

BVGer B-7798/2008 vom 2. Juli 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-07-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7798_2008

FR: TAF B-7798/2008 du 2 juillet 2009

IT: TAF B-7798/2008 del 2 luglio 2009

Regeste

Finanzmarktaufsicht

Erwägungen

E. 1.1

Am 1. Januar 2009 trat das Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) vollständig in Kraft, welches Änderungen des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) sowie weiterer finanzmarktrechtlicher Erlasse bewirkte. Auch trat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA an die Stelle der EBK (Art. 58 Abs. 1 FINMAG). Ändert das anwendbare Recht während eines hängigen Beschwerdeverfahrens, so sind bei Fehlen ausdrücklicher Übergangsbestimmungen - wie hier - die von der Rechtsprechung entwickelten Prinzipien heranzuziehen (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 24 Rz. 20). Die Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer derartigen Änderung Anwendbarkeit findet, richtet sich nach dem Grundsatz, dass diejenigen materiellen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, wogegen neue verfahrensrechtliche Regeln grundsätzlich sofort zur Anwendung gelangen (vgl. RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Ergänzungsband, Nr. 15, S. 44; BGE 126 III 431 E. 2a und 2b). Etwas anderes gilt, wenn eine abweichende übergangsrechtliche Regelung besteht (vgl. BGE 107 Ib 133 E. 2b), was vorliegend jedoch nicht der Fall ist. Bezüglich der Prozessvoraussetzungen ist somit jenes Recht massgebend, welches im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung in Kraft war (vgl. MICHAEL DAUM, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], VwVG - Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N. 11 zu Art. 7). Auch für die Beurteilung der materiellrechtlichen Fragen, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Recht eine Verletzung finanzmarktaufsichtsrechtlicher Normen vorgeworfen und ob sie die richtigen Konsequenzen daraus gezogen hat, finden die per 1. Januar 2009 geänderten Erlasse ebensowenig Anwendung wie das FINMAG; vielmehr sind das Banken- und das Börsengesetz bzw. die entsprechenden Verordnungen in der bis Ende 2008 gültigen Fassung anwendbar (in der Folge wird die zugehörige Fundstelle in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts [AS] zitiert, sofern Bestimmungen per 1. Januar 2009 geändert wurden, ansonsten die [unveränderte] Fassung der Systematischen Sammlung des Bundesrechts [SR]). Die erfolgten Gesetzesänderungen sind, soweit den vorliegenden Fall betreffend, ohnehin weitgehend formaler Natur (vgl. BBl 2006 2829, 2895).

E. 1.2

Die Verfügung der Vorinstanz vom 29. Oktober 2008 stellt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren 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 eidgenössischen Kommissionen erlassen werden (vgl. Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der Vorgängerorganisation der FINMA, der EBK, erlassene Verfügung (vgl. Art. 24 Abs. 1 BankG [AS 2006 2287]). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Streitsache zuständig.

E. 1.3

Der Beschwerdeführer hat vor der Vorinstanz am Verwaltungsverfahren teilgenommen und ist Adressat der angefochtenen Verfügung. Er ist durch die ihn selbst betreffenden Ziffern besonders berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Daher ist er zur Beschwerdeführung legitimiert.

E. 1.4

Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG), es liegt eine rechtsgültige Vollmacht des Rechtsvertreters vor. Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (vgl. Art. 47 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 2

Die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde über das Banken-, Börsen- und Effektenhandelswesen trifft die zum Vollzug von Banken- und Börsengesetz bzw. von deren Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (vgl. Art. 23bis Abs. 1 BankG [AS 1971 815] sowie Art. 35 Abs. 1 BEHG [AS 1997 78]). Erhält sie von Verstössen gegen die Gesetze oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (vgl. Art. 23ter Abs. 1 BankG [AS 1997 82], Art. 35 Abs. 3 BEHG [AS 1997 78]). Da die Aufsichtsbehörde allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr bereits unterstellten Betriebe (insbesondere Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen bzw. Börsen und Effektenhändler) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der in Frage stehenden banken- bzw. börsenrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft oder Person (vgl. Art. 1 und 3 ff. BankG sowie Art. 3 und 10 BEHG). Praxisgemäss kann sie daher die in den Gesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. Personen einsetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.1). Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die Vorinstanz von Gesetzes wegen befugt und verpflichtet, die zur Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Erweist sich, dass die in Frage stehende natürliche oder juristische Person unbewilligt unterstellungspflichtige Aktivitäten ausgeübt hat und ihre Tätigkeit nicht bewilligungsfähig ist, so können diese Anordnungen bis zum Verbot der betreffenden Tätigkeit bzw. zur Liquidation und - bei Überschuldung - zur Konkureröffnung reichen (vgl. BGE 132 II 382

