



## **Urteil vom 10. Dezember 2013**

---

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),  
Richter Stephan Breitenmoser,  
Richter Francesco Brentani;  
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

---

Parteien

1. **A.** \_\_\_\_\_,  
2. **B.** \_\_\_\_\_,  
beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Ruggle,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen,  
Werbeverbot und Publikation des Werbeverbots.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Mit superprovisorischer Verfügung vom 12. Juli 2012 untersagte die Vorinstanz der C.\_\_\_\_\_ jegliche Entgegennahme von Publikumseinlagen und jegliche Werbung für deren Entgegennahme. Als Untersuchungsbeauftragter wurde Urs Lichtsteiner, Rechtsanwalt, Zug, mit Organstellung eingesetzt. Dieser wurde ermächtigt, allein für die C.\_\_\_\_\_ zu handeln. Zudem wurde er beauftragt, einen umfassenden Untersuchungsbericht zur Geschäftstätigkeit der C.\_\_\_\_\_ zu erstellen. Den Organen der C.\_\_\_\_\_ wurde unter Androhung von Busse gemäss Art. 48 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) untersagt, ohne Zustimmung des Untersuchungsbeauftragten Rechtshandlungen für die C.\_\_\_\_\_ vorzunehmen, und es wurden sämtliche Konten und Depots, die auf die C.\_\_\_\_\_ lauteten oder an welchen sie wirtschaftlich berechtigt war, gesperrt. Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten wurden der C.\_\_\_\_\_ auferlegt. Am 20. August 2012 nahm die C.\_\_\_\_\_ Stellung zu der superprovisorischen Verfügung, verzichtete jedoch ausdrücklich auf die Ergreifung eines Rechtsmittels.

**A.b** Der von der Vorinstanz eingesetzte Untersuchungsbeauftragte erstattete am 11. September 2012 einen umfassenden Untersuchungsbericht. Darin kam er im Wesentlichen zum Ergebnis, die C.\_\_\_\_\_ sei am 11. Juni 2010 durch den Kauf und die Umfirmierung der D.\_\_\_\_\_ entstanden und sei eine Briefkastengesellschaft. Der Beschwerdeführer 1 sei einziger Verwaltungsrat mit einer Beteiligung von 25 %. Der Beschwerdeführer 2 sei Hauptaktionär mit einer Beteiligung von 75 % und Geschäftsführer mit Generalvollmacht. E.\_\_\_\_\_ sei nicht Aktionär der C.\_\_\_\_\_, jedoch Leiter des Vertriebs der Anlagen der C.\_\_\_\_\_ und als solcher für die Akquisition von Anlegern und für die Maklerbetreuung im Auftragsverhältnis zuständig. Er selektiere und vermittele die Makler und akquiriere selbst auch Anleger für die C.\_\_\_\_\_. Mit der F.\_\_\_\_\_ habe E.\_\_\_\_\_ den ersten Vermittlervertrag für die Vermittlung von Energieanleihen abgeschlossen. Die Verpflichtungen gegenüber den Anlegern seien nach der Gründung der C.\_\_\_\_\_ in diese übernommen worden. Die G.\_\_\_\_\_ GmbH sei eine Gesellschaft, welche gemäss Aussage des Beschwerdeführers 1 eine Biogasanlage in H.\_\_\_\_\_ betreibe. An der G.\_\_\_\_\_ halte die C.\_\_\_\_\_ eine Beteiligung von EUR 600'000.–. Im Oktober 2010 sei die G.\_\_\_\_\_ aufgelöst und in Liquidation gesetzt worden. Die I.\_\_\_\_\_ sei vom Beschwerdeführer 2 und J.\_\_\_\_\_ am 4.

August 2011 gegründet worden. Diese Gesellschaft, welche gemäss Aussage des Beschwerdeführers 1 zur Abwicklung von Anlagen und Projekten der C.\_\_\_\_\_ in Spanien hätte dienen sollen, sei jedoch nie aktiv geworden. Folgende Maklerfirmen seien für die Vermittlung von Energieanleihen in der Schweiz zum Einsatz gekommen: K.\_\_\_\_\_AG; L.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation; M.\_\_\_\_\_; N.\_\_\_\_\_; O.\_\_\_\_\_ GmbH sowie die P.\_\_\_\_\_ AG. Ferner seien noch natürliche Personen als Vermittler tätig gewesen. Im Prospekt, der unter [www.C.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www.C._____.com) abrufbar gewesen sei, werde die C.\_\_\_\_\_ als ausschliesslich im Bereich erneuerbarer Energien tätige Firma beschrieben. Es existierten drei verschiedene Anlageformen: die Einmaleinlage, die Spareinlage sowie der Entnahmeplan. Bei allen drei Einlageformen würden letztlich die Einlagen plus Zinsen von 3.25 bis 3.75 % und eine Überschussbeteiligung bei Mehrertrag an die Anleger ausbezahlt. Dieser Prospekt sei den Anlegern bei Vertragsabschluss abgegeben worden. Der investitionswillige Anleger unterzeichne das Formular "Antrag auf Kauf von Energieanleihen". Nach Überweisung der vereinbarten Anlagesumme erhielten die Anleger eine Annahmeerklärung zugesandt, welche die Aufnahme im Anlegerkreis der C.\_\_\_\_\_ und die angelegte Summe bestätigten. Im Namen der C.\_\_\_\_\_ seien so mit 183 Anlegern Verträge zur Investition in Energieanleihen abgeschlossen worden. Das vereinbarte Anlagevolumen der Anleger betrage bei den Einmalanlagen insgesamt Fr. 4'906'625.–, USD 68'735.– und EUR 33'333.– und bei den Spareinlagen Fr. 4'940'498.–. Von diesen vereinbarten Anlagevolumen seien bei den Einmaleinlagen in den Jahren 2011 und 2012 Fr. 3'396'025.–, USD 68'735.– und EUR 35'000.– einbezahlt worden. Hinzu kämen Fr. 572'178.23 und EUR 24'339.98, die von der Q.\_\_\_\_\_ auf Konti der C.\_\_\_\_\_ bei der Bank R.\_\_\_\_\_ überwiesen worden seien. Durch die Werbung der C.\_\_\_\_\_ via Homepage, Prospekt und über den Maklerbetrieb für ihre Energieanleihen seien damit rund 4.39 Millionen Franken in Form von Anlegergeldern entgegengenommen worden. Von diesen 4.39 Millionen Franken seien insgesamt 3.2 Millionen Franken effektiv an diverse Empfänger geflossen, zur Hauptsache für Vertriebskosten und den operativen Betrieb (Bürokosten, Reisespesen usw.). Die restlichen rund 1.1 Millionen Franken befänden sich auf Konti der C.\_\_\_\_\_, welche mit strafrechtlichem Beschlag belegt seien. Die einzigen Aktiven, über welche die C.\_\_\_\_\_ verfüge, seien die 1.1 Millionen Franken auf ihren Geschäftskonti und die Immobilie in Berlin-Wannsee, mithin 1.8 Millionen Franken. Die Anleger hätten damit mit einem Verlust von 58 % zu rechnen.

