



Abteilung II
B-3659/2015

Urteil vom 1. Februar 2016

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Ronald Flury,
Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Fanny Huber.

Parteien

A. _____,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Dominik Oberholzer und Benjamin Marti,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen,
unerlaubte Verwendung des Begriffs Bank,
Unterlassungsanweisung.

Sachverhalt:

A.

Die B._____AG (...) mit Sitz in X._____ wurde am 19. Mai 2005 ins Handelsregister des Kantons X._____ eingetragen. Zweck der Gesellschaft war namentlich die "Vermögensberatung, Vermittlung von Finanzgeschäften aller Art sowie alle damit zusammenhängenden Beratungsdienstleistungen". Die B._____AG hielt als einzige Gesellschafterin die C._____AG und die D._____Ltd.

A.a

Die B._____AG war gemäss eigenen Angaben von 2006 bis Ende 2013 als unabhängige Vermögensverwalterin tätig und besass in dieser Funktion begrenzte Vollmachten auf Schweizer Bankkonten von 180 Kunden, grösstenteils aus England, Irland und Deutschland. Im selben Zeitraum war sie als Investitionsberaterin (Investment Advisor) für drei Fonds tätig und trat als Vermittlerin zwischen mittelgrossen Unternehmen und potentiellen Investoren auf (Vorakten 1 p. 056). Sie war von Juni 2006 bis Mai 2014 der Selbstregulierungsorganisation Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen VGF sowie vom 19. Januar 2010 bis zum 8. Mai 2014 der Branchenorganisation für unabhängige Vermögensverwalter angeschlossen.

A.b

Ab Februar 2014 befand sich die B._____AG in der provisorischen und ab April 2014 in der definitiven Nachlassstundung. Mit Urteil vom (...) bestätigte das Bezirksgericht X._____ den von der Gesellschaft mit ihren Gläubigern geschlossenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Verbindlichkeiten von mindestens Fr. 35.8 Mio. bis Fr. 51.1 Mio. stehen Aktiven zwischen Fr. 1.65 Mio. und Fr. 17.42 Mio. gegenüber.

A.c

A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) war von 2005 bis 2012 Delegierter des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift. Ab Oktober 2012 bis zur definitiven Nachlassstundung übernahm er den Vorsitz als Verwaltungsratspräsident der B._____AG.

A.d

Mit Schreiben von 29. Oktober 2014 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, dass gegen ihn ein Enforcementverfahren eröffnet worden sei, mit der Begründung, es würden Hinweise darauf bestehen, dass die

B._____AG Anlehensobligationen ohne Zugrundelegung eines vorschriftsgemässen Prospekts ausgegeben habe. Der Beschwerdeführer habe die entsprechenden "Global Zertifikate" in seiner Funktion als CEO mitunterzeichnet (Vorakten 2 p. 001-005).

B.

Mit Verfügung vom 30. April 2015 stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschwerdeführer ohne erforderliche Bankenbewilligung tätig gewesen sei und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe (vgl. Dispositiv Ziff. 1). Die Vorinstanz verbot dem Beschwerdeführer unter Strafandrohung im Fall der Widerhandlung, selbst oder über Dritte jegliche finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit ohne Bewilligung auszuüben, insbesondere Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen in irgendeiner Form Werbung zu betreiben (vgl. Dispositiv Ziff. 2 und 3). Im Weiteren kündigte die Vorinstanz die Veröffentlichung der Dispositivziffern 2 und 3 nach Eintritt der Rechtskraft für die Dauer von zwei Jahren auf ihrer Internetseite an (vgl. Dispositiv Ziff. 4) und auferlegte dem Beschwerdeführer Verfahrenskosten von Fr. 7'000.– (vgl. Dispositiv Ziff. 5).

Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, die B._____AG habe vom 24. Februar 2010 bis 30. Juni 2010 zwei Anleihen, sogenannte "Bonus Bonds", ohne rechtsgenügenden und öffentlich zugänglichen Prospekt, herausgegeben. Nachweislich hätten 62 Investoren in diese Bonds investiert und teilweise seien die Anleihen durch die B._____AG selber gestützt auf ihre Vermögensverwaltungsvollmacht im Unwissen der Kunden bei diesen platziert worden (Vorakten 1 p. 187-192, 1 p. 158-161, 1 p. 072-076). Die für die Bonds ausgestalteten sogenannten "Global Zertifikate" vom 3. Februar 2010 seien vom Beschwerdeführer unterschrieben worden. Die Power Point Präsentationen, welche die B._____AG den von ihr informierten Gläubigerinnen und Gläubiger für die "Bonus Bonds" vorgelegt habe, würden den Minimalanforderungen an den Informationsumfang gemäss Publizitätsvorschriften nicht entsprechen (Art. 1156 i.V. m. Art. 652a OR). Aufgrund der Rückzahlungsverpflichtung, welche die B._____AG gegenüber den Anlegern eingegangen sei, würden die mit den beiden Bonds entgegengenommenen Gelder somit Publikumseinlagen darstellen. Damit habe die B._____AG unerlaubt Publikumseinlagen entgegen genommen. Zudem habe die B._____AG, obwohl sie nicht im Besitz einer Bankbewilligung gewesen sei, wiederholt und systematisch die Begriffe "Investment Banking", "Bankenkultur", "Private Banking Services" und

"Swiss Private Banking Solutions" verwendet. Als Organ der B. _____ AG sei der Beschwerdeführer für sämtliche Widerhandlungen verantwortlich.

C.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 8. Juni 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Beschwerdeanträgen:

"1. Es sei die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 30. April 2015 betreffend unerlaubte Entgegennahme von Publikums-einlagen, unerlaubte Verwendung des Begriffs Bank, Unterlassungsanweisung aufzuheben.

2. Eventualiter sei Ziff. 4 des Dispositivs der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 30. April 2015 betreffend unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen, unerlaubte Verwendung des Begriffs Bank, Unterlassungsanweisung aufzuheben.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates."

Zur Begründung führt er aus, es werde bestritten, dass der Beschwerdeführer ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen habe, dadurch ohne erforderliche Bankenbewilligung tätig gewesen sei und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe (Beschwerde S. 6. Rz. 17). Zwar handle es sich bei den "Bonus Bonds" um Anlehensobligationen gemäss Art. 1156 ff. OR, diese seien aber nicht öffentlich angeboten sondern seien nur an ihre Vermögensverwaltungskunden vertrieben worden, weshalb die Prospektspflicht vorliegend nicht greife und die Anlehensobligationen auch nicht als Publikumseinlagen gelten würden (Beschwerde S. 7 Rz. 26 f. sowie S. 9 Rz. 35 ff. und S. 10 Rz. 40). Bestritten werde auch die Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers für die vereinzelte Verwendung des Ausdrucks "Bank" (Beschwerde S. 14. Rz. 62 f.). Die Vorinstanz habe zusammengefasst den rechtserheblichen Sachverhalt weder richtig noch vollständig festgestellt und Bundesrecht in mehrfacher Hinsicht verletzt, namentlich indem sie Art. 3a Abs. 3 aBankV (vgl. die Zitierung in E.2.2.) nicht und Art. 1 Abs. 4 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) falsch angewendet habe (Beschwerde S. 10 Rz. 40 ff. und S. 14. 7 Rz. 61 f.). Letztlich sei die Publikation der Unterlassungsanweisung in Dispositivziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung vollkommen unverhältnismässig (Beschwerde S. 17 Rz. 83 f.).

D.

Mit Eingabe vom 21. Juli 2015 verzichtet die Vorinstanz auf das Einreichen

einer Vernehmlassung und verweist in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollumfänglich auf den angefochtenen Entscheid.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist.

