Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-2991/2011

Urteil vom 20. März 2012

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiber Michael Barnikol.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Georg Zondler,
Wenger & Vieli AG, Dufourstrasse 56,
Postfach 1285, 8034 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Entgegennahme von Publikumseinlagen, Werbeverbot.

Sachverhalt:

A.
Der Beschwerdeführer ist einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats der X._____ und der Y._____ AG. Bei der X._____ AG handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen, deren statutarischer Zweck insbesondere im An- und Verkauf sämtlicher Typen von Finanzinstrumenten besteht. Die Y._____ AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr statutarischer Zweck besteht unter anderem in der Beteiligung an anderen Unternehmen aller Art im In- und Ausland sowie der direkten und indirekten Finanzierung anderer Konzerngesellschaften und Aktionäre.

B.
Die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt eröffnete im Jahr 2010 ein Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer, beschlagnahmte verschiedene Geschäftsunterlagen und liess die Konten der X._____ AG und der Y._____ AG sperren. Mitte Juli 2010 wies die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt die Vorinstanz auf die Tätigkeit des Beschwerdeführers und der beiden Gesellschaften hin und teilte ihr mit, dass gegen den Beschwerdeführer ein Verfahren wegen Geldwäscherei und Veruntreuung geführt werde. Die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt stellte der Vorinstanz verschiedene Akten zu. Mit Schreiben vom 23. November 2010 teilte die Vorinstanz der X._____ AG und dem Beschwerdeführer mit, dass sie gegen diese ein Verfahren wegen Verdachts auf unbewilligte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen eröffnet habe. Sie beabsichtige in diesem Verfahren eine kostenpflichtige Verfügung zu erlassen, weshalb der Beschwerdeführer und die X._____ AG eingeladen würden, hierzu Stellung zu nehmen. Mit Stellungnahmen vom 28. Dezember 2010 und 1. Februar 2011 bestritten die X._____ AG sowie der Beschwerdeführer Teile des Sachverhalts und verneinten die Unterstellungspflicht unter das Bankengesetz.

C.
Mit Verfügung vom 8. April 2011 stellte die Vorinstanz fest, dass die X._____ AG unerlaubt Publikumseinlagen entgegengenommen und den Begriff "Bank" verwendet habe. Damit hätten die X._____ AG sowie aufgrund seines massgeblichen Beitrags an der unbewilligten Tätigkeit auch der Beschwerdeführer gegen das Bankengesetz verstossen (Dispositiv-Ziff. 1). Die Vorinstanz ordnete die aufsichtsrechtliche Liquidation der X._____ AG an und verhängte gegen den Beschwerdeführer

ein Werbeverbot (Dispositiv-Ziff. 2-12). Weiterhin verfügte sie, dass die Dispositivziffern 11 und 12 der Verfügung, welche das Werbeverbot beträfen, auf ihrer Internetseite veröffentlicht würden (Dispositiv-Ziff. 13). Zur Begründung führte sie an, der Beschwerdeführer sei im streitrelevanten Zeitraum einziges Mitglied des Verwaltungsrats der X._____ AG gewesen. Die X._____ AG habe mit acht Personen und Gesellschaften Verträge, die als "Loan Agreements", "Profit Participating Loan Agreements" und "Asset Management Agreements" bezeichnet worden seien, abgeschlossen. Aufgrund dieser Verträge hätten sich die betreffenden Personen und Gesellschaften als Investoren zur Überlassung von Geldern an die X._____ AG als Darlehen verpflichtet und seien berechtigt gewesen, als Gegenleistung die Zahlung von Zinsen sowie im Fall der "Profit Participating Loan Agreements" eine Beteiligung an der Reinvestierung der Gelder fordern zu können. Eines der "Loan Agreements" sei mit der Z._____ C.V., einer nicht regulierten Kapitalgesellschaft nach holländischem Recht mit Sitz in den Niederlanden abgeschlossen worden, an der ca. 40 "silent partners" beteiligt seien. Der Gesamtbetrag aller Verträge belaufe sich auf 76 Mio. € und 887 Mio. USD. Hiervon seien mindestens 7,7 Mio. € eingezahlt worden. Berücksichtige man die Anleger der Z._____ C.V., habe der Beschwerdeführer mit seiner Gesellschaft zu mindestens 50 Personen Vertragsbeziehungen aufrechterhalten. In Anbetracht der weiteren Umstände, dass der Beschwerdeführer gegenüber Dritten erklärt habe, er wolle mindestens 130 Mio. € entgegennehmen, und dass im E-Mail Verkehr des Beschwerdeführers und mit Hilfe der Webseite der X._____ AG versucht worden sei, weitere Investoren anzuwerben, sei der Tatbestand der unerlaubten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen erfüllt. Ferner habe die X._____ AG auf ihrer Webseite mit der Wortverbindung "Investment Bank" Werbung betrieben und ihre Tätigkeit mit derjenigen einer Bank verglichen. Der Beschwerdeführer habe sich in seiner E-Mail-Signatur im Geschäftsverkehr als "Private Banker" bezeichnet.

D.

