Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-605/2011

Urteil vom 8. Mai 2012

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Philippe Weissenberger,
Richter Stephan Breitenmoser;
Gerichtsschreiberin Agata Zielniewicz.

Parteien

1. **A.**_____,
2. **B.**_____ **AG**,
Beschwerdeführende,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unerlaubter Effektenhandel/Konkurseröffnung/
Tätigkeitsverbot.

Sachverhalt:

A.

A.a Mit superprovisorischer Verfügung vom 20. Juli 2010 setzte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) einen Untersuchungsbeauftragten ein, um die Geschäftstätigkeit und die finanzielle Lage der B._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2), C._____ AG (nachfolgend: C) und D._____ AG (nachfolgend: D) sowie die mit diesen verbundenen Personen und Gesellschaften abzuklären. Es bestand der Verdacht, dass die C gemeinsam mit der Beschwerdeführerin 2 als Gruppe eine nach Börsengesetz bewilligungspflichtige Tätigkeit als Emissionshaus ausübte.

A.b Einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 2 und zu 66% an ihr beteiligt ist A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 1). Zudem ist er Verwaltungsratspräsident der D sowie im "Management Team" der C tätig. Einziger Verwaltungsrat der C bis zu seinem Ausscheiden im August 2010, Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift der Beschwerdeführerin 2 sowie bis Dezember 2010 Verwaltungsrat der D war E._____.

A.c Mit Verfügung vom 20. Dezember 2010 stellte die Vorinstanz fest, dass die C und die Beschwerdeführerin 2 sowie ihre jeweils einzigen Verwaltungsräte als Gruppe gewerbsmässig als Effektenhändler tätig seien. Die Vorinstanz eröffnete den Konkurs über die C und über die Beschwerdeführerin 2. Sie setzte den zuständigen Untersuchungsbeauftragten als Konkursliquidator der C ein und übernahm die Aufgaben der Konkursliquidatorin gegenüber der Beschwerdeführerin 2. Dem Beschwerdeführer 1 als Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 2 sowie E._____ als Verwaltungsrat der C wurde unter Strafandrohung generell verboten, unter jeglicher Bezeichnung, selbst oder über Dritte ohne Bewilligung als Effektenhändler tätig zu sein. Es wurde bestimmt, dass die Feststellung des Verstosses gegen das Börsengesetz sowie das Tätigkeitsverbot auf der Internetseite der FINMA veröffentlicht werden und es wurde vorbehalten, dies auf Kosten von E._____ und A._____ auch in anderen geeigneten Medien zu veröffentlichen.

Die Kosten des mit superprovisorischer Verfügung eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von Fr. 68'110.30 sowie die Verfahrenskosten von Fr. 18'052.50 wurden der Beschwerdeführerin 2, der C, E._____ sowie dem Beschwerdeführer 1 solidarisch auferlegt.

A.d Zur Begründung führt die Vorinstanz aus, dass zwischen der Beschwerdeführerin 2 und der C enge organisatorische, personelle und wirtschaftliche Verknüpfungen bestünden, die auf eine Gruppentätigkeit schliessen liessen. Die beiden Unternehmen seien als Gruppe gewerbsmässig als Effektenhändler tätig, indem die Beschwerdeführerin 2 Aktien der D aufgekauft und diese an die C weiterveräussert habe. Diese habe ihrerseits die Aktien für einen um ein Vielfaches höheren Preis auf dem Primärmarkt weiterverkauft. In Ermangelung einer börsenrechtlichen Bewilligung verstiessen die Gesellschaften sowie ihre jeweils einzigen Verwaltungsräte, E._____ sowie der Beschwerdeführer 1, dabei gegen das Börsengesetz. Aufgrund der Gefahr, dass der Beschwerdeführer 1 und E._____ die Tätigkeit auf dem Finanzmarkt in anderer Form und möglicherweise unter Einbezug von Drittpersonen weiterführten, rechtfertige es sich im Sinne des Anlegerschutzes, den Verstoss gegen das Börsengesetz sowie das Tätigkeitsverbot zu veröffentlichen.

B.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer 1 mit Eingabe vom 20. Januar 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt festzustellen, dass die Beschwerdeführerin 2 keinen gewerbsmässigen Effektenhandel gemeinsam als Gruppe mit der C ausgeübt und er persönlich keine illegalen Aktivitäten als Finanzintermediär ausgeübt habe. Das gegen ihn ausgesprochene Tätigkeitsverbot sei aufzuheben, soweit es sich nicht nur um eine Warnung handle. Eine entsprechende Veröffentlichung auf der Internetseite der Vorinstanz sei dieser zu untersagen. Die solidarische Haftung des Beschwerdeführers 1 und der Beschwerdeführerin 2 hinsichtlich der Verfahrenskosten sowie der Kosten des Untersuchungsbeauftragten sei aufzuheben.

