une activité irréprochable. Confiscation.

Art. 36 al. 3 Cst. Art. 33 et art. 35 LFINMA. Art. 717 al. 1 CO. Art. 14 al. 1 let. a LSA. Art. 6 par. 1 CEDH.

1. **Une interdiction d'exercer certaines activités soumises à surveillance constitue-t-elle une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH? Question laissée ouverte (consid. 9.4.1).**
2. **Violation grave des dispositions en matière de surveillance. Violation répétée du devoir de diligence et de loyauté. Défaut de garantie d'une gestion irréprochable (consid. 9.4.4).**

3. Proportionnalité de l'interdiction d'exercer (consid. 9.4.4).

4. La confiscation ne peut porter que sur des indemnités qui sont à la charge de la société soumise à la surveillance de la FINMA (consid. 9.4.5).

Vigilanza sui mercati finanziari. Divieto di esercitare. Garanzia di un'attività irreprensibile. Confisca.

Art. 36 cpv. 3 Cost. Art. 33 e art. 35 LFINMA. Art. 717 cpv. 1 CO. Art. 14 cpv. 1 lett. a LSA. Art. 6 par. 1 CEDU.

1. Divieto di esercizio di certe attività professionali costitutivo di un'accusa in materia penale ai sensi dell'art. 6 par. 1 CEDU; quesito lasciato indeciso (consid. 9.4.1).

2. Grave violazione delle disposizioni in materia di vigilanza. Ripetuta violazione del dovere di diligenza e di fedeltà. Mancanza di garanzia di un'attività irreprensibile (consid. 9.4.4).

3. Proporzionalità del divieto di esercitare (consid. 9.4.4).

4. Sono soggette a confisca soltanto le indennità a carico della società sottoposta alla vigilanza della FINMA (consid. 9.4.5).

Aus den Erwägungen:

9. Unzulässigkeit und Unverhältnismässigkeit der verfügten Massnahmen

9.1 Beurteilung der Vorinstanz

Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung eine Vielzahl von schweren Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen fest. Aufgrund der Schwere der festgestellten Verstösse sei es gerechtfertigt, gegen den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 33 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) ein Berufsverbot von 48 Monaten zu verhängen und gestützt auf Art. 35 Abs. 1 FINMAG einen Gewinn von CHF 818 084.– einzuziehen. Wie die Vorinstanz erläutert, handle es sich bei den der Einziehung unterliegenden Summen um Nettobeträge, welche die Sozialabgaben nicht enthalten würden. Der rechtliche Charakter des Berufsverbots spreche zudem dafür, ein Verfahren auch dann noch durchzuführen, wenn der

Betroffene erkläre, im entsprechenden Bereich nicht mehr tätig sein zu wollen. Der generalpräventive Charakter des Berufsverbots würde offensichtlich geschwächt, wenn sich der Betroffene durch Aufgabe der Berufstätigkeit einem Berufsverbot entziehen könnte. Im Übrigen liege der Entscheid, ob auf ein Berufsverbot gänzlich verzichtet werden solle, wenn der Betroffene nie mehr im Finanzsektor tätig sein werde, im Ermessen der Vorinstanz.

9.2 Einwände des Beschwerdeführers

In Bezug auf das von der Vorinstanz gestützt auf Art. 33 Abs. 1 FINMAG verfügte Berufsverbot bringt der Beschwerdeführer vor, die gesetzlichen Voraussetzungen seien nicht erfüllt. Er habe in Bezug auf das Fusionsprojekt und die damit verbundenen Entscheidungen keine Sonderstellung innegehabt. Es könne auch nicht behauptet werden, dass von ihm eine Gefahr für die Versicherten oder den Finanzplatz ausgehe. Schliesslich erscheine die angeordnete Dauer des Berufsverbots unangemessen und willkürlich. Bei der Bemessung hätte die Vorinstanz seine effektive Funktion innerhalb des Verwaltungsrates, seinen ungetrübten Leumund, die fehlende Wiederholungsgefahr, die individuelle Strafempfindlichkeit sowie die Tatsache, dass keinerlei Schaden entstanden sei, berücksichtigen müssen. Er sei zudem aus dem Verwaltungsrat der KPT Versicherungen AG (KPT VAG) und der übrigen Gesellschaften der KPT-Gruppe zurückgetreten und übe auch keine anderen Tätigkeiten im Aufsichtsbereich der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) aus, noch beabsichtige er die Aufnahme einer derartigen Tätigkeit. Art. 33 FINMAG sei im Übrigen als strafrechtliche Anklage zu qualifizieren, so dass die Grundsätze des Strafverfahrens auf das Verfahren vor Vorinstanz Anwendung finden würden. Die Vorinstanz sei jedoch den entlastenden Indizien nicht nachgegangen, und ihre Sachverhaltsdarstellung gehe jeweils von der für den Beschwerdeführer schlechtesten Variante aus.

Der Beschwerdeführer führt weiter aus, in Bezug auf die Anordnung der Einziehung sei nicht ersichtlich, inwiefern eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliege und er aus dieser Verletzung einen Gewinn erzielt habe. Die von der Vorinstanz beanstandeten Mandatsverträge seien mit Gesellschaften abgeschlossen worden, welche nicht der Aufsicht der Vorinstanz unterstehen würden. Es könne deshalb per se kein Gewinn aus einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegen, welcher eingezogen werden könnte.

