

BVGer B-4524/2013 vom 15. Mai 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-05-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4524_2013

FR: TAF B-4524/2013 du 15 mai 2014

IT: TAF B-4524/2013 del 15 maggio 2014

Regeste

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

Erwägungen

E. 1.1

Der Entscheid der Vorinstanz vom 12. Juli 2013 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der Vorinstanz erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung zuständig.

E. 1.2

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die ihn selbst betreffenden Feststellungen und Anordnungen im angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat als Verfügungsadressat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist somit zur Beschwerdeführung legitimiert.

E. 1.3

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdefrist sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 1.4

Angefochten und damit Streitgegenstand sind die Feststellung, dass der Beschwerdeführer gegen das Bankengesetz verstossen hat, das Werbeverbot, die auf fünf Jahre befristete Publikation des Werbeverbots sowie die dem Beschwerdeführer solidarisch auferlegte Kostentragungspflicht der Untersuchungs- und Verfahrenskosten.

E. 2

Die Vorinstanz ist verpflichtet und befugt, bei Verletzung von Finanzmarktgesetzen oder zur Beseitigung von Missständen für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu sorgen (Art. 31 FINMAG). Sie übt die Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen und nach dem FINMAG aus und hat entsprechend über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu wachen. Weil hierzu auch (potentielle) Verletzungen aufsichtsrechtlicher

Bestimmungen zählen (Art. 30 FINMAG), ist ihre Aufsicht nicht auf die einem Finanzmarktgesetz unterstellten Betriebe beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehören vielmehr auch die Abklärung der in Frage stehenden finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft oder Person, welche nicht oder noch nicht formell unter die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen fallen (Art. 3 Bst. a FINMAG; Art. 1, Art. 3 ff. des Bankengesetzes vom 8. November 1934 [BankG, SR 952.0]; vgl. BGE 136 II 43 E. 3.1; BGE 132 II 382 E. 4.1, mit Hinweisen). Sie ist deshalb berechtigt, die im Gesetz vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten oder Personen einzusetzen, deren Unterstellungs- und Bewilligungspflicht im Einzelfall umstritten sind (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.1). Geht eine Gesellschaft unbewilligt einer den Banken vorbehaltenen Tätigkeit - wie etwa der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG) - nach, kann die Vorinstanz sie im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze aufsichtsrechtlich liquidieren (Art. 37 Abs. 3 FINMAG; vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2; BGE 131 II 306 E. 3.1.2). Diese Sanktion, welche als ultima ratio den schwerstmöglichen Eingriff darstellt, soll dabei den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger und Anleger sowie der Lauterkeit des Finanzplatzes Schweiz Rechnung tragen (Art. 5 FINMAG; vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2; BGE 132 II 382 E. 7.2; BGE 131 II 306 E. 4.1.3). Finanzmarktrechtliche Sanktionsmassnahmen müssen neben ihrer Voraussehbarkeit aufgrund genügend bestimmter gesetzlicher Grundlagen zudem verhältnismässig sein und sollen insbesondere nicht über das hinausgehen, was zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erforderlich ist. Geht die Gesellschaft oder eine Gruppe von Gesellschaften sowohl bewilligungspflichtigen als auch finanzmarktrechtlich unbedenklichen Aktivitäten nach, sind entweder nur der bewilligungspflichtige Teil der Gesellschaft oder nur die innerhalb einer Gruppe betroffenen Gesellschaften zu liquidieren, falls dies technisch möglich und die erlaubten Geschäftstätigkeiten von eigenständiger Bedeutung sind. Es dürfen dabei keine buchhalterisch nicht abgrenzbaren finanziellen Mittel, die in Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen generiert wurden, in die nicht-bewilligungspflichtige Tätigkeit geflossen sein. Zudem muss davon ausgegangen werden können, dass künftig kein relevantes Risiko mehr besteht und keine gesetzwidrig bewilligungspflichtigen Aktivitäten mehr entfaltet werden können (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.3; Urteile des Bundesgerichts 2C_74/2009 vom 22. Juni 2009 E. 3.2.3 und des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.4; Poledna/Jermini, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 10 zu Art. 23quinquies BankG S. 547; Bauer/Hari/Jeanerret, a.a.O., N. 13 zu Art. 33 BankG S. 686).