Der Beschwerdeführer erhebt am 26. Mai 2011 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, die Verfügung der Vorinstanz vom 8. April 2011 sei aufzuheben, soweit in ihr die Publikation des Werbeverbots angeordnet wird und soweit festgestellt wird, der Beschwerdeführer habe gegen das Bankengesetz verstossen. Zur Begründung führt er an, er habe sich um die gesetzmässige Ausgestaltung der X._____ AG bemüht und sich insbesondere anwaltlich beraten lassen. Die beigezogenen Anwälte hätten sich an die Vorinstanz gewandt, welche ihnen

mit E-Mail vom 2. Juni 2010 bestätigt habe, dass sie keine Anhaltspunkte für eine gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern ausmachen könne, sofern die Z._____ C.V. von ihrem Zweck her nicht nur der Umgehung der in der Bankenverordnung aufgeführten Schwelle von 20 Publikumseinlagen diene. Der Beschwerdeführer habe daher insbesondere nicht damit rechnen müssen, dass die Gewährung des Darlehens an die Z._____ C.V. zu einer individuellen Berücksichtigung der 40 Gesellschafter führen würde. Dem Beschwerdeführer könne daher keine besonders schwere Verletzung bankenrechtlicher Vorschriften vorgeworfen werden. Es werde nicht bestritten, dass die Homepage der X._____ AG diverse Hinweise enthalten habe, welche für ein nicht gemäss Bankengesetz bewilligtes Institut unzulässig seien, und dass der Beschwerdeführer sich im E-Mail-Verkehr als "Private Banker" bezeichnet habe. Zu berücksichtigen sei indessen, dass die X._____ AG über längere Zeit keinen Zugriff auf ihre eigene Internetseite gehabt habe und diese daher nicht habe anpassen können. Ferner habe sich der Beschwerdeführer aufgrund eines in Belgien erworbenen Masterdiploms zur Führung der Bezeichnung "Private Banker" berechtigt gefühlt.

E.
Mit Verfügung vom 15. Juli 2011 zieht die Vorinstanz die angefochtene Verfügung teilweise in Wiedererwägung. Sie beschränkt die Dauer der Veröffentlichung des Werbeverbots auf fünf Jahre und hebt den Vorbehalt, die Dispositivziffern 11 und 12 der angefochtenen Verfügung auf Kosten des Beschwerdeführers nicht nur auf ihrer Internetseite, sondern auch in anderen Medien zu veröffentlichen, auf.

Soweit noch im Streit verbleibend, beantragt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 19. Juli 2011, die Beschwerde sei abzuweisen. Sie bringt vor, die unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen durch die X._____ AG sei in der angefochtenen Verfügung rechtskräftig festgestellt worden. Die Gewerbsmässigkeit der Entgegennahme ergebe sich vor allem aus der Absicht des Beschwerdeführers, weitere Publikumseinlagen entgegenzunehmen, wie sie insbesondere aus verschiedenen Äusserungen des Beschwerdeführers, Präsentationen und einer Homepage hervorgehe, deren Ausgestaltung darauf ausgerichtet gewesen sei, das Vertrauen einer breiteren Anlegerschaft zu gewinnen. Zudem bestreite der Beschwerdeführer nicht, die für die X._____ AG hauptsächlich verantwortliche Person gewesen zu sein. Er habe sich dem aufsichtsrechtlichen Pflichtenkatalog von Beginn an entzogen und in massivem Umfang die Entgegennahme von Geldern geplant. Dass es zu keiner schweren fi-

nanziellen Schädigung der Investoren gekommen sei, sei nicht ihm zu verdanken, sondern den Strafbehörden, die frühzeitig eine Kontensperre angeordnet hätten. Deshalb wiege der Verstoss gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer. Gegen den Beschwerdeführer seien mehrere Strafverfahren hängig. Daher bestehe die erhöhte Gefahr, dass er erneut eine unerlaubte Tätigkeit ausüben und weitere Gläubiger schädigen könnte. Da er seinen Wohnsitz in Belgien habe, wirke sich ein Werbeverbot, das die Entgegennahme von Publikumseinlagen bzw. die entsprechende Werbung in der Schweiz verbiete, nur wenig auf sein wirtschaftliches Fortkommen aus. Das öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und an der Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger und Anleger überwiege die privaten Interessen des Beschwerdeführers. Die zeitlich begrenzte Publikation des Werbeverbots sei daher auch verhältnismässig.

F.

Mit Replik vom 5. September 2011 hält der Beschwerdeführer vollumfänglich an seinen Rechtsbegehren fest. Er macht geltend, dass er bei jeder Internetsuche mit seinem Namen auf der Seite der Vorinstanz aufzufinden wäre. Daher handle es sich bei der Veröffentlichung des Werbeverbots um eine sehr einschneidende Massnahme, die ihm jegliche Tätigkeit im kommerziellen Bereich erschwere. Faktisch entfalte es seine Wirkung keineswegs nur in der Schweiz, sondern auch im Ausland, da die Webseite der Vorinstanz weltweit eingesehen werden könne. Die Beschränkung der Publikationsdauer auf fünf Jahre bedeute für den Beschwerdeführer keine wesentliche Verbesserung. Angesichts der ihm zur Last gelegten Verstösse erscheine dies als übermässig lange Dauer, die zumindest angemessen zu reduzieren sei. Die von der Vorinstanz für das Vorliegen eines schweren Verstosses angeführten Indizien seien nicht sehr aussagekräftig. Insbesondere enthalte die E-Mail-Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt keine Informationen, die darauf schliessen liessen, dass der Beschwerdeführer wissentlich und willentlich gegen Finanzmarktgesetze verstossen habe.

G.

Mit Duplik vom 26. September 2011 führt die Vorinstanz an, es sei zweifelhaft, ob die Forderungen der Anleger und die übrigen Verbindlichkeiten der X._____ AG vollständig durch Aktiven gedeckt seien, weshalb eine Schädigung der Anleger zu befürchten sei. Im Übrigen hält sie an ihren Vorbringen vollumfänglich fest.

H.
Mit Noveneingabe vom 23. Dezember 2011 nimmt der Beschwerdeführer Bezug auf die Schlussverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, mit welcher diese einem Rechtshilfeersuchen des Untersuchungsrichteramtes Antwerpen entspricht und die strafprozessuale Sperre der Konten der X._____ AG und der Y._____ AG aufhebt.

I.
Mit Stellungnahme vom 3. Februar 2012 bringt die Vorinstanz vor, aus der Aufhebung der Kontensperre könne nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers abgeleitet werden. Die Beurteilung des Sachverhalts aus aufsichtsrechtlicher Sicht erfolge unabhängig von allfälligen Straftaten des Beschwerdeführers.

