Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 90/2010

Urteil vom 10. Februar 2011
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin, Bundesrichter Donzallaz,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Joachim Lerf,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern.

Gegenstand
Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen/ Werbeverbot,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 2. Juli 2009.

Sachverhalt:

A.
Die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) ermittelte ab Februar 2008 gegen die "Baumann"-Gruppe wegen illegaler Aktivitäten am Finanzmarkt. Am 27. August 2008 stellte sie fest, dass Ambros Baumann und verschiedene seiner Einzelfirmen gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) verstossen haben. Gestützt hierauf eröffnete die EBK den bankenrechtlichen Konkurs über den Nachlass von Ambros Baumann bzw. seine Einzelfirmen. Der Untersuchungsbeauftragte war in seinem Bericht vom 30. Juni 2008 zum Schluss gekommen, dass zwischen 2000 und 2007 rund 604 Anleger im Rahmen von sog. Treuhandverträgen bei der "Baumann"-Gruppe mindestens Fr. 72'602'000.– investiert hatten; die Herkunft von weiteren Fr. 32'622'000.– war noch nicht geklärt. Den Forderungen standen Aktiven von bloss rund Fr. 6'565'000.– gegenüber.

B.
B.a Ambros Baumann und dessen Einzelfirmen unterhielten ein umfangreiches Vermittlernetz. Während der Untersuchung konnten 19 Personen identifiziert werden, die Ambros Baumann und seinen Gesellschaften Anleger zuführten. Zur Klärung der Rolle unter anderem von X._____ ernannte die EBK am 1. Juli 2008 superprovisorisch zwei weitere Untersuchungsbeauftragte. Am 29. Oktober 2008 stellte sie gestützt auf deren Bericht unter anderem fest, dass X._____ gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe; sie verboten ihm, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte weiter Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen und für die Entgegennahme von Publikumseinlagen oder eine andere den Banken vorbehaltene Tätigkeit zu werben.

B.b Das Bundesverwaltungsgericht wies am 2. Juli 2009 die von X._____ hiergegen eingereichte Beschwerde ab. Dieser sei - entgegen seinen Ausführungen - Teil der "Baumann"-Gruppe gewesen, da sich seine Tätigkeit nicht in einer untergeordneten Aktivität im Rahmen eines eng kontrollierten Arbeitsverhältnisses erschöpft habe. Ihm habe ein weiter Spielraum für ein selbständiges Handeln offen gestanden, weshalb sein Handeln aufsichtsrechtlich im Gesamtzusammenhang mit der bewilligungspflichtigen Geschäftstätigkeit der "Baumann"-Gruppe zu sehen sei.

C.
X._____ beantragt vor Bundesgericht, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und festzustellen, dass er keine unterstellungspflichtige Tätigkeit ausgeübt habe. Allenfalls sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. X._____ macht geltend, er habe nie gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen. Seine Aktivitäten für Ambros Baumann hätten sich auf untergeordnete administrative Tätigkeiten beschränkt. Im Übrigen fehle eine für die aufsichtsrechtliche Erfassung als Gruppe erforderliche formell gesetzliche Grundlage, weshalb der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) verletze.
Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht hat darauf verzichtet, sich vernehmen zu lassen.

Erwägungen:

1.
1.1 Gegen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich der Finanzmarktaufsicht kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gelangt werden (Art. 82 ff. BGG i.V.m. Art. 31 VGG). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass X._____ gegen das Bankengesetz verstossen habe. Sie hat das gegen ihn ausgesprochene Verbot bestätigt, künftig nicht mehr Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen oder für solche werben zu dürfen. X._____ ist in diesen Punkten befugt, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in eigenem Namen anzufechten (Art. 89 Abs. 1 BGG; Urteil 2C 749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 1.2).