3.3.1 Die Vorinstanz stellt in der angefochtenen Verfügung fest, der Beschwerdeführer habe aufgrund seines massgeblichen Beitrags zu der Tätigkeit der C. _____ AG und D. _____ AG ohne Bewilligung gewerbmässig Publikumseinlagen entgegengenommen, für diese Tätigkeit Werbung betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt. Der Beschwerdeführer bestreitet dies. Aufgrund der örtlichen, personellen und finanziellen Verflechtungen der beiden Gesellschaften hat die Vorinstanz die genannten Gesellschaften als Einheit und damit als Gruppe qualifiziert. Dem hält der Beschwerdeführer im Wesentlichen entgegen, er habe mit den "betrügerischen Machenschaften" des Ehepaars M. _____ nichts zu tun bzw. sei von den M. _____ hintergangen worden; dies ergebe sich schon allein aus der Tatsache, dass der grösste Teil der Anlagegelder nicht auf Konten der beiden Gesellschaften, sondern auf Konten von E. _____ bei der K. _____ geflossen seien.

3.2 Da der Beschwerdeführer die

Feststellungen der Vorinstanz betreffend unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen durch die C._____AG und D._____AG nicht bestreitet, sondern gar von "betrügerischen Machenschaften" des M._____ spricht, kann auf die betreffenden Ausführungen in der angefochtenen Verfügung abgestellt und verwiesen werden. Damit ist vorliegend vorfrageweise zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Tätigkeit für die C._____ -Gruppe im banken- und börsenrechtlichen Sinn als Mitglied dieser Gruppe zu qualifizieren und in dieser Eigenschaft als Gruppenmitglied aufsichtsrechtlich zur Mitverantwortung zu ziehen ist.

3.3 Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass einzelne Unternehmen bzw. die dahinter stehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Unterstellungspflicht erfüllen, im Ergebnis aber gemeinsam dennoch eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben. Der Schutz des Marktes, des Finanzsystems und der Anleger rechtfertigt in solchen Fällen trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise, falls zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche (finanzielle/geschäftliche), organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_30/2011/2C_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 3.1.1; BGE 136 II 43 E. 4.3.1; B-4066/2010 E. 5.3).

3.4 Ein gruppenweises Vorgehen liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten oder aufgrund der Umstände (z.B. Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleiche Geschäftssitze; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen usw.) davon auszugehen ist, dass koordiniert - ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet - eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt oder wesentlich gefördert wird. Ein blosses Parallelverhalten genügt für die Annahme, es werde gruppenweise gehandelt, nicht. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass eine gemeinsame Umgehungsabsicht besteht, da die von der Gruppe ausgehende Gefahr nicht von den Intentionen der einzelnen Gruppenmitglieder abhängt. Die verschiedenen in der Rechtsprechung genannten Kriterien müssen nicht notwendigerweise kumulativ erfüllt sein; je mehr Indizien vorliegen, umso eher darf in der Gesamtwürdigung ein aufsichtsrechtlich gruppenweise zu erfassendes Handeln bejaht werden. Erforderlich ist eine faire Gesamtsicht (vgl. Urteil 2C_30/2011/2C_543/2011 E. 3.1.2; BGE 136 II 43 E. 4.3.1; Bloch/von der Crone, Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effektenhändlerstätigkeit, in: SZW 2010, S. 169).

4. Die Vorinstanz begründet die individuelle Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers für den Verstoss der C._____ -Gruppe gegen das Verbot von Art. 1 Abs. 2 BankG im Wesentlichen wie folgt. Sowohl der Beschwerdeführer als auch O._____ würden sich dahingehend zu exkulpieren versuchen, als sie sich gegenseitig die Verantwortung und die Schuld für die Ereignisse zuschöben. Der Beschwerdeführer behaupte, von den Anlagetätigkeiten der C._____ -Gruppe nichts gewusst zu haben, bzw. dass O._____ Hauptakteur gewesen sei. O._____ wiederum mache geltend, sich bei seinen Aktivitäten für die C._____ -Gruppe auf den Erfahrungsschatz des Beschwerdeführers verlassen zu haben. Die Argumente des Beschwerdeführers und von

