Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-6608/2007
{T 0/2}

Urteil vom 3. September 2008

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz), Richter Jean-Luc Baechler, Richterin Eva Schneeberger; Gerichtsschreiber Kaspar Plüss.

Parteien

1. D._____,
2. E._____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Peyer (Zürich),
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Bankenkommission (EBK),
Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

unerlaubter Effektenhandel / Verbot der Effektenhändlertätigkeit / Werbeverbot.

Sachverhalt:

A.a Die Vorinstanz wurde im Jahr 2006 durch das Untersuchungsrichteramt des Kantons Zug sowie durch mehrere Hinweise von Privatpersonen darauf aufmerksam gemacht, dass die Elvestus Marketing & Vertrieb AG (Elvestus; Risch) sowie die Y._____ AG seit längerer Zeit mit Aktien der NicStic AG (Nicstic; Zürich) handelten. Aufgrund der Aktenlage bestand der dringende Verdacht, dass die Elvestus und die Y._____ AG ohne Bewilligung als Emissionshäuser tätig waren, indem sie von verschiedenen Unternehmen neu geschaffene Effekten übernahmen und diese Aktien sodann aufgrund eines öffentlichen Angebots Dritten verkauften. Am 8. März 2007 setzte die Vorinstanz mit superprovisorischer Verfügung Rechtsanwältin U1_____ als Untersuchungsbeauftragte ein, um die Geschäftstätigkeit und die finanzielle Lage der Elvestus und der Y._____ AG (sowie der damit verbundenen Personen und Gesellschaften) abzuklären. Im Verlauf der Ermittlungen wurden im Mai und Juni 2007 zwei weitere Untersuchungsbeauftragte eingesetzt (Rechtsanwalt U2_____ sowie Rechtsanwalt U3_____), und der Verdacht betreffend illegaler Effektenhändlertätigkeit wurde ausgeweitet. In die Untersuchung einbezogen wurden die Nicstic sowie (u.a.) folgende weitere natürlichen und juristischen Personen: A.X._____, B.X._____, C._____, D._____ (Beschwerdeführer 1), E._____ (Beschwerdeführer 2), F._____, G._____, H._____, I._____, Herma AG (Herma; Sarnen), Hematec Holding AG (Hematec; Hünenberg), Bel Air Management AG (Bel Air; Knonau), Quiver United AG (Quiver; Risch), Ü._____ AG sowie Z._____ AG. Als superprovisorische Massnahme wurde den Organen der betroffenen Aktiengesellschaften untersagt, ohne Zustimmung des jeweiligen Untersuchungsbeauftragten weitere Rechtshandlungen für die Gesellschaft zu tätigen. Ferner wurden die Untersuchungsbeauftragten ermächtigt, für die betroffenen natürlichen Personen zu handeln.

Am 30. August 2007 erliess die Vorinstanz eine Verfügung, die den soeben erwähnten 18 (natürlichen und juristischen) Personen eröffnet wurde. Darin stellte die Vorinstanz fest, dass 14 der 18 Verfügungsadressaten ohne Bewilligung gewerbsmässig Effektenhändlertätigkeiten ausgeübt und damit gegen das Börsengesetz verstossen hätten. Per 31. August 2007 (8 Uhr) ordnete die Vorinstanz die Konkurseröffnung über die 6 überschuldeten Gesellschaften sowie die Liquidation der 3 nicht überschuldeten Gesellschaften an (Publikation am 7. September

2007 auf der Homepage der Vorinstanz und im Schweizerischen Handelsamtsblatt), setzte Konkursliquidatoren ein, verfügte die Einstellung der Geschäftstätigkeiten, verbot die Annahme von Kundengeldern und untersagte den 9 natürlichen Personen (unter Androhung strafrechtlicher Sanktionen) die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Effektenhändlertätigkeit sowie die Werbung für solche Tätigkeiten. Betreffend Liquidations- und Konkursmassnahmen ordnete die Vorinstanz die sofortige Vollstreckung der Verfügung an, wobei sie die Konkursliquidatoren anwies, die Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland zu beschränken.

Die Vorinstanz begründete ihre Verfügung damit, 14 der 18 Verfügungsadressaten hätten ein Emissionshaus betrieben, ohne über eine Bewilligung für gewerbsmässige Effektenhändlertätigkeiten zu verfügen. Die betroffenen Gesellschaften und Personen seien gemäss ständiger Praxis als *Gruppe* zu betrachten, da zwischen ihnen enge Verbindungen bestünden aufgrund von gegenseitigen Beteiligungen, Übereinstimmungen bei den Domizilen und koordinierten Handelstätigkeiten. Es sei immer nach dem gleichen Grundmuster gehandelt worden: Die involvierten Personen hätten jeweils nicht börsenkotierte Aktien von einer nahestehenden Gesellschaft übernommen. Die Bezahlung sei durch Verrechnung mit bestehenden Forderungen, deren Werthaltigkeit zweifelhaft sei, erfolgt. Anschliessend seien die Aktien - wiederum durch Verrechnung - an eine nahestehende Gesellschaft verkauft worden, letztlich mit dem Ziel, dass eine Gesellschaft der Gruppe die Aktien aufgrund eines öffentlichen Angebots an Dritte verkaufe. Die Gruppenzugehörigen hätten den Aktienhandel gewerbsmässig betrieben mit dem Ziel, sich und die nahestehenden Gesellschaften und Personen regelmässig zu finanzieren. Der Verkaufserlös habe in der Regel ein Vielfaches des Nennwertes der Aktien betragen; gemäss Untersuchungsbericht (C 01 365) betrug etwa der Preis einer Nicstic-Aktie bei der Ausgabe Fr. 0.10, im Primärhandel Fr. 4.- bis Fr. 15.- und beim Verkauf an Dritte bis zu Fr. 25.-. Insgesamt seien 185 Mio. Aktien zum Verkauf bereitgestellt worden und mindestens 540 Anleger hätten Aktien gekauft; nicht restlos geklärt worden sei die Frage, wie viele Aktien letztlich verkauft worden seien, wie viel Geld damit umgesetzt wurde und wie die Gelder anschliessend verwendet worden seien. Insgesamt rechtfertige sich die Liquidation der betroffenen Gesellschaften, wobei in Überschuldungsfällen der Konkurs zu eröffnen sei. Ferner sei die Auferlegung eines Effektenhandels- und Werbeverbots betreffend die involvierten natürlichen Personen angebracht; die-

se Massnahme diene dem Anlegerschutz und sei gerechtfertigt aufgrund der Gefahr, dass die Betroffenen ihre Tätigkeiten in anderer Form und im Namen anderer Gesellschaften weiterführen würden.

A.b Im Rahmen des im März 2007 eingeleiteten Untersuchungsverfahrens wurde die Vorinstanz auf die Hematec, die Herma und die Ü._____ AG aufmerksam (vgl. oben, A.a.). Am 25. Juni 2007 setzte die Vorin- stanz mit superprovisorischer Verfügung Rechtsanwalt U2_____ als Untersuchungsbeauftragten ein, um die Geschäftstätigkeit und die finanzielle Lage der Hematec, der Herma, der Ü._____ AG und der damit verbundenen Personen und Gesellschaften abzuklären. Im daraus resultierenden Untersuchungsbericht vom 24. Juli 2007 kam Rechtsanwalt U2_____ zum Schluss, dass der Beschwerdeführer 1 eine zentrale und federführende Person der Hematec und wirtschaftlich Berechtigter der Herma sei (B 01 942); der Beschwerdeführer 2 stehe zum Beschwerdeführer 1 in einem Abhängigkeitsverhältnis (B 01 923 f.). In einer Stellungnahme vom 10. August 2007 bestritt der Beschwerdeführer 1 die Darstellung des Untersuchungsbeauftragten. Die Hematec erklärte in einem Schreiben vom 3. August 2007, der Beschwerdeführer 1 übe keinen aktiven Einfluss auf die Hematec aus und sei lediglich Untermieter in deren Geschäftsräumlichkeiten (A 04 705). Der Beschwerdeführer 2 nahm sowohl in eigenem Namen wie auch im Namen der Herma Stellung; er bestritt, vom Beschwerdeführer 1 abhängig zu sein (A 04 815).