J.
Mit Schreiben vom 9. Februar 2012 informiert die Vorinstanz das Bundesverwaltungsgericht über den gegenwärtigen Stand des Liquidationsverfahrens. Sie nimmt auf den Sachstandsbericht der Liquidatorin vom 31. Januar 2012 Bezug, in welchem diese ausführt, sie müsse davon ausgehen, dass das Guthaben der X._____ AG gegenüber dem Beschwerdeführer nicht werthaltig sei, wenn von diesem keine weiteren Zahlungen einträfen. In diesem Fall sei davon auszugehen, dass eine Liquidationsdividende von etwas mehr als 60 % ausgeschüttet werden könne. Falls hingegen die Zahlungen des Beschwerdeführers erfolgten, sei mit einer Liquidationsdividende von mehr als 90 % zu rechnen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Der Entscheid der Vorinstanz vom 8. April 2011 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der FINMA erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die

vorinstanzliche Verfügung zuständig. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch die ihn selbst betreffenden Feststellungen und Anordnungen im Dispositiv der angefochtenen Verfügung besonders berührt. Er hat insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Verfügung und ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Beschwerdefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1, 22a Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und es liegt eine rechtsgültige Vollmacht der Rechtsvertreter vor. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

1.2. Angefochten und damit Streitgegenstand sind die die Feststellung, dass der Beschwerdeführer gegen das Bankengesetz verstossen habe, sowie die auf fünf Jahre befristete Publikation des Werbeverbots in der Gestalt der Wiedererwägungsverfügung vom 15. Juli 2011. Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen ist die Verfügung der Vorinstanz vom 8. April 2011 insofern, als sie die unterstellungspflichtige Tätigkeit und die aufsichtsrechtliche Liquidation der X._____ AG betrifft.

2.

Die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde über den Finanzmarkt trifft die zum Vollzug des Bankengesetzes und dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 3 und Art. 6 Abs. 1 FINMAG). Erhält sie von Verstössen gegen die Gesetze des Finanzmarktrechts oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG). Da die Aufsichtsbehörde allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr bereits unterstellten Betriebe (insbesondere Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der in Frage stehenden finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft oder Person (Art. 3 Bst. a FINMAG und Art. 1 und 3 ff. des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [Bankengesetz, BankG, SR 952.0]). Praxisgemäss kann sie daher die in den Finanzmarktgesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. Personen einsetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.1, mit Hinweisen). Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die Vorinstanz von Gesetzes wegen befugt und verpflichtet,

die zur Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Erweist sich, dass die in Frage stehende natürliche oder juristische Person unbewilligt unterstellungspflichtige Aktivitäten ausgeübt hat und ihre Tätigkeit nicht bewilligungsfähig ist, so können diese Anordnungen bis zum Verbot der betreffenden Tätigkeit bzw. zur Liquidation und − bei Überschuldung − zur Konkurseröffnung reichen (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.2, mit Hinweisen). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Vorinstanz im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (insbesondere Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot sowie Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits, Rechnung zu tragen (zum Anleger- und Funktionsschutz, vgl. BGE 130 II 351 E. 2.2, BGE 126 II 111 E. 3b, BGE 121 II 147 E. 3a). Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, liegt weitgehend in ihrem "technischen Ermessen" (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1.2, BGE 126 II 111 E. 3b).

3.
Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer vor, für die X._____ AG gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen zu haben, ohne die hierfür erforderliche Bewilligung zu besitzen.

3.1. Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Die Entgegennahme von Publikumseinlagen besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig für eigene Rechnung Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, wobei grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen gelten. Es muss ein Vertrag vorliegen, in dem sich der Zahlungsempfänger zur späteren Rückzahlung der betreffenden Summe verpflichtet (vgl. BGE 132 II 382 E. 6.3.1). Massgeblich hierfür ist nicht die Bezeichnung der Einlagen, sondern der gewollte Vertragszweck. Nicht als Einlagen gelten Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden, Anleihensobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubiger in einem dem Art. 1156 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) entsprechenden Umfang informiert werden, Habensaldi auf Kundenkonten von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwal-

tern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird, oder Gelder, deren Entgegennahme in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsvertrag, der beruflichen Vorsorge oder anderen anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) stehen (Art. 3a Abs. 3 Bst. d der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 [Bankenverordnung, BankV, SR 952.02]). Nur diese in Art. 3a Abs. 3 Bst. a-d BankV abschliessend − als Ausnahmen − aufgezählten Verbindlichkeiten gelten nicht als Einlagen (vgl. ALOIS RIMLE, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 13). Die Umschreibung des Begriffs Einlagen erfolgt damit negativ (vgl. DANIEL ZUBERBÜHLER, Revision des Bankengesetzes vom 18. März 1994 und der Bankenverordnung, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 3/1994, S. 18 f.). Ferner sind bestimmte Einlagen kraft Gesetzes nicht als Publikumseinlagen zu qualifizieren (Art. 3a Abs. 4 BankV). Hierzu zählen insbesondere Einlagen von in- und ausländischen Banken oder anderen staatlich beaufsichtigten Unternehmen und institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie.

Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 BankV).

3.2. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, in seiner Funktion als Verwaltungsrat für die X._____ AG Gelder in der Höhe von ca. 7,7 Mio. € entgegengenommen zu haben. Unbestritten ist auch, dass die Gelder zur Erfüllung von Darlehensverträgen ("Loan Agreements"), die eine Rückzahlungsverpflichtung der X._____ AG beinhalteten, gezahlt wurden (vgl. pag. 251-357 der Vorakten). Dass einer der Ausnahmetatbestände nach Art. 3a Abs. 3 oder 4 BankV erfüllt sein könnte, wird nicht geltend gemacht und ist nicht ersichtlich. Bei den entgegengenommenen Geldern handelt es sich somit um Publikumseinlagen i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG.