Schliesslich stellten die gegen ihn verfügten Massnahmen eine Ungleichbehandlung gegenüber den übrigen Verwaltungsräten und Organen der KPT VAG dar. Sämtliche untersuchten Vorgänge würden auf Beschlüssen des gesamten Verwaltungsrates der KPT VAG beruhen. Obwohl jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied für jeden Beschluss die gleiche Verantwortung trage, seien nur gegen den Verwaltungsratspräsidenten und ihn Massnahmen verfügt worden. Zudem sei gegen den Verwaltungsratspräsidenten und ihn ein gleich langes Berufsverbot verhängt worden, was vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Stellung und Funktion nicht zu rechtfertigen sei. Die öffentliche Bekanntmachung der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz vor Eintritt der Rechtskraft sei im Übrigen in keiner Weise verhältnismässig gewesen.

9.3 Rechtliche Leitsätze

9.3.1 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) stützt sich zur Bestimmung des Begriffs « strafrechtliche Anklage » im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) in ständiger Rechtsprechung auf drei grundsätzlich alternativ anzuwendende Kriterien (sog. « Engel-Kriterien » nach dem grundlegenden Urteil des EGMR, Urteil *Engel gegen die Niederlande* vom 8. Juni 1976, Serie A Nr. 22; vgl. auch BGE 139 I 72 E. 2.2.2 m.H.). Als erstes Kriterium wird geprüft, ob die (angeblich) verletzte Regelung landesintern dem Strafrecht oder einem anderen Rechtsbereich zugeordnet wird. Als zweites Kriterium wird die Natur der Zuwiderhandlung untersucht, wobei für die Beurteilung, ob es sich um ein Vergehen strafrechtlicher oder disziplinarischer Natur handelt, insbesondere auf den Regelungsgegenstand und den Kreis der Adressaten abgestellt wird. Richtet sich eine Regelung (zumindest potenziell) an die Allgemeinheit, spricht das für deren strafrechtlichen Charakter (Urteil des Bundesgerichts 8C_417/2010 vom 6. September 2010 E. 4.2.2 m.H.). Bezieht sich eine Regelung demgegenüber auf einen beschränkten Adressatenkreis – wie eine Disziplinarnorm im Bereich der staatlichen Aufsicht über die freien Berufe –, spricht dies für einen disziplinarrechtlichen Charakter (in Bezug auf Disziplinarmassnahmen bei Anwälten vgl. BGE 128 I 346 E. 2.2 f.; Urteil des Bundesgerichts 2C_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3). Das dritte Kriterium bezieht sich auf die Natur und Schwere der angedrohten Strafe, wobei jeweils auf die theoretisch höchstmögliche Sanktion abzustellen ist (vgl. JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Kehl 2009,

Rz. 26 ff. zu Art. 6 EMRK; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012, § 24 Rz. 20). Liegt eine strafrechtliche Anklage vor, hat der Betroffene Anspruch auf die spezifischen in Art. 6 EMRK verankerten Verfahrensgarantien.

9.3.2 Kommt ein Versicherungsunternehmen den Vorschriften des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01), einer Verordnung oder Anordnungen der FINMA nicht nach oder erscheinen die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet, so trifft die FINMA die sichernden Massnahmen, die ihr zur Wahrung der Interessen der Versicherten erforderlich erscheinen, und sorgt für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 VAG). Als sichernde Massnahme kann sie gestützt auf Art. 51 Abs. 2 Bst. f VAG insbesondere die Abberufung der mit der Oberleitung betrauten Personen verlangen und ihnen die Ausübung jeder weiteren Versicherungstätigkeit für höchstens fünf Jahre untersagen. Bei schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen kann sie nach Massgabe des FINMAG zusätzliche Massnahmen anordnen.

9.3.3 Nach Art. 33 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten untersagen, wenn sie eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen feststellt. Dieses Berufsverbot kann gemäss Art. 33 Abs. 2 FINMAG für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden. In Bezug auf das Berufsverbot spricht die Botschaft von einem verwaltungsrechtlichen Instrument, das die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sicherstellen und den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger und der Versicherten gewährleisten soll (Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006 [nachfolgend: Botschaft FINMAG], BBl 2006 2829 ff., 2849). Der Funktionsschutz der Finanzmärkte und der Schutz der Marktteilnehmer stehen bei Art. 33 FINMAG – insbesondere im Unterschied zum strafrechtlichen Berufsverbot (vgl. Art. 67 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0]) – nach der gesetzgeberischen Konzeption somit im Vordergrund (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882). Dies schliesst jedoch gewisse repressive Aspekte des Berufsverbots nicht aus, das sowohl künftige Rechtsverletzungen des Pflichtigen als auch solche anderer Akteure im Finanzmarktbereich verhindern will (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882; FELIX UHLMANN,

Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2011 S. 446; PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011 [nachfolgend: BSK FINMAG], Art. 33 N. 6). Diesem Charakter der Massnahme entsprechend kann ein Berufsverbot auch ausgesprochen werden, wenn der Betroffene nicht mehr im betreffenden Bereich der Finanzmarktaufsicht tätig werden möchte (vgl. UHLMANN, a.a.O., S. 448; GUILLAUME BRAIDI, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, in: SZW 2013 S. 205).

9.3.4 Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, so kann die FINMA gestützt auf Art. 34 Abs. 1 FINMAG ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen. Die Veröffentlichung ist in der Verfügung selber anzuordnen (Art. 34 Abs. 2 FINMAG).

