

BGer 2C_220/2020 vom 15. Juni 2020

Bundesgericht, 2020-06-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_220_2020

FR: TF 2C_220/2020 du 15 juin 2020

IT: TF 2C_220/2020 del 15 giugno 2020

Erwägungen

E. 1

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) und richtet sich gegen ein verfahrensabschliessendes (Art. 90 BGG) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Das Rechtsmittel ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, da kein Ausschlussgrund vorliegt (Art. 83 BGG). Der Beschwerdeführer ist bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist er durch das angefochtene Urteil in seinen schutzwürdigen Interessen besonders berührt. Er ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdeführer verlangt lediglich die Aufhebung des angefochtenen Urteils und eventualiter die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz. Dies ist bei belastenden Verfügungen trotz der reformatorischen Natur der Rechtsmittel grundsätzlich zulässig (vgl. Urteile 2C_367/2019 und 2C_372/2019 vom 31. Juli 2019 E. 3.1). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

E. 2

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Der Verletzung von Grundrechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 143 II 283 E. 1.2.2 S. 286 ; 139 I 229 E. 2.2 S. 232). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4 S. 5; 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254). Seinem Urteil legt es den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer stellt in seiner dem Bundesgericht eingereichten Beschwerdeschrift nicht in Abrede, dass die B._____ AG (nachfolgend: Gesellschaft), ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat (zur vorfrageweisen Überprüfung der Ziff. 2 der Verfügung der FINMA vom 2. April 2019 vgl. E. 4 des angefochtenen Urteils; zum Begriff

der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen nach Art. 1 Abs. 2 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 [BankG; SR 952.0] vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2 S. 48 f.; 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391 f.; Urteil 2C_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 2.3). Sodann richtet sich der Beschwerdeführer weder vor der Vorinstanz noch im bundesgerichtlichen Verfahren gegen die Unterlassungsanweisung als solche (vgl. Ziff. 17 der Verfügung der FINMA vom 2. April 2019). Ebenso wenig bringt er vor, nicht einen Beitrag zu dieser unerlaubten Tätigkeit der Gesellschaft geleistet zu haben. Der Beschwerdeführer macht indes geltend, sein Beitrag sei nicht derart massgeblich gewesen, dass dieser die Publikation der Unterlassungsanweisung rechtfertigen könne.

E. 3.2

Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens ist damit einerseits die Rechtsfrage, ob die Publikation der Unterlassungsanweisung im Sinne von Art. 34 FINMAG rechtmässig ist (vgl. E. 4 hiernach). Andererseits ist umstritten, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Untersuchungs- und Verfahrenskosten unter solidarischer Haftung hat auferlegen dürfen (vgl. E. 5 hiernach). Die Höhe der Untersuchungs- und Verfahrenskosten beanstandet der Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht (mehr).

E. 4

Der Beschwerdeführer rügt eine unrichtige und unverhältnismässige Anwendung von Art. 34 FINMAG .

E. 4.1

Er bestreitet einen massgeblichen Beitrag an der unerlaubten Tätigkeit der Gesellschaft geleistet zu haben, der eine Publikation der ihm von der FINMA auferlegten Unterlassungsanweisung rechtfertigen würde. Er sei als nichtoperativer Verwaltungsrat nicht in das Tagesgeschäft der Gesellschaft involviert gewesen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei für einen Verwaltungsrat, selbst wenn er auch als Rechtsanwalt tätig gewesen sei, nicht offensichtlich gewesen, dass das Finanzierungsmodell der Gesellschaft gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen verstossen hätte. Indem die Vorinstanz zu Unrecht einen massgeblichen Beitrag des Beschwerdeführers bejaht habe, erfolge die Publikation der von der FINMA erlassenen Unterlassungsanweisung in unrichtiger Anwendung von Art. 34 FINMAG .

Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist die Publikation sodann unverhältnismässig. Das bisherige Verhalten des Beschwerdeführers lasse nicht darauf schliessen, dass eine Gefahr eines erneuten, ähnlich gelagerten Tätigwerdens des Beschwerdeführers bestehe. Die Publikation der Unterlassungsanweisung sei daher nicht erforderlich.

E. 4.2

Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen (vgl. Art. 34 Abs. 1 FINMAG).

E. 4.2.1

Die Veröffentlichung einer aufsichtsrechtlichen Verfügung nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG (sog. "naming and shaming") stellt eine (repressive) verwaltungsrechtliche Sanktion dar und bezweckt als solche eine abschreckende und generalpräventive Wirkung zum Schutz des Publikums (vgl. Urteil 2C_92/2019 vom 31. Januar 2020 E. 2 und E. 4, zur Publikation

vorgesehen).

E. 4.2.2

Die Massnahme der Publikationsanordnung setzt eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss im Einzelfall verhältnismässig sein. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt hierfür nicht. Mit der Voraussetzung, dass die FINMA nur in Fällen schwerer Verletzungen eine aufsichtsrechtliche Verfügung veröffentlichen kann, hat der Gesetzgeber insbesondere den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verankert. Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes - die Gewährleistung des Schutzes der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger und der Versicherten (Individualschutz) einerseits sowie die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) andererseits (vgl. Art. 4 FINMAG) - müssen die Publikation rechtfertigen und die der betroffenen Person daraus entstehenden Nachteile in ihrem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen (vgl. Urteile 2C_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 4.2; 2C_571/2018 vom 30. April 2019 E. 5.3.1 f.; 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 8.2.1; 2C_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 8.1; 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1).