A.c In der Verfügung vom 30. August 2007 (vgl. oben, A.a) stellte die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer 1 habe im Rahmen der als Emissionhaus tätigen Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig eine Effektenhändlertätigkeit ausgeübt. Der Beschwerdeführer 1 sei an mehreren Gesellschaften direkt oder indirekt beteiligt bzw. beteiligt gewesen, und es existierten Übereinstimmungen mit mehreren Domizilen von Gesellschaften der Gruppe. Es bestünden offensichtlich enge Verbindungen zwischen dem Beschwerdeführer 1 und diversen Gesellschaften und Personen der Gruppe. Der Beschwerdeführer 1 habe die immer gleiche Vorgehensweise der Gruppe zur Erzielung eines Verkaufserlöses unterstützt, indem er Aktien der R._____ AG an einzelne Anleger veräussert und Aktienkaufverträge für die Hematec unterzeichnet habe. Deshalb sei der Beschwerdeführer 1 als Gruppenzugehöriger einzustufen. Aus Gründen des Anlegerschutzes rechtfertige sich gegenüber dem Beschwerdeführer 1 ein Verbot, als Effektenhändler tätig zu sein bzw. Werbung dafür zu betreiben (unter Androhung

von Sanktionen im Zuwiderhandlungsfall). Ferner bestehe aus aufsichtsrechtlicher Sicht aufgrund der über die Herma angeordneten Konkurseröffnung die Gefahr, dass der Beschwerdeführer 2 (als Verwaltungsrat der Herma) seine Tätigkeit in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft weiterführen werde. Im Sinne des Anlegerschutzes rechtfertige sich deshalb auch ihm gegenüber ein Verbot, als Effektenhändler tätig zu sein bzw. Werbung für diese Tätigkeit zu betreiben (ebenfalls unter Androhung von Sanktionen im Zuwiderhandlungsfall). Die 18 Verfügungsadressaten hätten die Untersuchungskosten (Fr. 372'880.-) sowie die vorinstanzlichen Verfahrenskosten (Fr. 50'000.-) unter solidarischer Haftung zu tragen.

B.
Am 1. Oktober 2007 erhoben die Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Peyer (Zürich), beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 30. August 2007. Sie stellten folgende Anträge:

> 1. Es sei Ziff. I 1 der Verfügung vom 30. August 2007 insofern aufzuheben, als festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer 1, D._____, gewerbsmässig eine Effektenhändlertätigkeit gemeinsam mit anderen Personen ausübt und damit gegen das Börsengesetz verstösst.
>
> 2. Es sei Ziff. IV.21 insofern aufzuheben, als sich das generelle Verbot, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte eine bewilligungspflichtige Effektenhändlertätigkeit auszuüben oder für eine Effektenhändlertätigkeit in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben, elektronischen oder anderen Medien Werbung zu betreiben, sich auf die Beschwerdeführer 1 und 2 bezieht.
>
> 3. In gleicher Weise seien die in Ziff. IV. 22 und 23 wiedergegebenen Verfügungen insoweit aufzuheben, als sie sich auf die Beschwerdeführer 1 und 2 beziehen.
>
> 4. Es seien die Kostenauflageverfügungen von Ziff. V. 26 und 27 ersatzlos aufzuheben, soweit sie sich auf die Beschwerdeführer 1 und 2 beziehen.
>
> 5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Eidgenössischen Bankenkommission.

Zur Begründung führten die Beschwerdeführer an, sie hätten keine bewilligungspflichtige Effektenhandelstätigkeit ausgeübt und folglich nicht gegen das Börsengesetz verstossen. Es bestünden keine engen wirtschaftlichen, personellen und örtlichen Verflechtungen zwischen den Beschwerdeführern und den übrigen Verfügungsadressaten. Der Beschwerdeführer 1 sei lediglich bis zum Jahr 2004 mit der Hematec verbunden gewesen; seither sei dies nicht mehr der Fall. Nach dem Verkauf der Nicstic-Aktien von Hematec an Elvestus am 18. Dezember 2004 habe der Beschwerdeführer 1 kaum mehr Kontakt zu der Gruppe um A.X._____, B.X._____ sowie K._____ gehabt. Was die Herma betreffe, räume die Vorinstanz selber ein, dass diese Gesellschaft seit längerem keine Geschäftstätigkeit mehr ausübe bzw. „stillgelegt“ sei. Früher habe die Herma zwar effektiv unter Verrechnung von Forderungen Nicstic-Aktien an nahestehende Unternehmen verkauft. Doch bei den Käufern habe es sich – abgesehen von Einzelfällen – nicht um Gruppenzugehörige gehandelt. Ferner stimme zwar, dass die Herma in den Jahren 2003 und 2004 Aktien (insbesondere der Nicstic) gekauft und verkauft habe. Dabei habe es sich indessen nicht um bewilligungspflichtige Effektenhandelstätigkeiten gehandelt. Seit Anfang 2005 bestünden keine gemeinsamen geschäftlichen Interessen oder Aktivitäten mehr zwischen dem Beschwerdeführer 1 und der Gruppe um B.X._____. Die Vorinstanz sei deshalb zu Unrecht davon ausgegangen, dass enge wirtschaftliche Verflechtungen und koordinierte Handlungen bestünden zwischen dem Beschwerdeführer 1 und der als Emissionshaus tätigen Gruppe. Was den Beschwerdeführer 2 betreffe, räume die Vorinstanz selber ein, dass dieser nicht auf unerlaubte Weise mit Aktien gehandelt habe bzw. dass er nicht zur Gruppe gehöre. Weil weder der Beschwerdeführer 1 noch der Beschwerdeführer 2 gewerbsmässige Effektenhändlertätigkeiten ausgeübt oder zur Gruppe gehört hätten, rechtfertige es sich nicht, den Beschwerdeführern die Tätigkeit als Effektenhändler zu verbieten, entsprechende Werbung zu untersagen und ihnen Verfahrenskosten aufzuerlegen.

C.

In der Vernehmlassung vom 30. November 2007 hielt die Vorinstanz an ihren Ausführungen fest. Sie ergänzte, das angeordnete Werbeverbot diene lediglich als Warnung, inskünftig bewilligungspflichtige Tätigkeiten zu unterlassen, und die angedrohte Publikation erfolge bloss im Wiederholungsfall. Gegenüber dem Beschwerdeführer 2 stelle das Werbeverbot eine *Reflexwirkung* der gegenüber der Herma angeordneten Massnahmen dar. In der seitens der Herma nicht angefochtenen

Verfügung habe die Vorinstanz unzulässige Effektenhändlertätigkeiten der Herma festgestellt und die Konkurseröffnung über diese Gesellschaft angeordnet. Als Verwaltungsrat der Herma sei der Beschwerdeführer 2 mitverantwortlich für die rechtskräftig festgestellten Verletzungen börsenrechtlicher Bestimmungen durch diese Gesellschaft. Die solidarische Kostenauferlegung entspreche der bundesgerichtlichen Praxis.

D.
In der Replik vom 28. Februar 2008 hielten die Beschwerdeführer an ihren Anträgen und Ausführungen fest. Sie ergänzten, das gegenüber dem Beschwerdeführer 2 angeordnete Werbeverbot könne nicht mit der rechtskräftig festgestellten Unterstellungspflicht der Herma gerechtfertigt werden; als Verwaltungsrat der Herma hafte der Beschwerdeführer 2 nicht kausal für deren Tätigkeiten, sondern nur im Rahmen von Art. 754 OR. Es sei unverhältnismässig, gegenüber dem Beschwerdeführer 2 als Organ der konkursiten Herma ein Werbeverbot aufgrund einer „Reflexwirkung“ anzuordnen, ohne dass ihm eine unrechtmässige Tätigkeit nachgewiesen worden sei und ohne dass die Notwendigkeit des Verbotes näher begründet werde. - In der Duplik vom 4. April 2008 hielt auch die Vorinstanz an ihren Vorbringen fest.

Auf die erwähnten und weiteren Vorbringen der Parteien wird - soweit sie sich für den Entscheid als rechtserheblich erweisen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Eidgenössischen Bankenkommission (vgl. Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] sowie Art. 33 Bst. f VGG). Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Die Beschwerdeführer sind als Adressaten der angefochtenen Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, soweit sie durch die vorinstanzlich angeordneten Massnahmen betroffen sind (Art. 37 VGG

i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.
Der Beschwerdeführer 1 wendet sich gegen die Feststellung der Vorinstanz, er habe in bewilligungspflichtigem Umfang mit Effekten gehandelt. Beide Beschwerdeführer wehren sich ferner gegen das vorinstanzlich angeordnete Verbot, gewerbsmässigen Effektenhandel zu betreiben oder für eine solche Tätigkeit zu werben. Sie machen Mängel bezüglich der Sachverhaltsfeststellung geltend und rügen eine fehlerhafte rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz.

Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob der Beschwerdeführer 1 von der Vorinstanz zu Recht als Zugehöriger einer als Emissionshaus tätigen Gruppe qualifiziert wurde. In diesem Zusammenhang werden zuerst die börsengesetzliche Regelung der Tätigkeit von Effektenhändlern sowie der in der Rechtsprechung entwickelte Begriff der „Gruppe“ beleuchtet (E. 3). Im Anschluss daran ist zu prüfen, ob der Vorinstanz Fehler unterlaufen sind bei der sachverhaltlichen Feststellung und rechtlichen Würdigung des Verhaltens des Beschwerdeführers 1 im Rahmen der von der Vorinstanz angenommenen Gruppe (E. 4 und 5). Sodann ist zu prüfen, ob es grundsätzlich zulässig war, gegenüber dem Beschwerdeführer 2 Massnahmen anzuordnen aufgrund dessen Organstellung bei einer Gesellschaft der Gruppe (E. 6). Schliesslich ist der Frage nachzugehen, ob das von der Vorinstanz gegenüber den Beschwerdeführern auferlegte Effektenhandels- und Werbeverbot eine verhältnismässige Massnahme darstellt (E. 7).

3.
Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, er sei von der Vorinstanz zu Unrecht als Zugehöriger einer Gruppe von Aktiengesellschaften und Privatpersonen eingestuft worden, die ein Emissionshaus betrieben habe. Es ist daher zunächst kurz auf den Zweck und das Schutzdispositiv des Gesetzes sowie auf die rechtlichen Kriterien einzugehen, die für die Annahme eines Emissionshauses bzw. einer Gruppentätigkeit vorausgesetzt werden.

3.1 Das Börsengesetz vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) unterstellt den gewerbsmässigen Effektenhandel einer Aufsicht, um die Anleger zu schützen und die Vertrauensbasis zu schaffen, die für das reibungslose Funktionieren der Finanzmärkte unerlässlich ist (Botschaft BEHG, BBl 1993 S. 1372; PHILIPPE A. HUBER, Basler Kommentar zum

Börsen- und Effektenhandelsgesetz, Art. 2 lit. d N 1). Gemäss Art. 10 Abs. 1 BEHG bedarf die Effektenhändlertätigkeit einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde. Als Effektenhändler gelten nach dem Gesetz natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, die gewerbsmässig für eigene Rechnung zum kurzfristigen Wiederverkauf oder für Rechnung Dritter Effekten auf dem Sekundärmarkt kaufen und verkaufen, auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten oder selbst Derivate schaffen und öffentlich anbieten (Art. 2 Bst. d BEHG; vgl. dazu BGE 126 II 71 E. 5a). Die Verordnung unterteilt die Effektenhändler in verschiedene Kategorien, u.a. in Eigenhändler und in Emissionshäuser. Als Eigenhändler gelten Effektenhändler, die gewerbsmässig für eigene Rechnung kurzfristig mit Effekten handeln (Art. 3 Abs. 1 Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996 [BEHV, SR 954.11]). Emissionshäuser sind Effektenhändler, die gewerbsmässig Effekten, die von Drittpersonen ausgegeben worden sind, fest oder in Kommission übernehmen und öffentlich auf dem Primärmarkt anbieten (Art. 3 Abs. 2 BEHV). Eigenhändler und Emissionshäuser gelten nur als Effektenhändler, wenn sie *hauptsächlich* im Finanzbereich tätig sind (Art. 2 Abs. 1 BEHV).

3.2 Im vorliegenden Fall ging die Vorinstanz davon aus, dass 14 der 18 Adressaten der angefochtenen Verfügung als *Gruppe* der Tätigkeit eines Emissionshauses nachgegangen sind.

3.2.1 Das Bundesgericht hat bisher wiederholt im Zusammenhang mit der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen nach dem Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) das Vorgehen mehrerer Akteure als Zusammenwirken in einer Gruppe bejaht und den gegen alle Gruppenmitglieder aufgrund einer einheitlichen Beurteilung erhobenen Vorwurf geschützt (vgl. unten, E. 3.2.2). Was den unerlaubten Effektenhandel nach dem *Börsengesetz* betrifft, war diese Frage soweit ersichtlich vom Bundesgericht bisher nicht zu beurteilen, und sie wurde bis anhin auch von der Lehre nicht behandelt. Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführer stützen sich bei ihrer Argumentation auf die im Zusammenhang mit dem Bankengesetz ergangene Rechtsprechung. Auch das Bundesverwaltungsgericht erachtet diese Analogie als sachgerecht: Es ist kein Grund ersichtlich, eine Gruppe, die gewerbsmässig Publikumsgelder entgegennimmt, aufsichtsrechtlich anders zu behandeln als eine Gruppe, die gewerbsmässig Effektenhandel betreibt. Die Rechtsprechung, die zur Thematik

des Gruppenbegriffes im Rahmen des Bankengesetzes ergangen ist, muss demnach auch im vorliegenden Fall beachtet werden.

3.2.2 Das Bundesgericht kam in einem Entscheid vom 21. Februar 2000 zum Schluss, dass mehrere Gesellschaften, die Publikumsgelder entgegennahmen und gegen aussen einheitlich auftraten, als Einheit zu betrachten seien (unerlaubtes Anlagesystem). Deshalb sei nicht zu beanstanden, dass bei sämtlichen Gruppenzugehörigen - auch bei jenen Gesellschaften, bei denen weniger als 20 Geldgeber engagiert gewesen seien – von einer gewerbsmässigen Tätigkeit ausgegangen und die Liquidation angeordnet worden sei (BGer. 2A.442/1999 vom 21.2.2000, 2e und E. 3b/dd). - In einem Urteil vom 6. März 2007 ging das Bundesgericht von einer Gruppe von zwei Gesellschaften aus, die aufsichtsrechtlich einheitlich zu behandeln seien. Es erwog, die beiden Gesellschaften, hinter denen die gleichen Personen stünden, seien im Zusammenhang mit Werbung und Akquisition als Einheit aufgetreten. 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 6.3.2007, E. 5.2.4).

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich – in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts – folgendermassen zum Gruppenbegriff geäussert: Von einer Gruppe, die aufsichtsrechtlich als Einheit zu betrachten ist, sei dann auszugehen, wenn zwischen den betreffenden Personen und / oder Gesellschaften enge wirtschaftliche (bzw. finanzielle / geschäftliche), organisatorische und personelle Verflechtungen bestünden. Die Verflechtungen müssten derart intensiv sein, dass nur eine gesamthafte Betrachtungsweise den faktischen Gegebenheiten gerecht werde und Gesetzesumgehungen verhindern könne. Als Gruppe seien insbesondere jene Personen und Gesellschaften aufzufassen, die gemeinsam vorgingen und gegen aussen hin als Einheit aufträten. Werde die Gruppenzugehörigkeit einer Gesellschaft bejaht, so sei das Gesetz auf sie auch dann anzuwenden, wenn sie weniger als 20 (im Extremfall auch gar keine) Publikumseinlagen entgegengenommen habe und damit – für sich allein – das Kriterium der Gewerbsmässigkeit nicht erfülle (BVGer. B-2474/2007 vom 4.12.2007, E. 3.2; B-1645/2007 vom 17.1.2008, E. 5.2, beide mit Verweis auf die Verfügung der EBK vom 24.11.2005, in: EBK-Bulletin 48/2006, Ziff. 20).

Die EBK kam in einer Verfügung vom 24. November 2005 zum Schluss, dass die zu einer Gruppe gehörenden Gesellschaften personell und wirtschaftlich eng verflochten seien und deshalb aus aufsichtsrechtlicher Sicht eine Einheit darstellten (EBK-Bulletin 48/2006 S. 312 ff., Ziff. 22). Zur Begründung führte sie an, dass die einzelnen Gesellschaften der Gruppe mit ihren koordinierten Aktionen ausschliesslich auf die Beschaffung von Anlegergeldern für die gesamte Gruppe abgezielt hätten. Die Entgegennahme von Publikumsgeldern sei durch ein gemeinsames Vorgehen von zwei Gesellschaften der Gruppe erfolgt. Sämtliche Aktivitäten der Gesellschaften seien vom selben Ort aus und durch die gleichen Personen und Kontaktpersonen ausgeübt worden (a.a.O., Ziff. 21).