Die bewilligungspflichtigen Effektenhandelsgeschäfte seien allein durch die C ausgeführt worden und liessen sich nicht der Beschwerdeführerin 2 zurechnen. Es bestünde zwischen den beiden Unternehmen keine Gruppe. Der Beschwerdeführer 1 sei auch zu keiner Zeit in irgendeiner Form für die C tätig bzw. in ihre Verkaufsaktivitäten involviert gewesen oder habe Kenntnis von ihren Geschäften gehabt. Diese seien vielmehr durch E._____ ausgeführt worden. Zwar sei der Beschwerdeführer 1 zu etwa 2/3 an der Beschwerdeführerin 2 beteiligt, ihre einmalige Zwischenschaltung in den Verkauf der Aktien der D sei jedoch allein aus steuerlichen Gründen erfolgt; am Erfolg des Aktienverkaufs sei die Beschwerdeführerin 2 hingegen nicht beteiligt.

C.
In ihrer Vernehmlassung vom 2. März 2011 hält die Vorinstanz an ihrer Verfügung vollumfänglich fest und beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Soweit sich das Begehren des Beschwerdeführers 1 auf die Aufhebung derjenigen Teile der Verfügung richte, welche die Beschwerdeführerin 2 betreffen, sei dieser nicht persönlich berührt und daher auch nicht zur Beschwerde legitimiert, weshalb insoweit auf die Anträge nicht einzutreten sei. Die Gruppentätigkeit sei gegeben, da der Beschwerdeführer 1 als (Co-)Geschäftsführer und Mehrheitsaktionär der Beschwerdeführerin 2 gemeinsam mit E._____ die Geschäftstätigkeit des Unternehmens bestimmt und damit auch den Entschluss zum Effektenhandel gefasst habe. Ein unmittelbarer Verkauf der Aktien an Dritte sei dabei nicht erforderlich, da sich der Vorwurf illegalen Effektenhandels auf alle Gesellschaften einer Gruppe erstrecke. Im Übrigen ergebe sich das Verbot, bewilligungspflichtige Tätigkeiten zu unterlassen, schon aus dem Gesetz, weshalb das ausgesprochene Tätigkeitsverbot lediglich eine Warnfunktion besitze. Die Veröffentlichung des Werbeverbots sei notwendig und zweckmässig.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amts wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten sei (vgl. BVGE 2007/6 E.1 S. 45).

1.1. Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), wozu auch Verfügungen der Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. e VGG zählen, da diese eine Anstalt des Bundes ist (Art. 4 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMAG, SR 951.1]). Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

1.2. Der Beschwerdeführer 1 hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Soweit er selbst Adressat der angefochtenen Verfügung ist, ist er durch die angeordneten Massnahmen berührt und hat auch ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung

oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG). In diesem Umfang ist der Beschwerdeführer 1 demnach zur Beschwerde in eigenem Namen legitimiert.

1.3. Wird eine juristische Person im Kontext eines Unterstellungsverfahrens in Liquidation oder Konkurs versetzt, so fehlt ihren Organen im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung regelmässig die Zeichnungsberechtigung, da die Vorinstanz ihnen bereits vorher mittels superprovisorischer Verfügung die Vertretungsbefugnis entzogen und diese einem Untersuchungsbeauftragten übertragen hat (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010 E.1.2*).* In dieser Situation wäre es aber nicht zulässig, ihr vorzuhalten, sie müsste durch den – zur Zeit allein zeichnungsberechtigten – Untersuchungsbeauftragten Beschwerde erheben, da das Rechtsbegehren in direktem Zusammenhang mit der Einsetzung dieses Untersuchungsbeauftragten steht (vgl. EGMR, Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic, Urteil vom 21. Oktober 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-XI, Ziff. 50 ff.). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts gelten daher die nach den gesellschaftsinternen Regeln eingesetzten Organe, welche bis zum Erlass der superprovisorischen Verfügung zeichnungsberechtigt waren, als befugt, die Verfügung der Vorinstanz, durch welche die juristische Person in Liquidation oder Konkurs versetzt wurde, im Namen der juristischen Person anzufechten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 2.3.1, mit Hinweis auf BGE 131 II 306 E. 1.2.1). Im Umkehrschluss kann sich das zuständige Organ grundsätzlich nicht darauf berufen, der Untersuchungsbeauftragte hätte die Beschwerde im Namen des betreffenden Unternehmens erheben sollen.