O._____ überzeugten nicht. Der Beschwerdeführer sei als einzelzeichnungsberechtigtes Organ der C._____AG und der D._____AG - insbesondere als deren Verwaltungsratspräsident - für die Geschäftsaktivitäten der C._____AG-Gruppe direkt verantwortlich. Das Geschäftsmodell der C._____AG-Gruppe sei über diverse öffentlich zugängliche Kanäle wie Flyer, Werbebroschüren, Internet, Roadshows usw. beworben worden. Es sei schwer vorstellbar, dass der Beschwerdeführer von diesen Aktivitäten nichts gewusst habe, zumal er in den diversen Werbeunterlagen als Finanzexperte ausgewiesen werde und auch auf der Internetseite der C._____AG als solcher präsent gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe zudem in seiner Stellungnahme vom 17. Juni 2013 eingeräumt, dass man mittels Werbeaktivitäten im Bereich nachrangiger Darlehen tätig gewesen sei und habe Fuss fassen wollen. In diesem Zusammenhang habe er und O._____ im Januar 2011 ein Seminar der SRO PolyReg besucht. 4.1 Von Frühjahr 2010 bis Frühjahr 2013 haben die C._____AG und die D._____AG von mindestens 20 Kunden Gelder im Umfang von rund Fr. 500'000.- entgegen genommen (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 72, 73). 4.2 Der Beschwerdeführer war bei der D._____AG vom 26. Januar 2011 bis zum 6. März 2013 und bei der C._____AG vom 2. Dezember 2010 bis zum 6. März 2013 jeweils als Präsident des Verwaltungsrates mit Einzelunterschriftsberechtigung im Handelsregister eingetragen. Gemäss den Statuten der C._____AG vom 10. Juni 2010 war der Beschwerdeführer Verwaltungsratspräsident der C._____AG (vgl. Beilage zur Eingabe vom 14. November 2013). Laut der öffentlichen Beurkundung über die Gründung der D._____AG vom 12. Januar 2011 war der Beschwerdeführer Verwaltungsratspräsident der D._____AG (Beilage 108 zum Untersuchungsbericht). Ferner war der Beschwerdeführer zu 50 % als Aktionär an der C._____AG beteiligt. An der D._____AG war die C._____AG zu 95 % als Aktionärin beteiligt (Beilage 12 zum Untersuchungsbericht). Zutreffend ist, dass zwischen dem Beschwerdeführer und O._____ am 17. Juni 2010 ein Mandatsvertrag abgeschlossen wurde, in welchem sich der Beschwerdeführer verpflichtete als fiduziarischer Verwaltungsrat bzw. nach den Weisungen von O._____ zu amten (Beilage 102 zum Untersuchungsbericht). Im Bereich der Aufgaben des Art. 716a Abs. 1 OR trägt jeder Verwaltungsrat körperschaftsrechtlich die Eigenverantwortung. Er ist zur gestalterischen und entscheidenden Tätigkeit in diesem Bereiche höchstpersönlich berufen. Daher sind auch die unter früherem Recht ziemlich verbreiteten "Verwaltungsrats-Bindungsverträge", insoweit als sie einen Verwaltungsrat im Bereich der unentziehbaren Hauptaufgaben dem Willen eines andern - womöglich eines Nichtverwaltungsrates - direkt und rechtlich durchsetzbar unterstellen wollen, mit Art. 716a Abs. 1 OR unvereinbar und daher nichtig. Im Bereich der Kernaufgaben der Art. 716 Abs. 2 OR, Art. 716a OR und Art. 716b OR kann sich der Verwaltungsrat schlechterdings nicht rechtsgültig vertraglich dazu verpflichten, Weisungen einer anderen Person oder Personengruppe zu befolgen. Ein Vertrag mit diesem Inhalt verstösst insoweit gegen zwingendes Recht und ist unwirksam (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, N. 457 ff. S. 1727 f.). 4.3 Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört neben der Oberleitung der Gesellschaft unter anderem die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR). Oberleitung ist (1) die Festlegung der Ziele mit der Strategie zu ihrer Erreichung und die Festlegung der Unternehmenspolitik; (2) die Wahl der Mittel und Ressourcen, um die Ziele zu erreichen; (3) die dauernde Bemühung um das finanzielle Gleichgewicht, d.h. das Gleichgewicht zwischen Zielen und Mitteln im festgelegten Risikoprofil und im Auf und Ab des