E. 4.2). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Vorinstanz im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits, Rechnung zu tragen (Anleger- und Funktionsschutz; BGE 130 II 351 E. 2.2; BGE 126 II 111 E. 3b; BGE 121 II 147 E. 3a). Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem "technischen Ermessen" anheim gestellt (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1.2, BGE 126 II 111 E. 3b).

E. 3

Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung fest, dass der Beschwerdeführer ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe (Dispositiv Ziffer 1). Er sei als Vermittler der B.-Gruppe tätig und in die Abwicklung der Anlagegeschäfte involviert gewesen. Zwischen ihm und der B.-Gruppe bestünden genügend enge Verflechtungen, um ihn als Teil dieser Gruppe zu qualifizieren. Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, er habe nie Publikumseinlagen von Anlegern entgegengenommen, weder in bar noch über eine ihm gehörende Bankkontoverbindung, was auch die Vorinstanz nicht bestreite. Zwar habe er untergeordnete administrative Tätigkeiten auf der Basis eines Arbeitsvertrages ausgeführt. Dies reiche aber nicht aus, um als zur B.-Gruppe zugehörig betrachtet zu werden.

E. 3.1

In sachverhaltlicher Hinsicht ist folgendes festzuhalten:

E. 3.1.1

Aus dem Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1 vom 30. Juni 2008 (Untersuchungsbericht 1, Akten p. H01 049 bis H01 001) geht hervor, dass die verschiedenen Gesellschaften der B.-Gruppe eng zusammenarbeiteten und über zahlreiche Vermittler operierten. Das Geschäftssystem der B.-Gruppe bestand darin, teilweise mit Rendite-Garantie Gelder von Anlegern entgegen zu nehmen, mit der Zusicherung, die entsprechenden Mittel in Börsentermingeschäfte, Börsenkassageschäfte und im Devisen- und Derivathandel zu investieren. Zu diesem Zweck wurden sog. Treuhandvereinbarungen mit den Anlegern abgeschlossen. Die Anleger zahlten die Gelder in der Regel auf Konten der B.-Gruppe oder auf Konten von deren Vermittlern. Die Gruppe leitete einen Teil dieser Investitionen auf eigene Konten bei andern Banken bzw. Brokern weiter und investierte dort in Wertschriften. Sie investierte zudem in Firmen, welche in der Folge mehrheitlich in Konkurs gingen und die in keinem Zusammenhang mit dem seitens der B.-Gruppe vorgegebenen Geschäftszweck standen. Ein nicht unwesentlicher Teil der Gelder floss an die Vermittler oder direkt an die Anleger zurück. Es bestehen klare Hinweise, dass die B.-Gruppe die Anlagegelder in eigenem Namen anlegte und mit diesen Handelsgeschäfte in eigenem Namen tätigte. Die mit den Anlegern vereinbarten Renditeziele wurden nie erwirtschaftet. Am 27. August 2008 stellte die Vorinstanz fest, dass die B.-Gruppe gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe und eröffnete über diese den Konkurs. Gemäss dem Bericht der Untersuchungsbeauftragten 2 vom 14. Oktober 2008 (S. 10, Akten p. J00 042) sind die Gläubiger- und Anlegerinteressen der zugeführten Kunden insofern gefährdet, als die entsprechenden Guthaben der Investoren aufgrund der Überschuldung der B.-Gruppe nicht

gedeckt sind (vgl. auch Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1, nach welchem die B.-Gruppe über Aktiven von Fr. 6'565'000.- verfügt, denen Ansprüche der Investoren von mind. Fr. 23'278'505.- gegenüberstehen, Akten p. H01 006 und H01 008). Das Ausmass und der Umfang der Aktivitäten der einzelnen für die B.-Gruppe tätigen Vermittler war unterschiedlich (vgl. Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1 vom 30. Juni 2008, Akten p. H01 019). Fünf Vermittler, nämlich Z., Y., W., V. sowie der Beschwerdeführer waren indessen in einem Masse in die Tätigkeit der B.-Gruppe involviert, das gemäss der Auffassung der Vorinstanz über jenes eines reinen Vermittlers hinausgeht. Diesen fünf Personen wurde in der Folge mit superprovisorischer Verfügung jegliche Entgegennahme von Publikumseinlagen und jegliche Effektenhandelstätigkeit in der Schweiz oder von der Schweiz aus verboten.