1.4. Der Beschwerdeführer 1 war bis zur Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 2, weshalb er eine Legitimation zur Beschwerde besitzt. Allerdings ist der Beschwerdeführer 1 nicht legitimiert, die Aufhebung derjenigen Teile der angefochtenen Verfügung in eigenem Namen zu verlangen, die sich nicht gegen ihn persönlich, sondern gegen die Beschwerdeführerin 2, richten (Dispositiv Ziff. 2 und 4 der Beschwerde). Denn insoweit sind durch den Entscheid keine eigenen schutzwürdigen Interessen des Beschwerdeführers 1 betroffen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-701/2008 vom 15. Dezember 2008 E.1.5; BGE 131 II 306 E.1.2.2 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 2A.721/2006 vom 19. März 2007 E.2.1 f.). Im Hinblick auf diejenigen Teile der Verfügung, welche die Beschwer-

deführerin 2 betreffen, müsste der Beschwerdeführer 1 die Beschwerde daher auch im Namen dieser erheben.

1.5. Im Rubrum der als "Verwaltungsbeschwerde" bezeichneten Beschwerdeschrift ist lediglich der Beschwerdeführer 1 namentlich genannt, nicht hingegen auch die Beschwerdeführerin 2. Eine solche Beschwerde würde der Beschwerdeführer 1 lediglich in seinem Namen führen können. Zu beachten ist allerdings, dass der Beschwerdeführer 1 nicht anwaltlich vertreten ist. Hinsichtlich der Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift (Art. 52 Abs. 1 VwVG) sind bei einem Laien dabei keine erhöhten Anforderungen zu stellen (vgl. FRANK SEETHALER/FABIA BOCHSLER, Art. 52 Rz. 51, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009). Insbesondere sollte im Sinne eines umfassenden Rechtsschutzes von einer streng formalistischen Betrachtungsweise abgesehen werden. So wäre hinsichtlich der Frage, ob die Beschwerde trotz anderslautenden Rubrums auch im Namen der Beschwerdeführerin 2 erhoben wurde, vor allem auf das Rechtsbegehren abzustellen. Diesem lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer 1 auch feststellen lassen will, dass die Beschwerdeführerin 2 keiner illegalen Gruppentätigkeit nachgegangen sei und ihr auch keine Verfahrenskosten aufzuerlegen seien. Dieses Begehren würde einer Beschwerde im Namen der Beschwerdeführerin 2 entsprechen. Zudem geht der Beschwerdeführer 1 in seiner Beschwerdeschrift irrigerweise davon aus, dass ihm aufgrund der Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten und der damit entzogenen Vertretung die Befugnis fehle, die Beschwerde im Namen der Beschwerdeführerin 2 zu führen. Die vom Beschwerdeführer 1 eingereichte Beschwerdeschrift ist daher im Sinne einer Beschwerde in eigenem Namen sowie im Namen der Beschwerdeführerin 2 auszulegen.

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

2.

Die Vorinstanz stellte in ihrer Verfügung fest, die Beschwerdeführerin 2 und die C seien gewerbsmässig als Effektenhändler tätig gewesen, wodurch sie – wie auch aufgrund ihrer Stellung als einzige Verwaltungsräte der Gesellschaften der Beschwerdeführer 1 und E._____ – gegen das Börsengesetz verstossen hätten.

Der Beschwerdeführer bestreitet demgegenüber jegliche Gruppenzugehörigkeit.

2.1. Art. 10 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, SR 954.1) verlangt eine Bewilligungspflicht für die Tätigkeit als Effektenhändler.

Effektenhändler im Sinne des Gesetzes gemäss Art. 2 Abs. 1 der Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996 (BEHV, SR 954.11) sind Eigenhändler, Emissionshäuser und Derivathäuser, sofern sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind. Emissionshäuser sind gemäss Art. 3 BEHV Effektenhändler, die gewerbsmässig Effekten, die von Drittpersonen ausgegeben worden sind, fest oder in Kommission übernehmen und öffentlich auf dem Primärmarkt anbieten, wobei sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sein müssen. Gewerbsmässigkeit liegt vor, wenn das Effektengeschäft darauf ausgerichtet ist, regelmässig Erträge zu erzielen. Ein Angebot gilt dabei als öffentlich, wenn es sich an unbestimmt viele Interessenten richtet und durch entsprechende Publikation zugänglich gemacht wird.

Die C (vormals (…) SA) wurde im Juli 2000 gegründet. Ihr statutarischer Zweck sind u.a. Kauf und Verkauf von Aktien sowie die Tätigkeit als Finanzintermediärin. Die Beschwerdeführerin 2 (vormals (…) AG) wurde im April 2009 gegründet und in das Handelsregister eingetragen. Als statutarischer Zweck ist der Vertrieb von Edelmetallprodukten, Versicherungsprodukten sowie Schutzrechten angegeben.