E. 4.3

Die Vorinstanz gelangt zu Recht zur Auffassung, dass der Beschwerdeführer einen massgeblichen Beitrag an der unerlaubten Tätigkeit der Gesellschaft geleistet hat (vgl. E. 5.5 f. des angefochtenen Urteils).

E. 4.3.1

Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR gehört die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen - namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen - zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats. Es war demzufolge die Aufgabe des Beschwerdeführers, sich Einblick in die betriebsrelevanten Vorgänge der Gesellschaft zu verschaffen und die Tätigkeit der Gesellschaft laufend auf ihre Gesetzeskonformität zu überprüfen.

Nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen war der Beschwerdeführer jahrelang in einer Wirtschaftskanzlei als Rechtsanwalt tätig. Zudem spezialisierte er sich auf die Gebiete des Wirtschafts-, Gesellschafts- und Handelsrechts sowie auf internationale Finanz- und Wirtschaftsbeziehungen. Auch in der Schweiz arbeitete er als selbstständiger Rechtsanwalt (vgl. E. 5.6 des angefochtenen Urteils). Dass das Finanzierungsmodell der Gesellschaft gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen versties (vgl. Ziff. A hiervor), musste für den Beschwerdeführer als deren Verwaltungsrat, der dazu noch in verwandten Rechtsgebieten als Rechtsanwalt tätig war, offensichtlich gewesen sein. In seiner Funktion als Verwaltungsrat wäre es daher seine Verpflichtung gewesen, die illegale Tätigkeit der Gesellschaft zu unterbinden, was er jedoch unterliess.

E. 4.3.2

An diesem Umstand vermag auch das Vorbringen des Beschwerdeführers nichts zu ändern, dass er als nichtoperativer Verwaltungsrat nicht in das Tagesgeschäft der Gesellschaft involviert gewesen sei. Insoweit sich der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat vorliegend überhaupt mit dem Vorbringen entlasten kann, nicht in das operative Geschäft der

Gesellschaft involviert gewesen zu sein (vgl. Art. 716b OR i.V.m. Art. 754 Abs. 2 OR), ist Folgendes zu erwägen: Die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft hat hauptsächlich in der Beschaffung von Finanzmitteln bestanden, die sie an ihre Tochtergesellschaften zur Finanzierung von Immobilienprojekten weitergeleitet hat. Das damit einhergehende Finanzierungsmodell der Gesellschaft ist deshalb nicht nur auf operativer Ebene, sondern auch auf unternehmensstrategischer Ebene - im Sinne der Oberleitung und Organisation der Gesellschaft nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR - von Bedeutung gewesen. Wenn auch nur in den Grundzügen, muss der Beschwerdeführer von der Geschäftstätigkeit und der Organisation der Gesellschaft Kenntnisse gehabt haben. Demzufolge ist es vorliegend nicht von massgebender Bedeutung, inwieweit der Beschwerdeführer in das operative Geschäft der Gesellschaft involviert gewesen ist.

E. 4.3.3

Sodann bringt die Vorinstanz zutreffend vor, es sei unbehelflich, wenn der Beschwerdeführer vorbringe, er habe sich auf die Expertise eines auf Banken- und Kapitalmarktrecht spezialisierten deutschen Rechtsanwalts verlassen und dieser habe bezüglich der Kapitalbeschaffung keine Bedenken geäussert. Wie die FINMA in ihrer Vernehmlassung zu Recht hinweist, stammt die Expertise dieses Rechtsanwalts vom November 2016. Die Gesellschaft hat aber bereits seit dem Jahr 2012 in erheblichem Umfang gewerbsmässig und ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegengenommen. Insoweit sich der Beschwerdeführer zu seiner Entlastung überhaupt erfolgreich auf die Auskunft eines deutschen Rechtsanwalts zur schweizerischen Finanzmarktregulierung berufen könnte, ist die diesbezügliche Expertise in der vorliegenden Angelegenheit von vornherein ungeeignet. Daran vermag auch der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Umstand nichts zu ändern, dass sich die von den Tochtergesellschaften der B. _____ AG betreuten Immobilienprojekte ausschliesslich in Deutschland befunden hätten.

E. 4.3.4

Nach dem Dargelegten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer einen massgeblichen Beitrag an der unerlaubten Tätigkeit der Gesellschaft geleistet und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat.

E. 4.4

Die Publikation der Unterlassungsanweisung erweist sich ausserdem als verhältnismässig (vgl. auch E. 6.5 des angefochtenen Urteils).

