

# **BVGer B-507/2016 vom 17. August 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-08-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-507\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-507_2016)

FR: TAF B-507/2016 du 17 août 2017

IT: TAF B-507/2016 del 17 agosto 2017

## **Regeste**

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e VGG). Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG) und hat den eingeforderten Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerde richtet sich gegen Dispositivziffer 5 (Veröffentlichung) und Dispositivziffer 6 (Kosten) der angefochtenen Verfügung; Ziffer 1 (Einstellung des Verfahrens gegen die X. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation), Ziffer 2 (Unerlaubte Tätigkeit), Ziffer 3 (Unterlassungsanweisung) und Ziffer 4 (Strafandrohung) des Dispositivs hat der Beschwerdeführer, der ausschliesslich in eigenem Namen Beschwerde führt, nicht angefochten. Damit ist der Streitgegenstand, der durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibegehren bestimmt wird (BGE 133 II 35 E. 2), auf die Veröffentlichung und den Kostenpunkt beschränkt. Soweit die Verfügung unangefochten geblieben ist, ist sie in Rechtskraft erwachsen.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer beantragt, die Publizierung seiner Personendaten (Dispositivziffer 5) zu unterlassen.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz führt hierzu aus, die X. \_\_\_\_\_ AG habe über einen Zeitraum von drei Jahren Kundengelder von EUR 3.5 Mio. entgegengenommen und entgegen den Angaben gegenüber den Anlegern zu einem grossen Teil für Provisionen von Vermittlern sowie Löhne/Spesen der Mitarbeiter und Organe verwendet. Angesichts des eröffneten Konkurses und der Überschuldung der X. \_\_\_\_\_ AG würden die 400 Anleger sehr wahrscheinlich einen grossen Schaden erleiden. Hinzu komme, dass die X. \_\_\_\_\_ AG über einen längeren Zeitraum in den Vertragsunterlagen und der Werbung den Ausdruck "Sparplan" verwendet habe, obwohl sie keine Bankbewilligung besessen habe. Vorliegend handle es sich somit nicht um eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten. B. \_\_\_\_\_ und der Beschwerdeführer seien die zentralen Figuren hinter der Geschäftstätigkeit der X. \_\_\_\_\_ AG. Der Beschwerdeführer sei als

einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident für die unerlaubte Tätigkeit der X.\_\_\_\_\_ AG (mit-)verantwortlich. Dass er seine Aktionärsstellung bestreite und im März 2015 als Verwaltungsrat zurückgetreten sei, ändere nichts daran, dass er während mehrerer Jahre als Organ der X.\_\_\_\_\_ AG tätig gewesen sei und seine Verantwortung wahrzunehmen habe. B.\_\_\_\_\_ und der Beschwerdeführer hätten sich namhafte Löhne und Spesen aus den Anlagen ausbezahlt. Die aktiven Tatbeiträge des Beschwerdeführers seien aktenkundig. Er habe namens der X.\_\_\_\_\_ AG Verträge mit den Vermittlern unterschrieben und direkt mit den Anlegern korrespondiert. Zudem hätten B.\_\_\_\_\_ und der Beschwerdeführer ihre Angaben gegenüber der Vorinstanz nicht belegt, obwohl sie mehrfach dazu aufgefordert worden seien. Die mehrfache unerlaubte Tätigkeit stelle eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen dar. Hinzu komme die wiederholte Verletzung von Auskunftspflichten. Aus aufsichtsrechtlicher Sicht bestehe die Gefahr, dass der Beschwerdeführer die von ihm ausgeübte Tätigkeit auf dem Finanzmarkt in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft erneut in ähnlicher Art und Weise wieder aufnehmen könne und dadurch weitere Anleger geschädigt würden. Der Einwand des Beschwerdeführers, er habe sich aus dem Finanzmarkt zurückgezogen und sei nun Rentner, lasse eine Wiederholungsgefahr nicht per se ausschliessen. Insbesondere der Umstand, dass er in seiner Stellungnahme ausführe, die X.\_\_\_\_\_ AG habe sämtliche Vorschriften eingehalten, drücke eine gewisse Unbelehrbarkeit und Uneinsichtigkeit aus. Überdies sei zu berücksichtigen, dass die Tätigkeit der X.\_\_\_\_\_ AG nicht aufgrund der Bemühungen von B.\_\_\_\_\_ oder des Beschwerdeführers beendet worden sei, sondern aufgrund der Konkureröffnung. Das öffentliche Interesse, potentielle Anleger vor unerlaubtem Tätigwerden des Beschwerdeführers zu warnen und damit weitere Schädigungen zu verhindern, überwiege. In Anbetracht der festgestellten schweren Verletzung von Aufsichtsrecht, der gesamten Umstände und im Interesse des Anlegerschutzes sei es vorliegend verhältnismässig, die Unterlassungsanweisung gegenüber dem Beschwerdeführer unter Angabe der Personendaten für die Dauer von fünf Jahren zu publizieren.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, eine Wiederholungsgefahr liege bei ihm, bedingt durch die vorliegende Erfahrung und auch wegen seines Alters, nicht vor. Er sei auch nicht uneinsichtig, habe er doch für die X.\_\_\_\_\_ AG die Vorschriften eingehalten. Die Zuarbeit während der FINMA-Voruntersuchung sei umfänglich durch ihn erfolgt und auch die Änderung des "Sparplans" sei aufgrund seiner Intervention erfolgt. Dass er Auskunftspflichten verletzt habe, könne er nicht nachvollziehen. Er sei abhängiger Angestellter der X.\_\_\_\_\_ AG gewesen, nicht Miteigentümer, sondern ein Dritter. Er habe bereits Ende 2013 sein Mandat niederlegen wollen und habe B.\_\_\_\_\_ darauf hingewiesen, dass es Änderungsbedarf bei den Produkten gebe und die X.\_\_\_\_\_ AG auf die Vorinstanz zugehen solle. B.\_\_\_\_\_ habe dies jedoch nicht gewollt. Aufgrund verschiedener Ereignisse habe sich sein Rücktritt jedoch verschoben.

### **E. 3.3**

Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, so kann die Vorinstanz 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 FINMAG). Die Veröffentlichung gemäss Art. 34 FINMAG ist eine verwaltungsrechtliche Sanktion und

bezweckt als solche eine abschreckende und generalpräventive Wirkung; die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes - Funktions-, Anleger- und Gläubigerschutz - müssen die Sanktion und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung rechtfertigen (Urteil des BGer 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2 f. m.H.; Urteil des BVGer B-6736/2013 vom 22. Mai 2014 E. 6.2.1). In den vom Bundesgericht bisher beurteilten Fällen von illegalen gewerbsmässigen Entgegennahmen von Publikumseinlagen wurde erkannt, dass bei derartigen Tatbeständen regelmässig bereits schon von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen sei. Eine bloss untergeordnete Implikation oder besondere Umstände, die darauf hinweisen würden, dass es künftig zu keiner weiteren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kommen werde ("tätige Reue"), könnten dagegen der Publikation dennoch entgegenstehen (vgl. Urteile des BGer 2C\_359/2012 vom 1. November 2012 E. 3.2; 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3 sowie Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 7.2.2).