E. 3.1.2

Hinsichtlich des Beschwerdeführers ist dem Bericht der Untersuchungsbeauftragten 2 sodann zu entnehmen, dass dieser 108 Anleger betreute. Die Anleger hatten auf die Vermittlung des Beschwerdeführers hin mit der B.-Gruppe Treuhand-Verträge abgeschlossen. Dabei stellte B. jeweils die Vertragsmuster zur Verfügung. Der Beschwerdeführer bereitete die Verträge vor und holte die Unterschriften bei den Kunden ein. In der Regel brachte er die Verträge anschliessend Herrn B. vorbei. Die abgeschlossenen Verträge beinhalteten entweder die Abmachung einer 80% Kapitalschutzgarantie und einer voraussichtlichen Rendite zwischen 10 und 20% oder einer 100% Kapitalschutzgarantie und einer Rendite von 6 bis 12%. Das Investitionsvolumen dieser 108 Anleger betrug insgesamt Fr. 21'017'220.155 (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 35 und 37, Akten p. J00 017 und J00 015). Der Beschwerdeführer gewann seine Kunden durch Mund-zu-Mund-Propaganda. Diese zahlten den zu investierenden Betrag in der Regel direkt auf das Konto von B. bei der Bank Z. Es kam aber auch vor, dass der Beschwerdeführer Gelder von Kunden in bar entgegen nahm (vgl. z.B. die vom Beschwerdeführer unterschriebene Quittung vom 15. Februar 2006, Akten p. A06 588). Gestützt auf die Anweisung des Beschwerdeführers überwies B. die Rendite jeweils auf dessen Konto und der Beschwerdeführer leitete das Geld an den jeweiligen Kunden weiter. Die Anweisung erfolgte per Email, zum Teil ohne Angabe des Namens des betreffenden Kunden. Zum Teil erfolgte die Anweisung auch mit dem Antrag, die Überweisung sei direkt (durch B.) an die Kunden zu tätigen (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 39, Akten p. J00 013). Neben den Anlagen in Schweizer Franken betreute der Beschwerdeführer auch Kunden, welche Anlagen in anderen Währungen tätigten (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 38, Akten p. J00 014).

E. 3.1.3

Für seine Anleger fertigte der Beschwerdeführer die quartalsweise ausgestellten individuellen Renditeabrechnungen an (gestützt auf die Mitteilung der Rendite, die durch B. per Email erfolgte) und sandte ihnen diese zu. Zudem erstellte er Steuerbescheinigungen und Passkopien (für Dokumentationen). Bis Juni 2006 unterschrieb B. die Abrechnungen von Hand, danach erhielt der Beschwerdeführer eine faksimile Unterschrift von B. und unterschrieb die Abrechnungen mit dieser (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 36, Akten p. J00 016). Der Beschwerdeführer erstellte auch Abrechnungen und Steuerbescheinigungen für Kunden von 11 andern Vermittlern (darunter V. und W.). 18 seiner Kunden betätigten sich ferner gemäss den Feststellungen der Untersuchungsbeauftragten 2 als Untervermittler (Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober

2008, Seite 39, Akten p. J00 013), betreuten also ihrerseits Kunden. Auch für die Kunden von 8 dieser Untervermittler fertigte der Beschwerdeführer Abrechnungen an (Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 37, Akten p. J00 015). Gemäss Angaben des Beschwerdeführers gab es keine schriftlichen Abmachungen mit seinen Vermittlern und Untervermittlern (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 40, Akten p. J00 012). Für seine administrativen Tätigkeiten schloss der Beschwerdeführer mündlich einen Arbeitsvertrag mit B. ab. Er erhielt ab dem Jahr 2005 ein monatliches Gehalt von Fr. 2'500.- und seit dem Jahr 2007 ein monatliches Gehalt von Fr. 3'000.-. Der Lohn wurde über die Firma I. AG ausbezahlt; diese Firma nahm auch die Abrechnung mit den Sozialversicherungen vor (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 40, Akten p. J00 012).