9.3.5 Gemäss Art. 35 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA den Gewinn einziehen, den eine Beaufsichtigte, ein Beaufsichtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Die Einziehung zielt auf die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes durch Gewinnabschöpfung und trägt damit zur Fairness unter den Finanzinstituten bei (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2848 f., 2883). Die Nichteinziehung von Gewinnen würde zu einer Wettbewerbsverzerrung im Finanzmarkt führen, indem Beaufsichtigte, die sich rechtmässig verhalten, einen Nachteil erlitten, während die anderen von ihrer Regelverletzung profitieren würden. Der Einziehung kommt somit in erster Linie ein ausgleichender, nicht aber ein pönaler Charakter zu (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2849, 2883). Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG hat zudem rein verwaltungsrechtlichen Charakter und dient nicht der Beurteilung strittiger Zivilansprüche (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_119/2013 vom 9. Mai 2013 E. 4.3.3).

Bei der Bestimmung des Umfangs der Einziehung ist zu berücksichtigen, dass der erzielte Gewinn kausal aus der schweren Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmung hervorgehen muss, wobei es sich bei den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen um die Finanzmarkterlasse gemäss Art. 1 FINMAG handelt; nur im Rahmen dieser Erlasse steht der FINMA die Aufsichts- und Überwachungskompetenz zu (vgl. RAOUL SIDLER, Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, Zürich 2009, S. 19 ff.; RENÉ BÖSCH,

BSK FINMAG, Art. 35 N. 14). Weiter gilt es zu beachten, dass unter « Gewinn » im Sinne von Art. 35 Abs. 1 FINMAG die positive Differenz zwischen den Erträgen und Aufwendungen zu verstehen ist. Vom Ertrag dürfen daher die konkreten Aufwendungen in Abzug gebracht werden, die zum Zwecke der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen angefallen sind (SIDLER, a.a.O., S. 24; BÖSCH, BSK FINMAG, Art. 35 N. 21).

9.3.6 Der Ausdruck « schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen » in Art. 35 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 FINMAG bildet einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung als Rechtsfrage grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B–4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.3.1 und B–5121/2011 vom 31. Mai 2012 E. 8.1.1). Nach konstanter Praxis und Doktrin ist indes Zurückhaltung auszuüben und der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen nähersteht oder über spezifische Fachkenntnisse verfügt. Das Gericht hat nicht einzugreifen, solange die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (…). Bezüglich der Frage, ob die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen schwer ist, ist der FINMA daher ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum einzuräumen (vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK FINMAG, Art. 33 N. 17).

9.3.7 Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG stellt eine erhebliche Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) des Betroffenen dar und muss als solche – auch mit Bezug auf die Dauer – den in Art. 36 Abs. 3 BV verankerten Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren. Ebenso ist bei der Einziehung nach Art. 35 FINMAG darauf zu achten, dass sie nicht zu einer unverhältnismässigen Härte führt, was insbesondere dann zu bejahen wäre, wenn der betroffenen Person der Konkurs drohen würde (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2883).

Bei der vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung ist insbesondere das Verschulden des Betroffenen zu berücksichtigen (vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK FINMAG, Art. 33 N. 17). Zudem ist zu beachten, dass das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG und die Einziehung nach Art. 35 FINMAG im Vergleich zur Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 32 FINMAG einschneidendere Sanktionen darstellen und dementsprechend

höhere Anforderungen an die Schwere der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gelten (vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK FINMAG, Art. 33 N. 17). Insofern sind die Massnahmen nach Art. 33 und Art. 35 FINMAG mit der Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung nach Art. 34 FINMAG vergleichbar (vgl. BVGE 2012/10 E. 8.1.2). Zu letzterer Vorschrift hat das Bundesgericht ausgeführt, mit Blick auf die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen genüge es für die Veröffentlichung eines Werbeverbotes nicht, wenn eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten vorliege. Hingegen rechtfertige sich eine Publikation zum Schutz des Publikums namentlich dann, wenn die Wiederholung schweren Fehlverhaltens als wahrscheinlich erscheine (Urteile des Bundesgerichts 2C_359/2012 vom 1. November 2012 E. 3.2 und 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1). Die Regelungszwecke des FINMAG – die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits beziehungsweise die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) – müssten die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen (Urteile des Bundesgerichts 2C_30/2011 und 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1 und 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2).

Die im Folgenden zitierten Vorschriften der Enforcement-Policy konkretisieren den hier zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. zu den beim Entscheid über die Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens zu berücksichtigenden Kriterien auch URS ZULAUF/DAVID WYSS/DANIEL ROTH, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, S. 108 f.):

> **« Grundsatz 3 Enforcement mit Augenmass**
>
> Am Ende eines ‹ eingreifenden Verwaltungsverfahrens › der FINMA kann ein schwerer Eingriff in Rechtspositionen der Parteien stehen. Bevor die FINMA ein solches Verfahren eröffnet, wägt sie deshalb sorgfältig alle wesentlichen Umstände ab und prüft alternative Handlungsmöglichkeiten.
>
> Sie prüft Kriterien wie die Gefahr für Anleger, Versicherte, Gläubiger, Investoren, Beaufsichtigte und die Reputation des Finanzplatzes, Schwere und Zeitpunkt der infrage stehenden Verletzungen des Aufsichtsrechts und die Funktion der für die Verletzung Verantwortlichen. Wesentlich sind aber auch Elemente wie die vorhandenen Ressourcen, öffentliche Erwartungen und (Korrektur-) Massnahmen der Parteien. […]