1.2 Am 1. Januar 2009 ist das Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG; SR 956.1) in Kraft getreten. Die EBK wurde auf dieses Datum hin durch die "Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)" abgelöst (Art. 58 Abs. 1 FINMAG). Seither überwacht diese als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit den Finanzmarkt (Art. 4 Abs. 1 FINMAG). Sie hat alle Verfahren übernommen, die bei Inkrafttreten des Finanzmarktgesetzes noch hängig waren (Art. 58 Abs. 3 FINMAG). Da es die Bankenkommission nicht mehr gibt, ist das vorliegende Verfahren mit der FINMA als deren Nachfolgeorganisation abzuschliessen. Verfahrensrechtlich gilt das neue Recht; materiell ist von der Rechtslage auszugehen, wie sie zum Zeitpunkt des Entscheids der EBK bestand, d.h., es ist auf die jeweilige Fassung der einschlägigen finanzmarktrechtlichen Bestimmungen in ihrer Version vor dem 1. Januar 2009 abzustellen (vgl. Urteil 2C 324/2009 vom 9. November 2009 E. 2.1 mit Hinweis).
1.3
1.3.1 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann diesen bloss berichtigen oder ergänzen, wenn er offensichtlich unrichtig oder in Verletzung wesentlicher Verfahrensrechte ermittelt wurde (Art. 105 Abs. 2 OG). Der Beschwerdeführer muss rechtsgenügend darlegen, dass und inwiefern der festgestellte Sachverhalt klar und eindeutig mangelhaft ist (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4). Auf lediglich appellatorische Kritik an der Sachverhaltsfeststellung und an der Beweiswürdigung tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 136 II 101 E. 3 S. 104 f.). Der Beschwerdeführer hat in Auseinandersetzung mit der Begründung im angefochtenen Entscheid im Einzelnen darzutun, inwiefern die Sachverhaltsfeststellung oder die Beweiswürdigung offensichtlich unhaltbar und damit willkürlich sein soll.
1.3.2 Die Eingabe von X._____ genügt diesen Anforderungen weitgehend nicht: Er behauptet zwar, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig und unvollständig festgestellt, er führt indessen nicht aus, inwiefern dies offensichtlich der Fall sein soll. Er beschränkt sich darauf, seine Sicht der Dinge, wie er sie der Vorinstanz vorgetragen hat, appellatorisch zu wiederholen. Mit den Ausführungen im angefochtenen

Entscheid zu seinen Einwänden und zur Aktenlage setzt er sich nicht vertieft auseinander. Er behauptet zwar, nur untergeordnete administrative Arbeiten für die Unternehmen der "Baumann"-Gruppe erledigt und im Übrigen als selbständiger Vermittler gehandelt zu haben. Er legt indessen nicht dar, inwiefern sich dies klar aus den beschlagnahmten Unterlagen ergeben würde und die abweichende Beweiswürdigung der Vorinstanz willkürlich wäre. Es ist deshalb vom Sachverhalt auszugehen, wie ihn das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat. Ob die Tätigkeit des Beschwerdeführers mangels Organstellung oder Leitungsfunktion in der "Baumann"-Gruppe selbständig bzw. im Gruppenzusammenhang untergeordnet war, ist Rechts- und nicht Tatfrage.

2.
2.1 Natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, dürfen keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Eine bankengesetzlich unzulässige Entgegennahme von Publikumsgeldern kann auch durch ein arbeitsteiliges Vorgehen im Rahmen einer Gruppe erfolgen: Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen bzw. die dahinter stehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Unterstellungspflicht erfüllen, im Resultat aber gemeinsam dennoch eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben. Der Schutz des Marktes, des Finanzsystems und der Anleger rechtfertigt in solchen Fällen trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise, falls zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche (finanzielle/geschäftliche), organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird. Das Erfassen von bewilligungslos tätigen Intermediären im Rahmen einer
Gruppe mit den entsprechenden aufsichtsrechtlichen Konsequenzen richtet sich gegen den Rechtsmissbrauch und soll verhindern, dass Akteure, die in Umgehung der finanzmarktrechtlichen Auflagen handeln, besser gestellt werden, als wer sich gesetzeskonform der Aufsicht der staatlichen Behörden unterwirft (BGE 136 II 43 E. 4.3.3 S. 51).

2.2 Ein gruppenweises Handeln liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten bzw. aufgrund der Umstände (Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleiche Geschäftssitze; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen usw.) davon auszugehen ist, dass koordiniert - ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet - eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt wird (BGE 136 II 43 E. 4.3 mit Hinweisen). Die entsprechende Praxis ist entgegen der Kritik des Beschwerdeführers nicht verfassungswidrig; sie kann sich auf Art. 23ter Abs. 1 BankG bzw. Art. 31 FINMAG stützen (BGE 136 II 43 E. 4.3.2 und 4.3.3): Diese gesetzlichen Grundlagen decken im Interesse der Anleger und des Finanzplatzes auch Anordnungen gegen Finanzintermediäre ab, die in Verletzung bzw. in Umgehung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen bewilligungslos tätig sind, und erlaubt, ihnen gegenüber die für die überwachten Intermediäre im Gesetz geregelten Sanktionen und Verwaltungsmassnahmen analog anzuwenden. Die erforderlichen Einschränkungen ergeben sich aus den von der
EBK bzw. der FINMA jeweils zu berücksichtigenden verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, wie sie das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung konkretisiert hat. Bei sämtlichen Massnahmen kommt dabei - wegen der Offenheit der Gesetzgebung - dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine besondere Bedeutung zu (Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 136 II 43 E. 4.3.2).

