Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 91/2010, 2C 92/2010

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

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

Verfahrensbeteiligte
2C 91/2010
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,
Beschwerdeführerin,

2C 92/2010
X._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Marc Gerber,

gegen

2C 91/2010
X._____,
Beschwerdegegner,
vertreten durch Rechtsanwalt Marc Gerber,

2C 92/2010
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen/ kollektive Kapitalanlage/Werbeverbot,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 26. November 2009.

Sachverhalt:

A.
A.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. Die EBK eröffnete gestützt hierauf über den Nachlass von Ambros Baumann und seine Einzelfirmen den bankenrechtlichen Konkurs. 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.– blieb ungeklärt. Den Forderungen standen Aktiven von bloss rund Fr. 6'565'000.– gegenüber.
A.b 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 unter anderem der Rolle von X._____ ernannte die EBK am 1. Juli 2008 superprovisorisch zwei weitere Untersuchungsbeauftragte. Am 29. Oktober 2008 stellte sie gestützt auf deren Bericht fest, dass X._____ gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe. Zudem habe er, ohne über die nötigen Bewilligungen zu verfügen, in Verletzung des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31) eine kollektive Kapitalanlage öffentlich angeboten und vertrieben. Sie verbot ihm, weiter solchen Aktivitäten nachzugehen oder für diese zu werben. Die EBK auferlegte die Kosten der Untersuchungsbeauftragten von insgesamt Fr. 99'826.90 sowie die Verfahrenskosten von Fr. 35'000.– X._____ und den anderen in die Abklärungen einbezogenen Personen unter solidarischer Haftung.
A.c X._____ hatte sich gegen die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten an die EBK gewandt, worauf diese ihre Verfügung im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme am 19. August 2008 seinem Vater und ihm gegenüber bestätigte. Sie auferlegte den beiden die mit der Verfügung verbundenen Verfahrenskosten von Fr. 10'000.–. Das Bundesverwaltungsgericht schrieb die hiergegen gerichtete Beschwerde am 12. Dezember 2008 mit Blick auf die inzwischen ergangene Verfügung in der Sache selber wegen Gegenstandslosigkeit ab.

B.
B.a Am 26. November 2009 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von X._____ gegen die Verfügung der EBK vom 29. Oktober 2008 teilweise gut, soweit es darauf eintrat (B-7764/2008). Es hob die angefochtene Verfügung insofern auf, als die EBK darin zum Schluss gekommen war, dass X._____ eine kollektive Kapitalanlage öffentlich angeboten bzw. vertrieben habe und er gewerbsmässig einer Effektenhändlertätigkeit nachgegangen sei (Dispositiv-Ziffer I.2). Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte indessen die festgestellte Verletzung des Bankengesetzes: X._____ habe als Teil der "Baumann"-Gruppe gehandelt; seine Aktivitäten für diese seien über eine reine Vermittlertätigkeit bzw. eine reine Funktion als Sekretär seines Vaters hinausgegangen. Es habe diesbezüglich ein arbeitsteiliges und koordiniertes Handeln zwischen seinem Vater, Ambros Baumann und ihm bestanden. Hingegen könne nicht gesagt werden, dass er Fondsanteile öffentlich angeboten und vertrieben habe. Die von ihm "betreuten" Anleger seien einige wenige Verwandte oder Bekannte gewesen, die eher zufällig zum Y._____ Fund gestossen seien, weshalb sowohl in quantitativer wie qualitativer Hinsicht nur bei einem eng begrenzten Personenkreis Werbung betrieben worden
sei. Entgegen den Einwänden von X._____ sei die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten rechtens gewesen und hätten die Betroffenen die Untersuchungskosten deshalb solidarisch zu tragen. Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– für die Zwischenverfügung vom 19. August 2008 erschienen in ihrer Höhe vertretbar, zumal die EBK bei ihren Kosten im Hauptentscheid (Fr. 35'000.–) "weit unter der oberen Kostengrenze" geblieben sei.