Der C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ wurde der Untersuchungsbericht vom 11. September 2012 von der Vorinstanz zur Stellungnahme bis 10. Oktober 2012 zugestellt. E.\_\_\_\_\_ nahm am 9. Oktober 2012 persönlich zum Untersuchungsbericht Stellung. RA Ruggle nahm am 30. November 2012 namens und auftrags der C.\_\_\_\_\_ Stellung zum Untersuchungsbericht, wobei er im Wesentlichen geltend machte, E.\_\_\_\_\_ habe mit der C.\_\_\_\_\_ nichts zu tun. Am 4. Dezember 2012 setzte die Vorinstanz dem Rechtsvertreter von E.\_\_\_\_\_ eine Frist zur Stellungnahme zum Untersuchungsbericht bis 17. Dezember 2012. Am 10. Dezember 2012 stellte die Vorinstanz dem Rechtsvertreter von E.\_\_\_\_\_ die Stellungnahme vom 30. November 2012 des Rechtsvertreters der C.\_\_\_\_\_ und der Beschwerdeführer 1 und 2 zur Stellungnahme bis 20. Dezember 2012 zu. Am 8. Januar 2013 äusserte sich der Rechtsvertreter von E.\_\_\_\_\_ zum Untersuchungsbericht, wobei er im Wesentlichen geltend machte, E.\_\_\_\_\_ sei sich in der Rolle als externer Ermittler keines Fehlverhaltens bewusst gewesen. Gleichfalls am 8. Januar 2013 äusserte sich der Rechtsvertreter von E.\_\_\_\_\_ zur Stellungnahme von RA Ruggle vom 30. November 2012.

**A.c** Mit Verfügung vom 1. Februar 2013 stellte die Vorinstanz fest, die C.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer 1) und B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer 2) hätten ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt (Dispositiv-Ziff. 1). Weiter eröffnete die Vorinstanz am 4. Februar 2013, 08:00 Uhr, den Konkurs über die C.\_\_\_\_\_. Als Konkursliquidator setzte sie den bisherigen Untersuchungsbeauftragten ein, und die bis anhin im Handelsregister eingetragenen Vertretungsbefugnisse der jeweiligen Organe wurden gelöscht (Dispositiv-Ziff. 2-8). Gegenüber den Beschwerdeführern 1 und 2 sprach die Vorinstanz Ausübungs- und Werbeverbote hinsichtlich der Entgegennahme von Publikumseinlagen aus (Dispositiv-Ziff. 9, 10). Die Vorinstanz verfügte sodann, dass die Dispositivziffern 9 und 10 nach Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung betreffend den Beschwerdeführer 1 für die Dauer von zwei Jahren und betreffend den Beschwerdeführer 2 für die Dauer von fünf Jahren auf ihrer Internetseite ([www.finma.ch](http://www.finma.ch)) veröffentlicht würden (Dispositiv-Ziff. 11). Die Ziffern 2 bis 8 des Verfügungsdispositivs wurden für sofort vollstreckbar erklärt, wobei die Tätigkeit des Konkursliquidators bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung auf sichernde und werterhaltende Massnahmen beschränkt wurde (Dispositiv-Ziff. 12). Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten (Fr. 82'146.05 [inkl. MwSt.]) und die Verfahrenskosten (Fr. 36'000.–) wurden

sämtlichen Verfügungsadressaten solidarisch auferlegt (Dispositiv-Ziff. 13, 14).

Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, es rechtfertige sich eine gruppenweise Betrachtung der Vorgänge um die C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ anzunehmen, was zur Folge habe, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Beteiligten träfen, selbst wenn nicht alle Involvierten an sämtlichen Handlungen teilgenommen hätten. Die C.\_\_\_\_\_ habe gestützt auf verschiedene Anlageverträge von 183 Anlegern Gelder in der Höhe von 4.39 Millionen Franken entgegengenommen. Die durch die C.\_\_\_\_\_ angebotenen Anlagemöglichkeiten wiesen sämtliche Merkmale einer Publikumseinlage im Sinne des Bankengesetzes auf. Der Vertrieb dieser Energieanleihen sei über ein von E.\_\_\_\_\_ betreutes Maklernetz erfolgt. Zudem habe die C.\_\_\_\_\_ Werbung über ihre Webseite ([www.test.C.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www.test.C._____.com)) betrieben, welche ohne Login öffentlich zugänglich gewesen sei. Ferner seien von weit über 20 Anlegern Gelder entgegengenommen worden, so dass die Gewerbsmässigkeit ohnehin zu bejahen sei. Es sei davon auszugehen, dass die C.\_\_\_\_\_ mit den entgegengenommenen Geldern kaum oder gar keine Investitionen getätigt, sondern den grössten Teil der entgegengenommenen Gelder an verschiedene Empfänger ausbezahlt habe. Ferner sei die C.\_\_\_\_\_ überschuldet, weshalb der Konkurs über sie zu eröffnen sei. Gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 seien Verbote der Ausübung einer Banktätigkeit und der entsprechenden Werbung in genereller Form auszusprechen. Die Ausübungs- und Werbeverbote seien gestützt auf Art. 34 FINMAG zu publizieren.