4.
Im vorliegenden Fall wenden sich die Beschwerdeführer nicht dagegen, dass die Vorinstanz vom Vorliegen einer als Emissionshaus tätigen Gruppe ausging. Hingegen wehren sie sich dagegen, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer 1 als Gruppenzugehörigen qualifizierte und ihm deshalb unerlaubte Effektenhandelstätigkeiten vorwarf. Die Beschwerdeführer machen geltend, es bestünden keine engen örtlichen, personellen und wirtschaftlichen Verbindungen zwischen dem Beschwerdeführer 1 und der Emissionshausgruppe. Die Vorinstanz, die zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangt sei, habe den Sachverhalt in mehrfacher Hinsicht unrichtig und unvollständig festgestellt und ihren Entscheid nicht ausreichend begründet. Dementsprechend sei auch die rechtliche Würdigung der Vorinstanz nicht korrekt ausgefallen.

4.1 Die Vorinstanz begründete die Zugehörigkeit des Beschwerdeführers 1 zur Emissionshausgruppe wie folgt: Der Beschwerdeführer 1 sei an mehreren Gesellschaften der Gruppe direkt oder indirekt beteiligt bzw. beteiligt gewesen, und es bestünden offensichtlich enge wirtschaftliche, personelle und örtliche Verbindungen zwischen dem Beschwerdeführer 1 und diversen Gesellschaften und Personen der Gruppe. Der Beschwerdeführer 1 habe die immer gleiche Vorgehensweise der Gruppe zur Erzielung eines Verkaufserlöses unterstützt. Bis zum November 2004 sei der Beschwerdeführer 1 Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Hematec (der Muttergesellschaft der R._____ AG und der Nicstic) sowie Geschäftsführer der Nicstic gewesen. Auch danach – bis zum Jahr 2007 – habe er Geschäfte für die Hematec und die R._____ AG ausgeübt, etwa im Rahmen des Verkaufs von Akti-

en von Gruppengesellschaften. Der Beschwerdeführer 1 sei überdies wirtschaftlich Berechtigter der Herma gewesen; diese sei im Rahmen von Beteiligungen und Aktiengeschäften mit mehreren Gesellschaften der Gruppe eng verbunden gewesen und habe als Drehscheibe für Verschiebungen grosser Aktienpakete von Gruppengesellschaften fungiert. Schliesslich habe der Beschwerdeführer 1 geschäftliche Kontakte u.a. zu C._____ und zu B.X._____ gepflegt, und er sei am Erlös beteiligt gewesen, den die Elvestus für den Verkauf von Nicstic-Aktien erhalten habe.

4.2 Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, er habe sich Ende 2004 definitiv von der Hematec getrennt und seither keine engen Verbindungen zu Gruppenzugehörigen mehr gepflegt.

4.2.1 Die Vorinstanz macht geltend, bis zum November 2004 sei der Beschwerdeführer 1 Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Hematec sowie Geschäftsführer der Nicstic (die damals Blue Star Management AG hiess) gewesen. Auch nach dem Jahr 2004 sei der Beschwerdeführer 1 indessen für die Hematec aktiv gewesen. Noch bis zum Jahr 2007 habe er Geschäfte für die Hematec sowie für deren Tochtergesellschaft R._____ AG ausgeübt, etwa im Rahmen von Aktienverkäufen im April 2005. Somit sei der Beschwerdeführer 1 nicht nur in den Jahren 2003 und 2004 der Architekt des „Aktienkonglomerates“ gewesen, sondern sei auch später mit mehreren Gruppenzugehörigen eng verbunden gewesen. Allerdings habe er sich ab dem Jahr 2005 nicht selten vertreten lassen, u.a. durch seine Ehefrau (...) und durch den Beschwerdeführer 2. Was die Tätigkeiten der Hematec betreffe, habe sich diese im Wesentlichen auf das Halten verschiedener Beteiligungen ihrer Tochtergesellschaften konzentriert, insbesondere der R._____ AG (D 01 015) und der Nicstic (B 01 922; C 01 407; B 01 700; vgl. A 02 464). Vom 1. Januar 2004 bis am 30. Juni 2007 habe die Hematec der Ü._____ AG Nicstic-Aktien verkauft (B 01 879 f.), die diese anschliessend jeweils an Anleger veräussert habe (B 01 875 ff.). Die Hematec selber habe in diesem Zeitraum Nicstic-Aktien an 25 Anleger verkauft (B 01 879 f.; A 02 328 ff.). Ferner habe die Hematec Aktien der R._____ AG direkt an Dritte veräussert (B 01 892-894; A 02 462; A 02 328 ff.). Die Hematec habe drei Kapitalerhöhungen durchgeführt und dabei 85 Mio. Aktien zum Verkauf an Anleger bereitgestellt. Teile des Erlöses für verkaufte Aktien seien in zahlreichen Fällen an die Hematec gegangen (B 01 912).

4.2.2 Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, er sei im November 2004 als Geschäftsführer der Hematec aus dem Handelsregister ausgetragen worden; der effektive Rücktritt sei sogar bereits im Mai 2004 erfolgt. Spätestens am 18. Dezember 2004, als ein wesentlicher Teil der Hematec-Aktien an die Elvestus verkauft worden sei, habe der Beschwerdeführer 1 seinen Einfluss auf die Hematec verloren. Die Hematec habe denn auch in einem Schreiben vom 3. August 2007 bestritten, dass der Beschwerdeführer 1 Einfluss auf sie (die Hematec) gehabt habe; der Beschwerdeführer 1 sei lediglich Untermieter in den Geschäftsräumlichkeiten der Hematec gewesen (A 04 705). Im April 2005 habe der Beschwerdeführer 1 zwar effektiv einen Aktienkaufvertrag für die Hematec unterzeichnet; dies sei jedoch im Auftrag und mit Vollmacht des auslandabwesenden Verwaltungsrats H._____ geschehen. Es treffe nicht zu, dass ab 2005 seine Ehefrau (...) und der Beschwerdeführer 2 im Auftrag des Beschwerdeführers 1 gehandelt hätten. Die Ehefrau des Beschwerdeführers 1 sei nicht massgeblich an der Hematec beteiligt gewesen, und der Beschwerdeführer 1 sei für das Handeln seiner Ehefrau ohnehin nicht verantwortlich. Im Übrigen räume die Vorinstanz selber ein, dass sich die Hematec auf das Halten verschiedener Beteiligungen ihrer Tochtergesellschaften beschränke; bereits daraus sei ersichtlich, dass sich die Hematec an der Tätigkeit des angeblichen Emissionshauses nicht beteiligt habe. Was die angeblichen Tätigkeiten des Beschwerdeführers 1 für die Nicstic betreffe, könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er vom November 2003 bis zum März 2004 Geschäftsführer der Bluestar Management AG gewesen sei; während dieser Zeit habe die Vorinstanz kein gemeinsames Handeln der Gruppe festgestellt.

4.2.3 Der Beschwerdeführer 1 war im Handelsregister vom November 2003 bis zum März 2004 als Geschäftsführer der Nicstic eingetragen (C 01 407). Im Befragungsprotokoll vom 5. Juni 2007 hatte der Beschwerdeführer angegeben, er sei vom März 2003 bis Ende 2004 für die Hematec tätig gewesen (B 01 700). In den Akten ist ferner ein Aktienkaufvertrag vom 4. März 2005 enthalten, den der Beschwerdeführer 1 für die Hematec mit Ä._____ abgeschlossen hatte (B 01 498); auch in der Brief-, Fax- und Mail-Korrespondenz mit diesem Kunden unterzeichnete der Beschwerdeführer 1 stets für die Hematec, und seine Mail-Adresse lautete D._____@hematec-holding.com (B 01 497-491). Die Beteiligungsverhältnisse an der Hematec sind gemäss Untersuchungsbericht unklar; es liegt eine Aufstellung vom 30. Dezember 2005 vor, wonach die Ehefrau des Beschwerdeführers 1 ca. 2-3

Mio. (von 85 Mio.) und der Beschwerdeführer 1 bis zu 1 Mio. Hematec-Aktien besitzen (B 01 925). Aufgrund von Befragungen ging der Untersuchungsbeauftragte davon aus, dass der Beschwerdeführer 1 weiterhin Einfluss auf die Hematec ausübt, u.a. über seine Ehefrau und den Beschwerdeführer 2 (vgl. B 01 924 f.).