C.
C.a Hiergegen gelangte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) am 1. Februar 2010 mit dem Antrag an das Bundesgericht, es seien Ziffer 1, soweit den Vertrieb einer kollektiven Kapitalanlage betreffend, sowie Ziffer 4 (Parteientschädigung) des Dispositivs des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben (Verfahren 2C 91/2010). Die FINMA macht geltend, die Rechtslage habe sich mit Inkrafttreten des Kollektivanlagengesetzes insofern geändert, als das quantitative Element bei der Werbung ganz weggefallen sei und als qualitatives Element nur noch die "qualifizierten" Anleger gälten. Jede Art von Werbung, die sich nicht ausschliesslich an solche richte, sei öffentlich. X._____ habe Werbung gegenüber nicht qualifizierten Anlegern betrieben und damit gegen das KAG verstossen. Bezüglich der Parteientschädigung sei das Bundesverwaltungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass X._____ nicht "überwiegend unterlegen" sei und deshalb keinen Anspruch auf Entschädigung gehabt habe. X._____ beantragt, die Beschwerde der FINMA abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht hat darauf verzichtet, sich vernehmen zu lassen.
C.b X._____ beantragte ebenfalls mit Eingabe vom 1. Februar 2010 (Verfahren 2C 92/2010), den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. November 2009 aufzuheben, soweit darin die Ziffern 1 (unterstellungspflichtige Tätigkeit), 11 (Kosten der Untersuchungsbeauftragten) und 12 (Verfahrenskosten) der Verfügung der EBK vom 29. Oktober 2008 bestätigt worden seien. Die EBK habe ihm gegenüber zu Unrecht die Untersuchungsbeauftragten eingesetzt; der relevante Sachverhalt habe sich bereits aus dem Untersuchungsbericht be-

treffend die "Baumann"-Gruppe hinreichend klar ergeben. In der Sache selber habe er lediglich untergeordnete administrative Aufgaben wahrgenommen. Er sei jedoch nicht Teil der Gruppenleitung gewesen und habe mit dieser auch nicht in einer engen wirtschaftlichen oder organisatorischen Verbindung gestanden. Die FINMA beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht hat darauf verzichtet, sich vernehmen zu lassen.

Erwägungen:

1.
1.1 Den beiden Beschwerden liegt derselbe Sachverhalt zugrunde, sie betreffen den gleichen vorinstanzlichen Entscheid und beziehen sich auf dieselben, zwischen den gleichen Parteien vor Bundesverwaltungsgericht umstrittenen Fragen. Es rechtfertigt sich deshalb, die Verfahren 2C 91/2010 und 2C 92/2010 zu vereinigen und mit einem gemeinsamen Urteil zu erledigen (BGE 128 V 124 E. 1 S. 126 und 192 E. 1 S. 194, je mit Hinweisen; Art. 71 BGG in Verbindung mit Art. 24 BZP).
1.2
1.2.1 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 eine entsprechende Tätigkeit werben zu dürfen. X._____ ist in diesen Punkten - sowie hinsichtlich der Untersuchungs- und Verfahrenskosten - befugt, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in eigenem Namen anzufechten (Art. 89 Abs. 1 BGG; Urteile 2C 749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 1.2).
1.2.2 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 - insbesondere hinsichtlich der Beschwerdebefugnis der Aufsichtsbehörde (vgl. E. 1.2.3) - 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).
1.2.3 Nach Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG sind Personen, Organisationen und Behörden vor Bundesgericht beschwerdebefugt, soweit ein anderes Bundesgesetz ihnen dieses Recht einräumt. Für die Bankenkommission war dies gestützt auf Art. 24 Abs. 1 BankG (in der Fassung vom 1. Januar 2007) der Fall. Seit dem 1. Januar 2009 verfügt die FINMA über diese Befugnis (Art. 54 Abs. 2 FINMAG). Ihr Beschwerderecht dient dazu, den richtigen und rechtsgleichen Vollzug der finanzmarktrechtlichen Aufsichtsbestimmungen sicherzustellen. Sie muss ein mit Blick auf die einheitliche Anwendung des Bundesrechts in vergleichbaren Fällen zureichendes Interesse an der Beurteilung der von ihr aufgeworfenen Problematik haben. Dies ist der Fall, wenn sie dem Gericht eine neue Rechtsfrage unterbreiten oder sie mit ihrer Beschwerde eine konkret drohende und nicht anders abwendbare bundesrechtswidrige Rechtsentwicklung verhindern will (BGE 134 II 201 E. 1.1 mit Hinweisen). Die FINMA wirft im vorliegenden Fall die Frage auf, wie der Begriff der "öffentlichen Werbung" im Sinne von Art. 3 KAG zu verstehen ist. Wird ihrer Auslegung gefolgt, hätte X._____ - entgegen der Annahme des Bundesverwaltungsgerichts - auch gegen das KAG verstossen. Die Beschwerde der FINMA bezieht
sich damit auf ein Rechtsproblem eines tatsächlich bestehenden Einzelfalls mit potentiellen Auswirkungen für diesen und die künftige aufsichtsrechtliche Praxis. Auf ihre Behördenbeschwerde ist deshalb einzutreten (vgl. das Urteil 2C 570/2009 vom 1. März 2010 E. 1.1).