## **B.**

Gegen diese Verfügung reichten die C.\_\_\_\_\_ sowie die Beschwerdeführer 1 und 2 am 6. März 2013 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Sie stellen folgende Anträge:

"1. Die Ziffern 1-14 der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2013 seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass keine unterstellungspflichtige Tätigkeit besteht, und eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur korrekten Durchführung und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen,

2. eventualiter sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse."

Ferner stellen die C.\_\_\_\_\_ und die Beschwerdeführer 1 und 2 folgenden prozessualen Antrag:

"Es seien sämtliche Geschäftsunterlagen der C.\_\_\_\_\_, die der Untersuchungsbeauftragte sichergestellt hat, beizuziehen und es sei den Beschwerdeführern eine kurze Frist anzusetzen, um diese Beschwerde nach Einsicht in die Geschäftsunterlagen zu ergänzen."

Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer sei dadurch verletzt worden, dass die Vorinstanz die Stellungnahme der Beschwerdeführer zum Untersuchungsbericht vom 30. November 2012 E.\_\_\_\_\_ zur Stellungnahme zugestellt habe, nicht jedoch umgekehrt. Zudem sei die Anonymisierung der beiden Banken in der angefochtenen Verfügung unüblich und erschwere unnötig eine Stellungnahme.

Die Vorinstanz habe in mehreren Fällen den Sachverhalt unrichtig bzw. willkürlich festgestellt. So habe sie unrichtig festgehalten, dass die Webseite [www.test.C.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www.test.C._____.com) öffentlich zugänglich gewesen sei. Der Prospekt sei von E.\_\_\_\_\_ erstellt worden, weshalb dessen Inhalt weder der C.\_\_\_\_\_ noch den Beschwerdeführern angelastet werden könne. Es treffe zu, dass von den Anlegergeldern ca. 3.2 Millionen Franken abgeflossen seien. Die Auslagen seien aber allesamt im Interesse der C.\_\_\_\_\_ gewesen. Es sei in keiner Weise illegal, dass ein Anlagevehikel laufende Kosten aus den Anlagegeldern decke. Weiter habe die Vorinstanz unrichtig festgestellt, dass die Anlagen wertlos seien. Als Folge davon habe sie die Überschuldung der C.\_\_\_\_\_ festgestellt. Auch könne nicht von einer Gruppe gesprochen werden, die aufsichtsrechtlich als Einheit zu betrachten sei. Der Geschäftsbesorgungsvertrag mit E.\_\_\_\_\_ werde überbewertet. Der Vertrag habe E.\_\_\_\_\_ zwar klar mit dem Vertrieb beauftragt, doch bedeute dies nicht, dass damit eine Gruppe anzunehmen sei. E.\_\_\_\_\_ habe in eigener Regie gehandelt. Vorliegend handle es sich um eine unerlaubte Entgegennahme von Kundengeldern. Indes sei diese nicht öffentlich erfolgt, wie die Vorinstanz geltend mache. Das sog. Maklernetz sei allein von E.\_\_\_\_\_, nicht aber von den Beschwerdeführern aufgebaut worden. Ausserdem sei die Webseite [www.test.C.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www.test.C._____.com) nie öffentlich zugänglich gewesen. Die Konkursöffnung über die C.\_\_\_\_\_ sei unverhältnismässig und nicht im Interesse der Anleger. Das Werbeverbot sei nicht zu beanstanden, sondern gelte von Gesetzes wegen. Allerdings sei die Publikation der Ausübungs- und Werbeverbote der Beschwerdeführer unverhältnismässig. Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten seien zudem unangemessen; der Unter-

suchungsbeauftragte habe sich mit Kleinigkeiten aufgehalten und sei weitgehend untätig gewesen.

**C.**

Mit Verfügung vom 16. Mai 2013 teilte das Bundesverwaltungsgericht der C.\_\_\_\_\_ mit, dass sie den Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– mutmasslich zu spät geleistet habe und gewährte ihr das rechtliche Gehör zur angedrohten Rechtsfolge (Nichteintreten bei Säumnis). Die C.\_\_\_\_\_ machte am 3. Juni 2013 von ihrem rechtlichen Gehör Gebrauch. Im Eventualantrag ersuchte sie um Fristwiederherstellung. Am 12. Juni 2013 wurde die C.\_\_\_\_\_ ersucht, einen Beleg für die rechtzeitige Leistung des Kostenvorschusses einzureichen.

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 11. Juni 2013 beantragt die Vorinstanz die kostenfällige Abweisung der Beschwerde der Beschwerdeführer 1 und 2, soweit darauf einzutreten sei.

**E.**

Mit Eingabe vom 1. Juli 2013 macht die C.\_\_\_\_\_ erneut eine rechtzeitige Bezahlung des Kostenvorschusses bzw. einen Fristwiederherstellungsgrund geltend.