3.3. Um die Bewilligungspflicht auszulösen, müsste die Entgegennahme gewerbsmässig erfolgt sein, was bei einer dauernden Entgegennahme von mehr als 20 Einlagen anzunehmen ist (Art. 3a Abs. 2 BankV; vgl. oben E. 3.1 am Ende). Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer Einlagen von mindestens acht Personen entgegengenommen hat.

3.3.1. Nach Art. 3 Abs. 1 BankV ist es Personen, denen nach Art. 1 Abs. 2 BankG untersagt ist, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, auch verboten, in irgendeiner Form dafür Werbung zu machen, insbesondere in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien. Das Bundesgericht hat daraus abgeleitet, dass ebenfalls gewerbsmässig im Sinne von Art. 3a Abs. 2 BankV handle, wer sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfehle, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren würden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.712/2006 vom 29. Juni 2007 E. 2.2.1; BGE 132 II 382 E. 6.3.1, je mit weiteren Hinweisen). Nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung reicht denn auch bereits der Nachweis der Absicht, Gelder gewerbsmässig entgegenzunehmen, um die Gewerbsmässigkeit zu bejahen bzw. die Bewilligungspflicht auszulösen (vgl. BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 31 zu Art. 1 BankG; RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, N 10 zu Art. 1 BankG).

3.3.2. Der Beschwerdeführer bzw. die X._____ AG haben sich vorliegend unbestritten öffentlich für die Entgegennahme der Einlagen empfohlen. Der Beschwerdeführer räumt selbst ein, dass auf der Internetseite der X._____ AG Werbung für die Entgegennahme von Publikumsgeldern betrieben wurde. Er macht diesbezüglich geltend, die X._____ AG habe zeitweise keinen Zugriff auf ihre eigene Internetseite gehabt, weshalb es dem Beschwerdeführer nicht möglich gewesen sei, diese gesetzeskonform zu gestalten. Aktenkundig ist jedoch, dass der Beschwerdeführer sich auch anderweitig aktiv um die Entgegennahme von Geldern bemüht hat, um mit diesen Investitionen zu tätigen (vgl. das Einvernahmeprotokoll des Mitarbeiters der W._____ AG B._____, pag. 617-636). Zur Akquirierung von Investoren für die X._____ AG wurde ein Werbeprospekt verwendet, der sich an ein breites Publikum richtet (pag. 385-397). Das Vorbringen des Beschwerdeführers erscheint daher wenig glaubhaft und ist zudem nicht rechtserheblich, da der Beschwerdeführer nicht nur im Internet versucht hat, Investoren für die X._____ AG anzuwerben. Die Vorinstanz ist somit zu Recht von einer unerlaubten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ausgegangen.

3.3.3. Da der Beschwerdeführer sich öffentlich für die Entgegennahme von Publikumseinlagen empfohlen hat, kann diese selbst dann noch als gewerbsmässig angesehen werden, wenn weniger als 20 Einlagen ent-

gegengenommen wurden. Es kann daher offen bleiben, ob die Gesellschafter der Z._____ C.V. im Hinblick auf die Anzahl der entgegengenommenen Einlagen jeweils gesondert zu berücksichtigen sind.

3.4. Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer weiterhin vor, den Bankbegriff im Geschäftsverkehr unrechtmässig verwendet zu haben. Der Ausdruck «Bank» oder «Bankier», allein oder in Wortverbindungen, darf in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszweckes und in der Geschäftsreklame nur für Institute verwendet werden, die eine Bewilligung der Vorinstanz als Bank erhalten haben (Art. 1 Abs. 4 S. 1 BankG). Diese Regelung dient dem Gläubigerschutz und soll verhindern, dass Unternehmen, die dem Bankengesetz nicht unterstellt sind, bei Kunden den Eindruck erwecken, dass sie es mit einem bewilligten Institut zu tun haben. Auf diese Weise können die Kunden ohne Weiteres ersehen, ob es sich bei ihrem Geschäftspartner um ein bewilligtes und dem Bankengesetz unterstehendes Unternehmen handelt (vgl. BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 74 zu Art. 1 BankG). Selbst, wenn tatsächlich keine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt wird, darf nicht der Eindruck erweckt werden, es handle sich um ein von der Finanzmarktaufsicht überwachtes Institut (vgl. BODMER/KLEINER/LUTZ, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], a.a.O., N 93 zu Art. 1 BankG). Unter Art. 1 Abs. 4 BankG fällt jede Verwendung der Begriffe "Bank" oder "Bankier", sofern sie ein im Finanzbereich tätiges Institut bezeichnet (vgl. BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 74 f. zu Art. 1 BankG). Auch die Verwendung der Begriffe "Investment Banking" und "Private Banking" kann von Art. 1 Abs. 4 BankG erfasst sein, wenn der Eindruck entsteht, dass es sich um ein bewilligtes, dem Bankengesetz unterstehendes Institut handelt (vgl. BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 78 f. zu Art. 1 BankG; BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 95 f. zu Art. 1 BankG).

3.4.1. In einem von der X._____ AG verwendeten Prospekt mit dem Titel "Presentation X._____ AG" (pag. 385-397) wird Folgendes ausgeführt: "The company is active on the following fields, and has the following facilities: […] permission as dealer broker in financial instruments, permission to financial trading […] Because of the professional background of our key management executives, we are able to present tailor made solutions for banking and insurance, or combined structures to third parties." In der Geschäftsreklame der X._____ AG wurde daher der Bankbegriff verwendet und es wurde der Eindruck erweckt, es handle sich bei ihr um ein bewilligtes Finanzinstitut bzw. um ein Unternehmen, das eine bewilligte bankenrechtliche Tätigkeit ausübe. Vor diesem Hintergrund kann auch der Umstand, dass sich der Beschwerdeführer in seiner E-

Mail-Signatur gegenüber Kunden als "Private Banker" bezeichnet hat, nicht allein als Hinweis auf den erfolgreichen Abschluss eines Nachdiplomstudiengangs verstanden werden. Vielmehr lässt diese Bezeichnung darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer für die X._____ AG Finanzdienstleistungen im Sinne einer bewilligten bankenrechtlichen Tätigkeit anbietet. Die Vorinstanz ist somit zu Recht davon ausgegangen, dass der Bankbegriff im Rechtsverkehr unrechtmässig verwendet wurde und somit ein Verstoss gegen Art. 1 Abs. 4 BankG vorliegt.