2.
2.1 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 ist oder in Verletzung wesentlichere Verfahrensrechte ermittelt wurde (Art. 105 Abs. 2 OG). Der Beschwerdeführer muss

rechtsgenügend darlegen, dass und inwiefern der 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 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.

2.2 Die Eingabe von X._____ genügt diesen Anforderungen über weite Strecken nicht: Er behauptet zwar, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig und unvollständig festgestellt, er führt indessen nicht aus, inwiefern dies der Fall sein soll. Er beschränkt sich darauf, seine Sicht der Dinge zu wiederholen. Mit den Ausführungen im angefochtenen Entscheid zu seinen Einwänden und zur Aktenlage setzt er sich nicht vertieft auseinander. Er behauptet, nur untergeordnete administrative Arbeiten für die Unternehmen der "Baumann"-Gruppe und seinen Vater erledigt zu haben. Er legt indessen nicht dar, inwiefern sich dies klar aus den Unterlagen ergibt 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 untergeordneter Natur war, ist im Übrigen Rechts- und nicht Tatfrage.

3.
3.1 Natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, dürfen nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen 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). Ein gruppenweises Handeln liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten bzw. aufgrund der Umstände 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).
3.2
3.2.1 Die EBK und das Bundesverwaltungsgericht sind davon ausgegangen, X._____ habe als Teil der "Baumann"-Gruppe zu gelten; deren Handeln sei ihm zuzurechnen und umgekehrt. Dies ist nicht zu beanstanden: Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die "Baumann"-Gruppe als solche illegal einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist. X._____ begann ab 2004, die Aktivitäten seines Vaters bei der "Baumann"-Gruppe zu unterstützen. Gemäss Untersuchungsbericht hat er mit seinem Vater insgesamt 74 Kunden mit einem Investitionsvolumen von Fr. 19'902'889.– betreut. Hierfür unterhielt er mit Ambros Baumann enge Kontakte. So legte dieser in seinem Beisein und jenem seines Vaters jeweils im Dezember die Rendite jedes Kunden im Rahmen eines Gesprächs fest, wobei der Beschwerdeführer und sein Vater die jeweiligen Resultate und andere Informationen (Steuerbescheinigungen usw.) auf Briefpapier der "Baumann"-Gruppe ("Baumann & Partners Ltd.") den einzelnen Anlegern eröffneten. Ab 2006 unterhielt er mit seinem Vater eine Bankbeziehung, welche für die "Baumann"-Gruppe als Poolkonto diente. Es wurden darauf Ein- und Auszahlungen von und an Kunden sowie Provisionszahlungen an den Beschwerdeführer und seinen Vater zugunsten und
zulasten der "Baumann"-Gruppe verrechnet. Der Beschwerdeführer erhielt für seine Aktivitäten im Rahmen