Unstreitig ist, dass die Beschwerdeführerin 2 mit Kaufvertrag vom 1. Dezember 2009 sämtliche 30 Millionen Aktien der D vom Beschwerdeführer 1 und von Heribert Vollmar als Verkäufer zu Fr. 0.02 pro Aktie, mithin für einen Gesamtbetrag von Fr. 600.000.-, fest übernommen hatte. Sodann veräusserte sie gleichentags 3 Millionen der Aktien zu Fr. 0.20 an die C, d.h. für den gleichen Gesamtbetrag. Kurz darauf wurden diese Aktien von der C selbst oder durch ihre Vermittler an diverse Privatpersonen zu Preisen zwischen € 3.80 bis 4.- bzw. Fr. 6.- pro Stück weiterveräussert.

Der öffentliche Charakter des Angebots zeigt sich darin, dass für die Aktien der D mittels Cold Calls sowie Massen-E-Mails geworben wurde. Dies erfolgte insbesondere durch bei der OA Consulting GmbH angestellte Aktienverkäufer, bei welcher E._____ einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist. Zudem wurden Formulare für den Verkauf gedruckt, um die Aktien in grösserem Umfang zu verkaufen. Auch Gewerbsmässigkeit

liegt vor: Zum einen ist der statutarische Zweck der C der Kauf und Verkauf von Aktien, zudem wurden für die Vermittlung von Käufern Vermittler eingesetzt, die eine prozentuale Provision der Kaufsumme erhielten. Aufgrund des erzielten Umsatzes von über Fr. 1 Mio. über 9 Monate ist überdies davon auszugehen, dass mit dem Aktienverkauf regelmässige Erträge erzielt werden sollten.

Es ist demnach eindeutig von einem Effektenhandel auszugehen. Die Aktienverkäufe an die Anleger erfolgten dabei über die C. Inwieweit der Effektenhandel auch der Beschwerdeführerin 2 sowie dem Beschwerdeführer 1 zuzurechnen ist, hängt dabei von der Frage der Gruppenzugehörigkeit ab.

2.2. Der Beschwerdeführer bestreitet, unmittelbar und massgeblich am Handel mit den Aktien der D beteiligt gewesen zu sein und hält fest, die Emissionshaustätigkeit sei alleine von der C ausgeführt worden, ohne dass er daran beteiligt gewesen sei.

2.2.1. Nach der Praxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Vorinstanz sind verschiedene natürliche und juristische Personen in Bezug auf die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit aufsichtsrechtlich als Gesamtheit zu betrachten, wenn zwischen ihnen eine derart enge wirtschaftliche, organisatorische oder personelle Verflechtung besteht, dass die Gruppe als wirtschaftliche Einheit zu betrachten ist (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010 E.11.1, B-8227/2007 vom 20. März 2009 E.8.2 sowie B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E.5.2; Urteile des Bundesgerichts 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E.5.2.4 sowie A2A.442/1999 vom 21. Februar 2000 E.3b/cc). Dabei genügen auch bloss intern wahrnehmbare Verflechtungen, sofern sie derart intensiv sind, dass eine Gruppenbetrachtung angezeigt erscheint. Dies ist etwa der Fall, wenn die verschiedenen Akteure im Hinblick auf die bewilligungspflichtige Tätigkeit koordiniert arbeitsteilig und zielgerichtet zusammenwirken (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010 E.11.1 m.w.H.). Die Annahme einer Gruppe hat zur Folge, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Gruppenmitglieder treffen, selbst wenn in Bezug auf einzelne von ihnen nicht alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010 E.11.1, B-6715/2007 vom 3. September 2009 E.6.2 sowie B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E.3.2).

2.2.2. Sowohl der Beschwerdeführer 1 als auch E._____ sind im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 2 tätig bzw. tätig gewesen. Bei der C sind E._____ einziger Verwaltungsrat und der Beschwerdeführer 1 Mitglied des Management Teams gewesen. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers 1 gilt seine Tätigkeit für die C dabei aufgrund der Angaben auf der damaligen Internetseite des Unternehmens als bewiesen. Eine weitere personelle Verknüpfung ergibt sich daraus, dass E._____ die C vollumfänglich und die Beschwerdeführerin 2 zu 34% besitzt, während der Beschwerdeführer 1 66% der Anteile an der Beschwerdeführerin 2 hält. Damit bestehen enge personelle Verflechtungen.

Zudem besteht insoweit eine räumliche Verflechtung, als die Beschwerdeführerin 2 zunächst an der gleichen Adresse wie die C in Z._____ domiziliert war, bis sie später als Untermieterin der C nach Y._____ zog.

