Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 176/2014

Urteil vom 19. Juli 2014

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Kneubühler,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht.

Gegenstand
Entgegennahme von Publikumseinlagen, Werbeverbot, Publikation des Werbeverbots,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 6. Januar 2014.

Sachverhalt:

A.

A.a. Die B._____ Holding AG mit Sitz in U._____ hat als statutarischen Zweck u.a. die Finanzierung und Beteiligung an Gesellschaften (sowie deren Beratung) im Bereich von Energie-Beteiligungen und deren Verwaltung.

A.b. Am 1. Februar 2013 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) - im Wesentlichen gestützt auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1 [Stand am 20. Dezember 2012]) sowie auf diejenigen des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0 [Stand am 1. Januar 2013]) - eine Verfügung in Sachen B._____ Holding AG, C._____, D._____ und A._____. Darin erwog sie, C._____ sei einziger Verwaltungsrat der B._____ Holding AG und besitze 25 % ihrer Aktien. D._____ besitze 75 % der Aktien und sei Geschäftsführer der B._____ Holding AG. A._____ sei mit einem Geschäftsbesorgungsvertrag mit der B._____ Holding AG verbunden. Es rechtfertige sich eine gruppenweise Betrachtung der Vorgänge um die B._____ Holding AG und A._____, was zur Folge habe, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Beteiligten träfen, selbst wenn nicht alle Involvierten an sämtlichen Handlungen teilgenommen hätten. Die B._____ Holding AG habe gestützt auf verschiedene Anlageverträge von 183 Anlegern Gelder in der Höhe von 4,39 Millionen Franken entgegengenommen. Die

durch die B._____ Holding AG angebotenen Anlagemöglichkeiten wiesen sämtliche Merkmale einer Publikumseinlage im Sinne des Bankengesetzes auf. Der Vertrieb dieser Energieanleihen sei über ein von A._____ betreutes Maklernetz erfolgt. Zudem habe die B._____ Holding AG Werbung über ihre Webseite (www.b._____.com) betrieben, welche ohne "Login" öffentlich zugänglich gewesen sei. Ferner habe die B._____ Holding AG von weit über 20 Anlegern Gelder entgegengenommen, so dass die Gewerbsmässigkeit ohnehin zu bejahen sei. Die FINMA ging im Weiteren davon aus, dass die B._____ Holding AG mit den entgegengenommenen Geldern kaum oder gar keine Investitionen getätigt, sondern den grössten Teil der Gelder an verschiedene Empfänger ausbezahlt habe. Zusammenfassend hielt die FINMA fest, die B._____ Holding AG-Gruppe habe gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen, ohne über die dafür notwendige Bankenbewilligung zu verfügen. Damit habe sie gegen das Bankengesetz verstossen. Ferner sei die B._____ Holding AG überschuldet, weshalb der Konkurs über sie zu eröffnen sei. Gegen C._____ und D._____ seien Verbote der Ausübung einer Banktätigkeit und der entsprechenden Werbung in genereller Form auszusprechen. Die Ausübungs- und Werbeverbote seien sodann gestützt auf Art. 34 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes zu publizieren.
Demgemäss verfügte die FINMA,es werde festgestellt, dass die B._____ Holding AG, A._____, C._____ und D._____ ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt hätten (Dispositiv-Ziff. 1). Weiter eröffnete sie am 4. Februar 2013, 08.00 Uhr, den Konkurs über die B._____ Holding AG. Die bis anhin im Handelsregister eingetragenen Vertretungsbefugnisse der jeweiligen Organe wurden gelöscht (Dispositiv-Ziff. 2-8). Den ins Recht gefassten C._____, D._____ und A._____ verbot die FINMA generell, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen in irgendeiner Form Werbung zu betreiben, unter Hinweis auf die Strafandrohungen von Art. 48 und 44 FINMAG sowie Art. 46 und 49 BankG (Dispositiv-Ziff. 9, 10). Sie verfügte sodann, dass die Dispositivziffern 9 und 10 nach Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung betreffend D._____ für die Dauer von fünf Jahren und betreffend C._____ und A._____ für die Dauer von zwei Jahren auf ihrer Internetseite (www.finma.ch) veröffentlicht werden (Dispositiv-Ziff. 11). Die Ziffern 2 bis 8 des Verfügungsdispositivs wurden für sofort vollstreckbar erklärt, wobei die Tätigkeit des Konkursliquidators bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung auf sichernde und werterhaltende Massnahmen beschränkt wurde (Dispositiv-Ziff. 12). Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten (Fr. 82'146.05 [inkl. MwSt]) und die Verfahrenskosten (Fr. 36'000.–) wurden sämtlichen Verfügungsadressaten solidarisch auferlegt (Dispositiv-Ziff. 13, 14).

B.

Gegen diese Verfügung erhob A._____ am 26. Februar 2013 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Dieses wies die Beschwerde mit Urteil vom 6. Januar 2014 ab.

C.