der "Baumann"-Gruppe bis zum Jahr 2007 (Provisions-)Einnahmen von mindestens Fr. 600'000.–, worin der Lohn für seine administrativen Tätigkeiten - gemäss nicht unterschriebenem Arbeitsvertrag Fr. 120'000.– pro Jahr - nicht eingerechnet ist. Zu Recht unterstreicht die Vorinstanz in diesem Zusammenhang, dass die jeweiligen Zahlungen auf das Pool-Konto auf Abruf seitens des Beschwerdeführers oder seines Vaters von Ambros Baumann weitgehend ohne Kontrolle gewährt wurden, was auf die Vertrauensposition des Beschwerdeführers und seine weitgehende Autonomie hinweist.
3.2.2 Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer sei für die "Baumann"-Gruppe bzw. für seinen Vater nur in untergeordneter Weise tätig geworden. Die Untersuchungsbeauftragten haben Visitenkarten der "Baumann & Partners Ltd." vorgefunden, auf denen er als "Executive Director" bezeichnet wird. Ob er diese gegen aussen benutzt hat oder nicht, ist unwesentlich. Die Karten wie der von ihm erstellte, aber nach seinen Angaben nicht benutzte Lebenslauf ("I share the responsibility for the company's US stock and ETF portfolio. I analyse stocks/sectors to formulate and implement investment ideas concurrent with the companies overall investment guidelines/strategy...") belegen, wie Ambros Baumann und er selber seine Rolle verstanden haben. Auch wenn er mit den Anlageentscheiden von Ambros Baumann nichts direkt zu tun gehabt haben will, kam ihm als Arbeitsteam mit seinem Vater im Rahmen der Gruppenstruktur eine tragende Rolle zu, was die Höhe der Provisionszahlungen und die Verfügungsbefugnis über die Einlagen auf dem Pool-Konto belegen. Die arbeitsteilige gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen im Rahmen einer Gruppe zeichnet sich - wie bereits dargelegt - gerade dadurch aus, dass die einzelnen
Beteiligten juristischen oder natürlichen Personen nicht alle Voraussetzungen der bewilligungspflichtigen Tätigkeit selber erfüllen, jedoch im Gesamtplan einen wesentlichen Beitrag zu dieser leisten.
3.2.3 Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass zwischen dem Beschwerdeführer, seinem Vater und Ambros Baumann objektiv ein arbeitsteiliges und - zumindest stillschweigend - koordiniertes Zusammenwirken bestand, mit dem Resultat, dass in Verletzung von Art. 1 Abs. 2 BankG gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen wurde, ohne dass eine gesetzliche Ausnahmesituation vorgelegen hätte. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers trug massgebend und planmässig dazu bei, dass die "Baumann"-Gruppe ihre Ziele erreichen und dank immer neuer Anleger ihr Geschäftssystem aufrechterhalten konnte. Was der Beschwerdeführer hiergegen weiter einwendet, überzeugt nicht: Wie das Bundesverwaltungsgericht zu Recht festgestellt hat, können aufsichtsrechtlich auch natürliche Personen Teil einer als Einheit zu behandelnden Gruppe bilden, 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). Die Frage, ob sie sich für ihr entsprechendes Handeln allenfalls auch strafrechtlich zu verantworten haben, bildet nicht Gegenstand des
Aufsichtsverfahrens und steht ihrem Einbezug in dieses nicht entgegen. Der Ausgang des Strafverfahrens wird durch das Aufsichtsverfahren nicht präjudiziert, weshalb hierin auch kein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung liegt. Das dem Beschwerdeführer auferlegte Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen und der Werbung für eine solche ist damit rechtens.

4.
4.1 Entgegen der Kritik des Beschwerdeführers sind schliesslich auch die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten und die Kostenregelung im angefochtenen Entscheid nicht zu beanstanden, soweit diese Fragen hier überhaupt zu prüfen sind, nachdem die entsprechende vorsorgliche Massnahme vom 19. August 2008 mit der Verfügung der EBK vom 29. Oktober 2008 dahin gefallen ist.

4.2 Der Untersuchungsbericht zur "Baumann"-Gruppe hatte ergeben, dass diese über zahlreiche "Vermittler" zu den für die Fortsetzung ihres "Schneeball"-Systems erforderlichen Publikumseinlagen kam. Die Rolle des Beschwerdeführers und seines Vaters waren dabei unklar, konnten aber aufgrund der ersten Abklärungen (Pool-Konto, hohe Provisionszahlungen, unklare Finanzflüsse usw.) nicht zum Vornherein als unbedeutend oder von untergeordneter Natur qualifiziert werden. Blosse Befragungen des Beschwerdeführers und seines Vaters waren nicht geeignet, den Sachverhalt rechtsgenügend zu erstellen, da der genaue Umfang ihrer Verstrickung in die Geschäfte der "Baumann"-Gruppe erst noch abzuklären war. Zwar war der Beschwerdeführer bereit, hierbei mitzuwirken, doch beschränkte dies die Ermittlungsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde aufgrund der konkreten Umstände nicht. Die EBK musste sich nicht mit dem zufriedengeben, was der Beschwerdeführer allenfalls bereit war, ihr zu kommunizieren. Der erste Untersuchungsbericht hatte einen objektiv begründeten Anfangs-