E. 3.1.4

Es bestehen keine Abrechnungen bezüglich Provisionszahlungen von B. an den Beschwerdeführer. Gemäss Angaben des Beschwerdeführers habe er einen Anspruch von 10 bis 20% der Bruttorendite gehabt. Die Bruttorendite habe B. mitgeteilt, worauf der Beschwerdeführer ihn jeweils gefragt habe, ob er noch etwas zugute hätte und sich einen Betrag habe überweisen lassen. Gemäss einer vom Beschwerdeführer angefertigten Liste der Provisionen an ihn und die 11 von ihm betreuten Vermittler (Beilage 13 zum Bericht der Untersuchungsbeauftragten 2) hat der Beschwerdeführer in den Jahren 2004 bis 2006 Provisionen von Fr. 70'550.-, 74'300.- bzw. 81'100.- erhalten (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 18, Akten p. J00 034). Im Jahr 2007 hat er gemäss eigenen Angaben keine Provisionen erhalten, aber Entschädigungen für administrative Arbeiten in der Höhe von Fr. 60'000.- (vgl. Akten p. I00 702). Der Beschwerdeführer berechnete auch die Provisionen seiner Untervermittler sowie einzelner Vermittler. Mit den Untervermittlern hat er eine Provisionsteilung abgemacht (80% der Provision an den Untervermittler, 20% an sich). Die Provisionen für die Untervermittler wurden von B. auf ein Konto des Beschwerdeführers einbezahlt, der Beschwerdeführer hob das Geld in der Folge ab und zahlte es den Untervermittlern in bar aus.

E. 3.1.5

Der Beschwerdeführer nahm wie bereits erwähnt auch eine Administrationstätigkeit für V. und W. wahr. Während des Aufenthaltes von W. in Thailand war er zum Teil Ansprechpartner für dessen Kunden. Hingegen bestanden keine Verbindungen des Beschwerdeführers zu Z. und Y. (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 14, Akten p. J00 038). Der Beschwerdeführer war selber auch Anleger der B.-Gruppe (vgl. Beilage 6 zur Schlussbefragung des Beschwerdeführers vom 16. September 2008).

E. 3.1.6

Die genannten Fakten, Zahlen und Umstände (E. 3.1.1 bis E. 3.1.5) ergeben sich aus den Sachverhaltsdarstellungen der Untersuchungsbeauftragten 1 und 2 und finden in den Akten ihre Bestätigung. Sie werden vom Beschwerdeführer - mit Ausnahme der nachfolgend in E. 3.2 erwähnten Einwände - nicht bestritten.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer bestreitet in seiner Beschwerdeschrift die Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz und der Untersuchungsbeauftragten 2 nur insofern, als er anführt, es entspreche nicht den Tatsachen, dass er 11 Vermittler und 108 Anleger mit einem Investitionsvolumen von insgesamt Fr. 21'017'220.155 "betreut" habe. Auch sei er nicht

"zuständig" gewesen für Anlagen in anderen Währungen. Festzuhalten ist, dass der Beschwerdeführer in der Schlussbefragung vom 16. September 2008 selber angab, er habe per Ende September 2007 "rund 120 Kunden mit rund 20 Mio CHF" gehabt (S. 6 des Befragungsprotokolls). Aus der von ihm erstellten Liste betreffend Provisionen geht auch hervor, dass er Abrechnungen für 11 Vermittler machte (Beilage 13 zum Bericht der Untersuchungsbeauftragten 2). Der Beschwerdeführer beschrieb anlässlich der Schlussbefragung ebenfalls, für welche Vermittler und Untervermittler er Provisions- oder Kunden-Abrechnungen vorgenommen habe (S. 5 und 6 des Protokolls). Aus einem Mail eines der Vermittler (L.) wird zudem ersichtlich, dass der Vermittler für den direkten Kontakt mit B. und die Auszahlung von Geldern für eigene Kunden auf den Beschwerdeführer angewiesen war (Beilage 12 zum Bericht der Untersuchungsbeauftragten 2 vom 14. Oktober 2008). Inwiefern der Beschwerdeführer - wie er geltend macht - nicht 108 Anleger "betreut" habe und auch nicht "zuständig" gewesen sei für Anlagen in anderen Währungen, ist somit nicht klar und wird vom Beschwerdeführer auch nicht präzisiert. Seine diesbezüglichen Rügen sind daher nicht substantiiert und die Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz erweist sich als korrekt.