Schliesslich ergeben sich die wirtschaftlichen Verflechtungen aus dem koordiniert arbeitsteiligen Zusammenwirken beim Verkauf der Aktien der D: Diese wurden zunächst fest durch die Beschwerdeführerin 2 übernommen und danach durch die C sowie durch Vermittler an Dritte weiterverkauft. Zudem wurden Aktien, welche die C nicht veräussern konnte, durch die Beschwerdeführerin 2 mit Kaufvertrag vom 16. Juli 2010 wieder zurückgenommen, wobei der Kaufpreis mit dem Kaufpreis des Aktienkaufes vom 1. Dezember 2009 verrechnet worden ist. Es ist daher unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Verflechtung von einem koordinierten Zusammenwirken der Beschwerdeführerin 2 und der C auszugehen.

Aufgrund seiner Stellung als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat und Mehrheitsaktionär der Beschwerdeführerin 2 ist deren Geschäftstätigkeit dem Beschwerdeführer 1 zuzurechnen.

Der Beschwerdeführer 1 und die Beschwerdeführerin 2 haben daher gemeinsam mit der C sowie ihrem Geschäftsführer E._____ gegen Art. 10 des Börsengesetzes verstossen, indem sie als Gruppe den unerlaubten Effektenhandel mit den Aktien der D betrieben.

Damit unterliegt der Beschwerdeführer 1 mit seinen Begehren auf Feststellung, weder ihm noch der Beschwerdeführerin 2 seien illegale Aktivitäten zum Vorwurf zu machen.

3.
In Bezug auf den Antrag des Beschwerdeführers 1, das Tätigkeitsverbot

aufzuheben, soweit es sich nicht um eine blosse Warnung unter Zitierung geltenden Rechts handle, ist anzumerken, dass sich ein solches Tätigkeitsverbot tatsächlich nur auf inskünftig bewilligungspflichtige Tätigkeiten erstreckt. Insoweit ergibt sich das Verbot einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit schon aus Art. 44 FINMAG, weshalb das von der FINMA ausgesprochene Verbot gar keine eigenständige Massnahme darstellt. Vielmehr handelt es sich um eine Warnung bzw. Ermahnung als "Reflexwirkung" der aufsichtsrechtlichen Massnahme (vgl. BGE 2C_929/2010 vom 13. April 2011). Die Aufhebung eines in der Verfügung lediglich zitierten, gesetzlich ohnehin vorgesehenen Verbots, erübrigt sich daher.

4.
Gemäss Art. 34 FINMAG kann die Vorinstanz bei einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen. Vorliegend hat der Beschwerdeführer aufgrund unerlaubten Effektenhandels gegen die Finanzmarktgesetze verstossen. Für eine Veröffentlichung muss dieser Verstoss schwerwiegend gewesen und eine Veröffentlichung unter Angabe von Personendaten nach Eintritt der Rechtskraft verhältnismässig sein. Aufgrund seiner umfassenden Kognitionsbefugnisse überprüft das Bundesverwaltungsgericht dabei gemäss Art. 49 VwVG sowohl die Gesetzmässigkeit als auch die Angemessenheit der vorinstanzlichen Massnahme.

4.1. Beim Begriff der schweren Verletzung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der näheren Beurteilung durch die Vorinstanz sowie die Gerichte bedarf (vgl. PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/SILVIA RENNINGER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar: Börsengesetz, Finanzmarktaufsicht, 2. Auflage, Basel 2011, Art. 32 Rz. 22).

Der Tatbestand der unerlaubten Ausübung einer bewilligungspflichtigen Aktivität ist nicht die einzige mögliche Art einer Verletzung der Aufsichtsbestimmungen, der für die Abgrenzung zwischen potentiell schweren und leichteren Verletzungen in Betracht zu ziehen ist. Die "Aufsichtsbestimmungen" im Sinne von Art. 34 FINMAG sind ein umfangreiches Regelwerk, das sich nicht nur aus den Finanzmarktgesetzen und Verordnungen, sondern auch aus den an die beaufsichtigten Institute gerichteten, ausführenden Verordnungen und Rundschreiben der Vorinstanz zusammensetzt. Verglichen mit allfälligen fahrlässigen Verstössen gegen eher untergeordnete dieser Bestimmungen stellt ein unbewilligter, gewerbs-

mässiger Effektenhandel praktisch immer eine schwere Verletzung von Aufsichtsbestimmungen dar. Dies gilt insbesondere dann, wenn die unbewilligte Tätigkeit zu einem erheblichen und für die verantwortlichen Akteure vorhersehbaren Schaden für die Einleger geführt hat (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.3.5).

Vorliegend hat der Beschwerdeführer 1 unerlaubten Effektenhandel betrieben und damit in schwerer Weise gegen Art. 10 Börsengesetz verstossen. Aufgrund der Illiquidität der Beschwerdeführerin 2 und der C sowie der fehlenden Geschäftstätigkeit der D ist dabei zu befürchten, dass die D keine Substanz besitzt und die Anleger daher einen Totalverlust erleiden werden. In Anbetracht der ca. 200.000 bis 300.000 verkauften D-Aktien zu einem Stückpreis von bis zu Fr. 6.- und damit einem Umsatz von über Fr. 1 Mio. stellt dies einen nicht unerheblichen Gesamtschaden für die Anleger dar. Dieser war für den Beschwerdeführer 1 als Verwaltungsratspräsident der D auch vorhersehbar. Sein Beitrag ist denn auch als wesentlich zu bezeichnen. Ein solcher Verstoss ist somit als schwer im Sinne von Art. 34 FINMAG zu qualifizieren.