Geschäftsganges; (4) die grundsätzlichen Weisungen an die Geschäftsführung, wie diese die Ziele anzustreben und wie sie mit diesen Mitteln umzugehen und worauf sie tunlichst zu verzichten hat; schliesslich und vor allem (5) die ständige Begleitung der Führungstätigkeit und die Bereitschaft zum Eingreifen, wenn die Dinge aus dem Ruder zu laufen beginnen. Das bedeutet die strategische Führung der Gesellschaft, die Auswahl und die Abgrenzung der konkreten Geschäftsfelder, die Festlegung der unternehmerischen Prioritäten und des Risikoprofils, und damit notwendigerweise auch die Entscheidung darüber, was nicht gemacht werden soll. Zur Oberleitung gehört die Einrichtung und Überwachung des Risikomanagements, und vor allem die Eingriffsbereitschaft des Verwaltungsrates. Die Sorge um das finanzielle Gleichgewicht mit der ständigen Überwachung der Liquidität ist ein entscheidender Kern der Oberleitung des Verwaltungsrates, unentziehbar, aber auch "unabschiebbar" auf irgendeine andere Institution im Unternehmen (vgl. Böckli, a.a.O., N. 306 f. S. 1656). Die Weisung ist eines der wichtigsten Führungsmittel, mit denen der Verwaltungsrat die Oberleitung in der Gesellschaft wahrnimmt. Weisungen ergehen entweder generell-abstrakt als Reglement, oder konkret als Anweisung an die geschäftsführenden Personen. Die Botschaft unterstreicht, die Geschäftsleitung sei an solche Weisungen des Verwaltungsrates gebunden. Obwohl die "Oberaufsicht" einen eigenen Punkt im Aufgabenkatalog des Verwaltungsrates ausmacht (Ziffer 5), ist schon hier die Überwachungspflicht gegenüber der Geschäftsleitung (bzw. den mit der Geschäftsführung besonders betrauten Mitgliedern des Verwaltungsrates) anzuführen (Böckli, a.a.O., N. 310, 311, 313 S. 1657). Obwohl im Gesetz nirgends ausgesprochen, kommt im Bereich der Hauptaufgaben, vor allem der Oberleitung, eine natürliche Führungsaufgabe dem Präsidenten zu. Der Gesamtverwaltungsrat, als nur von Zeit zu Zeit zusammentretendes Beratungsgremium, ist auf Gedeih und Verderb von der Tätigkeit und Standfestigkeit seines Vorsitzenden abhängig. Dem Verwaltungsrat ist in Tat und Wahrheit echte Oberleitung nur im Zusammenwirken mit einem initiativen und verantwortungsbewussten Präsidenten möglich (Böckli, a.a.O., N. 314 S. 1658/1659).