verdacht dafür geliefert, dass der Beschwerdeführer stärker in die Aktivitäten verwickelt sein könnte als andere Vermittler. Diesen Verdacht galt es anschliessend zu prüfen, was einerseits die
Anhörung des Betroffenen durch die Untersuchungsbeauftragten voraussetzte, andererseits aber auch die unabhängige Analyse der Finanzflüsse über seine Konten nahe legte.

4.3 Die EBK hielt sich beim Entscheid, die Untersuchungsverfahren aufzuspalten und die Aktivitäten des Beschwerdeführers und seines Vaters über die bereits aus der "Baumann"-Untersuchung vorliegenden Resultate hinaus zu vertiefen, im Bereich ihres technischen Ermessens (vgl. hierzu BGE 132 II 382 E. 4 u. 5; 130 II 351 E. 2.2). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers bestanden zahlreiche offene Fragen bezüglich der Vermittler und des Verbleibs der Anlagegelder. Nachdem der Y._____ Fund, an dessen Aufbau der Beschwerdeführer und sein Vater ursprünglich mit Ambros Baumann massgebend beteiligt waren und dessen Investmentpolitik der Beschwerdeführer bestimmte, waren auch diesbezüglich weitere Untersuchungen gerechtfertigt. Der Beschwerdeführer konnte sich sowohl vor der EBK als auch vor dem Bundesverwaltungsgericht zu den verschiedenen Ermittlungsergebnissen vollumfänglich äussern, weshalb nicht ersichtlich ist, inwiefern durch dieses Vorgehen sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sein sollte (vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3 S. 357 ff.).

4.4 Der Untersuchungsbeauftragte 1 hat nicht gegen den Beschwerdeführer, sondern im Zusammenhang mit dem Nachlass vom Ambros Baumann ermittelt. Erst als ersichtlich wurde, dass auch den Beschwerdeführer persönlich aufsichtsrechtliche Vorwürfe treffen könnten, wurde am 1. Juli (bzw. am 19. August) 2008 ein weiteres Enforcementverfahren eröffnet, in dem ihm Parteistellung zukam und er alle seine Rechte gegenüber der verfügenden Behörde wahrnehmen konnte. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Untersuchungsbeauftragten hätten ihn nicht hinreichend angehört, verkennt er, dass nicht diese zu entscheiden hatten; die definitive Sachverhaltsfeststellung und die rechtliche Würdigung oblagen abschliessend der EBK (BGE 130 II 351 E. 3.3.2 mit Hinweisen).