Vor dem Hintergrund dieser Aktenlage ging die Vorinstanz nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zu Recht davon aus, dass der Beschwerdeführer 1 in den Jahren 2003 und 2004 in massgeblichem Umfang für die Nicstic und die Hematec tätig war. Aufgrund des schon damals regen Aktienhandels zwischen der Nicstic, der Hematec und diversen weiteren Verfügungsadressaten besteht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die damalige Geschäftstätigkeit bereits zu jener Zeit dem Ziel diente, als Gruppe ein Emissionshaus zu betreiben. Was den Aktienverkaufsvertrag aus dem Jahr 2005 betrifft, den der Beschwerdeführer 1 für die Hematec unterzeichnet hatte, ist nicht davon auszugehen, dass es sich dabei um einen singulären, durch die Auslandabwesenheit des Verwaltungsrats H._____ begründeten Fall handelte. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass dem Beschwerdeführer 1 nahestehende Personen – seine Ehefrau sowie der Beschwerdeführer 2 – Aktionäre der Hematec waren, und dass deren Befragung beim Untersuchungsbeauftragen den Eindruck einer gewissen Abhängigkeit vom Beschwerdeführer 1 hinterliessen. Unter diesen Umständen ist die Feststellung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdeführer 1 auch in den Jahren 2005-2007 im Rahmen von Geschäftstätigkeiten der Hematec eine aktive Rolle spielte.

4.3 Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, er sei entgegen der Vorinstanz nicht wirtschaftlich Berechtigter an der Herma; deren Tätigkeiten im Rahmen der Gruppe könnten ihm deshalb nicht angerechnet werden.

4.3.1 Die Vorinstanz macht geltend, der Beschwerdeführer 1 sei wirtschaftlich Berechtigter der Herma und deshalb eng mit Gruppenzugehörigen verbunden. Die Herma sei die eigentliche Drehscheibe gewesen für verschiedene Transaktionen im Rahmen von Kapitalerhöhungen und Verschiebungen grosser Aktienpakte von Gruppengesellschaften.

4.3.2 Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, er sei nicht wirtschaftlich Berechtigter der Herma. Entgegen einer Aussage von

B.X._____ sei der Beschwerdeführer 1 auch früher nicht (über die Hematec) Mehrheitsaktionär der Herma gewesen. Die Vorinstanz räume selber ein, dass die Herma nur vereinzelt Aktien an Dritte veräussert habe. Selbst wenn man von der Darstellung der Vorinstanz ausgehen würde, dass die Herma im Rahmen von verschiedenen Kapitalerhöhungen Aktien gezeichnet hätte unter Verrechnung von Forderungen an nahestehende Personen und Gesellschaften, wäre damit noch nicht erwiesen, dass der Beschwerdeführer 1 auf unerlaubte Weise mit Effekten gehandelt habe bzw. zur Gruppe gehöre. Die Herma habe die Aktien (via Kontokorrent) nur an nahestehende Personen und Gesellschaften veräussert, nicht aber an Dritte und bloss vereinzelt an Gruppenzugehörige. Aus dem Umstand, dass die Herma am 3. März 2004 Aktien der Nicstic (damals Bluestar Management AG) an die Hematec verkauft habe, könne ebenfalls nicht auf die Gruppenzugehörigkeit des Beschwerdeführers 1 geschlossen werden. Die nachgewiesenen Aktiengeschäfte der Herma in den Jahren 2003 und 2004 stellten keine Effektenhändlertätigkeit dar. Im Übrigen räume die Vorinstanz selber ein, dass die Herma seit längerem keine Geschäftstätigkeit mehr betreibe. Aus den Akten zur Herma und zum Beschwerdeführer 1 ergebe sich ausserdem, dass sich der Einflussbereich des Beschwerdeführers 1 auf Gesellschaften beschränkt habe, die nicht zur Gruppe gehörten.

4.3.3 Was die Frage der wirtschaftlichen Berechtigung des Beschwerdeführers 1 an der Herma betrifft, ist mit der Vorinstanz einzuräumen, dass die Eigentumsverhältnisse bezüglich dieser Gesellschaft heute nicht mehr bis in alle Einzelheiten eruiert werden können. Der Beschwerdeführer 1 sagte am 14. Juni 2007 gegenüber dem Untersuchungsbeauftragten, bis Oktober 2003 sei seine Ehefrau (über die Q._____ AG) wirtschaftlich Berechtigte der Herma gewesen, danach der Beschwerdeführer 2; ein Vertrag, wonach die Herma am 21. Januar 2004 wieder an die Ehefrau des Beschwerdeführers 1 hätte veräussert werden sollen, sei nie vollzogen worden (B 01 681). Der Beschwerdeführer 2 gab anlässlich der Befragung durch den Untersuchungsbeauftragten am 5. Juli 2007 zu Protokoll, dass die Herma ursprünglich (über die Q._____ AG) dem Beschwerdeführer 1 gehört habe; dieser habe sie dann seiner Ehefrau verkauft, die sie wiederum an den Beschwerdeführer 2 veräussert habe (B 01 728 f.). Der Untersuchungsbeauftragte zweifelt im Untersuchungsbericht an der Darstellung der Beschwerdeführer. Es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer 2 und die Ehefrau des Beschwerdeführers 1 von Letzterem abhängig seien. Der Beschwerdeführer 1 habe es in der Vergan-

genheit immer wieder verstanden, das Eigentum an Gesellschaften zu verschieben und schliesslich diese doch immer in seinem Einflussbereich zu halten. Aus den Gesprächen mit diversen Personen sowie aus Dokumenten gehe hervor, dass letztlich der Beschwerdeführer 1 der wirtschaftlich Berechtigte der Herma gewesen sei (B 01 924 f.). - Aufgrund der geschilderten Aktenlage ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer 1 als wirtschaftlich Berechtigten der Herma einstufte. In Anbetracht der gesamten Umstände, insbesondere der widersprüchlichen Aussagen und der fehlenden Mitwirkung der Beschwerdeführer bei der Beweiserhebung sowie aufgrund der detaillierten Kenntnisse des Beschwerdeführers 1 über die Geschäftstätigkeit der Herma hat die Vorinstanz zu Recht auf die wirtschaftliche Berechtigung des Beschwerdeführers 1 an der Herma geschlossen.

Ferner hat die Vorinstanz den Sachverhalt auch insoweit korrekt festgestellt, als sie die Herma als Gesellschaft einstufte, die mit mehreren Gruppenzugehörigen in engem geschäftlichen Kontakt stand. Aus den bei den Akten liegenden Kaufverträgen, Befragungsprotokollen, Untersuchungsberichten und weiteren Belegen ist diesbezüglich Folgendes ersichtlich: Im Jahr 2003 kaufte die Herma von der Hematec (die damals Blue Star Entertainment AG hiess) sämtliche Aktien der Nicstic (die damals Bluestar Finance AG und später Blue Star Management AG hiess), wobei der Kaufpreis Fr. 60'900.- betrug und mit Forderungen verrechnet wurde, die laut dem Untersuchungsbeauftragten von zweifelhafter Werthaltigkeit waren (B 01 886; B 01 203). Bei einer anschliessenden Kapitalerhöhung erfolgte die Liberierung der Nicstic-Aktien über die Verrechnung einer Forderung der Herma gegenüber der Nicstic aus dem Verkauf von Aktien der R._____ AG (B 01 885; B 01 188 f.). Am 1. März 2004 verkaufte die Herma sämtliche Nicstic-Aktien wieder an die Hematec zurück, wobei der Kaufpreis von nun 6 Mio. Fr. wiederum über Kontokorrent erfolgte (B 01 884 und 691). Die Hematec verkaufte am gleichen Tag 20% der Nicstic-Aktien für Fr. 1.- an A.X._____ weiter (B 01 884; B 01 181). Ausserdem hielt die Herma Ende 2005 rund 26 Mio. (von 85 Mio.) Aktien der Hematec (B 01 926; B 01 706). Im Jahr 2003 zeichnete und liberierte die Hematec anlässlich einer Kapitalerhöhung Aktien der R._____ AG und veräusserte diese sodann an die Herma (B 01 894 ff.); die Liberierung erfolgte durch Verrechnung einer Kontokorrentforderung der Herma gegenüber der R._____ AG (B 01 897-899). Anschliessend verkaufte die Herma die Aktien der R._____ AG – ebenfalls unter Kontokorrent-Ver-