#### **E. 3.4**

Die Veröffentlichung während fünf Jahren erweist sich vorliegend als verhältnismässig und damit als gerechtfertigt. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer lediglich die Veröffentlichung und die Kostenfolge der vorinstanzlichen Verfügung angefochten hat. Die Feststellung, dass er aufgrund massgeblicher Beiträge an der unerlaubten Tätigkeit der X. \_\_\_\_\_ AG, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen sowie den Ausdruck "Sparen" verwendet und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen des Bankengesetzes schwer verletzt habe, wird von ihm nicht angefochten (vgl. E. 2). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, handelt es im vorliegenden Fall nicht um eine einmalige und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten durch den Beschwerdeführer, sondern um eine wiederholte Verletzung derselben in erheblichem Umfang. Die X. \_\_\_\_\_ AG, deren Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführer im relevanten Zeitraum (5. März 2012 bis 9. Februar 2015) gewesen ist, hat unerlaubt Kundengelder in der Höhe von mindestens EUR 3.5 Mio. entgegengenommen. Ferner kann der Vorinstanz darin beiepflichtet werden, dass die Gefahr der neuerlichen Entgegennahme von Publikumseinlagen durch den Beschwerdeführer besteht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieser die von ihm ausgeübte Tätigkeit auf dem Finanzmarkt in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft erneut in ähnlicher Art und Weise wieder aufnehmen und dadurch weitere Anleger schädigen könnte. Der Beschwerdeführer ist aufgrund seiner Organstellung (Verwaltungsratspräsident) einer der Hauptverantwortlichen für die unerlaubte Tätigkeit der X. \_\_\_\_\_ AG. Er bringt zwar vor, er habe keinerlei Absicht, in Finanzprodukten in der Schweiz tätig zu werden, was er der Vorinstanz auch schriftlich versichern würde. Zudem sei er nun Rentner. Dies schliesst jedoch die Ausübung einer unerlaubten Tätigkeit nicht aus, zumal der Beschwerdeführer nach wie vor uneinsichtig ist, auch auf Beschwerdeebene noch vorbringt, er habe für die X. \_\_\_\_\_ AG alle Vorschriften eingehalten und die Schuld hauptsächlich B. \_\_\_\_\_ zuweist. Damit überwiegt das öffentliche Interesse daran, potentielle Anleger vor einem erneuten unerlaubten Tätigwerden des Beschwerdeführers zu warnen und damit erneute Schädigungen zu verhindern, das private Interesse des Beschwerdeführers an einer Nichtpublikation der entsprechenden Dispositivziffern. Deshalb erscheint die von der Vorinstanz angeordnete Veröffentlichung der Dispositivziffern 3 und 4 für die Dauer von fünf Jahren als erforderliche, geeignete und damit verhältnismässige Sanktionsmassnahme. Aus den eingereichten Beweismitteln kann der Beschwerdeführer im Hinblick auf die

Publikation nichts zu seinen Gunsten ableiten. Von weiteren Zeugenbefragungen sind keine entscheidungswesentlichen neuen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb darauf zu verzichten ist (sog. antizipierte Beweiswürdigung; statt vieler Urteil des BGer 2C\_712/2011 vom 19. Januar 2012 E. 2.2 m.H.).

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer ficht weiter die solidarische Auferlegung der Verfahrenskosten an (Dispositivziffer 6). Die Kosten seien ihm gar nicht aufzuerlegen, eventualiter seien sie ihm nicht "solidarisch" aufzuerlegen und in der Höhe substantiell zu definieren.

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz führt zu den Verfahrenskosten in der angefochtenen Verfügung aus, die Parteien hätten das Verfahren beziehungsweise den Erlass der vorliegenden Verfügung gemeinsam veranlasst. Der Beschwerdeführer sei für die unerlaubte Tätigkeit (mit-)verantwortlich, weshalb er für die gesamten Verfahrenskosten solidarisch hafte. Die FINMA habe im vorliegenden Verfahren für die Erhebung des Sachverhaltes keinen Beauftragten eingesetzt, sondern dies vollumfänglich selbst übernommen. Der hohe Aufwand der FINMA sei aufgrund der mangelhaften Mitwirkung höher ausgefallen. Die Verfahrenskosten von Fr. 43'000.- seien vorliegend verhältnismässig.

##### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer führt hierzu in der Beschwerdeschrift und der Replik aus, die Vorinstanz reklamiere einen hohen Aufwand, der durch die Selbstübernahme der Prüfung entstanden sei und sich durch eine mangelhafte Mitwirkung verstärkt habe. Dem sei zu widersprechen. Zudem entspreche eine solidarische Kostenauflegung nicht seiner Verantwortlichkeit. Er sei abhängig beschäftigt gewesen und den Weisungen des Aktionärs (B. \_\_\_\_\_) unterlegen. B. \_\_\_\_\_ entziehe sich seiner Verantwortlichkeit und habe die Organschaft nach seinem Rücktritt nicht rechtmässig korrigiert. Die Auskunftspflichten habe er gar nicht bedienen können, da er seitens der Y. \_\_\_\_\_ (eine Tochtergesellschaft der X. \_\_\_\_\_ AG) keine Befugnisse gehabt habe und andere Zuarbeiten durch B. \_\_\_\_\_ verboten worden seien. Ihm sei einzig vorzuwerfen, dass er nicht früher von seinem Mandat zurückgetreten sei. Seit seinem Rücktritt sei er von der Vorinstanz nicht mehr über den Verfahrensstand informiert und auch nicht mehr nach Informationen gefragt worden. Die Auferlegung der kompletten Verfahrenskosten sei vorliegend nicht verhältnismässig.

##### **E. 4.3**

Gemäss Art. 15 Abs. 1 FINMAG erhebt die Vorinstanz für Aufsichtsverfahren Gebühren im Einzelfall. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, FINMA-GebV; SR 956.122) ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 6 FINMA-GebV i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]).

##### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer beantragt vorab, der Kostenbescheid gegen ihn sei zu verwerfen. Wie bereits ausgeführt, hat der Beschwerdeführer die Dispositivziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung, welche seine massgebliche Beteiligung an der Verletzung von

aufsichtsrechtlichen Bestimmungen feststellt, nicht angefochten. Ohne Weiteres kann deshalb davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a FINMA-GebV veranlasst hat. Dass ihm die Vorinstanz Verfahrenskosten auferlegt, ist somit nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.5**

Sodann stellt der Beschwerdeführer das Rechtsbegehren, der Kostenbescheid sei in der Höhe substantiell zu definieren.

##### **E. 4.5.1**

Für die Bemessung der Gebühren der Vorinstanz gelten die Ansätze im Anhang der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung. Für Verfügungen, Aufsichtsverfahren und Dienstleistungen, für die im Anhang kein Ansatz festgelegt ist, bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand und der Bedeutung der Sache für die gebührenpflichtige Person (Art. 8 Abs. 3 FINMA-GebV). Der Stundenansatz für die Gebühren beträgt je nach Funktionsstufe der ausführenden Person innerhalb der FINMA und Bedeutung der Sache für die gebührenpflichtige Person Fr. 100.- bis Fr. 500.- (Art. 8 Abs. 4 FINMA-GebV).

##### **E. 4.5.2**

Die Vorinstanz hat die Kosten der angefochtenen Verfügung gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. a in Verbindung mit Art. 8 Abs. 3 und 4 FINMA-GebV festgelegt. Dies ist korrekt, enthält doch der Anhang keinen Rahmentarif für den Erlass einer Verfügung betreffend die unbewilligte Entgegennahme von Publikumseinlagen. Massgeblich ist demnach Art. 8 Abs. 3 FINMA-GebV, welcher festlegt, dass sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand und der Bedeutung der Sache für den Gebührenpflichtigen bemisst.