**F.**

Mit Verfügung vom 3. Juli 2013 des Instruktionsrichters wurde die C.\_\_\_\_\_ ersucht, dem Bundesverwaltungsgericht das Protokoll vom 8. Mai 2013 bezüglich des Kontos\_\_\_\_\_ der S.\_\_\_\_\_ AG einzureichen, welchem Ersuchen sie nicht nachkam (Eingaben vom 12. Juli 2013 und 13. September 2013). Im Übrigen halten die C.\_\_\_\_\_ und die Beschwerdeführer 1 und 2 am 13. September 2013 replikando an ihren Rechtsbegehren fest.

**G.**

Mit Zwischenverfügung vom 17. September 2013 wurden die C.\_\_\_\_\_ und die Beschwerdeführer 1 und 2 ersucht, dem Bundesverwaltungsgericht bis 7. Oktober 2013 die in der Replik in Aussicht gestellten, zum Nachweis der rechtzeitigen Leistung des Kostenvorschusses der C.\_\_\_\_\_ erforderlichen Dokumente sowie die in der Replik in Aussicht gestellten Unterlagen zu den dort genannten Energieproduktionsfirmen einzureichen, welchem Ersuchen die C.\_\_\_\_\_ sowie die Beschwerdeführer 1 und 2 nicht nachkamen (Eingabe vom 7. Oktober 2013).

**H.**

Mit Instruktionsverfügung vom 11. Oktober 2013 wurde die S.\_\_\_\_\_AG ersucht, das Protokoll betreffend Eingang und Ausführung des Zahlungsauftrags des Beschwerdeführers 1 für die C.\_\_\_\_\_ über Fr. 5'000.– an das Bundesverwaltungsgericht und das Protokoll bzw. die Telefonnotiz betreffend das Telefongespräch des Beschwerdeführers 1 vom 8. Mai 2013 mit der S.\_\_\_\_\_ AG betreffend Zusicherung der Zahlungsausführung am 8. Mai 2013 einzureichen. Das entsprechende Schreiben der S.\_\_\_\_\_ AG vom 17. Oktober 2013 ging beim Bundesverwaltungsgericht ein und ergab, dass der Kostenvorschuss der C.\_\_\_\_\_ von Fr. 5'000.– erst am 10. Mai 2013 dem Konto des Beschwerdeführers 1, mithin zu spät, belastet worden ist. Mit Teilurteil vom 22. Oktober 2013 wies das Bundesverwaltungsgericht das Fristwiederherstellungsgesuch der C.\_\_\_\_\_ ab und trat auf deren Beschwerde nicht ein.

**I.**

Duplikando beantragt die Vorinstanz am 4. November 2013 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Der Entscheid der Vorinstanz vom 1. Februar 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.

**1.2** Soweit die Beschwerdeführer selber (und nicht die C.\_\_\_\_\_) Adressaten der angefochtenen Verfügung vom 1. Februar 2013 sind, sind sie offensichtlich berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des VwVG). In diesem Umfang sind sie daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

**1.3** Beschwerdefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Kostenvorschüsse wurden - im Unterschied zur C.\_\_\_\_\_ - rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und es liegt eine rechtsgültige Vollmacht des Rechtsvertreters der Beschwerdeführer vor.

**1.4** Insofern als die Beschwerdeführer auch die Aufhebung derjenigen Teile der Verfügung vom 1. Februar 2013 beantragen, die sich gegen die C.\_\_\_\_\_ richten, ist wie folgt zu differenzieren: Wie das Bundesgericht bereits wiederholt entschieden hat, ist ein einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat zwar befugt, einen die Gesellschaft betreffenden aufsichts- oder konkursrechtlichen Entscheid in deren Namen anzufechten. Hingegen ist er nicht legitimiert, dies in eigenem Namen zu tun, denn er ist durch den angefochtenen Entscheid nicht in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.2 sowie Urteil des Bundesgerichts 2A.721/2006 vom 19. März 2007 E. 2.1). Vorliegend waren sowohl der Beschwerdeführer 1 als einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift der C.\_\_\_\_\_ als auch der mit einer Generalvollmacht ausgestattete Beschwerdeführer 2 grundsätzlich auch zur Beschwerdeführung im Namen der C.\_\_\_\_\_ befugt. Doch wie vorstehend ausgeführt, konnte wegen einer verspäteten Leistung des Kostenvorschusses auf das Rechtsmittel der C.\_\_\_\_\_ nicht eingetreten werden (vgl. den in Bst. H. zitierten Teilentscheid vom 22. Oktober 2013 des Bundesverwaltungsgerichts), so dass das Beschwerderecht in diesem Umfang verwirkt ist.

**1.5** Auf die Beschwerden ist daher nur insoweit einzutreten, als sie sich gegen diejenigen Teile der angefochtenen Verfügung richten, welche die Beschwerdeführer direkt und persönlich betreffen.

## **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 Betrieb 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 gewerbsmässigen 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 schwersten möglichen 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; TOMAS POLEDNA/DAVID JERMINI, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2013, N 10 zu Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG; THOMAS BAUER/OLIVER HARI/VINCENT JEANNERET, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [Hrsg.], a.a.O., N 13 zu Art. 33 BankG).

### 3.

Streitgegenstand bildet zur Hauptsache die Frage, ob die Vorinstanz das Werbeverbot der beiden Beschwerdeführer publizieren durfte (Dispositiv-

Ziff. 11). Vorfrageweise stellt sich dabei die Frage, ob die Beschwerdeführer unerlaubt Publikumseinlagen entgegen genommen haben (Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung). Nicht zu prüfen sind hingegen alle Fragen im Zusammenhang mit der konkursrechtlichen Liquidation der C.\_\_\_\_\_.