buchung - an nahestehende Gesellschaften und Personen (B 01 879 ff.), darunter die Ü._____ AG, die Herma, die Y._____ AG und den Beschwerdeführer 1. Diese veräusserten die Aktien an Dritte (B 01 891, 875 ff.; C 01 375; A 02 390). Anlässlich einer weiteren Kapitalerhöhung zeichnete die Herma im Juli 2004 Hematec-Aktien für den Betrag von 4.2 Mio. Franken, wobei die Liberierung über Verrechnung mit einer Kontokorrentforderung gegenüber der Herma erfolgte (A 03 767). Sechs Anlegern verkaufte die Herma Hematec-Aktien (B 01 901); ferner veräusserte sie Nicstic-Aktien an Dritte (B 01 878 f.). - Vor dem Hintergrund dieser Aktenlage ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass die Herma zumindest bis zum Jahr 2005 durch geschäftliche Aktivitäten sowie über Beteiligungen eng mit mehreren Gruppenzugehörigen verbunden war.

4.4 Der Beschwerdeführer 1 macht schliesslich geltend, er sei nicht nur für die Herma und Hematec nicht aktiv gewesen, sondern habe auch keine anderen Personen und Gesellschaften der Gruppe unterstützt.

4.4.1 Die Vorinstanz macht geltend, der Beschwerdeführer 1 habe Kontakte gepflegt mit P._____ (Verwaltungsrat der Nicstic; D 01 047), C._____ (C 01 361) sowie B.X._____. Mit letzteren beiden habe der Beschwerdeführer 1 Handel mit Nicstic-Aktien betrieben (C 01 235). Aus dem Erlös von Nicstic-Aktien, die durch die Elvestus verkauft worden seien, habe der Beschwerdeführer 1 Fr. 116'200.- erhalten (B 01 911). Ferner habe der Beschwerdeführer 1 Aktien der R._____ AG an einzelne Anleger veräussert (A 01 891; B 01 942).

4.4.2 Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, er habe keine Aktien der R._____ AG veräussert. Er habe bloss vereinzelt Nicstic-Aktien an Nahestehende durch Verrechnung verkauft. Seine Kontakte zu C._____, B.X._____ und P._____ seien nicht im Zusammenhang mit der angeblichen Gruppentätigkeit gestanden.

4.4.3 Aus dem Untersuchungsbericht von Rechtsanwalt U3_____ ergibt sich, dass der Beschwerdeführer 1 Geldgeber für eine Kapitalerhöhung der Nicstic gesucht hat. In diesem Zusammenhang stellte er B.X._____ P._____ vor, der Fr. 700'000.- zur Verfügung stellte und der später Verwaltungsrat der Nicstic wurde (D 01 047). Aus dem Untersuchungsbericht von Rechtsanwältin U1_____ ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer 1 C._____ anstellte, der fortan in den Räumen der Ü._____ AG gearbeitet habe und seinen Lohn teilweise

in Form von Hematec-Aktien erhalten habe (C 01 361). Ferner ergibt sich aus einem undatierten, bei den Akten liegenden „Memo“, dass der Beschwerdeführer 1 zusammen mit B.X._____ und C._____ die Emission von Nicstic-Aktien in der Schweiz plante (B 01 235). Vor dem Hintergrund dieser Aktenlage ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass der Beschwerdeführer 1 nicht nur zur Herma und zur Hematec, sondern auch zu weiteren Personen und Gesellschaften der Gruppe enge geschäftliche Kontakte pflegte.

5.
Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Sachverhalt insofern zutreffend festgestellt hat, als sie von bedeutenden Beteiligungen des Beschwerdeführers 1 an diversen Unternehmen der Gruppe sowie von namhaften Aktientransaktionen zwischen dem Beschwerdeführer 1 und mehreren Verfügungsadressaten ausging. Vor diesem tatbeständlichen Hintergrund ist die materiellrechtliche Rüge des Beschwerdeführers 1 zu würdigen, die Vorinstanz sei wegen einer fehlenden hinreichenden Verbundenheit zwischen ihm und den anderen Verfügungsadressaten zu Unrecht von einer Gruppenzugehörigkeit ausgegangen.

5.1 Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, er hätte aufgrund seiner Aktivitäten und seiner Beziehungen zu anderen Verfügungsadressaten nicht als Gruppenzugehöriger qualifiziert werden dürfen. Er habe keine bewilligungspflichtige Effektenhandelstätigkeit ausgeübt und folglich nicht gegen das Börsengesetz verstossen.

5.1.1 Die Vorinstanz macht geltend, das Vorgehen des Beschwerdeführers 1 entspreche dem typischen Muster der „Gruppe“: Übernahme von nicht börsenkotierten Aktien, die von nahestehenden Gesellschaften ausgegeben werden, gekoppelt mit einer Barzuzahlung beim Verkauf an Dritte. Die ohne Bewilligung ausgeübte Effektenhandelstätigkeit der Gruppe sei erst durch den Beschwerdeführer 1 ermöglicht worden. Das koordinierte Vorgehen der beteiligten Gesellschaften und Personen zeuge von der Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes, nämlich des Aktienverkaufs an Dritte zur Erlangung eines Erlöses. Neben den engen wirtschaftlichen Verflechtungen sei auch von engen räumlichen und personellen Verbindungen auszugehen. Deshalb seien die Verfügungsadressaten gemäss ständiger Praxis als Gruppe zu betrachten. Sie hätten gewerbsmässig gehandelt mit dem Ziel, die Gesellschaften und nahestehende Personen dadurch regelmässig zu fi-

nanzieren. Indem der Beschwerdeführer 1 im Rahmen der Gruppe ohne Bewilligung der Tätigkeit eines Emissionshauses nachgegangen sei, habe er gegen das Börsengesetz verstossen.

5.1.2 Wie vorne dargelegt, gelten mehrere Effektenhändler dann als Gruppe, wenn zwischen ihnen enge wirtschaftliche Beziehungen bestehen und sie nach aussen hin nach einem gemeinsamen Plan als Einheit wirksam werden; dabei ist nicht erforderlich, dass alle Mitglieder in gleicher Weise nach aussen hin erkennbar aktiv sind (vgl. vorne, E. 3.2.2). Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den überzeugenden Ausführungen der Vorinstanz und den umfangreichen Akten, dass die in das Verfahren involvierten Personen als Emissionshaus i.S.v. Art. 3 Abs. 2 BEHV tätig waren: Sie übernahmen jeweils nicht börsenkotierte Aktien von einer nahestehenden Gesellschaft, wobei die Bezahlung durch Verrechnung mit bestehenden Forderungen von fraglicher Werthaltigkeit erfolgte. Anschliessend wurden diese Aktien wiederum durch Verrechnung an nahestehende Gesellschaften veräussert mit dem Ziel, dass eine Gesellschaft der Gruppe die Aktien über ein öffentliches Angebot an Dritte verkaufe. So bot insbesondere die Elvestus auf dem Primärmarkt gewerbsmässig und öffentlich (im Internet) Nicstic-Aktien an, die sie zuvor von Gruppenzugehörigen übernommen hatte. Mit den beteiligten Akteuren war der Beschwerdeführer 1 wie erwähnt durch bedeutende Beteiligungen und namhafte Transaktionen eng verflochten, so dass er als zur als Emissionshaus tätigen Gruppe zugehörig bezeichnet werden muss.