4.5 Entscheidend sind immer die Umstände und Verdachtsmomente im Einzelfall. Diese legten vorliegend, wo Millionen von Anlagegeldern verschwunden waren, ergänzende Abklärungen bei den Hauptvermittlern der "Baumann"-Gruppe nahe. Das Vorgehen in zwei Etappen aufgrund des jeweiligen Erkenntnisstands entsprach - entgegen der Kritik des Beschwerdeführers - gerade dem Gebot der Verhältnismässigkeit. Soweit er geltend macht, die EBK und die Vorinstanz hätten die Zwischenverfahren verzögert, um unbehindert ermitteln und möglichst schnell in der Sache verfügen zu können, bestehen hierfür keine Hinweise. Es lag gerade auch in seinem Interesse, dass die Aufsichtsbehörde ihr Verfahren möglichst straff führte und die sich abzeichnenden weiteren Verfahrensschritte jeweils rechtzeitig vorbereitete.
4.6
Auch die verschiedenen ihm auferlegten Untersuchungs- und Verfahrenskosten sind nicht zu beanstanden:
4.6.1 Nach Art. 12 Abs. 1 lit. h der Verordnung vom 2. Dezember 1996 (in der Fassung vom 26. September 2003; AS 2003 3701 ff.) über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidgenössische Bankenkommission (EBK-GebV) dürfen für den Entscheid über eine Zwangsunterstellung unter ein Aufsichtsgesetz von natürlichen und juristischen Personen bis zu Fr. 30'000.– je Partei bzw. bis zu Fr. 10'000.– in jedem anderen Verfahren auf Erlass einer Verfügung erhoben werden (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.4.3 S. 319). Massgebend für die Bemessung der Gebühren sind insbesondere der Zeitaufwand, die erforderliche Sachkenntnis, die Behandlung eines Geschäfts durch die Bankenkommission selber oder ihr Sekretariat sowie das Interesse des Gebührenpflichtigen an der Dienstleistung (Art. 10 EBK-GebV). Im Übrigen richtet sich die Erhebung der Gebühren nach der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (KostenV VwV; SR 172.041.0; Art. 11 Abs. 1 EBK-GebV). Nach deren Art. 7 tragen mehrere Parteien ihre gemeinsamen Verfahrenskosten zu gleichen Teilen und haften dafür solidarisch, soweit nichts anderes bestimmt worden ist.
4.6.2 Die Untersuchungskosten von Fr. 99'826.90 sind ausgewiesen und wurden durch die Aktivitäten der Hauptvermittler im Rahmen ihrer Tätigkeiten für die "Baumann"-Gruppe verursacht (vgl. zur Kostenkontrolle durch die Aufsichtsbehörde: das Urteil 2A.119/2002 vom 11. Dezember 2002 E. 3.1.1). Der Beschwerdeführer gehörte - wie dargelegt - zu diesen: Aufgrund seines Beitrags an die (gesamthaft) bewilligungspflichtige Tätigkeit bestand ein objektiv begründeter Anlass, seine (persönlichen) Aktivitäten näher zu untersuchen. Er hat

deshalb die Gesamtkosten der Untersuchungsbeauftragten solidarisch mit den anderen Beteiligten zu tragen (vgl. Art. 36 Abs. 4 FINMAG; vgl. BGE 132 II 382 E. 5 S. 389; 130 II 351 E. 4 S. 360 ff. mit Hinweisen), auch wenn er mit den anderen Vermittlern nicht persönlich bzw. direkt zusammengearbeitet bzw. diese nicht oder nur flüchtig gekannt haben will. Entscheidend ist die Tatsache, dass sie alle im Rahmen der Geschäftstätigkeit der "Baumann"-Gruppe aktiv geworden sind und ihr Rolle finanzmarktrechtlich vertieft abgeklärt werden musste. Die interne Aufteilung ist eine Frage des Regresses (vgl. BGE 135 II 356 E. 6.2.1).
4.6.3 Auch die von der EBK erhobenen Verfahrenskosten halten sich im Rahmen des Gesetzes: Zwar war die Gebühr von Fr. 10'000.– für die Zwischenverfügung vom 19. August 2008 hoch, nachdem diese letztlich weitgehend identisch mit jener vom 1. Juli 2008 ausfallen konnte, doch betraf sie nicht nur den Beschwerdeführer, sondern auch dessen Vater. Im Übrigen hatte die EBK - wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat - nicht nur ihre Verfügung vom 1. Juli 2008 zu wiederholen, sondern auch die umfangreichen Stellungnahmen dazu zu lesen und anhand der Einwände die Akten zu verifizieren.