**3.1** Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführern vor, für die C.\_\_\_\_\_ gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen zu haben, ohne die hierfür erforderliche Bewilligung zu besitzen.

**3.2** Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Die Entgegennahme von Publikumseinlagen besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig für eigene Rechnung Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, wobei grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen gelten. Es muss ein Vertrag vorliegen, in dem sich der Zahlungsempfänger zur späteren Rückzahlung der betreffenden Summe verpflichtet (vgl. BGE 132 II 382 E. 6.3.1). Massgeblich hierfür ist nicht die Bezeichnung der Einlagen, sondern der gewollte Vertragszweck. Nicht als Einlagen gelten Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden (Art. 3a Abs. 3 Bst. a der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 [BankV, SR 952.02]), Anlehensobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verkündete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubiger in einem dem Art. 1156 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) entsprechenden Umfang informiert werden (Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV), Habensaldi auf Kundenkonten von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird (Art. 3a Abs. 3 Bst. c BankV), oder Gelder, deren Entgegennahme in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsvertrag, der beruflichen Vorsorge oder anderen anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) stehen (Art. 3a Abs. 3 Bst. d BankV). Nur diese in Art. 3a Abs. 3 Bst. a-d BankV abschliessend – als Ausnahmen – aufgezählten Verbindlichkeiten gelten nicht als Einlagen. Die Umschreibung des Begriffs "Einlagen" erfolgt damit negativ (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2723/2011 vom 24. April 2012 E. 4.1; ALOIS RIMLE, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Zürich/Basel/Genf

2004, S. 13; DANIEL ZUBERBÜHLER, Revision des Bankengesetzes vom 18. März 1994 und der Bankenverordnung, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 3/1994, S. 18 f.). Ferner sind bestimmte Einlagen kraft Gesetzes nicht als Publikumseinlagen zu qualifizieren (Art. 3a Abs. 4 BankV). Hierzu zählen insbesondere Einlagen von in- und ausländischen Banken oder anderen staatlich beaufsichtigten Unternehmen und institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie.

**3.3** Das Bankengesetz definiert den Begriff der Gewerbsmässigkeit nicht näher. Die Bankenverordnung legt fest, dass gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 BankV). Es soll sich um eine selbständige, auf den dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit handeln (in Anlehnung an Art. 2 Bst. b Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV, SR 221.411]). Eng mit dem gewerbsmässigen Charakter der Aktivitäten verbunden ist deren Öffentlichkeit. Das Gesetz definiert den Begriff der Öffentlichkeit ebenfalls nicht näher. Nach herrschender Lehre geht es dabei nicht um die feste Zahl von 20 oder die Bestimmtheit des angesprochenen Personenkreises, sondern um die Unbegrenztheit der Zahl der potentiellen Adressaten. Es ergibt sich dementsprechend aus der ratio legis, dass ein Marktteilnehmer, dem untersagt ist, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, sich auch nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen und nicht, in welcher Form auch immer, dafür Werbung betreiben darf (Art. 2a Bst. a sowie Art. 3 Abs. 1 BankV). Dies gilt selbst dann, wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (Art. 3 Abs. 1 BankV; FINMA-RS 08/3 Rz. 8-9; vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2). Die Aufzählung möglicher Werbeformen in Art. 3 Abs. 1 BankV ist nicht abschliessend. Die Organisation und Durchführung von Werbeveranstaltungen sowie der Einsatz von Vermittlern, die alsdann für Kunden werben, gilt somit auch als unzulässige Werbung (vgl. RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [Hrsg.], a.a.O., N 62-64 zu Art. 1 BankG).

**3.4** Aktenkundig ist, und es wird von den Beschwerdeführern auch nicht bestritten, dass die C.\_\_\_\_\_ von rund 200 Anlegern unerlaubt Publikumseinlagen in der Höhe von 4.39 Millionen Franken entgegengenommen hat. Indes wird geltend gemacht, bei der Webseite [www.test.C.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www.test.C._____.com) handle es sich um eine Webseite, die nie öffentlich zugänglich gewesen sei. Nach dem Ausgeführten kann dahingestellt bleiben, ob oder wie lange die Webseite [www.test.C.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www.test.C._____.com) öffentlich zugänglich war und wer für den Inhalt des Prospekts verantwortlich war, nachdem mit weit über 20 Anlegern Verträge über Publikumsein-

lagen abgeschlossen wurden und professionelle Vermittler zum Einsatz kamen. Damit haben die Beschwerdeführer – sofern von einer Gruppe auszugehen ist (vgl. nachstehend E. 4) – gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfohlen.

#### 4.

Die Beschwerdeführer bestreiten indes, als Gruppe mit E.\_\_\_\_\_ gehandelt zu haben. Dieser sei in eigener Regie tätig gewesen und der Vertrieb sei ausgelagert worden, so dass die Beschwerdeführer keinen Einfluss auf den Vertrieb gehabt hätten.

**4.1** Nach der Praxis des Bundesgerichts, 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 nur eine gesamthafte Betrachtungsweise den faktischen Gegebenheiten gerecht wird und Gesetzesumgehungen verhindern kann. Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen und die dahinter stehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Bewilligungspflicht erfüllen, im Ergebnis aber gemeinsam dennoch eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt wird (vgl. BGE 135 II 356 E. 3.2). Der Schutz des Marktes und der Anleger rechtfertigt 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. Ein gruppenweises Handeln kann insbesondere dann vorliegen, wenn die Beteiligten nach aussen als Einheit auftreten und aufgrund der Umstände (Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleicher Geschäftssitz; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen) davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt wird (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.3.1, mit Hinweisen). 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 keine nach aussen erkennbaren finanzmarktrechtlich relevanten Tätigkeiten ausgeübt haben (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8227/2007, B-8244/2007 und B-8245/2007 vom 20. März 2009 E. 8.2, B-6715/2007 vom 3. September 2008 E. 6.3.3 sowie B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2).