Die vom Beschwerdeführer 1 hiergegen vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen: Nach dem Gesagten ist aufgrund der Erhebungen der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Aktivitäten des Beschwerdeführers 1 Teil eines koordinierten Gruppenverhaltens bildeten. Es mag zwar andere Verfügungsadressaten gegeben haben, deren Beitrag zum Erfolg der Gruppentätigkeit grösser war als jener des Beschwerdeführers 1. Ausschlaggebend ist jedoch, dass der Beschwerdeführer 1 über teilweise bedeutende Beteiligungen an Gesellschaften der Gruppe verfügte, und dass seine Aktivitäten ebenfalls erforderlich waren, um den Aktienverkauf an aussenstehende Anleger über die Elvestus abzuwickeln. Der Verkauf eigener Aktien stellt zwar – für sich alleine genommen - keine bewilligungspflichtige Effektenhändlertätigkeit dar. Im vorliegenden Fall erfolgten die zahlreichen Verkaufsgeschäfte der Gruppenzugehörigen untereinander jedoch offensichtlich in der Absicht, Drittanlegern im Rahmen von öffentlichen An-

geboten auf dem Primärmarkt Effekten von zweifelhafter Werthaltigkeit und zu möglicherweise überhöhten Preisen zu veräussern. Auch der Beschwerdeführer 1 musste den Hintergrund der von ihm getätigten Transaktionen kennen; nur so lassen sich die diversen Verschiebungen von Aktienanteilen auf wirtschaftlich sinnvolle Art erklären. Der Beschwerdeführer 1 nahm somit im System der Gruppe eine Rolle ein, die das Erreichen der angestrebten Ziele in nicht unbedeutendem Ausmass begünstigte. Demnach ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Gruppenzugehörigkeit des Beschwerdeführers 1 bejaht hat.

5.2 Der Beschwerdeführer 1 rügt sodann, er habe den Effektenhandel nicht gewerbsmässig betrieben, weshalb das Börsengesetz nicht auf ihn anwendbar sei.

5.2.1 Nach Art. 52 Abs. 3 der Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 (HRegV, SR 221.411) gilt als Gewerbe eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit. Gemäss dem am 1. Juli 1998 in Kraft getretenen Rundschreiben der EBK zur Erläuterung zum Begriff „Effektenhändler“ (EBK-RS 98/2) bedeutet Gewerbsmässigkeit, dass das Effektengeschäft eine selbständige und unabhängige wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die darauf ausgerichtet ist, regelmässige Erträge zu erzielen (Rz. 12). Die Anzahl Kunden ist zur Beurteilung von Emissionshäusern grundsätzlich nicht relevant: Werden Effekten auf dem Primärmarkt öffentlich angeboten (was bei Emissionshäusern definitionsgemäss der Fall ist, vgl. Art. 3 Abs. 2 BEHV), so kann ein Emissionshaus auch dann vorliegen, wenn die Effekten bei weniger als 20 Kunden platziert werden (vgl. Art. 4 BEHV sowie EBK-RS 98/2, Rz. 27 f.; siehe auch Matthias Kuster, Zum Begriff der Öffentlichkeit und Gewerbsmässigkeit im Kapitalmarktrecht, SZW 1997 S. 10 ff., S. 12 und 14). Nicht gewerbsmässig handeln dagegen natürliche und juristische Personen, die lediglich ihr eigenes Vermögen verwalten (Rz. 19). Aus Gründen des Funktionsschutzes kann sich indessen die Unterstellung von Eigenhändlern rechtfertigen, wenn sie Effektengeschäfte in grossem Umfang (mehr als 5 Mio. Fr. Bruttoumsatz pro Jahr) abwickeln (Rz. 23; vgl. Philippe A. Huber, a.a.O., Rz. 39).

5.2.2 Im vorliegenden Fall muss als erwiesen gelten, dass der Beschwerdeführer 1 einer gewerbsmässigen Effektenhandelstätigkeit nachging und deshalb dem Börsengesetz unterstand. Angesichts der namhaften Beteiligungen und der Mitwirkung innerhalb der Gruppe ist bei gesamtheitlicher Betrachtung eine Gewerbsmässigkeit zu bejahen.

Selbst wenn man zugunsten des Beschwerdeführers 1 annehmen wollte, dass seine Effektenhandelstätigkeit nicht als gewerbsmässig einzustufen wäre oder dass er die Aktien bei weniger als 20 Kunden platzierte, vermöchte ihm dies vorliegend nicht zu helfen. Gemäss der vorstehend wiedergegebenen Rechtsprechung (vgl. oben, E. 3.2.2) unterstehen Gruppenzugehörige auch dann der aufsichtsrechtlichen Bewilligungspflicht, wenn sie nicht gewerbsmässig tätig sind oder wenn sie im Einzelfall weniger als 20 Kunden haben. Dies muss - analog zum Bankenrecht – auch im Zusammenhang mit Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. d BEHG gelten. Da der Beschwerdeführer 1 somit ohnehin der börsengesetzlichen Bewilligungspflicht untersteht, erübrigen sich Weiterungen zur Thematik der Gewerbsmässigkeit bzw. zur Zahl der Kunden.

Somit ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die Effektenhandelstätigkeit des Beschwerdeführers 1 dem Börsengesetz untersteht.

5.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dass der Beschwerdeführer 1 zu einer als Emissionshaus tätigen Gruppe gehörte. Der Beschwerdeführer 1 verletzte Art. 10 Abs. 1 BEHG, indem er seine Effektenhandelstätigkeit ohne die erforderliche Bewilligung ausübte.

6.
Der Beschwerdeführer 2 macht geltend, die Vorinstanz hätte ihm gegenüber keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen anordnen dürfen, da die Vorinstanz ihm keinen unerlaubten Effektenhandel bzw. keine Verletzung des Börsengesetzes vorgeworfen habe.

6.1 Die Vorinstanz hatte betreffend den Beschwerdeführer 2 Folgendes festgehalten: Der Beschwerdeführer 2 sei einziger Verwaltungsrat der Herma, die gemäss der diesbezüglich rechtskräftigen Verfügung mit anderen Gruppenzugehörigen eng verbunden sei. Laut Beschwerdeführer 1 sei der Beschwerdeführer 2 auch Eigentümer der Herma bzw. deren Muttergesellschaft Q._____ AG. In den Jahren 2003-2004 sei der Beschwerdeführer 2 ausserdem Verwaltungsrat der Nicstic gewesen.

6.2 Der Beschwerdeführer 2 macht geltend, das angeordnete Werbeverbot könne nicht mit der rechtskräftig festgestellten Unterstellungspflicht der Herma gerechtfertigt werden. Als Verwaltungsrat der Herma

hafte der Beschwerdeführer 2 nicht kausal für deren Tätigkeiten, sondern nur im Rahmen von Art. 754 OR. Im Übrigen habe die Herma keine Aktien an Aussenstehende verkauft; sie habe sich lediglich an Kapitalerhöhungen beteiligt und die neu gezeichneten Aktien an nahe stehende Personen weiterveräussert, wobei der Kaufpreis regelmässig über Kontokorrent abgewickelt worden sei; daraus könne kein pflichtwidriges Handeln des Beschwerdeführers 2 als Verwaltungsrat der Herma abgeleitet werden.

6.3 Der Beschwerdeführer 2 ist alleiniger Verwaltungsrat der Herma, die von der Vorinstanz als Gruppenzugehörige eingestuft wurde. Wie das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit Sachverhaltsrügen ausgeführt hat, ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass zwischen der Herma und mehreren Gruppenzugehörigen enge geschäftliche Verbindungen bestanden (vgl. oben, E. 4.3.3). Dass die Vorinstanz aufgrund dieser Handelstätigkeiten auf eine Gruppenzugehörigkeit der Herma geschlossen hat, ist nicht zu beanstanden: Die in E. 4.3.3 erwähnten Aktiengeschäfte der Herma mit Gruppenzugehörigen erfolgten offensichtlich in der Absicht, Drittanlegern im Rahmen von öffentlichen Angeboten auf dem Primärmarkt Effekten von zweifelhafter Werthaltigkeit und zu möglicherweise überhöhten Preisen zu veräussern; nur so lassen sich die diversen Verschiebungen von Aktienanteilen auf wirtschaftlich sinnvolle Art erklären. Als Verwaltungsrat der Herma musste der Beschwerdeführer 2 den Hintergrund der getätigten Transaktionen kennen. Aufgrund seiner Stellung als verantwortliches Organ einer Gruppengesellschaft hat die Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer 2 zu Recht aufsichtsrechtliche Massnahmen angeordnet.

7.

Nachdem feststeht, dass die Vorinstanz grundsätzlich dazu befugt war, gegenüber den Beschwerdeführern Sanktionsmassnahmen anzuordnen, ist im Folgenden zu prüfen, ob die konkret angeordneten Massnahmen *angemessen* waren.