4.2. Erforderlich für eine Veröffentlichung ist zudem, dass die Endverfügung in Rechtskraft erwachsen ist. Die Anwendung des Prinzips von "naming and shaming" auf endgültige Entscheide soll gewährleisten, dass die auch bei Verwaltungssanktionen mit strafrechtlichem Charakter geltende Unschuldsvermutung in vollem Umfang respektiert wird (vgl. JEAN BAPTISTE ZUFFEREY/FRANCA CONTRATTO, Finma – The Swiss Financial Market Supervisory Authority, Basel 2009, S. 134).

Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung die Veröffentlichung nach Eintritt der Rechtskraft vorgesehen.

4.3. Die Veröffentlichung muss zudem dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen. Dies ist der Fall, wenn sie geeignet und erforderlich ist, um das erstrebte Ziel zu erreichen, und die betroffenen Rechte in einem angemessenen Verhältnis zueinander berücksichtigt.

4.3.1. Die Veröffentlichung gemäss Art. 34 FINMAG hat einerseits eine individuelle repressive verwaltungsrechtliche Sanktion im Sinne von "naming and shaming" zum Ziel (vgl. Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2849, 2875; HSU/BAHAR/RENNINGER, a.a.O., Art. 34 Rz. 9; ULRICH ZIMMERLI, Auf dem Weg zu einer integrierten Finanzmarktaufsicht

in der Schweiz, in: Peter Nobel [Hrsg.], Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 11, Bern 2004, S. 10), andererseits soll sie eine präventive Wirkung zum Schutz des Publikums erzielen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2 und 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1).

Auch wenn eine solche Veröffentlichung geeignet ist, den von ihr angestrebten Zweck weiterer Verstösse zu verhindern bzw. den Schutz der Anleger zu sichern, stellt sich vorliegend die Frage nach ihrer Erforderlichkeit.

4.3.2. Die Veröffentlichung personenbezogener Daten stellt einen schweren Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen gemäss Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) dar, insbesondere in das Recht auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten gemäss Art. 13 Abs. 2 BV (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E 5.2.1; ZUFFEREY/ CONTRATTO, a.a.O., S. 135). Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Internet veröffentlichte Daten potenziell ein sehr weites Publikum erreichen und dies – selbst nach der Löschung – über einen längeren Zeitraum hinweg (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E 5.2.1 mit Verweis auf HSU/BAHAR/RENNINGER, a.a.O., Art. 34 Rz. 23). Eine Veröffentlichung sollte daher nur in Ausnahmefällen erfolgen, wenn das öffentliche Interesse an ihr dem individuellen Interesse auf Schutz der persönlichen Daten überwiegt. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt dabei für eine Veröffentlichung nicht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E 5.2.1). Demgegenüber rechtfertigt sich eine Publikation zum Schutze des Publikums insbesondere dann, wenn die Wiederholung schweren Fehlverhaltens wahrscheinlich erscheint (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1; HSU/BAHAR/RENNINGER, a.a.O., Art. 33 Rz. 19 mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006, 2829 ff., 2882).

4.3.3. Vorliegend rechtfertigt die Vorinstanz die Erforderlichkeit einer Veröffentlichung mit dem Hinweis, es bestünde die Gefahr, der Beschwerdeführer 1 würde weiterhin im Namen einer anderen Gesellschaft oder unter Einbezug von Drittpersonen als Strohleute seine ausgeübte Tätigkeit wei-

terführen. Zum Beweis verweist sie auf die Aussage des Beschwerdeführers 1 aus einer E-Mail vom 23. August 2010 an E._____ (Beilage 8 der Beschwerdeschrift), in welcher dieser gegenüber dem Adressaten angibt, sie sollten "den Verkauf der Aktien einstellen und nach der Fusion weiter führen". Hieraus wird ersichtlich, dass voraussichtlich ein Verkauf der Aktien der D zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufgenommen werden soll. Die E-Mail wurde zudem versandt, nachdem der Untersuchungsbeauftrage eingesetzt worden war. Dadurch hat der Beschwerdeführer 1 eine gewisse Unbelehrbarkeit zum Ausdruck gebracht, welche eine Wiederholungsgefahr wahrscheinlich erscheinen lässt. Dies rechtfertigt eine Publikation aufgrund der Möglichkeit eines erneuten Verstosses gegen finanzmarktrechtliche Vorschriften .