> **Grundsatz 8 Abgewogener Einsatz von Berufsverboten**
>
> Die FINMA ‹ kann › den für ‹ schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen › ‹ verantwortlichen Personen › ein ‹ Berufsverbot › auferlegen und ihnen damit die ‹ Tätigkeit in leitender Stellung › bei ‹ einem von ihr Beaufsichtigten › für bis zu fünf Jahren untersagen (Art. 33 FINMAG). Die FINMA wägt den Einsatz dieses für die Betroffenen sehr einschneidenden Instrumentes im Rahmen des ihr vom Gesetz auferlegten Beurteilungsspielraums sorgfältig ab. Sie berücksichtigt dabei zum einen die nach Grundsatz 3 für die Eröffnung von Verfahren geltenden Kriterien. Eine besondere Bedeutung hat die Funktion der betroffenen Personen. Die FINMA schätzt das Gefahrenpotential höher ein, wenn Vertreter der obersten Hierarchiestufen für eine schwere Verletzung verantwortlich sind. Die Verantwortung muss ihnen aber konkret und rechtsgenügend nachgewiesen werden können, was ein sorgfältiges Abwägen der Beweislage bedingt. […] »

Zu beachten ist dabei, dass es sich bei der Enforcement-Policy um eine Verwaltungsverordnung handelt. Als solche ist sie für das Bundesverwaltungsgericht nicht bindend. Soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Vorschriften zulässt, kann sie gleichwohl mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 132 V 200 E. 5.1.2, BGE 130 V 163 E. 4.3.1, BGE 115 V 4 E. 1b).

9.3.8 Das Rechtsgleichheitsgebot in Art. 8 Abs. 1 BV gebietet den Behörden, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet den Behörden bei der Rechtsanwendung, zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2010, N. 507 ff.). Unterscheidungen dürfen demnach nur getroffen werden, wenn dafür ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen gefunden werden kann (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 352).

9.3.9 Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzesnormen nicht schon vor, wenn eine andere Auslegung ebenfalls vertretbar oder sogar zutreffender erscheint, sondern erst, wenn ein Entscheid offensichtlich unhaltbar ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Entscheid zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeits-

gedanken zuwiderläuft (vgl. BGE 127 I 54 E. 2b, BGE 127 I 60 E. 5a, BGE 123 I 1 E. 4a, je m.w.H.).

9.4 Gerichtliche Beurteilung

9.4.1 Vorab ist auf die verfahrensrechtliche Rüge des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem verfügten Berufsverbot einzugehen. Er bringt vor, die Vorinstanz sei den entlastenden Indizien nicht nachgegangen und sei in ihrer Sachverhaltsdarstellung von der für ihn schlechtesten Variante ausgegangen, obwohl es sich bei Art. 33 FINMAG um eine strafrechtliche Anklage handle.

In Anwendung der Engel-Kriterien (vgl. E. 9.3.1) ist in Bezug auf die landesrechtliche Qualifikation der verletzten Regelung festzuhalten, dass Art. 33 FINMAG systematisch im Kapitel der Aufsichtsinstrumente (vgl. dazu Art. 24 ff. FINMAG) und nicht im Kapitel der Strafbestimmungen (vgl. dazu Art. 44 ff. FINMAG) eingeordnet ist. Diese rechtliche Konzeption qualifiziert Art. 33 FINMAG nicht als Strafbestimmung, sondern als eine Art Disziplinarnorm (vgl. BVGE 2012/10 E. 5.3).

Weiter gilt es im Zusammenhang mit der Natur der Zuwiderhandlung festzustellen, dass ein Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG nur einer Person auferlegt werden kann, die für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verantwortlich ist. Sowohl der sachliche als auch der persönliche Anwendungsbereich der Norm ist daher beschränkt. Art. 33 FINMAG findet nur im Aufsichtsbereich der FINMA Anwendung und richtet sich nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen, die beruflich in einem speziellen Status im von der FINMA beaufsichtigten Bereich tätig sind. Insofern ist der mögliche Adressatenkreis beschränkt, was für die Qualifikation als eine Art Disziplinarnorm spricht (in Bezug auf Art. 34 FINMAG vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B–4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.2; in Bezug auf Art. 51 des Spielbankengesetzes vom 18. Dezember 1998 [SBG, SR 935.52] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B–4830/2011 vom 26. Juni 2013 E. 4.2). Im Rahmen des vorliegend betroffenen Versicherungsaufsichtsrechts ist zudem zu beachten, dass ein Versicherungsunternehmen der FINMA mit dem Bewilligungsgesuch einen Geschäftsplan einzureichen hat, der unter anderem die namentliche Bezeichnung der mit der Oberleitung betrauten Personen enthalten muss. Änderungen dieses Geschäftsplans müssen von der FINMA genehmigt werden (Art. 4 Abs. 2 Bst. g i.V.m. Art. 5 VAG). Aufgrund dieser spezifischen Bewilligungs- und Genehmigungspflicht in Bezug auf die mit der Oberleitung eines