5.
5.1 Die FINMA macht geltend, das Bundesverwaltungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe die Anteile des Y._____ Funds nicht öffentlich angeboten und/oder vertrieben und deshalb auch nicht gegen das Kollektivanlagengesetz verstossen. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, dass die Auslegung der FINMA, wonach jede Werbung, welche sich nicht ausschliesslich an qualifizierte Anleger richte, als öffentlich zu betrachten sei, zu "pauschal" erscheine. Hätte der Gesetzgeber eine solche Rechtsfolge gewollt, hätte er dies ausdrücklich so festlegen müssen. Der Begriff "Publikum" in Art. 3 Satz 1 KAG deute auf eine grössere Zahl von Adressaten hin. Im Sinne eines Umkehrschlusses ergebe sich hieraus, dass Werbung, die sich an eine Person oder einige wenige Personen richte, nicht als "öffentliche" gelten könne. Eine solche liege nur vor, wenn sich die Werbung "nicht an einen eng umschriebenen Kreis von Personen" wende.
5.2
5.2.1 Ausländische Kollektivanlagen unterstehen den Bestimmungen des KAG (Art. 119 ff.), wenn für sie in oder von der Schweiz aus öffentlich geworben wird. Wer öffentlich Anteile einer (in- oder ausländischen) kollektiven Kapitalanlage anbietet oder vertreibt, bedarf hierfür einer Bewilligung der FINMA (Art. 19 KAG [Vertriebsträger]). Nach Art. 3 KAG gilt als öffentliche Werbung "jede Werbung, die sich an das Publikum richtet" (Satz 1). Nicht als Werbung zu qualifizieren ist namentlich die von den beaufsichtigten Finanzintermediären erstellte Publikation von Preisen, Kursen und Inventarwerten (Satz 2). "Die Werbung gilt als nicht öffentlich, wenn sie sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Artikel 10 Absatz 3" wendet (Satz 3).
5.2.2 Die Auslegung der FINMA erweist sich als zu streng und ist - wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat - durch Art. 3 KAG nicht gedeckt: Die Verwendung des Begriffs der "öffentlichen Werbung" ist im Zusammenhang mit dem Schutzzweck des Gesetzes zu verstehen. Das KAG stuft den Anlegerschutz je nach Schutzbedürftigkeit der Investoren ab. Es sieht dementsprechend vor, dass jede Werbung, als nicht öffentlich gilt, die sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger richtet (Art. 3 Satz 3 KAG). Deren reduziertes Schutzbedürfnis rechtfertigt eine weniger weitgehende finanzmarktrechtliche Kontrolle als jenes der Publikumsanleger (teleologisches Element). Würde der Auslegung der FINMA gefolgt, machte Art. 3 Satz 1 KAG, wonach als öffentliche Werbung jede Werbung gilt, "die sich an das Publikum richtet", keinen Sinn mehr. Der Gesetzgeber hätte sich in diesem Fall damit begnügen können, festzuhalten, dass jegliche Werbung, die sich nicht an qualifizierte Anleger wendet, zu einer Unterstellung unter das KAG führt, wo dieses hierfür ein "öffentliches" Handeln voraussetzt. Der erste Satz von Art. 3 KAG stellt die Grunddefinition dar; die zwei anschliessenden Sätze sehen gesetzliche Ausnahmen zu dieser vor: Satz 2 bezüglich des Begriffs
der Werbung, Satz 3 hinsichtlich jenem der Öffentlichkeit (grammatikalisches und systematisches Auslegungselement).
5.2.3 Nichts anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der FINMA aus der Entstehungsgeschichte der Norm (objektiv und subjektiv historische Auslegung): Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft fest, dass als öffentliche Werbung, ohne Rücksicht auf die Form, jede Werbung zu gelten habe, die sich nicht an einen eng umschriebenen Kreis von Personen richte, was mit der bisherigen Praxis der Aufsichtsbehörde und der Rechtsprechung des Bundesgerichts übereinstimme (BBl 2005 6395 ff., dort S. 6438). Richtig ist, dass der vom ihm vorgeschlagene Gesetzestext in der Folge im Parlament abgeändert wurde; dies geschah jedoch gerade mit der Absicht, den Begriff der öffentlichen Werbung und damit die Anwendbarkeit des KAG mit seinen einschneidenden Regeln