4.3.4. Im Rahmen der Interessenabwägung ist zudem zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer 1 einen wesentlichen Beitrag beim Effektenhandel geleistet hat und ihn insoweit auch ein erhebliches Verschulden an dem bei den Anlegern entstandenen Schaden trifft. Insbesondere hat er zu keinem Zeitpunkt eine Rückzahlung der von den Anlegern geleisteten Beträge in Aussicht gestellt. Zwar wiegt das individuelle Interesse des Beschwerdeführers 1 am Schutz seiner persönlichen Daten schwer, da eine Veröffentlichung für ihn unter Umständen erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen haben kann. Gleichwohl überwiegt hier das öffentliche Interesse an einer Veröffentlichung aufgrund der bestehenden Wiederholungsgefahr.

4.3.5. Hinsichtlich der vorgesehenen Dauer der Veröffentlichung gemäss Art. 34 FINMAG macht die Verfügung keinerlei Angaben. Dem Gesetz sind zwar keine Hinweise zur Dauer der Veröffentlichung zu entnehmen. Gleichwohl hängen die Verhältnismässigkeit und damit die Zulässigkeit der Massnahme wesentlich von ihrer konkreten Ausgestaltung ab, wozu auch die Dauer der Publikation zählt (vgl. Urteil 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E.5.2.3). In anderen Entscheiden hat die Vorinstanz eine Publikation des Werbeverbots auf 5 Jahre erstreckt und ist hierdurch dem Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit und damit der Verhältnismässigkeit nachgekommen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_30/2011 und 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2). Da die Vorinstanz sich nicht zur Dauer der Veröffentlichung geäussert hat, leidet die Verfügung insoweit an einem Mangel.

4.3.6. Schliesslich ist anzumerken, dass die von der Vorinstanz ebenfalls angekündigte Publikation in anderen Medien als zu ungenau zu bezeich-

nen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist eine Bestimmung, welche die Publikation nicht nur auf der Internetseite der Erstinstanz, sondern "auch in anderen geeigneten Medien" vorsieht, zu unbestimmt, als dass die Verhältnismässigkeit der Sanktion richterlich kontrollierbar sei (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.4.5).

4.3.7. Aus dem Obenstehenden folgt, dass die Vorinstanz nicht festgelegt hat, über welchen Zeitraum und in welchen weiteren Medien die Publikation des Werbeverbots erfolgen soll. Sie ist insoweit ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen. Die Beschwerde erweist sich somit bezüglich der zeitlich und örtlich nicht eindeutig begrenzten Publikation des Werbeverbots zulasten des Beschwerdeführers 1 als begründet.

5.

5.1. Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG ist darüber zu befinden, ob das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst entscheidet, oder ob es diese zu einem erneuten Entscheid an die Vorinstanz zurückweist. Sofern Abklärungen und Wertungen unterblieben sind, die für einen Entscheid in der Sache unabdingbar sind, wird die Rechtssache zu einem erneuten Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es sich um technische Fragen handelt, die besondere Sachkenntnis bedingen, da es nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts ist, als erste Instanz in einem Fachbereich zu entscheiden, in dem ein gewisser Beurteilungsspielraum der fachkundigeren Vorinstanz zu respektieren ist. Als reformatorisches Rechtsmittel gestattet die Verwaltungsbeschwerde der Rechtsmittelinstanz gleichwohl, über die Kassation hinaus, in der Sache selbst abschliessend zu entscheiden und somit das streitige Rechtsverhältnis zu regeln. Wenn der Rechtsmittelinstanz daher die gleiche Überprüfungsbefugnis wie der Vorinstanz zukommt und die entscheiderheblichen Abklärungen gemacht worden sind, kann in der Sache entschieden werden, sofern dem Beschwerdeführer daraus kein Nachteil erwächst (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5821/2009 vom 4. März 2010 E. 4.3 und B-7967/2009 vom 18. April 2011 E. 6.1).

5.1.1. Hinsichtlich der Dauer der Publikation hat sich die Vorinstanz zwar nicht geäussert, über welchen Zeitraum sich diese erstrecken soll. Gleichwohl hat sie in vergleichbaren Fällen die Publikation auf einen Zeit-

raum von 5 Jahren beschränkt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_30/2011 und 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2). Gestützt auf die Praxis der Vorinstanz kann das Bundesverwaltungsgericht daher vorliegend in der Sache selbst entscheiden. Da der Beschwerdeführer 1 nach Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten (vgl. E. 4.3.3) wenig Einsicht in sein gesetzwidriges Verhalten gezeigt hat, erscheint eine Veröffentlichungsdauer von 5 Jahren ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils gemessen an der erheblichen Schwere des Verstosses gegen das Börsengesetz als verhältnismässig.