beaufsichtigten Versicherungsunternehmens betrauten Personen ist es naheliegend, vorliegend – analog zu Disziplinarverfahren bei der Ausübung von bewilligungspflichtigen freien Berufen – von einer Zuwiderhandlung mit disziplinarrechtlichem Charakter auszugehen (in Bezug auf eine Busse gegen einen Rechtsanwalt vgl. BGE 128 I 346 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3). Für die disziplinarrechtliche Natur der Zuwiderhandlung spricht weiter der primäre Zweck der Norm. Die Bestimmung zielt auf die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und den Schutz des Publikums und dessen Vertrauen (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882). Diese Zielsetzung unterscheidet Art. 33 FINMAG denn auch von dem in Art. 67 StGB vorgesehenen Berufsverbot, das eine eigentliche strafrechtliche Sanktion darstellt. Im Unterschied zu Art. 67 StGB, der allein ein repressives Ziel verfolgt, wird in der Botschaft explizit betont, dass bei der Finanzmarktaufsicht « Schutzgüter wie die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte, der Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger und der Versicherten im Vordergrund stehen » (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882). Mit dem aufsichtsrechtlichen Verfahren einerseits und dem möglichen Strafverfahren andererseits werden somit unterschiedliche Ziele verfolgt. Es bestehen zwei verschiedene, je anderen Prozessgrundsätzen gehorchende Verfahren, die sich gegenseitig nicht präjudizieren. Diese gegenseitige Unabhängigkeit spricht eher gegen eine Anwendung von Art. 6 EMRK auf Art. 33 FINMAG (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B–4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.3 und B–4830/2011 vom 26. Juni 2013 E. 4.3).

Mit Blick auf die Art der Sanktion ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des EGMR insbesondere Sanktionen in der Form von Freiheitsstrafen oder hohen Bussen geeignet sind, eine staatliche Massnahme als « strafrechtliche Anklage » im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren (vgl. JENS MEYER-LADEWIG, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 6 N. 26). Vorliegend kann gestützt auf Art. 33 FINMAG weder eine Freiheitsstrafe noch eine Busse ausgesprochen werden. Vielmehr sieht Art. 33 FINMAG einzig das Verbot einer Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von der FINMA Beaufsichtigten für eine Dauer von maximal fünf Jahren vor. Ein solches Berufsverbot betrifft indes in erster Linie die zivilen Rechte einer Person, in leitender Stellung im von der FINMA beaufsichtigten Bereich für eine zeitlich beschränkte Zeit nicht mehr beruflich tätig zu sein. Die Sanktion bezweckt primär, das Vertrauen in die Finanzmärkte wiederherzustellen, ihre Funktionsfähigkeit aufrecht-

zuerhalten und das Publikum vor schwerem beruflichem Fehlverhalten und den damit verursachten Störungen der Märkte zu schützen. Das vorrangige Ziel des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG ist somit ein präventives. Aufgrund einer solchen vorwiegend präventiven Zielsetzung hat der EGMR denn auch die Streichung eines Anwaltes aus dem Anwaltsregister – was einem faktischen Berufsverbot gleichkommt – trotz der Schwere der Massnahme nicht als « strafrechtliche Anklage » im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK qualifiziert. Der EGMR hat in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass es sich dabei – wie vorliegend – nicht um eine permanente Massnahme handle, sondern der Anwalt nach drei Jahren eine Wiederaufnahme ins Register beantragen könne (EGMR, *Müller-Hartburg gegen Österreich*, Urteil vom 19. Februar 2013, Beschwerde Nr. 47195/06, § 37 ff., § 48).

Die landesrechtliche Qualifikation, die Natur der Zuwiderhandlung sowie die Art und Schwere der Sanktion sprechen vorliegend dagegen, Art. 33 FINMAG als « strafrechtliche Anklage » im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK einzustufen (vgl. auch UHLMANN, a.a.O., S. 441 ff.; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK FINMAG, Art. 33 N. 10; anderer Ansicht BRAIDI, a.a.O., S. 218; GREGOR T. CHATTON, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2011 S. 1214). Die Frage kann indessen vorliegend offengelassen werden, da die Rügen des Beschwerdeführers auch bei einer anderen rechtlichen Qualifikation nicht durchdringen würden (vgl. E. 9.4.2).

9.4.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz sei den entlastenden Indizien nicht nachgegangen und ihre Sachverhaltsdarstellung gehe jeweils von der für den Beschwerdeführer schlechtesten Variante aus. Der Beschwerdeführer verkennt dabei, dass nach dem Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 12 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) auch im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Vorinstanz von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln hat (…). Die aus Art. 12 VwVG abzuleitende Beweisführungspflicht bedeutet dabei, dass die Behörde nicht nur die Abklärung der für die betroffenen Parteien belastenden Umstände vornimmt, sondern auch die für die Parteien entlastenden Tatsachen richtig und vollständig abzuklären hat (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 12 N. 22

und 27 m.H.). Die Vorinstanz hat dem Untersuchungsgrundsatz entsprechend im vorliegenden Fall umfangreiche tatsächliche Abklärungen vorgenommen, mehrere Befragungen durchgeführt und die Argumente des Beschwerdeführers einlässlich geprüft. Welche entlastenden Indizien nicht berücksichtigt worden wären oder bei welchen Sachverhalten die Vorinstanz von einer für den Beschwerdeführer schlechteren Variante ausgegangen wäre, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht substanziiert vorgebracht. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des EGMR die Verwaltung im Verwaltungsverfahren Massnahmen mit strafrechtlichem Charakter aussprechen kann, wenn im nachfolgenden Gerichtsverfahren die Vorgaben von Art. 6 EMRK eingehalten werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.4 f. m.H.). Insoweit gehen die Rügen des Beschwerdeführers in Bezug auf das Verfahren vor der Vorinstanz ins Leere. Mit seinen verfahrensrechtlichen Rügen im Zusammenhang mit Art. 33 FINMAG vermag der Beschwerdeführer somit nicht durchzudringen.