E. 4.4.1

Es ist zu berücksichtigen, dass zwischen den Jahren 2012 bis 2018 - mithin über einen langen Zeitraum - Gelder in der Höhe von über Fr. 30 Mio. von mehr als 500 Anlegerinnen und Anlegern entgegengenommen worden sind. Als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft hat der Beschwerdeführer infolge der - aus aufsichtsrechtlicher Sicht - pflichtwidrigen Vernachlässigung seiner Oberaufsicht die Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen und eine mögliche Schädigung von Anlegerinnen und Anlegern jedenfalls in Kauf genommen.

E. 4.4.2

Aufgrund der Dauer und Schwere der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ist es von untergeordneter Bedeutung, dass der Beschwerdeführer nicht wiederholt aufsichtswidrig in Erscheinung getreten ist. Die bankengesetzliche Bewilligungspflicht

begegnet einer abstrakten Gefahr, welche von jeder unbewilligten, aber bewilligungspflichtigen finanzmarktrechtlichen Tätigkeit ausgeht (vgl. Urteil 2C_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 4.3). Aus diesem Grund fällt der Umstand, dass - behaupteterweise - keine konkrete Wiederholungsgefahr bestehe, nicht massgeblich ins Gewicht. Dass der Beschwerdeführer die Unterlassungsanweisung - seiner Auffassung nach - akzeptiere und damit tätige Reue zeige, ist zu relativieren, da er während des ganzen Verfahrens seine Verantwortung auf einen deutschen Rechtsanwalt und dessen Auskunft abzuschieben versucht hat. Folglich anerkennt er bis zuletzt nicht seine - infolge seiner Stellung als einziger Verwaltungsrat - ausschlaggebende Aufsichtsfunktion.

E. 4.4.3

Nach dem Dargelegten ergibt sich, dass ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, potenzielle Anlegerinnen und Anleger vor einem unerlaubten Tätigwerden des Beschwerdeführers zu warnen. Zudem ist mangels entsprechender Vorbringen des Beschwerdeführers nicht ersichtlich, inwiefern er in seinem wirtschaftlichen Fortkommen eingeschränkt wäre. Damit überwiegt das öffentliche Interesse an der Publikation der Unterlassungsanweisung das entgegenstehende persönliche Interesse des Beschwerdeführers. Angesichts der Stellung des Beschwerdeführers und unter Berücksichtigung des hohen Betrags der entgegengenommenen Gelder, der hohen Anzahl Anlegerinnen und Anleger sowie der Dauer des aufsichtswidrigen Verhaltens erweist sich im Übrigen die Dauer der Publikation von drei Jahren als verhältnismässig.

E. 4.5

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz Art. 34 FINMAG rechtmässig angewendet hat.

E. 5

Der Beschwerdeführer beanstandet ferner die Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten unter solidarischer Haftung.

E. 5.1

Er bringt vor, von der solidarischen Kostenverteilung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten könne abgewichen werden, wenn eine Partei nur eine geringe Rolle im Verfahren gespielt habe und sich keine wesentliche Mitverantwortung an der unbewilligten Tätigkeit anrechnen lassen müsse. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung seien diese Voraussetzungen erfüllt (vgl. E. 7.7 des angefochtenen Urteils).

E. 5.2

Gemäss Art. 36 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA eine unabhängige und fachkundige Person (als Untersuchungsbeauftragte) damit beauftragen, bei einer beaufsichtigten Person einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von der FINMA angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen. Die Kosten der untersuchungsbeauftragten Person tragen die Beaufsichtigten (vgl. Art. 36 Abs. 4 FINMAG). In Mehrparteienverfahren haben diese Untersuchungskosten die von der Untersuchung betroffenen Personen nach ständiger Rechtsprechung unter solidarischer Haftung zu tragen, falls ihnen eine wesentliche Mitverantwortung an der unbewilligten Tätigkeit zukommt (vgl. BGE 135 II 356 E. 6.2.1 S. 366 f.; 130 II 351 E. 4 S. 360 f.; Urteile 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 9.3; 2C_91/2010 vom 10. Februar 2011 E. 4.6.2).

Dasselbe gilt mit Blick auf die Verfahrenskosten, die gestützt auf Art. 6 der Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA-GebV; SR 956.122) in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1) den von der Untersuchung betroffenen Personen ebenfalls unter solidarischer Haftung auferlegt werden dürfen.

E. 5.3

Wie bereits dargelegt (vgl. E. 4.3 hiervor), hat der Beschwerdeführer einen massgeblichen Beitrag an der unerlaubten Tätigkeit der Gesellschaft geleistet. Folglich liegt mit Blick auf die Kostenregelung auch eine wesentliche Mitverantwortung an der unbewilligten Tätigkeit vor. Dem Beschwerdeführer gelingt nicht, darzutun, weshalb sich vorliegend eine abweichende Kostenregelung rechtfertigen würde, zumal er bei der Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen offenkundig keine untergeordnete Rolle eingenommen hat. Eine Auferlegung unter solidarischer Haftung ist sowohl bei den Untersuchungs- als auch bei den Verfahrenskosten rechtmässig.

E. 5.4

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Untersuchungs- und Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer zu Recht unter solidarischer Haftung auferlegt worden sind.

E. 6

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Diesem Verfahrensausgang entsprechend trägt der Beschwerdeführer die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.