E. 3.3

Nach dem Gesagten erweist sich der in E. 3.1.1. bis 3.1.5. dargestellte, im Wesentlichen von der Vorinstanz erhobene Sachverhalt als korrekt, weshalb das Bundesverwaltungsgericht in der Folge darauf abstützt.

E. 4

Gemäss Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG ist es natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, verboten, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen.

E. 4.1

Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 132 II 382 E. 6.3.1, m.w.H.). Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen (EBK-Rundschreiben 96/4: Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes, Rz. 10). Nach Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG kann der Bundesrat Ausnahmen vom Verbot vorsehen, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist. Solche Ausnahmen hat der Bundesrat in Art. 3a der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 (BankV, SR 952.02) festgesetzt (im vorliegenden Fall nicht massgebend; vgl. zum Ganzen BGE 131 II 306 E. 3.2.1).

E. 4.2

Gewerbsmässig im Sinne des Bankengesetzes handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen hält (Art. 3a Abs. 2 BankV) oder in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (Art. 3 Abs. 1 BankV; BGE 132 II 382 E. 6.3.1).

E. 4.3

Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der Vorinstanz sind verschiedene natürliche und juristische Personen in Bezug auf die Ausübung einer

bewilligungspflichtigen Tätigkeit dann aufsichtsrechtlich als Gesamtheit zu betrachten, wenn eine derart enge wirtschaftliche Verflechtung besteht, dass die Gruppe als eine wirtschaftliche Einheit behandelt werden muss (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8227/2007 vom 20. März 2009 E. 8.2 sowie B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 5.2, je mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2.4, 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000 E. 3b/cc sowie 2C_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2). Von einer Gruppe in diesem Sinn ist dann auszugehen, wenn die finanziellen und personellen Verflechtungen zwischen zwei oder mehreren Gesellschaften oder zwischen natürlichen und juristischen Personen derart intensiv sind, dass nur eine gesamthafte Betrachtungsweise den faktischen Gegebenheiten gerecht wird und Gesetzesumgehungen verhindern kann (vgl. etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2 sowie Urteil des Bundesgerichts 2C_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2). Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn die Akteure im Hinblick auf die in Frage stehende bewilligungspflichtige Tätigkeit gegenüber dem Publikum einheitlich auftreten, indem sie sich etwa gemäss den eigenen Unterlagen gegen aussen als "Unternehmensgruppe" darstellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000 E. 2e und E. 3b/dd). Ein gruppenartiges Zusammenwirken muss sich aber nicht zwingend derart öffentlich manifestieren; auch bloss intern wahrnehmbare personelle, wirtschaftliche und organisatorische Verflechtungen von Gesellschaften oder natürlichen Personen untereinander können derart intensiv sein, dass eine Gruppenbetrachtung angezeigt ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die verschiedenen Akteure im Hinblick auf die bewilligungspflichtige Tätigkeit koordiniert - ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet - zusammenwirken (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6715/2007 vom 3. September 2008 E. 4.2.2, Urteil des Bundesgerichts 2C_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2). Die Annahme einer Gruppe hat zur Folge, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Mitglieder treffen, selbst wenn in Bezug auf einzelne davon - isoliert betrachtet - nicht alle Tatbestandselemente erfüllt sind oder sie selbst überhaupt keine finanzmarktrechtlich relevanten Tätigkeiten ausgeübt haben (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6715/2007 vom 3. September 2008 E. 6.2 sowie B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2).