4.4 Auch als fiduziarischer Verwaltungsratspräsident der C._____AG wäre es Aufgabe des Beschwerdeführers gewesen, sich Einblick in die betriebsrelevanten Vorgänge zu verschaffen. Dies bedingt zunächst die Kenntnis über die genaue Geschäftstätigkeit der Gesellschaften. Stattdessen erfolgten die Aktivitäten des Beschwerdeführers für die beiden Gesellschaften nach eigener Aussage praktisch ausschliesslich im Ausland; so habe er keine Zeit gehabt, die Aktivitäten von O._____ zu überwachen. Ausserdem hielt der Beschwerdeführer aufgrund des damals bestandenen Mandatsvertrags eine Überwachung von O._____ für überflüssig (Beschwerde S. 2 oben), was, wie unter E. 4.2 und E. 4.3 hiervor ausgeführt, freilich eine unzutreffende Annahme war. Gleichwohl war der Beschwerdeführer darüber im Bilde, dass die L._____ GmbH der D._____AG ein Darlehen in der Höhe von Fr. 350'000.- zum Erwerb eines Teils der Landparzelle Kat. Nr. H. in I._____ gewährte. Der Beschwerdeführer unterzeichnete den entsprechenden Darlehensvertrag (Beilage 86 zum Untersuchungsbericht). Als Verwaltungsrat der D._____AG gewährte der Beschwerdeführer schliesslich dem Ehepaar M._____ ein verzinsliches Darlehen in der Höhe von Fr. 110'000.- zum Erwerb der Liegenschaft Kat. Nr. P._____, Grundbuch Q._____ (Beilage 96 zum Untersuchungsbericht). Mit Schreiben vom 11. September 2012 wies der Beschwerdeführer O._____ auf seine Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag vom 1. November 2011 mit der D._____AG hin (Bestellung eines Schuldbriefs zugunsten der Darlehensgeberin über Fr. 150'000.-, lastend auf der Liegenschaft Kat. Nr. P._____ in Q._____, im Rang nach der finanzierenden Bank).

Diese Aufforderung allein genügt den vorne umschriebenen Aufsichtspflichten eines Verwaltungsratspräsidenten indessen in keiner Weise. Insofern spricht sie nur sehr bedingt für den Beschwerdeführer, da bereits die Darlehensvereinbarung zwischen der D. _____ AG und den Eheleuten M. _____ offensichtlich zweckentfremdend und unzulässig war, wie auch überhaupt der Umstand, dass die von ihm geführten Gesellschaften ohne im Besitz einer entsprechenden Bewilligung zu sein, namhafte Publikumsbeilagen entgegennahmen. Im gleichen Schreiben forderte er O. _____ (allerdings erfolglos) auf, das zweckgebundene Darlehen der L. _____ GmbH von Fr. 350'000.- bis zum 30. September 2012 wieder dem Firmenkapital der D. _____ AG zuzuführen (Beschwerdebeilage 1). Auch das zeigt, dass der Beschwerdeführer wusste, dass die D. _____ AG Darlehen zwecks Erwerb von Liegenschaften entgegennahm. Gemäss seinem Brief vom 26. April 2013 an Y. _____ gelangte der Beschwerdeführer angeblich erst am 1. März 2013 - mit der superprovisorischen Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten durch die Vorinstanz - zur Erkenntnis, dass eine Reihe von Kunden an die C. _____ AG Gelder überwies (Beschwerdebeilage 7; vgl. auch Beschwerdebeilage 9). Diese Behauptung widerspricht allerdings den Aussagen des Beschwerdeführers anlässlich der Befragung vom 15. April 2013, bei der er angab, folgende Kunden der beiden Gesellschaften zu kennen: Eheleute Z. _____, A1 _____, B1 _____, Eheleute C1 _____, D1 _____, E1 _____, F1 _____, G1 _____ und H1 _____ (Beilage 44 zum Untersuchungsbericht Ziff. II Ziff. 2). Auch insofern ergeben sich Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit in diesem Verfahren. 4.5 Gemäss Angaben von O. _____ (Beilage 12 zum Untersuchungsbericht), E. _____ (Beilage 11 zum Untersuchungsbericht) und I1 _____ (Tochter der M. _____; Beilage 42 zum Untersuchungsbericht) hatten bei der C. _____ AG sowohl der Beschwerdeführer als auch O. _____ die Geschäftsführung inne. Nach den Angaben des Beschwerdeführers war er bei der C. _____ AG und D. _____ AG nur als Präsident des Verwaltungsrates tätig (Beilage 44 zum Untersuchungsbericht Ziff. 1 und 3; vgl. aber Ziff. 16, wonach der Beschwerdeführer mit O. _____ die Geschäftsführung inne gehabt haben soll; Vieraugenprinzip). In einem Prospekt (Beilage 63 zum Untersuchungsbericht) wird der Beschwerdeführer als Verwaltungsratspräsident, COB (Chairman of the board) und C. _____ AG-Ansprechpartner in Deutschland dargestellt. Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist daher festzuhalten, dass er - entgegen seinen anderslautenden Beteuerungen - für das Wirken der von ihm geführten Gesellschaften eine erhebliche Mitverantwortung trug. 4.6 Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass O. _____ und E. _____ einen wohl weitergehenden Beitrag an der Entgegennahme von Publikumsbeilagen geleistet haben als der Beschwerdeführer und von dieser unerlaubten Tätigkeit auch bedeutend mehr profitiert haben (Erwerb eines Eigenheims). Zudem ging ein grosser Teil der Anlagegelder auf Konten der K. _____ von E. _____, für welche der Beschwerdeführer aktenkundig weder eine Unterschriftsberechtigung noch eine Vollmacht besass. Auch hat O. _____ höhere Geldbeträge an Kunden der S. _____ AG überwiesen, die dem Beschwerdeführer unbekannt waren (Beschwerdebeilagen 5, 6, 7). Entgegen seiner Darstellung - und wie vorstehend erwähnt - hat jedoch auch der Beschwerdeführer einen erheblichen aktiven Beitrag zur unerlaubten Entgegennahme von Publikumsbeilagen geleistet (vgl. E. 4.2 ff. hiavor).