3.5. Der Beschwerdeführer macht geltend, es gebe keine Hinweise darauf, dass er absichtlich und in Kenntnis der Gesetzwidrigkeit aufsichtsrechtliche Normen in der Schweiz verletzt habe. Vielmehr habe er alle erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen, um Gesetzesverstösse zu vermeiden. Insbesondere habe er sich anwaltlich beraten lassen und dafür gesorgt, dass ein Anwalt aus der Schweiz Mitglied des Verwaltungsrats der X._____ AG geworden sei.

Diese Vorbringen sind indessen nicht geeignet, den Beschwerdeführer vom Vorwurf der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen zu entlasten. Die Frage der Unterstellung unter das Bankengesetz ist unabhängig von einem allfälligen Verschulden der involvierten Personen oder Organe im Sinne eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens zu beurteilen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-277/2010 vom 18. November 2010, E. 6.9). Die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 2 BankG sind immer dann erfüllt, wenn eine unbewilligte, gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen objektiv vorliegt. Wie ausgeführt, ist dies aufgrund des unstreitigen Vorbringens der Parteien zu bejahen. Im Hinblick auf den von der Vorinstanz festgestellten Verstoss gegen bankenrechtliche Bestimmungen ist daher insbesondere nicht entscheidend, ob der Beschwerdeführer die Entgegennahme der Publikumseinlagen als gesetzeswidriges Verhalten einordnen konnte oder musste, oder ob er die Werbung für die unterstellungspflichtige Tätigkeit auf der Webseite der X._____ AG hätte vermeiden können.

3.6. Der Beschwerdeführer bringt weiterhin vor, er habe sich an die Vorinstanz gewandt, welche keinen Verstoss gegen das Bankengesetz habe aufzeigen können.

3.6.1. Aktenkundig ist, dass die Vorinstanz einem vom Beschwerdeführer beigezogenen Rechtsanwalt mit E-Mail vom 2. Juni 2010 (Beilage 10 der Beschwerdeschrift) mitgeteilt hat, sie könne "bestätigen, dass die Finan-

zierung aus Sicht der Bankengesetzgebung jedenfalls solange bewilligungsfrei möglich [sei], als die entgegengenommenen Gelder a) nicht als Publikumseinlagen zu qualifizieren [seien] […] oder b) die Entgegennahme der Publikumseinlagen nicht gewerbsmässig [erfolge] […]." Weiterhin erläuterte die Vorinstanz in diesem E-Mail die Anforderungen der Art. 1 Abs. 2 BankG sowie Art. 3a Abs. 2-4 BankV. Sie führte aus: "Gestützt auf die unterbreiteten Informationen können wir jedenfalls solange keine Anhaltspunkte für eine gewerbsmässige Entgegennahme ausmachen, als die niederländische Limited Partnership von ihrem Zweck her nicht nur der Umgehung der in der BankV aufgeführten Schwelle von 20 Publikumseinlagen dient. Diesfalls könnte dieses Darlehensverhältnis unter Umständen nicht als eine einzige Gläubigerbeziehung betrachtet werden."

3.6.2. Behördliche Auskünfte sind nicht auf eine rechtsverbindliche Regelung von Rechten und Pflichten ausgerichtet, weshalb ihnen der Verfügungscharakter fehlt (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, N. 10 zu Art. 25). Sie können allenfalls aufgrund des Schutzes von Treu und Glauben eine Schutzwirkung entfalten (vgl. BGE 126 II 514 E. 3e/f). Dies setzt allerdings voraus, dass es sich um eine verbindliche Zusicherung einer Behörde handelt, die sich auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht (vgl. BGE 125 I 267 E. 4c; BGE 122 II 113 E. 3 b/cc; BGE 117 Ia 285 E. 2b). Die Vorinstanz hat der X._____ AG im E-Mail vom 2. Juni 2010 keine verbindliche Zusicherung erteilt, dass sie die von dieser entgegengenommenen Gelder nicht als Publikumseinlagen qualifizieren oder die Gewerbsmässigkeit ihrer Entgegennahme verneinen werde. Sie hat die X._____ AG vielmehr lediglich auf die in der Schweiz bestehende Rechtslage hingewiesen und mitgeteilt, dass sie im gegenwärtigen Zeitpunkt abgesehen von den 20 Gesellschaftern der niederländischen Limited Partnership keine Anhaltspunkte für eine gewerbsmässige Entgegennahme erkennen könne. Eine abschliessende Beurteilung des Sachverhalts hat die Vorinstanz hingegen nicht vorgenommen. Zudem ging sie offenbar von der Prämisse aus, dass die X._____ AG sich nicht öffentlich für die Entgegennahme von Publikumseinlagen empfehle. In einem E-Mail vom 31. Mai 2010 (Beschwerdebeilage 9) fragte der von der X._____ AG mit der Abklärung seinerzeit beauftragte Anwalt bei der Vorinstanz denn auch Folgendes an: "Assuming that loan has not been publicly solicited ('öffentliche Werbung'), will the taking of such loans […] be regarded as accepting deposits from

the public on a professional basis in the sense of Art. 1(2) Banking Act?" Wie ausgeführt (E. 3.3.2), hat sich die X._____ AG aber tatsächlich für die Entgegennahme von Publikumseinlagen öffentlich empfohlen. Es handelt sich bei diesem Umstand um eine wesentliche Tatsache, welche die Annahme begründet, dass die Entgegennahme von Publikumsgeldern durch die X._____ AG als gewerbsmässig angesehen werden kann. Der Beschwerdeführer als Organ der X._____ AG konnte und musste daher wissen, dass die Vorinstanz ihre Auskunft auf eine unvollständige Sachverhaltskenntnis stützte. Er durfte die Auskunft daher nicht als abschliessende Beurteilung der Gesetzmässigkeit der Aktivitäten der X._____ AG oder als Zusicherung, dass sie gegen diese keine Massnahmen ergreifen werde, verstehen. Die Auskunft der Vorinstanz kann deshalb kein nach den Grundsätzen von Treu und Glauben schutzwürdiges Vertrauen des Beschwerdeführers oder der X._____ AG begründen.