9.4.3 Weiter sind die materiellen Rügen in Bezug auf die von der Vorinstanz verfügten Massnahmen gestützt auf Art. 33 und Art. 35 FINMAG zu prüfen. Vorliegend ist zu Recht unbestritten, dass der Beschwerdeführer als während der hier relevanten Zeitperiode amtierender Vizepräsident des Verwaltungsrates der KPT VAG in den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 35 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 FINMAG fällt. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, es liege keine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 35 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 FINMAG vor. Überdies seien die gegen ihn gestützt auf diese Bestimmungen verfügten Massnahmen unverhältnismässig und willkürlich. Festzuhalten bleibt, dass der Beschwerdeführer keine substanziierte Rüge in Bezug auf das gestützt auf Art. 51 Abs. 2 Bst. f VAG verfügte Verbot der Ausübung jeder weiteren Versicherungstätigkeit für 48 Monate vorbringt. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung keine Veröffentlichung ihres Inhalts im Sinne von Art. 34 FINMAG anordnete und eine solche auch nicht vornahm. Sie veröffentlichte lediglich eine Medienmitteilung, was als Realakt zu qualifizieren ist (…). Die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers liegen daher ausserhalb des Streitgegenstandes (…). Nachfolgend sind daher nur die gestützt auf das FINMAG verfügten Massnahmen auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen, wobei das Berufsverbot (E. 9.4.4) und die Einziehung (E. 9.4.5) separat zu betrachten sind.

9.4.4 In Bezug auf das Berufsverbot ist zunächst zu prüfen, ob eine nach Art. 33 Abs. 1 FINMAG geforderte schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt. Wie aus dem Vorstehenden erhellt, hat der Beschwerdeführer als Vizepräsident des Verwaltungsrates eines beaufsichtigten Versicherungsunternehmens mehrfach gegen seine in Art. 717 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) verankerte Sorgfalts- und Treuepflicht verstossen (…). Er bot damit keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG, womit die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen infrage gestellt wurde (Art. 7 ff. VAG). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass der Beschwerdeführer bereits seit dem 22. Januar 1999 dem Verwaltungsrat der KPT VAG angehörte und damit ein langjähriges, erfahrenes Mitglied dieses Organs war. Der Beschwerdeführer amtete zudem seit dem 24. Januar 2007 als Vizepräsident des Verwaltungsrates und stellte damit einen ranghohen Entscheidungsträger dar. Weiter kamen dem Beschwerdeführer in verschiedenen Ausschüssen des Verwaltungsrates leitende Funktionen zu. Er war Mitglied und bis Juni 2009 Vorsitzender des für die Festsetzung von Entschädigungen zuständigen Nominierungs- und Entschädigungsausschusses (NEA), Mitglied und von Juni 2009 bis September 2010 Vorsitzender des Anlage- und Risikoausschusses sowie bis Ende April 2011 Präsident des Audit Committees (AC). Er war zudem Mitglied des für die Fusion zuständigen Ausschusses und erhielt im Rahmen dieses Prozesses – alleine oder zusammen mit anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung – aufgrund seines Fachwissens als diplomierter Wirtschaftsprüfer mehrere spezifische Aufgaben. Im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufgaben konnte der Beschwerdeführer die Beschlüsse der Gremien massgebend prägen und hätte dafür sorgen müssen, dass nur wohlbegründete und dokumentierte Vorlagen dem Gesamtverwaltungsrat unterbreitet werden. Dies gilt insbesondere für die Erstellung der Vorlage in Bezug auf die Errechnung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien zu CHF 600.– pro Aktie (…).

Der Beschwerdeführer war im Übrigen bereits im April 2010 darüber informiert, dass die im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes ausgegebenen Aktien zurückgekauft werden müssten, um das Fusionsprojekt zu realisieren (…). Trotz des absehbaren Zusammenschlusses wurden jedoch noch im April 2010 neue Mitarbeiteraktien zu CHF 34.– pro Stück ausgegeben, wobei er selber Aktien zu diesem Preis erwarb (…). Obwohl dadurch bei der Festsetzung des Rückkaufpreises ein offensichtlicher Interessenkonflikt vorlag, ergriff er keine Massnahmen,

um sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft angemessen berücksichtigt wurden. Darüber hinaus unterliess er es im Rahmen der Festlegung des Rückkaufpreises auf CHF 600.– pro Aktie pflichtwidrig, notwendige weitere Informationen einzuholen, Abklärungen anzuordnen und Dokumentationen zu erstellen. Dies ist umso bedeutsamer, als ihm als diplomiertem Wirtschaftsprüfer mit Fachkenntnissen im Finanzbereich eine besondere Verantwortung für die Vorbereitung der entsprechenden Berechnungen und die ausreichende Information der anderen Mitglieder des Verwaltungsrates zukam. Der Beschwerdeführer war zudem als Mitglied des Fusionsausschusses massgebend beim Beschluss des Darlehens von CHF 70 Mio. an die KPT/CPT Holding AG beteiligt und hat dabei ebenfalls nicht die notwendige Sorgfalt bei der Gewährung eines Darlehens in dieser Höhe und der Gewichtung der daraus resultierenden Risiken – insbesondere betreffend Eigenmittel und Solvenzgefährdung – aufgebracht (…). Schliesslich hätte eine Person in seiner Stellung als Mitglied und bis Juni 2009 Vorsitzender des NEA auch bei der Handhabung der Mandatsverträge, der Bonuszahlungen und der Besitzstandswahrung die Gefahr von Interessenkonflikten erkennen und angemessene Massnahmen zur Berücksichtigung der gegenläufigen Interessen der Gesellschaft ergreifen müssen (…). Angesichts dieser Umstände kann nicht von einer einmaligen, punktuellen und untergeordneten Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten ausgegangen werden. Die Vorinstanz hat vielmehr im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes zu Recht erwogen, es liege eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 FINMAG vor. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen durfte die Vorinstanz daher gestützt auf Art. 33 Abs. 1 FINMAG dem Beschwerdeführer ein Berufsverbot auferlegen.

Schliesslich gilt es zu prüfen, ob das dem Beschwerdeführer auferlegte Berufsverbot von 48 Monaten vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhält. Die Massnahme erweist sich als geeignet, die im öffentlichen Interesse stehende Zielsetzung (vgl. dazu E. 9.3.3) sicherzustellen. Das Berufsverbot erweist sich sodann als erforderliche Massnahme, um diese Ziele zu erreichen. Im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes durfte die Vorinstanz mit Recht annehmen, dass vorliegend angesichts der Anzahl und der Schwere der Verletzungen gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften eine mildere Massnahme nicht genügt hätte. In zeitlicher Hinsicht gilt es dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Vorinstanz mit einem Verbot während 48 Monaten zwar zeitlich im oberen Bereich des gesetzlichen Rahmens bewegt, diesen jedoch

nicht ausgeschöpft hat (vgl. Art. 33 Abs. 2 FINMAG). Zudem steht es dem Beschwerdeführer nach wie vor offen, in einem nicht von der Vorinstanz beaufsichtigten Bereich sowie in einer untergeordneten Position in einem anderen als dem Versicherungsbereich tätig zu sein. Da der Beschwerdeführer als diplomierter Wirtschaftsprüfer seine Kenntnisse grundsätzlich auch in anderen Wirtschaftsbereichen einsetzen kann, stehen ihm nach wie vor nicht unerhebliche Tätigkeitsfelder offen, so dass die Massnahme auch in sachlicher Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgeht. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Massnahme ist zum einen zu berücksichtigen, dass das Berufsverbot von 48 Monaten eine erhebliche Einschränkung seiner grundrechtlich geschützten Interessen darstellt. Allerdings bringt der Beschwerdeführer selber vor, dass er keine Tätigkeit im Aufsichtsbereich der FINMA mehr ausübe und auch nicht beabsichtige, eine derartige Tätigkeit aufzunehmen. Das berufliche Fortkommen des Beschwerdeführers ist daher nicht oder nur unwesentlich beschränkt. Zum anderen sind die mit dem Berufsverbot verfolgten öffentlichen Interessen gewichtig. Das wiederholt unsorgfältige beziehungsweise treu- und rechtswidrige Verhalten des Beschwerdeführers als Vizepräsident des Verwaltungsrates hat zu einer Gefährdung der Solvabilität der KPT VAG und zu einem aufgrund der Medienberichterstattung verstärkten Reputationsschaden des beaufsichtigten Unternehmens und mithin des Versicherungsmarktes geführt. Das Berufsverbot dient vor diesem Hintergrund auch der Wiederherstellung des Vertrauens des Publikums und präventiv dem Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherten vor Aktivitäten von Personen, die bereits einmal in schwerwiegender Weise gegen aufsichtsrechtliche Pflichten verstossen haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_30/2011 und 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1). Insgesamt erweist sich die von der Vorinstanz verfügte Massnahme als zumutbar und daher als verhältnismässig.

In Bezug auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Ungleichbehandlung mit anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates gilt es festzuhalten, dass es diesbezüglich bereits an der Voraussetzung von gleichen tatsächlichen Situationen fehlt, um das Gleichbehandlungsgebot zur Anwendung zu bringen. Wie die Vorinstanz eingehend in den Ziff. 276 f. der Verfügung dargelegt hat, unterscheidet sich der Beschwerdeführer in Bezug auf seine Stellung, Funktion und Beteiligung an den vorliegend relevanten Sachverhalten von den anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates erheblich. Den entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz ist ebenso schlüssig zu entnehmen, wieso dem Beschwerdeführer als Vizepräsident des Verwaltungsrates ebenso wie dem Präsidenten des Verwaltungsrates

ein Berufsverbot von 48 Monaten auferlegt wurde. Eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots liegt daher nicht vor.

Wie aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, hat die Vorinstanz bei der Bemessung des Berufsverbots die wesentlichen tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigt und die rechtlichen Vorgaben korrekt angewendet. Ihre Anordnung kann damit nicht als offensichtlich unhaltbar und damit als willkürlich bezeichnet werden. Eine Verletzung des Willkürverbots ist vom Beschwerdeführer zudem weder weiter substanziiert noch rechtsgenüglich belegt worden.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die gestützt auf Art. 33 FINMAG verfügte Massnahme der Vorinstanz zulässig und verhältnismässig ist.