E. 5

Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung des gegen ihn verhängten Werbeverbots. Dieses Verbot besteht ausschliesslich darin, dass dem Beschwerdeführer unter

Strafandrohung gemäss Art. 48 FINMAG untersagt wird, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für deren Entgegennahme Werbung zu betreiben. Damit wird dem Beschwerdeführer lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt (vgl. Urteil 2C_30/2011/ 2C_543/2011 E. 5.1). Das Bundesverwaltungsgericht sieht daher keinen Anlass, das in den Dispositiv-Ziffern 12 und 13 der Verfügung gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Werbeverbot aufzuheben.

E. 6

Der Beschwerdeführer verlangt schliesslich die Aufhebung der Publikation des gegen ihn gerichteten Werbeverbots.

E. 6.1

Nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG kann die Vorinstanz bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen. Es handelt sich bei dieser Massnahme einerseits um eine Reputationsstrafe (sog. "naming and shaming"), die einen erheblichen Eingriff in die allgemeinen und wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte der Betroffenen bewirkt und welcher insofern Sanktionscharakter zukommt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1, 2C_30/2011/2C_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1 f. und 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1), andererseits aber auch um eine Massnahme zum Schutz des Publikums bzw. potentieller künftiger Anleger, die vor den Aktivitäten der Adressaten des Werbeverbots gewarnt werden sollen (vgl. hierzu und zum Folgenden: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1186/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 5):

E. 6.2

Wie hiervor dargelegt, hat der Beschwerdeführer insofern unerlaubt Publikumseinlagen entgegen genommen, als er wegen der pflichtwidrigen Unterlassung seiner aktienrechtlichen Pflichten im Sinne eines wissentlichen Gewährenlassens auch mit einem weniger aktiven Beitrag an dem ihm und den anderen Beteiligten zum Vorwurf gereichenden Verhaltens beteiligt war. Zu prüfen ist, ob diese Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften als "schwer" im Sinne von Art. 34 Abs. 1 FINMAG einzustufen ist, da die Vorinstanz die Veröffentlichung aufsichtsrechtlicher Verfügungen gemäss Art. 34 Abs. 1 FINMAG nur im Falle einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen anordnen kann. Eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bildet aber auch die Voraussetzung für den Erlass einer Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG. Weil eine Veröffentlichung gemäss Art. 34 FINMAG intensiver in die Rechtstellung der Betroffenen eingreift als eine blosser Feststellung nach Art. 32 FINMAG, setzt eine Veröffentlichung eine schwerwiegendere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen voraus. Das ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (vgl. Hsu/Bahar/Renninger, in: Basler Kommentar, Börsen- und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 14 zu Art. 34 FINMAG S. 283). Beim Begriff der schweren Verletzung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Was im Einzelnen als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten zu qualifizieren ist, wird in Fortführung der bisherigen Praxis der EBK, des BPV und der Kst GwG durch die künftige Praxis der Vorinstanz und der Gerichte bestimmt. Dabei kommt der Vorinstanz ein grosses Ermessen zu. Zu beachten ist allerdings, dass die Feststellungsverfügungen und die Verfügungen der Vorinstanz, die ein Werbeverbot veröffentlichen, der Anfechtung an das