Mit Eingabe vom 12. Februar 2014 erhebt A._____ beim Bundesgericht "Beschwerde" mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils. Aufgefordert, einen Kostenvorschuss zu bezahlen, beantragt er zudem Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege.
Die FINMA äussert sich zur Beschwerde, ohne einen ausdrücklichen Antrag zu stellen. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegen den angefochtenen Entscheid ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 90 BGG) und der Beschwerdeführer ist als von den angefochtenen Massnahmen persönlich Betroffener zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG; Urteil 2C 324/2009 vom 9. November 2009 E. 1.1).

1.2. Das Bundesgericht prüft frei und von Amtes wegen die richtige Anwendung des Bundesrechts (Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG). Es legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt bzw. vom Bundesgericht von Amtes wegen berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig (d.h. willkürlich) ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 105 Abs. 2 BGG). Eine entsprechende Rüge, welche rechtsgenüglich substantiiert vorzubringen ist (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.), setzt zudem voraus, dass die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Zu den Sachverhaltsfeststellungen in diesem Sinne gehören auch die beweiswürdigend aus den festgestellten Sachverhalten gezogenen Schlüsse (MEYER/DORMANN, in Basler Kommentar BGG, 2. Aufl. 2011, Rz. 15 f. und 34a zu Art. 105, m.H.).

2.

2.1. Dem Bankengesetz unterstehen die Banken, Privatbankiers (Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen (Art. 1 Abs. 1 BankG). Die Bank bedarf zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der FINMA (Art. 3 Abs. 1 BankG). Natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstehen, dürfen - vorbehältlich bestimmter Ausnahmen - keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen, BankV, SR 952.02).

2.2. Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen für eigene Rechnung gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht und dabei selber zum Rückzahlungsschuldner der Leistung wird. Grundsätzlich gelten alle Verbindlichkeiten als Einlagen. Nur die in Art. 3a Abs. 3 BankV abschliessend - als Ausnahmen - aufgezählten Verbindlichkeiten sind keine Einlagen im Sinn von Art. 1 Abs. 2 BankG (BGE 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391 f.). Die Publikumseinlagen sind im Gesetz nicht positiv definiert, doch umschreiben Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV bestimmte Erscheinungen, die nicht als Einlagen bzw. Publikumseinlagen gelten.

2.3. Eine bankengesetzlich unzulässige Entgegennahme von Publikumseinlagen kann auch durch ein arbeitsteiliges Vorgehen im Rahmen einer Gruppe erfolgen (BGE 136 II 43 E. 4.3.1 S. 49 f. mit Hinweisen) : 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 (Urteil 2C 30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 3.1.1). Ein gruppenweises Vorgehen liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten
oder 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 oder wesentlich gefördert wird (vgl. Urteil 2C 89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1 und 3.2, nicht publ. in BGE 137 II 284; BGE 136 II 43 E. 4.3 S. 49 ff., je mit Hinweisen). Ein blosses Parallelverhalten genügt für die Annahme, es werde gruppenweise gehandelt, nicht. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass eine gemeinsame Umgehungsabsicht besteht, da die von der Gruppe ausgehende Gefahr nicht von den Intentionen der einzelnen Gruppenmitglieder abhängt (zit. Urteil 2C 30/2011 E. 3.1.2; 2C 898/2010 vom 29. Juni 2011 E. 2.2).

2.4. Verletzt eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter die Bestimmungen eines Finanzmarktgesetzes oder

bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG). Ihre Aufsicht ist nicht auf die dem Gesetz unterstellten Betriebe beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehören auch die Abklärung der finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht und die Ermittlung von Finanzintermediären, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen bewilligungslos tätig sind (BGE 132 II 382 E. 4.1 S. 388 mit Hinweisen). Ergibt das Verfahren, dass die oder der Beaufsichtigte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und müssen keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden, so kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 32 FINMAG). Stellt die FINMA eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen fest, so kann sie der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten für eine Dauer von bis zu fünf Jahren untersagen (Berufsverbot, Art. 33 FINMAG). Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, so kann die FINMA ihre Endverfügung
nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen (Art. 34 Abs. 1 FINMAG).

3.

3.1. Im Rahmen der Tätigkeit der FINMA auseinanderzuhalten sind somit die Aufsicht über die bewilligten Finanzintermediäre, gegenüber welchen bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ein Berufsverbot nach Massgabe von Art. 33 FINMAG verhängt werden kann, sowie - wie hier - die Verhinderung illegaler Aktivitäten unbewilligter (und insofern nicht direkt beaufsichtigter) Finanzintermediäre, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen bewilligungslos tätig sind. In solchen Fällen kann die Aufsichtsbehörde den verantwortlichen Personen die bewilligungspflichtige Tätigkeit und die Werbung dafür verbieten. Bei einem solchen Verbot handelt es sich um eine Warnung bzw. Ermahnung, inskünftig bewilligungspflichtige Tätigkeiten zu unterlassen; den Betroffenen - und nach einer Veröffentlichung dem Publikum - wird dabei lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt (BGE 135 II 356 E. 5.1 S. 565; Urteil 2C 929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.1).