3.
Wenn das Bundesverwaltungsgericht davon ausgegangen ist, der Beschwerdeführer sei in massgebender Weise in die Aktivitäten der "Baumann"-Gruppe involviert gewesen, weshalb ihm deren Handeln zuzurechnen sei, ist dies nicht bundesrechtswidrig:

3.1 Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die "Baumann"-Gruppe als solche illegal einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist. Gemäss den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz hat er selber 108 Anleger direkt oder indirekt (über Untervermittler) betreut, wobei deren gesamtes Investitionsvolumen rund Fr. 21'017'220.– betrug. Ambros Baumann stellte jeweils die Vertragsmuster zur Verfügung, während der Beschwerdeführer die Unterschriften bei den Kunden einholte und die Verträge dann an Ambros

Baumann weiterleitete. Teilweise nahm er die investierten Gelder von den Kunden in bar entgegen und übermittelte sie dann seinerseits an Ambros Baumann. Umgekehrt überwies dieser die Renditen der vom Beschwerdeführer bzw. durch seine Untervermittler betreuten Kunden jeweils auf dessen Konto. Die diesbezüglichen Kommunikationen an Ambros Baumann erfolgten per E-Mail und zum Teil ohne Angabe des Namens des betroffenen Kunden, für den das Geld bestimmt war. Der Beschwerdeführer legte für seine Anleger gemäss den Mitteilungen von Ambros Baumann die quartalsweise ausgestellten, individuellen Renditeabrechnungen an. Der Beschwerdeführer erstellte zudem Abrechnungen und Steuerbescheinigungen für Kunden von elf anderen Vermittlern. Achtzehn seiner Kunden betätigten sich ihrerseits als Untervermittler, für acht von ihnen übernahm er die Abrechnungen. Für seine Tätigkeit erhielt der Beschwerdeführer - nach seinen Angaben aufgrund eines mündlichen Arbeitsvertrags - ab 2005 ein monatliches Gehalt von Fr. 2'500.– bzw. seit 2007 von Fr. 3'000.–. Hinzu kamen die Provisionen, die 10 bis 20 % der Bruttorendite betrugen. In den Jahren 2004 bis 2006 erhielt er in diesem Rahmen Beträge von Fr. 70'550.–, Fr. 74'300.– bzw. Fr. 81'100.–. Im Jahr 2007 will er keine Provisionen, aber eine Entschädigung von Fr. 60'000.– erhalten haben. Der Beschwerdeführer berechnete auch die Provisionen seiner Untervermittler sowie einzelner anderer Vermittler, wobei er mit den Untervermittlern eine Provisionsteilung (20 % an ihn) verabredet haben will. Die entsprechenden Zahlungen erfolgten auf ein Konto des Beschwerdeführers, welcher die Gelder in der Folge in bar an die Untervermittler weiterleitete.

3.2 Das Bundesverwaltungsgericht durfte gestützt hierauf willkürfrei zum Schluss kommen, dass der Beschwerdeführer weitgehend autonom gehandelt und eine massgebliche Rolle im Gebilde der "Baumann"-Gruppe gespielt hat. Er handelte im Rahmen von deren Aktivitäten nicht einfach als weisungsgebundener Arbeitnehmer, sondern er trug eine gewisse Mitverantwortung für die Geschäftstätigkeit, auch wenn er nicht selber über die Geldanlage bestimmte bzw. nicht selber alle Voraussetzungen der verbotenen bewilligungspflichtigen Entgegennahme von Publikumsgeldern in seiner Person erfüllte. Die arbeitsteilige gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen im Rahmen einer Gruppe zeichnet sich gerade dadurch aus, dass die einzelnen Personen nicht alle Voraussetzungen der bewilligungspflichtigen Tätigkeit erfüllen, jedoch in einem Gesamtplan gruppenintern oder -extern einen wesentlichen Beitrag zu dieser leisten. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass zwischen dem Beschwerdeführer und Ambros Baumann objektiv ein arbeitsteiliges und - zumindest stillschweigend - koordiniertes Zusammenwirken stattgefunden hat, mit dem Resultat, dass in Verletzung von Art. 1 Abs. 2 BankG gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen wurden, ohne dass eine gesetzliche Ausnahmesituation vorgelegen hätte. Wie das Bundesverwaltungsgericht zu Recht festgestellt hat, können aufsichtsrechtlich auch natürliche Personen Teil einer als Einheit zu behandelnden Gruppe sein, falls sie - im Rahmen einer fairen Gesamtsicht - als massgeblich an den bewilligungspflichtigen Tätigkeiten beteiligt bzw. in die entsprechenden Gruppenaktivitäten in entscheidender Funktion involviert erscheinen (vgl. das Urteil 2C 324/2009 vom 9. November 2009 E. 3.2).

4.
4.1 Der Beschwerdeführer beanstandet in seiner Eingabe weder das ihm auferlegte Verbot der (weiteren) Entgegennahme von Publikumseinlagen noch das entsprechende Werbeverbot. Er kritisiert auch die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten und die mit der Verfügung der EBK vom 29. Oktober 2008 verbundenen Kosten nicht, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen. Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

4.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (vgl. Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
2.1 Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

2.2 Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet.

3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. Februar 2011
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Zünd Hugi Yar