Bundesverwaltungsgericht unterliegen und diesem - im Rahmen seiner weiten Kognitionsbefugnis - nicht nur die Kontrolle der Gesetzmässigkeit, sondern auch der Angemessenheit obliegt (Art. 49 VwVG). Das Gericht belässt jedoch der Vorinstanz einen gewissen fachtechnischen Beurteilungsspielraum (vgl. Hsu/Bahar/Renninger, a.a.O., N. 22 zu Art. 32 FINMAG S. 260). In der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben sich eine Reihe von Kriterien herausgebildet, die eine weitgehend zuverlässige Beurteilung der Schwere des Verstosses erlauben. Die entsprechende verwaltungsrechtliche Massnahme, d.h. die Verfügung, die ein Werbeverbot veröffentlicht, setzt danach eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss im Einzelfall verhältnismässig sein. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht. Art. 34 FINMAG bildet in erster Linie Grundlage, um Verstösse gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben beaufsichtigter Betriebe zu sanktionieren; bei einer illegalen gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ist deshalb regelmässig bereits schon von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen, wobei jedoch eine bloss untergeordnete Implikation oder besondere Umstände, die darauf hinweisen, dass es künftig zu keiner weiteren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kommen wird (sog. "tätige Reue"), der Publikation dennoch entgegenstehen können (vgl. Urteile 2C_71/2011 E. 5.2, 2C_30/2011/2C_543/2011 E. 5.2.2 und 2C_929/2010 E. 5.2).

E. 6.3

Dem Beschwerdeführer gereicht zum Vorwurf, dass jedenfalls auf Grund seiner pflichtwidrigen Unterlassung eines aktienrechtlich gebotenen Verhaltens von rund 20 Anlegern unerlaubt Publikumseinlagen in der Höhe von Fr. 400'000.- bis 500'000.- entgegengenommen, zweckfremd verwendet und bisher nicht zurückbezahlt wurden. Auf Grund der Ausführungen des Untersuchungsbeauftragten ist mit grosser Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass Gläubiger und Anleger, die gegenüber der C._____AG und/oder der D._____AG offene Forderungen haben, mit einem teilweisen (D._____AG) bzw. gänzlichen (C._____AG) Ausfall dieser Forderungen rechnen müssen. Der Beschwerdeführer war Verwaltungsratspräsident mit Einzelzeichnungsberechtigung beider Gesellschaften. Auch wenn die Tatbeiträge der Eheleute M._____ aktiver und direkter auf den eigenen Vermögensvorteil ausgerichtet sein mochten, ändert dies nichts an der Tatsache, dass der Beschwerdeführer als Verwaltungsratspräsident der Gesellschaften der C._____ -Gruppe mitverantwortlich war. Es liegt somit durchaus auch von seiner Seite eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen i.S.v. Art. 34 Abs. 1 FINMAG vor. Da der Vorinstanz, wie hiervor erwähnt, bei Verfügungen, die ein Werbeverbot veröffentlichen, ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum zukommt, rechtfertigt sich weder die gänzliche Aufhebung der Publikation des Werbeverbots noch eine Reduktion der Anzahl Jahre der Publikation.

E. 6.4

Im Hinblick auf die erforderliche Bestimmtheit und Voraussehbarkeit der Sanktionsmassnahme verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass aus der betreffenden Verfügung klar hervorgehen muss, was unter welchen Bedingungen in welchen Medien wie lange publiziert werden soll und was die Aufsichtsbehörde im vorliegenden Zusammenhang als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen wertet (vgl. Urteil 2C_929/2010 E. 5.2.3). Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall in der angefochtenen Verfügung den Zeitraum der Veröffentlichung eingegrenzt. Ausserdem geht