nicht zu weit zu fassen. Mit der Vorinstanz ist deshalb davon auszugehen, dass neben der Werbung, die sich an qualifizierte Anleger richtet und damit als "nicht öffentlich" gilt, im Rahmen des Begriffs "Publikum" ein zusätzlicher, beschränkter Raum für nicht öffentliches Handeln verbleibt. Richtet sich das Angebot bzw. die Werbung an einen eng umschriebenen Personenkreis liegt keine Öffentlichkeit bzw. kein "Publikum" im Sinne von Art. 3 Satz 1 KAG vor. Der Kreis der Beworbenen kann dabei -
wie bisher - entweder qualitativ aufgrund bestimmter Beziehungen oder aber quantitativ (zahlenmässig) beschränkt sein, wobei jeweils die Umstände des konkreten Einzelfalls den Ausschlag geben (vgl. RENÉ BÖSCH, in: Watter et al. [Hrsg.], BSK Kollektivanlagengesetz, 2009, N. 26 ff.).
5.2.4 Im vorliegenden Fall haben sich 14 Personen mit einem Bankdepot und einem Investitionsvolumen von rund Fr. 6 Mio. am Y._____ Fund beteiligt. Unter den Investoren sind der Beschwerdeführer und sein Vater sowie verschiedene Verwandte und Bekannte von diesen, zudem eine Firma und zwei Drittpersonen. Wie die Vorinstanz verbindlich festgestellt hat, ist es ausserhalb der Verwandtschaft des Beschwerdeführers eher zufällig zu zwei Gesprächen über die Investmentmöglichkeit in den Y._____ Fund gekommen. Die anderen Investoren standen zum Beschwerdeführer über ihre Familienbanden in einer besonderen Beziehung, weshalb - wie das Bundesverwaltungsgericht zu Recht angenommen hat - aufgrund der konkreten Umstände in qualitativer Sicht insgesamt noch von einem begrenzten Personenkreis ausgegangen werden kann. Seine Feststellung, dass der Beschwerdeführer somit nicht gegen das KAG verstossen habe, verletzt deshalb kein Bundesrecht.

5.3 Unbegründet ist auch die Kritik der FINMA, das Bundesverwaltungsgericht habe dem Beschwerdegegner im Rahmen seines Obsiegens zu Unrecht eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zugesprochen. Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. X._____ hat vor dem Bundesverwaltungsgericht bezüglich der Unterstellung unter das KAG obsiegt. Die entsprechende Rechtsvertretung war für ihn mit nicht unbedeutenden (Vertretungs-)Kosten verbunden, weshalb ihm die Vorinstanz zu Recht eine reduzierte Parteientschädigung zugesprochen hat. Diese ist, wie X._____ geltend macht, mit Fr. 1'000.– indessen zu gering ausgefallen: Die zugesprochene Summe entspricht lediglich rund 4 Stunden Arbeit eines Rechtsanwalts, was zur Instruktion des Falles im Rahmen des Obsiegens offensichtlich nicht ausreichte. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist in diesem Punkt aufzuheben und dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zuzusprechen.

6.
6.1 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde 2C 91/2010 abzuweisen und die Beschwerde 2C 92/2010 gegen das Urteil B-7764/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. November 2009 im Entschädigungspunkt gutzuheissen; im Übrigen ist sie abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

6.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten wie folgt zu verteilen: Der Beschwerdeführer hat als mehrheitlich unterliegende Partei die reduzierten Gerichtskosten im Verfahren 2C 92/2010 zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der FINMA ist für dieses keine Entschädigung geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG). Sie hat trotz ihres Unterliegens im Verfahren 2C 91/2010 als eine mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Organisation keine Kosten zu tragen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Sie muss den Beschwerdegegner für dieses - und im Rahmen von dessen Obsiegen im Verfahren 2C 92/2010 - jedoch eine angemessene Entschädigung ausrichten (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verfahren 2C 91/2010 und 2C 92/2010 werden vereinigt.

2.
2.1 Die Beschwerde 2C 91/2010 wird abgewiesen.

2.2 Die Beschwerde 2C 92/2010 wird teilweise gutgeheissen und die Ziffer 4 des Dispositivs des Urteils des

Bundesverwaltungsgerichts vom 26. November 2009 wie folgt ersetzt:
"4.
Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– (inkl. MwSt.) zugesprochen."
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.3
2.3.1 Die reduzierten Gerichtskosten für das Verfahren 2C 92/2010 von Fr. 3'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
2.3.2 Für das Verfahren 2C 91/2010 werden keine Kosten erhoben.
2.4
2.4.1 Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) hat X._____ für das Verfahren 2C 91/2010 mit Fr. 4'000.– und für das Verfahren 2C 92/2010 mit Fr. 750.– zu entschädigen.
2.4.2 Für das Verfahren 2C 92/2010 ist der FINMA keine Entschädigung geschuldet.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten 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