**4.2** In der Bundesverwaltungsrechtspflege gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]). Frei ist die Beweiswürdigung vor allem darin, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, die dem Richter genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zu Stande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verlangt, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat oder nicht. Veranschlagt wird dabei sowohl das beigebrachte Beweismaterial als auch das Beweisverhalten der Parteien. Beweis ist geleistet, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine Beweisnot besteht. Dann gilt der Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit einer Sachbehauptung derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht in Betracht kommen (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 II 482 E. 3.2; BGE 130 III 321 E. 3.2; BVGE 2012/33 E. 6; ALEXANDER NIKITINE, Verletzung der Meldepflicht [Art. 20 BEHG] und der bankenrechtlichen Gewährspflicht, Besprechung des Urteils B-2204/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juli 2012 in Sachen Bank am Bellevue AG gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [BVGE 2012/33] in: GesKR 3/2013, S. 425 ff.).

Im Verfahren zur Abklärung einer allfälligen Unterstellungs- und Bewilligungspflicht nach dem Bankengesetz trifft die Betroffenen eine relativ weitgehende Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht. Diese beinhaltet insbesondere die Erteilung sämtlicher Auskünfte und die Herausgabe aller Unterlagen, welche die Vorinstanz benötigt, um ihrer Aufsichtstätigkeit nachzugehen und die Unterstellungspflicht abzuklären (Art. 1 BankV; vgl. BGE

121 II 147 E. 3a und Urteil des Bundesgerichts 2A.509/1999 vom 24. März 2000 E. 3b).

**4.3** Aus den Akten geht hervor, dass die C.\_\_\_\_\_ mit E.\_\_\_\_\_ am 24. September 2010 einen Geschäftsbesorgungsvertrag abschloss. Der unbefristete Vertrag sah vor, dass Gegenstand dieses Vertrages die gegenseitigen Rechte und Pflichten seien, die sich für beide Parteien zwischen der C.\_\_\_\_\_ und dem Generalvertrieb ergäben. Geschäftsbasis sei die Sicherung und Beschaffung von Vertriebspartnern sowie Kunden für die C.\_\_\_\_\_ und deren Partnerfirmen für die jeweils aktuell angebotenen Finanzmarktprodukte (Energie-Aktien, Energie-Anleihen, Energie-Policen). Der Generalvertrieb sei als selbständiges Unternehmen für die Beschaffung und Realisierung von Kunden und Vertrieben tätig. Der Generalvertrieb habe in der Zusammenarbeit die Vorgaben der C.\_\_\_\_\_ zu gewährleisten. Die Aufgabenstellung des Generalvertriebs umfasse die Herstellung von Kontakten und Abschlüssen zu Neukunden, die Vermittlung und das Führen von Vertrieben sowie die Vorprüfung der Kundenkreditunterlagen. Der Generalvertrieb schule und trainiere Vertriebsmitarbeiter und Vertriebsgruppen auf die Produkte der C.\_\_\_\_\_. Die Produktauswahl sowie die Standortverträge lägen im ausschliesslichen Kompetenzbereich der C.\_\_\_\_\_. Der Generalvertrieb informiere monatlich per Statusbericht über die aktuelle Entwicklung der vereinbarten Geschäfte auf der Basis der Planzahlen und Zeitstrukturen. Die Vertragsparteien verpflichteten sich ausdrücklich, und zwar über die Dauer dieses Vertrags hinaus, Stillschweigen über geschäftliche Informationen zu bewahren, die ihnen im Laufe der Zusammenarbeit bekannt geworden seien. Sie verpflichteten sich darüber hinaus, sämtliche und von beiden Parteien stammende Unterlagen wie Prospekte, Vertragsformulare, Schulungsunterlagen, Gebrauchsanweisungen und technische Beschreibungen ausschliesslich im Interesse der Vertragsparteien zu verwenden und keinem Dritten offen zu legen oder weiterzugeben. Dem Generalvertrieb stehe es frei, sich im Rahmen seiner Tätigkeit der Mitarbeit Dritter zu bedienen, in welchem Fall für diese Dritten dieselben Rechte, Pflichten und sonstigen Bedingungen dieses Vertrags gälten. Die C.\_\_\_\_\_ gewähre durch diesen Vertrag kein Alleinbesorgungsrecht in der Zusammenarbeit mit dem Generalvertrieb, stelle aber ausdrücklich sicher, dass die vom Generalvertrieb vermittelten Kontakte und Leistungen nicht an Dritte weiter gegeben oder "fremd" genutzt würden. Der Generalvertrieb erhalte Provisionen auf die getätigten Umsätze gemäss der aktuell gültigen Provisionsstaffel. Provisionen würden grundsätzlich auf die rechtlich einwandfrei getätigten Umsätze gezahlt. Die C.\_\_\_\_\_ gebe dem General-

vertrieb das Recht, eine eigene Geschäftsbesorgungs-GmbH unter der Firmengruppe C.\_\_\_\_\_ zu führen. Der unbefristete Vertrag könne mit einer Frist von 12 Monaten oder ausserordentlich gekündigt werden. Wie die Beschwerdeführer in ihrer Stellungnahme vom 30. November 2012 zum Bericht des Untersuchungsbeauftragten vom 11. September 2012 richtig ausführen, bezieht sich die Untersuchung in der Tat auf die C.\_\_\_\_\_. Dass sich der Prospekt auf die C.\_\_\_\_\_ bezieht, ist jedoch kein "unterschiedliches Paar Schuhe", sondern die Konsequenz von Ziff. 5.2 des Geschäftsbesorgungsvertrags, wonach E.\_\_\_\_\_ das Recht hat, unter der Firmengruppe C.\_\_\_\_\_ eine eigene Geschäftsbesorgungs-GmbH zu führen.