aus der Verfügung hervor, dass die Veröffentlichung ausschliesslich auf der Homepage der Vorinstanz erfolgt. Die angefochtene Verfügung erfüllt daher die genannten Bestimmtheits- und Vorhersehbarkeitserfordernisse in klarer Weise (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.4). 7. Der Beschwerdeführer beantragt schliesslich die Aufhebung der ihm in der angefochtenen Verfügung solidarisch auferlegten Kostentragungspflicht. Rechtfertigt es sich finanzmarktrechtlich, eine Aktivität gruppenweise zu erfassen, ist es konsequent, den einzelnen Mitgliedern auch die entstandenen Kosten solidarisch aufzuerlegen. Andernfalls käme es zu einem ungerechtfertigten Wertungswiderspruch zwischen dem Sach- und Kostenentscheid. Die solidarische Auferlegung der Kosten des Untersuchungsbeauftragten von Fr. 46'651.55 (inkl. MwSt) sowie der Verfahrenskosten von Fr. 39'000.- an alle juristischen und natürlichen Personen, welche gemäss der angefochtenen Verfügung eine Gruppe darstellen, entspricht der ständigen Praxis sowohl des Bundesgerichts als auch des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV, SR 172.041.1] i.V.m. Art. 6 der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung [FINMA-GebV, SR 956.122]).

E. 8.1

Dieser Ausgang des Verfahrens hat zur Folge, dass der Beschwerdeführer als vollständig unterlegene Partei die Kosten des Verfahrens trägt (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR. 172.320.2]). Diese werden auf Fr. 2'500.- festgelegt und sind nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils innert 30 Tagen der Gerichtskasse zu überweisen.

E. 8.2

Mit Eingabe vom 22. August 2013 ersuchte der Beschwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege. Die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter befreit nach Einreichung der Beschwerde eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 65 Abs. 1 VwVG). Massgebend für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers, d.h. es sind nicht nur seine Einkünfte, sondern auch seine Vermögenssituation zu berücksichtigen. Dabei ist aber zu beachten, dass das berücksichtigte Einkommen und Vermögen im Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege effektiv vorhanden und verfügbar oder wenigstens realisierbar sein muss. Bei Gesuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von Grundeigentümern stellt sich regelmässig die Frage, ob ein Grundeigentümer die Möglichkeit hat, die für den Prozess benötigten, liquiden Mittel durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung nicht vermieteter oder einträglichere Vermietung fremdgenutzter Räumlichkeiten oder durch Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens zu beschaffen. Alle diese Möglichkeiten der Mittelbeschaffung sind einem Grundeigentümer zumutbar und gehen dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (Alfred Bühler, Die Prozessarmut, in: Christian Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 137 f., 149 mit Hinweis auf BGE 119 Ia 12 E. 5 [Aufstockung eines Hypothekarkredites]; ZR 1997 Nr. 51, S. 131 ff. [Veräusserung einer hypothekarisch nicht mehr höher belastbaren Liegenschaft]). Den von ihm eingereichten Unterlagen zufolge verfügt der

Beschwerdeführer über ein monatliches Einkommen von Fr. 1'306.- und ebenso hohe Auslagen. An Vermögen liegt was folgt vor: ein Doppelhaus im Wert von Fr. 125'000.-, ein Reihenhaus im Wert von Fr. 90'000.-, Aktien der C._____AG im Wert von Fr. 2'000.-, ein Darlehen an O._____ in der Höhe von Fr. 50'000.- sowie ein Darlehen an die C._____AG in der Höhe von Fr. 220'000.-. Der Beschwerdeführer hat folgende Schulden: eine Kreditschuld von Fr. 106'000.- bei der J1_____, eine Kreditschuld von Fr. 8'500.- bei der K1_____, Hypothekarschulden von Fr. 215'000.- sowie weitere Schulden von Fr. 51'000.-. Einem Vermögen von Fr. 487'000.- stehen somit Schulden von Fr. 377'500.- gegenüber. Belegt hat der Beschwerdeführer lediglich die Kreditschuld bei der J1_____ in der Höhe von Fr. 106'000.-. Da der Beschwerdeführer über Grundeigentum verfügt, wäre es ihm zuzumuten dieses zu veräussern, wenn eine Aufstockung des Hypothekarkredits nicht mehr möglich ist. Der Beschwerdeführer ist daher nicht als prozessarm einzustufen und sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen.

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