E. 5

Unbestritten ist - wie in E. 3.1.1. dargelegt - , dass die B.-Gruppe gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen hat (Verfügung der Vorinstanz vom 27. August 2008). Wie aus dem Sachverhalt ersichtlich ist (vgl. E. 3), war der Beschwerdeführer in erheblichem Umfang für die B.-Gruppe tätig, indem er dieser unter anderem 108 Kunden mit Einlagen in der Höhe von mehr als Fr. 20 Mio. zuführte. Der Beschwerdeführer hat die Publikumseinlagen jedoch nicht in eigenem Namen entgegen genommen. Weder zahlten die Anleger die Geldbeträge auf sein Konto, noch wurde er selber Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung. Stattdessen wurden die Verträge im Namen der B.-Gruppe abgeschlossen und die Gelder wurden in der Regel direkt auf ein Konto von B. einbezahlt. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob der Beschwerdeführer als Mitglied der B.-Gruppe im banken- und börsenrechtlichen Sinn zu qualifizieren ist und er in dieser Eigenschaft als Gruppenmitglied im Sinne der vorstehend dargelegten Rechtsprechung (E. 4.3) aufsichtsrechtlich belangt werden kann.

E. 5.1.1

Gemäss dem Ergebnis des Beweisverfahrens (vgl. vorne E. 3) führte der Beschwerdeführer der B.-Gruppe als Vermittler Kunden mit einem Anlagevolumen in mehrfacher Millionenhöhe zu. Für diese Tätigkeit erhielt er namhafte Provisionen. Der Beschwerdeführer betreute die Anleger und zahlte deren Renditen aus. Er erledigte administrative Arbeiten für die B.-Gruppe und war in grossem Umfang auch für andere Vermittler und Untervermittler in administrativer Hinsicht zuständig, so dass diesbezüglich von einer eigentlichen Kette von Anlegern gesprochen werden kann (vgl. Untersuchungsbericht S. 48, Akten p. J00 004). Er hielt engen Kontakt zu B., indem er diesem die Kunden vorstellte, bei ihm Verträge abholte, Unterschriften einholte und Renditezahlungen bezog. Es lag somit eine arbeitsteilige und koordinierte Tätigkeit zwischen dem Beschwerdeführer und B. vor, mit dem Zweck der Kundengewinnung zur Entgegennahme von Publikumseinlagen.

E. 5.1.2

Die Tätigkeit des Beschwerdeführers trug massgebend dazu bei, dass die B.-Gruppe ihre Ziele, d.h. das ständige Gewinnen von neuen Anlegern und Anlagegeldern, ohne welche das Geschäftssystem nicht funktionierte (vgl. Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1 vom 30. Juni 2008, Akten p. H01 042), erreichte. Seine Aktivitäten waren in diesem Sinne darauf ausgerichtet, den Erfolg der B.-Gruppe zu ermöglichen (Urteile des BVGer vom 5. Dezember 2007 [B-8228/2007] E. 7.4 sowie vom 3. September 2008 [B-6715/2007] E. 6.2).

E. 5.1.3

Die intensiven Beziehungen und Verbindungen des Beschwerdeführers zur B.-Gruppe finden unter anderem nicht zuletzt darin ihren Niederschlag, dass er für Renditezahlungen an die Anleger Gelder von B. bezog, zum Teil ohne anzugeben, für welche Kunden er das Geld benötigte, sowie dass er ab Juni 2006 Abrechnungen für Kunden selbständig mit einer Faksimile-Unterschrift von B. unterschrieb. Diese Tätigkeiten weisen auf eine weitgehend autonome Handlungsweise und eine verantwortungsvolle Position innerhalb der B.-Gruppe hin. In diesem Sinne ist von einem Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und B. auszugehen, worauf auch die Höhe der Provisionen und die Tatsache hindeuten, dass diese unsystematisch und anscheinend ohne entsprechende Kontrolle gewährt wurden. Aus diesen Gründen ist - soweit der Beschwerdeführer in einem Anstellungsverhältnis zu B. stand (vgl. E. 3.1.3) - auch nicht davon auszugehen, dass er nur als Erfüllungsgehilfe tätig war. Sein Wirken erschöpfte sich nach dem Gesagten nicht in einer untergeordneten Tätigkeit im Rahmen eines eng kontrollierten Arbeitsverhältnisses, sondern ging, wie oben dargelegt, weit darüber hinaus und eröffneten ihm weiten Spielraum für selbständiges Handeln.