**4.4** Angesichts dieses Geschäftsbesorgungsvertrags ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass die personellen und wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen der C.\_\_\_\_\_ einerseits und der Geschäftstätigkeit von E.\_\_\_\_\_ andererseits derart intensiv sind, dass die C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ als Einheit zu betrachten sind. Der Einwand der Beschwerdeführer, E.\_\_\_\_\_ habe in eigener Regie gehandelt, geht fehl. Falls die C.\_\_\_\_\_ bzw. die Beschwerdeführer die Tätigkeit von E.\_\_\_\_\_ als vertragswidrig erachteten, wäre es ihnen frei gestanden, den Geschäftsbesorgungsvertrag ausserordentlich zu kündigen. Für die Qualifikation von E.\_\_\_\_\_ als Mitglied der Gruppe ist ferner irrelevant, dass dieser weder Aktionär noch Angestellter noch qualifizierter Beteiligter der C.\_\_\_\_\_ war.

**4.5** Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass die C.\_\_\_\_\_, die Beschwerdeführer 1 und 2 sowie E.\_\_\_\_\_ als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt haben.

## **5.**

Die Beschwerdeführer rügen die Publikation des Werbeverbots als unverhältnismässig.

**5.1** Nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG kann die Vorinstanz bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe der 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 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. Soweit der Veröffentlichung ein strafrechtlicher Charakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) zuerkannt werden müsste, hätte dies unmittelbare Auswirkungen auf die anzuwendenden Verfahrensgrundsätze (vgl. hierzu die ausführliche Herleitung im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2, mit Hinweis insbesondere auf das Urteil des EGMR 73053/01 vom 23. November 2006 i.S. Jussila gegen Finnland Ziff. 29 ff., mit weiteren Hinweisen).

Eine Verletzung allfälliger Rechte der Beschwerdeführer aus Art. 6 EMRK ist im vorliegenden Fall indessen nicht ersichtlich und wird von ihnen auch nicht gerügt, so dass sich an dieser Stelle weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

**5.2** Wie in E. 4.5 hiavor dargelegt, haben die Beschwerdeführer unerlaubt Publikumseinlagen entgegen genommen. 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. PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/SILVIA RENNINGER, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsen- und Finanzmarktaufsichtsgesetz, Basel 2011, N 14 zu Art. 34 FINMAG). 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 Verfü-

gungen 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, in: Watter/Vogt [Hrsg.], a.a.O., N 22 zu Art. 32 FINMAG).

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 gewerbmässigen 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 des Bundesgerichts 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.2, 2C\_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2 und 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2).

**5.3** Den Beschwerdeführern ist vorzuwerfen, dass sie von rund 200 Anlegern unerlaubt Publikumseinlagen in der Höhe von 4.39 Millionen Franken entgegengenommen und diese Summen bisher nicht zurückgezahlt haben. An Aktiven sind gemäss den nicht zu beanstandenden Ausführungen des Untersuchungsbeauftragten gerade noch 1.8 Millionen Franken vorhanden, so dass die Anleger mit einem Verlust von 58 % rechnen müssen. Der Beschwerdeführer 1 handelte als einer der Hauptverantwortlichen, da er das einzige einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglied der C.\_\_\_\_\_ war. Der Beschwerdeführer 2 war mit einer Generalvollmacht ausgestattet, welche ihm erlaubte, allein für die C.\_\_\_\_\_ zu handeln. Beide Beschwerdeführer waren nebst E.\_\_\_\_\_ treibende Kräfte bei der Aufbringung des Investitionskapitals. Es liegt somit eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen i.S.v. Art.

34 Abs. 1 FINMAG vor. Aspekte gegen das Vorliegen eines schweren Verstosses sind auch ansatzweise nicht ersichtlich. 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; HSU/BAHAR/RENNINGER, in: Watter/Vogt [Hrsg.], a.a.O., N 23 zu Art. 34 FINMAG). 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).

## **6.**

Die Beschwerdeführer rügen schliesslich, dass die Veröffentlichung des Werbeverbots gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstosse.

**6.1** Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat im ganzen Bereich des öffentlichen Rechts Geltung, sowohl für die Rechtsetzung als auch für die Rechtsanwendung (Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 104 Ia 105, 112; 96 I 234, 242; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2010, Rz 585). Er findet vor allem in der Eingriffsverwaltung Anwendung, kann aber auch in der Leistungsverwaltung eine Rolle spielen. Einzelne Aspekte des Grundsatzes sind allerdings primär auf die Eingriffsverwaltung ausgerichtet, so die Erforderlichkeit und das Verhältnis von Zweck und Wirkung einer Massnahme. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung drei Elemente, die kumulativ beachtet werden müssen: Die Verwaltungsmassnahme muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen; ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie am Ziel vorbeischießt, d.h. keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zweckes sogar erschwert oder verhindert. Zu prüfen ist mit anderen Worten die Zweckmässigkeit einer Massnahme. Die Zwecktauglichkeit einer Massnahme darf durch den Betroffenen nicht vereitelt werden. Die Verwaltungsmassnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zudem erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn

eine gleichermaßen geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Das Gebot der Erforderlichkeit einer Massnahme wird auch als Prinzip der "Notwendigkeit", des "geringst möglichen Eingriffs", der "Zweckangemessenheit" oder als Übermassverbot bezeichnet. Sind jedoch staatliche Schutzaufträge oder -pflichten (z.B. Gewährleistung der Sicherheit bei der Benutzung öffentlicher Strassen) zu erfüllen, so muss das "Übermassverbot" ergänzt werden. Deshalb sind auch Massnahmen, die zu wenig zur Erreichung des Schutzzieles beitragen, dem Zweck nicht angemessen und damit unverhältnismässig. Man könnte auch sagen, sie seien nicht geeignet, um das Ziel zu erreichen. In Lehre und Rechtsprechung wird statt von Verhältnismässigkeit von Zweck und Wirkung oft auch von "Verhältnismässigkeit im engeren Sinn" gesprochen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 613). Dieser wenig aussagekräftige Terminus ist zu vermeiden. Zutreffender ist eher die Bezeichnung "Zumutbarkeit". Eine Verwaltungsmassnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahrt. Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch ihre Wirkungen beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen miteinander vergleicht. Die Massnahme muss durch ein, das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Nur in diesem Fall ist sie den Privaten zumutbar. Für die Interessenabwägung massgeblich sind deshalb einerseits die Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der betroffenen privaten Interessen. Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tief greifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, soll unterbleiben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 581 ff.; THIERRY TANQUEREL, L'introduction du double non en cas de vote populaire sur une alternative respecte-t-elle la liberté de vote?, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer [Hrsg.], Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag, Zürich, Basel, Genf 2012, S. 339 ff.).

**6.2** In Anbetracht des Sanktionscharakters der Publikation sind zwar erhöhte Anforderungen an die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu stellen. Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes – die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits und die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) – müssen die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in sei-

nem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen. Weitere Schädigungen und künftige Störungen des Finanzmarkts können verhindert werden, indem potentielle Investoren auf der Internetseite der Vorinstanz vor den unerlaubten Tätigkeiten der beiden Beschwerdeführer gewarnt werden. Ferner werden potentiell Geschädigte rechtzeitig informiert (vgl. Urteil 2C\_929/2010 E. 5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.5.1, 4.5.2 und 4.5.4).

**6.3** Die Beschwerdeführer hatten durch ihr Verhalten einerseits den erheblichen finanziellen Interessen einer Vielzahl von Gläubigern zuwider gehandelt und andererseits die Funktionsfähigkeit des Finanzmarkts auf unzulässige Weise in Frage gestellt. Damit hatten sie zu gewärtigen, dass die umstrittene Massnahme im Sinne eines Individualschutzes der Gläubiger und eines Funktionsschutzes der Finanzmärkte der interessierten Allgemeinheit bekannt gemacht werde. Die Rüge, die verfügte Publikation des Werbeverbots auf der Internetseite der Vorinstanz sei unverhältnismässig, erweist sich nach dem Gesagten daher als unbegründet, weshalb die Publikation des Werbeverbots rechtmässig ist.

## **7.**

Mit ihrem Eventualbegehren verlangen die Beschwerdeführer schliesslich die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung. Abgesehen davon, dass die Verfügung – wie dargelegt – Bundesrecht nicht verletzt, haben die möglichen Adressaten von Feststellungsverfügungen gemäss Art. 32 FINMAG grundsätzlich keinen Anspruch auf Erlass einer negativen Feststellungsverfügung, in der ohne besonderes und nachgewiesenes Interesse festgestellt wird, dass sie keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzt haben. Zwar können mögliche Adressaten durchaus ein Interesse an einer solchen Feststellung haben, z.B. wenn sie in der Öffentlichkeit einer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bezichtigt werden, doch gilt in Bezug auf die von Amtes wegen zu erlassende Feststellungsverfügung gemäss Art. 32 FINMAG die Oficialmaxime (vgl. HSU/BAHAR/RENNINGER, in: Watter/Vogt [Hrsg.], a.a.O., N 31 zu Art. 32 FINMAG).

## **8.**

**8.1** Die Beschwerdeführer machen sodann geltend, die Kosten des Untersuchungsbeauftragten von Fr. 82'146.05 (inkl. MwSt.) seien unangemessen. Die Parteien hätten sich kooperativ verhalten und die erforderli-

chen Unterlagen geliefert. Der Untersuchungsbeauftragte habe sich mit Kleinigkeiten aufgehalten und sei weitgehend untätig gewesen. Innerhalb der Kanzlei des Untersuchungsbeauftragten sei es zu Kommunikationsproblemen gekommen, die sich letztlich auf den Gesamtaufwand ausgewirkt hätten.

**8.2** Die Vorinstanz hat weder durch die solidarische Auferlegung der Untersuchungskosten an die Verfügungsadressaten noch durch die Festsetzung der Höhe (Fr. 82'146.05 [inkl. MwSt]) Bundesrecht verletzt. Vielmehr hat sie den konkreten Aufwand gemäss den einschlägigen Bestimmungen in Rechnung gestellt (vgl. hierzu Akten der Vorinstanz, Register 7, Seiten 4 – 13) und bei der Festlegung der Kosten das ihr zustehende Ermessen im Rahmen von Art. 6 der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 (FINMA-GebV, SR 956.122) i.V.m. Art. 7 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041.0) korrekt ausgeübt. Des Weiteren hatten die Beschwerdeführer mittels Wahrnehmung bzw. Verweigerung ihrer Mitwirkungspflichten unmittelbaren Einfluss auf die Untersuchungskosten.

## **9.**

Die Beschwerde erweist sich demnach in allen Teilen als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist.

## **10.**

Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführer gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten zu tragen und es wird ihnen gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) keine Parteientschädigung ausgerichtet. Es rechtfertigt sich daher, den Beschwerdeführern die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 7'000.– in solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen. Diese sind mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'000.– (je Fr. 3'500.–) zu verrechnen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

**2.**

Den Beschwerdeführern werden die Verfahrenskosten von Fr. 7'000.– auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'000.– verrechnet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- Die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde);
- Die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_; Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler

Karin Behnke

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. Dezember 2013