5.1.2. Hingegen hat die Vorinstanz im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Publikation in anderen geeigneten Medien, die für eine genügende Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht erforderlichen Erwägungen mit Bezug auf das Organ der Veröffentlichung nicht angestellt. Diesbezüglich besitzt die Vorinstanz jedoch über die grössere Fachkunde, um zu entscheiden, welche Medien geeignet sind, den Schutz des öffentlichen Interesses weitestmöglich sicherzustellen. Aus diesem Grunde kann es nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts sein, in diesem Punkt einen Entscheid zu treffen. Dementsprechend ist die angefochtene Verfügung in diesem Punkt aufzuheben (Ziff. 13 des Dispositivs, zweiter Satzteil) und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird es jedoch in das Ermessen der Vorinstanz gestellt, ob sie allenfalls auf den Erlass einer neuen Verfügung verzichten will.

6.

Die Beschwerdeführenden beanstanden des Weiteren die Auferlegung der Kosten des Untersuchungsbeauftragten und der Verfahrenskosten.

Rechtfertigt es sich finanzmarktrechtlich, eine Aktivität gruppenweise zu erfassen, ist es konsequent, den einzelnen Mitgliedern auch die entstandenen Kosten solidarisch aufzuerlegen. Andernfalls käme es zu einem ungerechtfertigten Wertungswiderspruch zwischen dem Sach- und Kostenentscheid. Die solidarische Auferlegung der Kosten der Untersuchungsbeauftragten sowie der Verfahrenskosten an alle juristischen Personen, welche gemäss der angefochtenen Verfügung eine Gruppe darstellen, entspricht insofern der ständigen Praxis sowohl des Bundesgerichts als auch des Bundesverwaltungsgerichts und ist daher nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 9.3).

Gebührenpflichtig für Verfügungen der Vorinstanz ist, wer die Verfügung veranlasst (Art. 5 Abs. 1 Bst. a FINMA-GebV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 FINMAG). Veranlassen in diesem Sinne ist nicht gleichbedeutend mit einem Verfahrensausgang zu Ungunsten der Verfügungsadressaten. Auch Aufsichtsverfahren, die im Ergebnis einzustellen sind, weil sich ergibt, dass die Beaufsichtigten nicht gegen Aufsichtsbestimmungen verstossen haben, können zu einer Kostenpflicht der Betroffenen führen, sofern diese jedenfalls Anlass zum Aufsichtsverfahren gegeben haben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E.10.2). Die Verfügung eines Tätigkeitsverbots ist nicht zu beanstanden, so dass sich auch die Auferlegung von Verfahrenskosten für diesen Teil der angefochtenen Verfügung als rechtens erweist. Die Unzulässigkeit einer Veröffentlichung auf der Internetseite der Vorinstanz ändert nichts an der Höhe der Verfahrenskosten, so dass diese in vollem Umfang dem Beschwerdeführer 1 insoweit solidarisch mit der Beschwerdeführerin 2, der C sowie E._____ aufzuerlegen sind.

7.

Zusammengefasst ergibt sich, dass der Beschwerdeführer mit seinen Rügen nur insoweit durchzudringen vermag, als die Dauer der Publikation auf 5 Jahre beschränkt und der Vorbehalt der Publikation in anderen geeigneten Medien ersatzlos gestrichen wird. Die Beschwerde ist insoweit teilweise gutzuheissen, im Übrigen ist sie abzuweisen.

8.

Vorliegend ist der Beschwerdeführer 1 als hauptsächlich unterliegend zu betrachten, da er mit seinen Hauptanträgen nicht durchgedrungen ist und nur in zwei Nebenpunkten obsiegt hat. Demzufolge sind die Verfahrenskosten grundsätzlich dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, aufgrund des Obsiegens in zwei Nebenpunkten jedoch um 1/5 zu reduzieren (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- sind demnach um 1/5 zu reduzieren und betragen somit Fr. 2'400.-. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem vom Beschwerdeführer 1 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- verrechnet. Dem Beschwerdeführer 1 sind Fr. 600.- zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführenden haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird insoweit teilweise gutgeheissen, als Ziff. 13 des Dispositivs der Verfügung vom 20. Dezember 2010 dahingehend geändert wird, dass die Dauer der Veröffentlichung des Werbeverbots auf der Internetseite der FINMA auf 5 Jahre nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils beschränkt und betreffend die Publikation in anderen geeigneten Medien zu einem erneuten Entscheid an die Vorinstanz im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.
Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten von Fr. 2'400.- auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- verrechnet. Dem Beschwerdeführer 1 werden Fr. 600.- zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde; Rückerstattungsformular)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 161896/A19933; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Ronald Flury	Agata Zielniewicz

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage 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: 9. Mai 2012