3.7. Die Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe gegen das Bankengesetz verstossen, ist somit nicht zu beanstanden.

4.
Der Beschwerdeführer wendet sich mit seiner Beschwerde des Weiteren gegen die Veröffentlichung des in der angefochtenen Verfügung ausgesprochenen Werbeverbots.

4.1. Mit dem Verbot, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder dafür zu werben, wurde dem Beschwerdeführer lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich dabei nicht um eine eigenständige Massnahme, sondern lediglich um eine Warnung bzw. Ermahnung. Das Bundesgericht erachtet ein derartiges Werbeverbot gegenüber den verantwortlichen Organen einer juristischen Person, bezüglich welcher rechtskräftig festgestellt wurde, dass sie unbewilligt einer nach einem Finanzmarktgesetz bewilligungspflichten Tätigkeit nachgegangen ist, als reine "Reflexwirkung" dieser illegalen Aktivität (vgl. BGE 135 II 356 E. 5.1 mit Hinweisen). Die Anforderungen an die Anordnung eines derartigen Verbots sind daher gering (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010, E. 5.3). Im vorliegenden Fall bestand nach dem bisher Gesagten ein ausreichender Grund, den Beschwerdeführer förmlich auf das Verbot, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, Werbung hierfür zu betreiben und den Begriff "Bank" bzw.

"Bankier" zu verwenden, sowie auf die mit einem Verstoss gegen dieses Verbot verknüpfte Strafdrohung hinzuweisen.

4.2. Nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG kann die Vorinstanz bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe der Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen. Es handelt sich bei dieser Massnahme um eine Reputationsstrafe (sog. "naming and shaming"), die einen tiefen Eingriff in die allgemeinen und wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte der Betroffenen bewirkt und Sanktionscharakter hat (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1, 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012, E. 5.2.1 f. und 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1). Die Sanktion dient insbesondere dem Schutz des Publikums bzw. potentieller künftiger Anleger, die vor den Aktivitäten der Adressaten des Werbeverbots gewarnt werden sollen.

4.2.1. Der Veröffentlichung könnte ein strafrechtlicher Charakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) zuerkannt werden. Das Ergebnis dieser Prüfung hat unmittelbare Auswirkungen auf die anzuwendenden Verfahrensgrundsätze (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.2). Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass die Veröffentlichung eines Werbeverbots im Einzelfall Strafcharakter haben kann, obwohl sie wegen des begrenzten Adressatenkreises der Massnahme als eine Art Disziplinarsanktion anzusehen und nicht Teil der schweizerischen Strafrechtsordnung ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010; in casu wurde die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK verneint). Dies steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), welcher mehrfach in Fällen, in denen die Sanktion nach nationalem Recht nicht dem Strafrecht zugeordnet werden konnte und auch die Höhe der Sanktion verhältnismässig niedrig ausfiel, das Vorliegen einer strafrechtlichen Anklage angenommen hat. Er hat dem Kriterium des Strafcharakters der Sanktion eine höhere Bedeutung eingeräumt als dem Kriterium der Zuordnung des Verstosses nach nationalem Recht (vgl. insbesondere das Urteil des EGMR 73053/01 vom 23. November 2006 i.S. Jussila gegen Finnland Ziff. 29 ff., mit Hinweisen). Insofern erachtet er als massgebend, ob sich die betreffende Massnahme auf eine Norm stützt, die präventive und repressive Zwecke verfolgt (vgl. Urteil des EGMR 73053/01, a.a.O., Ziff. 38).

Eine Verletzung allfälliger Rechte des Beschwerdeführers aus Art. 6 EMRK ist im vorliegenden Fall indessen nicht ersichtlich und wird von ihm auch nicht substantiiert gerügt. Die Frage, ob die Publikation des Werbeverbots eine strafrechtliche Anklage nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ist, kann daher offen gelassen werden.

4.3. Die Publikation eines Werbeverbots setzt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen voraus (Art. 34 Abs. 1 FINMAG). Ein Verstoss des Beschwerdeführers liegt vor, da er unerlaubt Publikumseinlagen entgegengenommen hat. Umstritten ist einzig, ob diese Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften als "schwer" im Sinne von Art. 34 Abs. 1 FINMAG eingestuft werden kann. Das Erfordernis der Schwere des Verstosses bewirkt, dass eine Sanktion nur dann verfügt wird, wenn diese den mit einem "naming and shaming" verbundenen tiefen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen rechtfertigen. Dies ist nicht der Fall, wenn lediglich eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten vorliegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2). In der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts haben sich eine Reihe von Kriterien herausgebildet, die eine weitgehend zuverlässige Beurteilung der Schwere des Verstosses erlauben.

4.3.1. Die Schwere eines Verstosses lässt sich danach beurteilen, wie dieser im Vergleich mit anderen Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen einzuordnen ist. So ist bei einer illegalen gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen bereits von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen. Einer Publikation des Werbeverbots können aber auch in einem solchen Fall besondere Umstände entgegenstehen, die darauf hinweisen, dass es künftig zu keiner weiteren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kommen wird. Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn sich das Verhalten der betreffenden Person als "tätige Reue" darstellt. Für das Vorliegen eines schweren Verstosses spräche ferner ein grosser Schaden, der den Anlegern entstanden ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Summe der entgegengenommenen Beträge hoch ist und die von den Anlegern gezahlten Gelder für diese verloren sind. Ferner ist darauf abzustellen, ob es sich bei den Adressaten des publizierten Werbeverbots um die Hauptverantwortlichen der unerlaubten Tätigkeit und nicht um untergeordnete Bedienstete handelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012, E. 5.2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.3.5).