E. 5.1.4

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, es bestünden keine finanziellen Verflechtungen zwischen ihm und den andern Verfügungsadressaten und von einem gemeinsamen Auftreten und gemeinsamen Handeln könne keine Rede sein, stösst er demnach aus allen diesen Gründen ins Leere. Dies umso mehr, als für die Annahme einer Gruppe nicht alle Gruppenmitglieder koordiniert auftreten müssen; genauso wenig ist es begriffsnotwendig, dass zwischen allen Mitgliedern Verbindungen und Verflechtungen bestehen (vgl. vorne E. 4.3). Ausschlaggebend ist, dass zwischen dem Beschwerdeführer und der B.-Gruppe, wie dargelegt, genügend intensive und enge Verbindungen bestanden, um ihn als Teil dieser Gruppe zu qualifizieren. Im Übrigen unterhielt der Beschwerdeführer darüber hinaus

Beziehungen zu weiteren Vermittlern und deren Anlegern. In dieser Funktion verstärkte er die Bindungen innerhalb der Gruppe.

E. 5.2

Somit bestand zwischen dem Beschwerdeführer und der B.-Gruppe eine enge wirtschaftliche und organisatorische Verflechtung. Der Beschwerdeführer bildet in Bezug auf die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen mit der B.-Gruppe eine wirtschaftliche Einheit, die aufsichtsrechtlich als Gesamtheit betrachtet werden muss. Die Vorinstanz hat demnach seine Gruppenzugehörigkeit zu Recht bejaht. Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, dass er selber keine Publikumseinlagen entgegengenommen hat.

E. 6

Es ist ferner zu prüfen, ob die Tätigkeit des Beschwerdeführers in gewerbsmässiger Art erfolgte (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG, Art. 3a Abs. 2 BankV). Der Beschwerdeführer hat als Teil der B.-Gruppe dazu beigetragen, dass diese Publikumseinlagen von Hunderten von Anlegern entgegen nehmen und halten konnte. Wie oben dargestellt, betreute der Beschwerdeführer selber einen grossen Stamm von Anlegern und führte der B.-Gruppe Gelder in 20facher Millionenhöhe zu. Die in Art. 3a Abs. 2 BankV festgelegte Zahl von 20 Publikumseinlagen, bei deren Erreichen eine Gewerbsmässigkeit vorliegt, ist demnach bei weitem überschritten. Der Beschwerdeführer ging ferner keiner andern Arbeit nach und erzielte mit seinen Aktivitäten im Rahmen der B.-Gruppe bis zum Jahr 2006 (Provisions-)Einnahmen von über Fr. 200'000.-, worin der Lohn für administrative Tätigkeiten nicht eingerechnet ist. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers, welcher er im Rahmen der B.-Gruppe und als Teil dieser nachging, erfolgte somit in gewerbsmässiger Art.

E. 7

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe.

E. 8

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Qualifikation als Gruppe und der Gruppenbegriff stellten Rechtsfragen dar, welche der Gesetzgeber in einem formellen Gesetz definieren müsse. Es fehle eine hinreichend klare und bestimmte generell-abstrakte Norm, um das Bankengesetz auf alle Mitglieder einer angeblichen Gruppe anzuwenden, mithin auch auf solche, die - wie er selber - keine Publikumseinlagen entgegengenommen hätten. Insofern sei eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, wie sie die Vorinstanz ihm gegenüber vornehme, nicht verfassungskonform.

E. 8.1

Nach Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. In Art. 36 BV wird festgehalten, dass Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein müssen. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar. Die Wirtschaftsfreiheit

ist, wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht ausführt, im Bereich der Entgegennahme von Publikumseinlagen eingeschränkt, da diese Tätigkeit nur mit einer Bewilligung vorgenommen werden darf (Art. 3 BankG). Natürliche und juristische Personen, die dem BankG nicht unterstehen, dürfen nach Art. 1 Abs. 2 dieses Gesetzes keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegen nehmen. Widerhandlungen gegen dieses Verbot ziehen die in E. 2 dargelegten, formell gesetzlich geregelten Massnahmen der Aufsichtsbehörde nach sich. Insofern ist nicht ersichtlich, worin das vom Beschwerdeführer geltend gemachte gesetzgeberische Manko zu erblicken wäre. Die Bewilligungspflicht dient dem Schutz der Anleger, der Gläubiger und der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sowie dem Ansehen des Finanzplatzes (PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2004, §1 N. 37 ff.; URS ZULAUF/DAVID WYSS/DANIEL ROTH, Finanzmarktenforcement, S. 12 f.).