7.1 Die Vorinstanz hatte gegenüber den beiden Beschwerdeführern ein Effektenhandels- und Werbeverbot angeordnet. Sie begründete dies mit der Gefahr, dass sie ihre Tätigkeit in anderer Form und möglicherweise im Namen anderer Gesellschaften weiterführen würden. Aus Gründen des Anlegerschutzes sei es verhältnismässig, ein Verbot der Ausübung einer Effektenhändlertätigkeit und der entsprechenden

Werbung auszusprechen (unter Androhung von Sanktionen im Zuwiderhandlungsfall). Das Werbeverbot diene lediglich als Warnung, inskünftig bewilligungspflichtige Tätigkeiten zu unterlassen, und die angedrohte Publikation erfolge bloss im Wiederholungsfall. Gegenüber dem Beschwerdeführer 2 stelle das Werbeverbot eine Reflexwirkung der gegenüber der Herma angeordneten Massnahmen dar. In der seitens der Herma nicht angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz unzulässige Effektenhändlertätigkeiten der Herma festgestellt und die Konkurseröffnung über diese Gesellschaft angeordnet. Als Verwaltungsrat der Herma sei der Beschwerdeführer 2 mitverantwortlich für die rechtskräftig festgestellten Verletzungen börsenrechtlicher Bestimmungen durch diese Gesellschaft.

7.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, es rechtfertige sich nicht, ihnen die gewerbsmässige Effektenhändlertätigkeit bzw. die Werbung dafür zu untersagen, da sie gar keine solche Tätigkeit ausgeübt hätten. Es sei unverhältnismässig, gegenüber dem Beschwerdeführer 2 als Organ der konkursiten Herma ein Werbeverbot aufgrund einer „Reflexwirkung“ anzuordnen, ohne dass ihm eine unrechtmässige Tätigkeit nachgewiesen worden sei und ohne dass die Notwendigkeit des Verbotes näher begründet werde.

7.3 Nach Art. 35 Abs. 1 BEHG trifft die Aufsichtsbehörde die zum Vollzug des Börsengesetzes notwendigen Verfügungen. Im Fall von Missständen stehen der Aufsichtsbehörde diverse Massnahmen zur Verfügung, um den ordnungsgemässen Zustand wieder herzustellen (Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 BEHG). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Vorinstanz im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung – dem Schutz der Gläubiger und Anleger einerseits sowie der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits – Rechnung zu tragen (vgl. BGE 132 II 382 E. 4; BGE 131 II 306 E. 3.1).

7.4 Im vorliegenden Fall sind die angeordneten Massnahmen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer geeignet und zweckproportional, die unerlaubten Tätigkeiten als Effektenhändler, die sie bis zum Einschreiten der Vorinstanz ausübten, inskünftig zu verhindern. Insgesamt ist nicht ersichtlich, inwiefern das Vorgehen der Vorinstanz unverhältnismässig sein sollte. Aus Gründen des Anlegerschutzes rechtfertigt sich auch die Anordnung des Effektenhandels- und Werbeverbots

gegenüber dem Beschwerdeführer 2, da er verantwortliches Organ einer zur Gruppe gehörenden Gesellschaft ist (vgl. oben, E. 4.3.3 und E. 6.3). Was die Beschwerdeführer in dieser Hinsicht vorbringen, vermag nicht zu überzeugen, und ihre Beschwerde ist auch insofern als unbegründet abzuweisen.

8.
Die Beschwerdeführer rügen schliesslich die vorinstanzliche Regelung betreffend die Untersuchungskosten.

8.1 Die Vorinstanz auferlegte den 18 Verfügungsadressaten unter solidarischer Haftung die Untersuchungskosten (Fr. 372'880.-) sowie die vorinstanzlichen Verfahrenskosten (Fr. 50'000.-). Sie begründete die solidarische Kostenauferlegung mit verordnungsrechtlichen Bestimmungen sowie mit der bundesgerichtlichen Praxis.

8.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz hätte sie im Rahmen der angefochtenen Verfügung nicht in die solidarische Kostenauflage einbeziehen dürfen. Es gehe nicht an, bezüglich der Kostenauflage von einer Reflexwirkung der Herma auf den Beschwerdeführer 2 auszugehen, zumal diesem keine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 754 OR vorzuwerfen sei. Die Kostenauflage entbehre einer gesetzlichen Grundlage und könne auch nicht mit der bundesgerichtlichen Praxis gerechtfertigt werden. Ausserdem ergäben sich Widersprüche zu den Kostenauflagen, die in den superprovisorischen Verfügungen angeordnet worden seien und die die Beschwerdeführer gar nie erhalten hätten. Die Kosten, deren Höhe von der Vorinstanz nicht begründet worden sei, dürften nicht im Nachhinein per „Reflexwirkung“ den Beschwerdeführern angelastet werden.

8.3 Die Vorinstanz verwies anlässlich der Duplik auf die detaillierten Kostenabrechnungen der Untersuchungsbeauftragten (A 06 233 ff.). Im Rahmen der superprovisorischen Verfügungen seien den Beschwerdeführern keine Kosten auferlegt worden, weil sich erst zu einem späteren Zeitpunkt erwiesen habe, dass die Beschwerdeführer zur Gruppe gehörten (A 05 459-463).

8.4 Die Eidgenössische Bankenkommission kann für ihre Verfügungen bis zu Fr. 30'000.- pro Partei erheben, wenn sie Entscheide über die Zwangsunterstellung unter das Börsengesetz fällt (Art. 12 Abs. 1 Bst. h EBK-GebV). Die Untersuchungskosten fallen im Rahmen von direkten Aufsichtshandlungen an und werden somit gestützt auf Art. 13 Abs. 1

Bst. a EBK-GebV erhoben. Art. 11 EBK-Gebührenverordnung vom 12. Dezember 1996 (EBK-GebV; SR 611.014) legt fest, dass sich die Erhebung von Gebühren zur Deckung von Verfahrenskosten nach der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (KostenV VwV; SR 172.041.0) richtet. Gemäss Art. 7 KostenV VwV tragen mehrere Parteien ihre gemeinsamen Verfahrenskosten zu gleichen Teilen und haften dafür solidarisch, soweit die Beschwerdeinstanz in der Entscheidungsformel nichts anderes verfügt.

8.5 Im vorliegenden Fall ist nicht einzusehen, inwiefern die Auferlegung der Untersuchungskosten gegen die einschlägigen Verordnungsbestimmungen verstossen könnten. Die veranlagten Kosten in Höhe von Fr. 372'880.- wurden durch aufwändige Untersuchungsverfahren verursacht, die die Verfügungsadressaten selber ausgelöst hatten. Die Kosten stehen im Verhältnis zum getätigten Aufwand und bewegen sich in einem angemessenen Rahmen. Die Verfügungsadressaten konnten mittels Wahrnehmung bzw. Verweigerung ihrer Mitwirkungspflichten einen wesentlichen Einfluss auf den Untersuchungsaufwand ausüben. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern im vorliegenden Fall eine Ausnahme vorliegen könnte, die es erlauben würde, von der Regel der solidarischen Kostenverteilung abzuweichen. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz die Verfügungsadressaten zu Recht auch bezüglich Untersuchungskosten als Einheit betrachtet (in diesem Sinn auch die Urteile des Bundesgerichts 2A.442/1999 vom 21.2.2000 sowie 2A.332/2006 vom 6.3.2007). Im Übrigen ist nicht ersichtlich und wird auch nicht näher ausgeführt, inwiefern die Beschwerdeführer einen geringeren Untersuchungsaufwand verursacht haben könnten als die übrigen 16 Verfügungsadressaten. Der zulässige Höchstbetrag von Fr. 30'000.- pro Partei wird – bei gleichmässiger Verteilung der Untersuchungskosten auf die 18 Verfügungsadressaten – selbst dann nicht überschritten, wenn die Untersuchungskosten (Fr. 372'880.-) und die Verfahrenskosten (Fr. 50'000.-) addiert werden. Somit ist die solidarische Auferlegung der Verfahrenskosten an die Verfügungsadressaten nicht zu beanstanden.

9.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), und es steht ihnen 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 je Fr. 2'500.- festzusetzen. Sie werden mit den am 1. November 2007 geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von je 2'500.- werden den Beschwerdeführern auferlegt. Sie werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 2'500.- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. --; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Frank Seethaler	Kaspar Plüss

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 die Beschwerdeführer in Händen haben, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 9. September 2008