3.2. Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen festgestellt (E. 3.4), die B._____ Holding AG habe von rund 200 Anlegern unerlaubt Publikumseinlagen in der Höhe von 4,39 Mio. Franken entgegengenommen. Damit habe der Beschwerdeführer - soweit von einer Gruppe auszugehen sei - gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfohlen. Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann festgestellt, der Beschwerdeführer habe mit der B._____ Holding AG einen Geschäftsbesorgungsvertrag abgeschlossen, dessen Basis die Sicherung und Beschaffung von Vertriebspartnern sowie Kunden für die B._____ Holding AG und Partnerfirmen für die jeweils aktuell angebotenen Finanzmarktprodukte sei. Der Beschwerdeführer (als Generalvertrieb) sei als selbständiges Unternehmen für die Beschaffung und Realisierung von Kunden und Vertrieben tätig und habe die Vorgaben der B._____ Holding AG zu gewährleisten. Die Aufgabenstellung umfasse die Herstellung von Kontakten und Abschlüssen zu Neukunden, die Vermittlung und das Führen von Vertrieben sowie die Vorprüfung der Kreditunterlagen, die Schulung und das Trainieren von Vertriebsmitarbeitern und Vertriebsgruppen. Er informiere die B._____ Holding AG
monatlich über die aktuelle Entwicklung der vereinbarten Geschäfte (auf der Basis der Planzahlen und Zeitstrukturen) und erhalte Provisionen auf den getätigten Umsätzen. Angesichts dieses Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen der B._____ Holding AG und A._____ seien diese als wirtschaftliche Einheit zu betrachten. Der Einwand des Beschwerdeführers, er habe bloss die Kundenkartei geführt, sei wenig glaubhaft; nach den Aussagen des Beschwerdeführers gehe dieser selber oder ein Makler auf die Kunden zu und erhalte bei Abschluss eine Provision. Die Behauptung des Beschwerdeführers, diese Provisionen seien bloss für das Führen der Kundenkartei bezahlt worden, sei als Schutzbehauptung zu werten. Die B._____ Holding AG und A._____ hätten daher als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzt (E. 4.3-4.5). Sie hätten die entgegengenommenen Einlagen in der Höhe von rund 4,39 Mio. Franken bisher nicht zurückbezahlt. An Aktiven seien noch 1,8 Mio. Franken vorhanden, so dass die Anleger mit einem Verlust von 58 % rechnen müssten. Damit habe der Beschwerdeführer die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen schwer verletzt (E. 5.3).

4.

Der Beschwerdeführer bestreitet, dass er zusammen mit der B._____ Holding AG als Einheit zu betrachten sei. Seine Ausführungen vermögen aber nicht darzulegen, dass die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung offensichtlich unrichtig wäre. Im Gegenteil bestätigt er selber, dass er seine Pflichten, Kapitalanlagen zu vermitteln und zu prüfen, wahrgenommen und dafür viel Zeit und Spesen für Abklärungen eingesetzt hat, dass er die Unterlagen der B._____ Holding AG erneuert und auf eine Schweizer Version angepasst hat, dass er zusammen mit dem Verwaltungsrat der B._____ Holding AG eine Kollektivunterschrift hatte und Zahlungseingänge der Kunden kontrollieren konnte, und dass er den Kunden den unterzeichneten Service bieten wollte. Damit bestätigt er, dass er in wesentlichem Umfang an der Akquisition der Kunden mitgewirkt hat. Bei dieser Sachverhaltslage liegt eine Gruppe im dargelegten aufsichtsrechtlichen Sinne (vorne E. 2.3) vor. Der Beschwerdeführer hat dadurch an der nicht bewilligten Entgegennahme von Publikumsgeldern mitgewirkt. Dass er die Gelder nicht selber entgegen genommen hat, über die entgegengenommenen Gelder nicht verfügen konnte und weder Arbeitnehmer noch Mitinhaber der B._____ Holding
AG war, ist dafür irrelevant. Ebenso spielt es keine Rolle, wer genau mit welchem Anteil an der Erstellung der Prospekte der Unterlagen mitwirkte und ob Kunden über die Homepage www.b._____.com geworben wurden.

5.

Des Weiteren erwähnt der Beschwerdeführer eine im angefochtenen Urteil wiedergegebene Zahl von Spareinlagen und kritisiert, dass die Vorinstanzen den Sparplan und den Entnahmeplan nicht verstanden hätten. Entscheidend ist jedoch nicht, was die Kunden pro Monat einbezahlt haben und wie sich das Total darstellt, sondern der Umstand, dass der Beschwerdeführer - zusammen mit der B._____ Holding AG und deren Organen - ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hat. Diese Feststellung der Vorinstanz wird in der Beschwerde nicht in Frage gestellt. Auch die weiteren Ausführungen in der Beschwerde lassen das angefochtene Urteil nicht als bundesrechtswidrig erscheinen. Damit hat der Beschwerdeführer gegen Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 3a Abs. 2 BankV verstossen.

6.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

Bei diesem Ausgang trägt der Beschwerdeführer die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 65/66 BGG). Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann nicht entsprochen werden, da die Beschwerde aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

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

Lausanne, 19. Juli 2014

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Klopfenstein