E. 8.2

Der Beschwerdeführer scheint sich auf den Standpunkt zu stellen, sein Handlungsbeitrag zum verpönten Erfolg der Entgegennahme von Publikumseinlagen durch die B.-Gruppe sei als solcher nicht in einem formellen Gesetz niedergeschrieben, weshalb er nicht aufsichtsrechtlich belangt werden könne. Er verkennt, dass es sich hierbei nicht um die Problematik einer angeblichen fehlenden gesetzlichen Grundlage geht, sondern vielmehr darum, die Umgehung des nach dem Gesagten zweifellos vorhandenen gesetzlichen Verbots der Entgegennahme von Publikumseinlagen ohne Bewilligung (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG) durch arbeitsteiliges Handeln mehrerer Akteure auf dem Finanzmarkt zu verhindern (vgl. E. 4.3). Anders gesagt: Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, jedes zu Aufsichtsmaßnahmen führende Verhalten im Einzelnen bzw. sämtliche möglichen Umgehungstatbestände und -konstellationen einlässlich zu normieren. Ohne die Möglichkeit, mehrere natürliche und/oder juristische Personen als aufsichtsrechtliche Einheit zu behandeln, wäre indessen eine Umgehung der finanzmarktrechtlichen Vorschriften durch einzelne Mitglieder der entsprechenden Gruppe relativ einfach zu bewerkstelligen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2C_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2). Denkbar ist beispielsweise, dass sich einzelne Gesellschaften oder Personen einer Gruppe zwar massgebend an unbewilligten finanzmarktlichen Tätigkeiten beteiligen oder solche durch vorbereitende oder andere Handlungen erst ermöglichen, jedoch gleichzeitig dafür besorgt sind, dass sie die gesetzlichen Tatbestände nicht erfüllen, z.B. indem sie im Namen von anderen Personen oder Gesellschaften handeln oder das Geld der Anleger nicht direkt ihnen, sondern andern Gruppenmitgliedern zufliesst. Es würde dem Sinn und Zweck der gesamten Finanzmarktgesetzgebung diametral zuwiderlaufen, wenn solche Gesellschaften oder Personen aufgrund der genannten Umgehungsabsicht geplanten, arbeitsteiligen Vorgehensweise innerhalb der Gruppe nicht beaufsichtigt oder rechtlich belangt werden könnten. In diesem Sinne entschied auch das Bundesgericht. In einem Urteil vom 6. März 2007 erwog es, dass zwei Gesellschaften, hinter denen die gleichen Personen stünden, im Zusammenhang mit Werbung und Akquisition als Einheit aufgetreten und daher aufsichtsrechtlich einheitlich zu behandeln seien. Demnach seien beide Gesellschaften wegen unerlaubter gewerbsmässiger Entgegennahme von Publikumsgeldern zu liquidieren, selbst wenn eine der Gesellschaften selber nicht geschäftlich aktiv geworden sein sollte (BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007, E. 5.2.4; vgl. auch BGer. 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000, 2e und E. 3b/dd).

E. 8.3

Das Bankengesetz bietet daher eine genügende gesetzliche Grundlage, um die aufsichtsrechtlichen Mittel auf alle Gesellschaften und Personen einer Gruppe im obengenannten Sinne (E. 5) anzuwenden. Die Rüge des Beschwerdeführers greift somit ins Leere.

E. 9

Der Beschwerdeführer beanstandet die Höhe und Verteilung der Verfahrenskosten vor der Vorinstanz sowie der Kosten der Untersuchungsbeauftragten 2 nicht. Soweit eine solche Rüge in seinem allgemeinen Rechtsbegehren auf Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung enthalten sein sollte, muss sie als zu wenig substantiiert abgewiesen werden.

E. 10

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), und es steht ihm keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Verfahrenskosten sind angesichts der Schwierigkeit der Streitsache und der in Frage stehenden Vermögensinteressen auf Fr. 3000.- festzusetzen. Sie werden mit dem Kostenvorschuss von Fr. 3000.- verrechnet.

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