##### **E. 4.5.3**

Im konkreten Fall hat die Vorinstanz in ihrem Leistungserfassungsdokument detailliert dargelegt, welche Tätigkeiten während des Verfahrens anfielen, wie viel Zeit die entsprechenden Mitarbeiter hierfür effektiv aufwendeten und zu welchem Stundensatz die jeweilige Leistung verrechnet wurde. Zur Leistungserfassung bringt der Beschwerdeführer in seiner Replik vor, das Enforcementverfahren habe erst durch das Schreiben vom 25. Februar 2015 begonnen, weshalb erst ab diesem Zeitpunkt Verfahrenskosten anfallen würden. Dem ist nicht so. Teil der Verfahrenskosten sind selbstverständlich auch jene Kosten, die vor der Anzeige der Eröffnung des Enforcementverfahrens an den Beschwerdeführer angefallen sind. Ebenfalls unzutreffend ist das Vorbringen des Beschwerdeführers, er sei am 25. Februar 2015 als Organ der X. \_\_\_\_\_ AG zurückgetreten, weshalb er für die danach angefallenen Kosten nicht mehr verantwortlich sei. Wie in der vorinstanzlichen Verfügung ausgeführt, ist der Beschwerdeführer für das unrechtmässige Entgegennehmen von Publikumseinlagen und den Gebrauch des Ausdruckes "Sparen" während des relevanten Zeitraums (vgl. Sachverhalt Bst. A.a) als ehemaliger Verwaltungsratspräsident zumindest mitverantwortlich. Durch diese unerlaubte Tätigkeit hat er die Untersuchung der Vorinstanz veranlasst und damit auch die gesamten Kosten - auch jene nach der Niederlegung seines Mandats - mitverursacht. Dass der Beschwerdeführer auf Beschwerdeebene ausführt, er sei für die Verfahrenskosten nicht verantwortlich, da er abhängig beschäftigt gewesen sei und den Weisungen des Aktionärs unterstanden habe, muss als äusserst uneinsichtig bezeichnet werden und widerspricht den Fakten. So geht aus den Statuten der X. \_\_\_\_\_ AG hervor, dass der Beschwerdeführer Verwaltungsratspräsident mit der Befugnis zum Stichentscheid gewesen ist. Zudem war er

einzelzeichnungsberechtigt. Diverse Verträge, Dokumente und Schreiben sind mit seiner Unterschrift versehen. Sein Vorbringen, die Vorinstanz habe die Verhältnismässigkeit seiner Verantwortung in Bezug auf die Kosten nicht berücksichtigt, muss deshalb als unzutreffend qualifiziert werden. Insgesamt ist nicht ersichtlich, dass der von der Vorinstanz detailliert dargelegte Aufwand nicht effektiv erbracht worden wäre oder der eingesetzte Stundenansatz die Selbstkosten übersteigen würde. Der Beschwerdeführer beanstandet die Positionen auch nicht im Einzelnen und substantiiert nicht, welche Kosten seiner Ansicht nach zu hoch ausgefallen seien. Solches lässt sich auch nicht annehmen. Die auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 43'000.- sind daher in ihrer Höhe nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.6**

Schliesslich beantragt der Beschwerdeführer, der Kostenbescheid sei nicht "solidarisch" zu stellen. Die Auferlegung der Verfahrenskosten unter solidarischer Haftbarkeit stützt sich auf Art. 6 FINMA-GebV i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV und ergibt sich daraus, dass die X. \_\_\_\_\_ AG und die beiden Beteiligten das Verfahren gemeinsam veranlasst haben. Da eine gemeinsame Veranlassung genügt, kommt es bei der Kostenauflegung nicht auf das Verhältnis der Verantwortlichkeit der einzelnen Beteiligten an. Die interne Aufteilung der Kosten ist vielmehr eine Frage des Regresses (vgl. BGE 135 II 356 E. 6.2.1; Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 8.7). Die solidarische Haftbarkeit ist deshalb ebenfalls nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.7**

Aus den eingereichten Beweismitteln kann der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Kostenauflegung nichts zu seinen Gunsten ableiten. Auch diesbezüglich sind von weiteren Zeugenbefragungen keine entscheidungswesentlichen neuen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb darauf zu verzichten ist (sog. antizipierte Beweiswürdigung; statt vieler Urteil des BGer 2C\_712/2011 vom 19. Januar 2012 E. 2.2 mit Hinweisen).

#### **E. 5**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

#### **E. 6**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Sie ist auf Fr. 3'000.- festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Dem unterliegenden Beschwerdeführer ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). (Dispositiv nächste Seite)