4.3.2. Da dem Beschwerdeführer die unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen vorzuwerfen ist, muss der Verstoss im Vergleich zu anderen Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen als gravierend angesehen werden. Zudem handelte der Beschwerdeführer als Hauptverantwortlicher, da er das einzige einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglied der X._____ AG war. Er war die treibende Kraft bei der Aufbringung des Investitionskapitals. Die Aktivitäten des Beschwerdeführers begannen bereits im August 2009, als er bei der W._____ AG ein Konto eröffnete, auf das die Einlagen eingezahlt werden sollten. Aus dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Vorinstanz ergibt sich, dass Einlagen in der keineswegs geringfügigen Summe von insgesamt ca. 7,7 Mio. € eingezahlt wurden. Somit handelt es sich weder um eine punktuelle noch um eine untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten.

4.3.3. Auf der anderen Seite sprechen zwar auch einige Aspekte gegen das Vorliegen eines schweren Verstosses. So verfügt die X._____ AG noch über Aktiven in der Höhe von mehr als 13 Mio. Fr. (vgl. Bilanz der X._____ AG vom 30. Juni 2011, pag. 906), weshalb die Vorinstanz die aufsichtsrechtliche Liquidation und nicht den Konkurs der Gesellschaft angeordnet hat. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Darlehen zumindest teilweise an die Darlehensgeber zurückgezahlt werden können. Des Weiteren ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt am 15. November 2010 angeboten hat, die Gelder an die Investoren zurückzuzahlen (vgl. Schreiben der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 16. November 2010, pag. 695). Dies geschah, bevor die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 23. November 2010 davon in Kenntnis setzte, dass sie ein Verfahren wegen des Verdachts der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen eröffnet habe.

4.3.4. Gleichwohl ist anzunehmen, dass es zu einer nicht unerheblichen Schädigung der Anleger kommt. Nach Auskunft der Vorinstanz und des von ihr eingesetzten Liquidators muss mit einer voraussichtlichen Liquidationsdividende von 60-90% gerechnet werden. Zudem ist von einer erheblichen Gefährdung des Vermögens potentieller Investoren auszugehen. Der Beschwerdeführer hat gegenüber dem zuständigen Sachbearbeiter der W._____ AG, B._____, erklärt, dass er plane, Einlagen in sehr grossem Umfang entgegenzunehmen (E-Mail vom 13. Januar 2010, pag. 212). Insbesondere führte er aus: "As you are aware I have been engaged in raising loans, from business associates for

X._____ and its investment holding company […]. […] The total target I have set is intended to reach […] 130 million EUR. When the Christmas slowdown interrupted this loan gathering process I had built a total loan book of 6.7 million EUR. I will now be bringing in two of my larger lenders, each of whom will require the necessary sub-account. These two, for 50 million EUR and 27 million EUR will be completed in the next 30 days." B._____ hat im Rahmen seiner Befragung durch die Staatsanwaltschaft angegeben, dass der Beschwerdeführer vorgehabt habe, ca. 100 Mio. € an Kundengeldern aufzubringen (pag. 686, 687). Auch der Werbeprospekt der X._____ AG, in dem es beispielsweise heisst: "Starting as a small firm, and growing to an international workforce around the world, Global investment services provides the finest in financial thinking, products and execution […]" (pag. 389), vermittelt den Eindruck, dass der Beschwerdeführer die Entgegennahme von Einlagen in grösserem Umfang plante. Es war somit dem frühzeitigen Eingreifen der Staatsanwaltschaft und der Aufsichtsbehörde zu verdanken, dass es nicht zur unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen in weit grösserem Umfang und somit auch zu einer weitergehenden Schädigung von Anlegern gekommen ist.

4.3.5. Es liegt somit eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen i.S.v. Art. 34 Abs. 1 FINMAG vor.

4.4. Im Hinblick auf die erforderliche Bestimmtheit und Voraussehbarkeit der Massnahme verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass aus der betreffenden Verfügung klar hervorgehen muss, was unter welchen Bedingungen in welchen Medien wie lange publiziert werden soll und was die Aufsichtsbehörde im vorliegenden Zusammenhang als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen wertet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.3). Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall in ihrer Wiedererwägung den Zeitraum der Veröffentlichung eingegrenzt, ausserdem geht aus dem (korrigierten) Dispositiv klar hervor, welcher Teil der Verfügung veröffentlicht wird und dass die Veröffentlichung ausschliesslich auf der Homepage der Vorinstanz erfolgt. Die angefochtene, inzwischen angepasste Verfügung erfüllt daher die genannten Bestimmtheits- und Vorhersehbarkeitserfordernisse.

4.5. Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, dass die Veröffentlichung des Werbeverbots gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstosse.

4.5.1. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und für den Betroffenen zumutbar ist. Zulässigkeitsvoraussetzung bildet mithin eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.274/2004 vom 13. April 2005 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2007 vom 17. September 2008 E. 3.2).

4.5.2. In Anbetracht des Sanktionscharakters der Publikation sind erhöhte Anforderungen an die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu stellen. Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes – die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) – müssen die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011, E. 5).

4.5.3. Zugunsten des Beschwerdeführers lässt sich anführen, dass er in der Schweiz zum ersten Mal gegen finanzmarktrechtliche Bestimmungen verstossen hat.

Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz ferner, soweit sie vorbringt, die Auswirkung der Publikation im Internet seien auf die Schweiz begrenzt. Wie der Beschwerdeführer zutreffend anmerkt, kann ein im Internet publiziertes Werbeverbot auch im Ausland eingesehen und mit der Person des Beschwerdeführers in Verbindung gebracht werden. Deshalb ist die Annahme, der Beschwerdeführer werde durch die Veröffentlichung des Werbeverbots in seinem beruflichen Fortkommen behindert, durchaus berechtigt.

4.5.4. Es muss jedoch auch im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit der Publikation der Umstand berücksichtigt werden, dass die entgegengenommenen Gelder für die Anleger zumindest teilweise verloren sind und der Beschwerdeführer zudem die Entgegennahme von weiteren Publikumseinlagen in einem grösseren Umfang plante (vgl. oben, E. 4.3.4). Der Schaden, welcher den Anlegern entstanden ist oder ihnen drohte, ist daher nicht unerheblich. Weitere Schädigungen und künftige Störungen des Finanzmarkts können verhindert werden, indem potentielle Investoren auf der Internetseite der Vorinstanz vor den unerlaubten Tätigkeiten

des Beschwerdeführers gewarnt werden. Die Veröffentlichung ist daher zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich. Es muss zwar davon ausgegangen werden, dass die Publikation des Werbeverbots die berufliche Karriere des Beschwerdeführers in erheblicher Weise nachteilig beeinflusst. In Anbetracht der Höhe der Beträge, die der Beschwerdeführer tatsächlich entgegennahm bzw. deren Entgegennahme er plante, muss dem Schutz des Finanzmarkts und der Anleger Vorrang im Verhältnis zu den schützenswerten Interessen des Beschwerdeführers eingeräumt werden. Die Dauer der Publikation von fünf Jahren erscheint auch nicht unangemessen lang, da potentielle Anleger über einen gewissen Zeitraum hinweg gewarnt werden müssen, um ihnen einen effektiven Schutz zu gewährleisten.

4.5.5. Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, dass er gewisse Vorkehrungen zur Vermeidung eines Verstosses gegen finanzmarktrechtliche Bestimmungen getroffen habe, indem er anwaltliche Beratung in Anspruch genommen habe und verschiedene Auskünfte von der Vorinstanz eingeholt worden seien. Wie bereits dargelegt, ist sehr zweifelhaft, ob die Vorinstanz bzw. die seinerzeit konsultierten Anwälte vom geplanten Umfang der Entgegennahme von Publikumseinlagen und von dem Umstand, dass hierfür öffentlich geworben wurde, in vollem Umfang Kenntnis hatten (vgl. oben, E. 3.6.2). Im E-Mail vom 31. Mai 2010, in dem sich einer der Anwälte der X._____ AG an die Vorinstanz wendet, führt dieser aus, dass es um insgesamt acht Darlehen (Z._____ C.V. und sieben weitere Darlehensgeber) in der Höhe von insgesamt 25 Mio. € gehe und dass keine öffentliche Werbung betrieben werde. Tatsächlich plante der Beschwerdeführer die Entgegennahme von Publikumseinlagen in weit grösserem Umfang und empfahl sich hierfür öffentlich (vgl. oben, E. 3.3.2 und E. 4.3.4). Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass sowohl die Auskunft der Vorinstanz als auch die anwaltliche Beratung auf einer unvollständigen Tatsachengrundlage basierten. Der Beschwerdeführer kann daher aus dem Umstand, dass er sich anwaltlich beraten liess, und die Anwälte ihrerseits Auskünfte der Vorinstanz einholten, nichts zu seinen Gunsten ableiten.

4.5.6. Die Rüge, die verfügte Publikation des Werbeverbots auf der Internetseite der Vorinstanz sei unverhältnismässig, erweist sich daher als unbegründet.

4.6. Die (befristete) Publikation des Werbeverbots ist folglich rechtmässig.

5.
Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

6.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem unterliegenden Beschwerdeführer grundsätzlich die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz ist indessen während des Beschwerdeverfahrens auf die angefochtene Verfügung zurückgekommen und hat eine der Dispositivziffern korrigiert. Da die Vorinstanz die Dispositivziffer nicht aufgehoben, sondern nur inhaltlich abgeändert hat und der Beschwerdeführer die geänderte Dispositivziffer nach wie vor anficht, ist der Streitgegenstand insofern zwar nicht weggefallen, weshalb eine teilweise Abschreibung des Verfahrens nicht in Betracht kommt. Die Vorinstanz hat dem Begehren des Beschwerdeführers aber dahingehend entsprochen, dass sie die Publikation des Werbeverbots auf die Internetseite der Vorinstanz beschränkt und ihre Dauer zeitlich befristet hat. Der Beschwerdeführer hat daher die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er in den verbliebenen Punkten der Beschwerde unterlegen ist (vgl. ANDREA PFLEIDERER, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 58 VwVG, N. 54). Soweit seinem Begehren jedoch entsprochen wurde, ist das Verfahren infolge der Wiedererwägung in materieller Hinsicht gegenstandslos geworden (vgl. PFLEIDERER, a.a.O., Art. 58 VwVG, N. 52), weshalb ihm diesbezüglich nur dann Verfahrenskosten auferlegt werden können, wenn sein Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dies ist indessen nicht der Fall, da die Wiedererwägung anlässlich der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfolgte. Es rechtfertigt sich daher, dem Beschwerdeführer vier Fünftel der Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 2'400 aufzuerlegen. Diese sind mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

7.
Soweit das Verfahren teilweise gegenstandslos geworden ist, ist dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen, da nicht sein Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 15 i.V.m. Art. 5 S. 1 VGKE). Soweit er nach dem Gesagten hingegen unterlegen ist, ist ihm keine Parteientschädigung zuzuspre-

chen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.− (inkl. MwST und Auslagen) erscheint als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Dem Beschwerdeführer werden reduzierte Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'400.− auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.− verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 600.− wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Dem Beschwerdeführer wird eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.− zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Frank Seethaler	Michael Barnikol

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: 22. März 2012