9.4.5 Der Einziehung nach Art. 35 Abs. 1 FINMAG unterliegt der Gewinn, den eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Es gilt somit zu prüfen, ob die von der Vorinstanz verfügte Einziehung der aus den Mandatsverträgen des Beschwerdeführers bezogenen Beträge in den Jahren 2009 (CHF 195 392.–), 2010 (CHF 324 306.–) und 2011 (CHF 298 386.–) diese Voraussetzungen erfüllt.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der Beschwerdeführer durch den Abschluss von Mandatsverträgen mit KPT-Gruppengesellschaften, aus denen er Entschädigungen für Leistungen erhalten hat, die bereits mit seinem VR-Mandatsvertrag fix abgegolten wurden, seine organschaftliche Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR verletzte (…). Er bot damit als Vizepräsident des Verwaltungsrates einer beaufsichtigten Gesellschaft keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG, womit die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen infrage gestellt wurde (Art. 7 ff. VAG). Es handelt sich daher um eine Verletzung von zentralen, bedeutenden finanzmarktrechtlichen Pflichten, nicht lediglich von solchen untergeordneter Natur. Für die Beurteilung der Schwere der infrage stehenden Verletzung ist weiter zu berücksichtigen, dass es sich nicht nur um einen einmaligen Verstoss gegen die Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR handelte, da der Beschwerdeführer mit mehreren Gesellschaften – sowohl mit der (…) als auch mit der (…) – gleich mehrere Mandatsverträge schloss. Zudem gilt es darauf hinzuweisen, dass die Mandatsverträge für eine feste Dauer geschlossen wurden und bei einer vorzeitigen Beendigung die Entschädigung – im Widerspruch zu Art. 404 Abs. 1 OR – für ein weiteres Jahr nach Beendigung geschuldet war. Es ist dementsprechend vorliegend von

einer fortdauernden Verletzung auszugehen, die auch im Rahmen des Untersuchungsverfahrens nicht beendet wurde. Besondere Bedeutung kommt zudem der Funktion des Beschwerdeführers zu, der als Mitglied und bis Juni 2009 Vorsitzender des NEA bei sorgfältiger Wahrnehmung dieser Funktion bei der Ausgestaltung der Mandatsverträge der Verwaltungsratsmitglieder mit KPT-Gruppengesellschaften hätte sicherstellen müssen, dass die Interessen der Gesellschaften gebührend berücksichtigt werden. Dies gilt umso mehr, als es sich bei den Entschädigungen aus Mandatsverträgen um namhafte Beträge handelte, welche diejenigen aus den VR-Mandatsverträgen bedeutend überstiegen (…). Angesichts dieser Umstände hat die Vorinstanz im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes zu Recht festgestellt, dass eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 35 Abs. 1 FINMAG vorliegt.

In Bezug auf die Höhe der Einziehung von insgesamt CHF 818 084.– gilt es jedoch festzuhalten, dass die Gewinnabschöpfung mittels Einziehung allein der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem von der Vorinstanz beaufsichtigten Finanzmarkt dient (vgl. E. 9.3.5). Dieser Zielsetzung entspricht, dass einzig derjenige Teil der Entschädigungen aus Mandatsverträgen eingezogen werden darf, der tatsächlich wirtschaftlich zu Lasten der beaufsichtigten KPT VAG gegangen ist. Lediglich dieser Betrag führte zu einem ungerechtfertigten Mittelabfluss von einer am Finanzmarkt tätigen, beaufsichtigten Gesellschaft mit dem daraus resultierenden Risiko für die Funktionsfähigkeit des Marktes sowie für Gläubiger, Anleger und Versicherte. Eine allfällige mittelbare Schwächung der finanziellen Lage der KPT-Gruppe durch den Abschluss und die Aufrechterhaltung der Mandatsverträge durch den Beschwerdeführer genügt für die Einziehung nicht. Derjenige Teil der Entschädigungen aus Mandatsverträgen, der wirtschaftlich von nicht beaufsichtigten Gesellschaften wie die (…) getragen wurde, ist nicht mit den Instrumenten des FINMAG, sondern von den betroffenen Gesellschaften gegenüber dem Beschwerdeführer auf dem zivilrechtlichen Weg einzufordern. Diese Beschränkung der Einziehung auf Entschädigungen, die wirtschaftlich von der von der Vorinstanz beaufsichtigten KPT VAG getragen wurden, ist nicht nur aufgrund der Zielsetzung des Instruments der Einziehung nach Art. 35 FINMAG zu fordern, sondern entspricht auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Als für die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes und die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, Anleger und Versicherten notwendig erweist sich lediglich die Einzie-

hung der Entschädigungen an den Beschwerdeführer aus Mandatsverträgen, die wirtschaftlich zu Lasten der KPT VAG gegangen sind.

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Vorinstanz bei der Festsetzung der Höhe der Einziehung nach Art. 35 FINMAG zu Unrecht diejenigen Entschädigungen des Beschwerdeführers aus Mandatsverträgen miteinbezogen hat, die wirtschaftlich nicht zu Lasten der beaufsichtigten KPT VAG, sondern von der FINMA nicht beaufsichtigten Gesellschaften gegangen sind. Die Beschwerde erweist sich somit bezüglich der Höhe der Einziehung als begründet.