1.1 Der Entscheid der Vorinstanz vom 30. April 2015 stellt eine Verfügung i.S.v. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz für Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, die unter anderem von Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt auch die von der Vorinstanz erlassene Verfügung (vgl. Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

1.2 Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist Verfügungsadressat. Er ist durch die ihn selbst betreffenden Feststellungen und Anordnungen im angefochtenen Entscheid offensichtlich berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er ist somit zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG) und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

1.4 Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

2.1 Ändert sich das anwendbare Recht während eines hängigen Verwaltungsverfahrens, so sind bei Fehlen ausdrücklicher Übergangsbestimmungen die in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung entwickelten Prinzipien heranzuziehen. Die Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer derartigen Änderung Anwendung findet, richtet sich nach dem Grundsatz, dass in materieller Hinsicht diejenigen Rechtssätze massge-

bend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (vgl. BGE 126 III 431 E. 2a und 2b; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 201 Rz. 18 ff.; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, 2012, S. 256 Rz. 777 f.). Etwas anderes gilt, wenn eine davon abweichende übergangsrechtliche Regelung besteht (vgl. BGE 107 Ib 133 E. 2b), was indessen vorliegend nicht der Fall ist.

2.2 Der im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Sachverhalt hat sich im Wesentlichen von Februar 2010 bis Juni 2010 ereignet. Damit sind die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar (vgl. Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 2), insbesondere die alte Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, in Kraft bis 31. Dezember 2014 (aBankV, AS 1972 821) bzw. Art. 3 und Art. 3a aBankV in ihrer Fassung vom 12. Dezember 1994 (AS 1995 253) und Art. 3a Abs. 3 Bst. c aBankV in seiner Fassung vom 14. März 2008 (AS 2003 1199). Die am 1. Januar 2015 in Kraft getretene, vollständig revidierte Bankenverordnung vom 30. April 2014 (BankV, SR 952.02) ist dagegen vorliegend noch nicht anwendbar.

3.

Vorliegend ist umstritten, ob die Vorinstanz zu Recht verfügt hat, dass der Beschwerdeführer ohne erforderliche Bankenbewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hat.

Der Beschwerdeführer verlangt im Hauptbegehren, die angefochtene Verfügung aufzuheben. Ziffer 1 des angefochtenen Dispositivs enthält die zeitlich nicht näher spezifizierte Feststellung, wonach der Beschwerdeführer ohne Bankenbewilligung tätig gewesen sei und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe. In Ziffer 2 und 3 des angefochtenen Dispositivs wird der Beschwerdeführer auf die Strafdrohung von Art. 48 FINMAG im Wiederhandlungsfall sowie auf die Strafbestimmungen von Art. 44, 46 und 49 FINMAG hingewiesen. Art. 32 FINMAG hält fest, dass die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen kann, soweit der Beaufsichtigte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat und keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden müssen. Die angefochtene Verfügung enthält keine derartigen Massnahmen, so dass sich die Frage stellt, ob der feststellende Teil der angefochtenen Verfügung überhaupt eine anfechtbare Tragweite beinhaltet (vgl. zu allem Urteil des BVGer B-5407/2012 vom 29. September 2014 E. 1.3.2.3). Einen eigentlichen beschwerenden und

damit dispositiven Charakter ist einzig in Ziffer 4 des angefochtenen Dispositivs auszumachen, welche die Publikation der Ermahnung gemäss Ziffer 2 und 3 für zwei Jahre beinhaltet. Die Publikation einer Endverfügung setzt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen voraus (Art. 34 Abs.1 FINMAG). Insofern ist der Inhalt der getroffenen Feststellung ohnehin materiell zu überprüfen, unabhängig von ihrer formellrechtlichen Natur.

3.1 Nach dem Gesagten stellt sich die Frage, ob es sich bei den "Bonus Bonds", welche die B._____AG vom 24. Februar 2010 bis 30. Juni 2010 ausgab, um Publikumseinlagen gemäss Bankengesetz handelt.

3.1.1 Die Vorinstanz brachte in ihrem Entscheid vom 30. April 2015 zur Begründung vor, bei der Ausgabe der beiden Anleihen, sogenannte "Bonus Bonds", sei kein rechtsgenügender und öffentlich zugänglicher Prospekt erstellt worden. Die Power Point Präsentationen, welche die B._____AG teilweise ihren Gläubigerinnen und Gläubiger für die "Bonus Bonds" vorgelegt habe, würden den Minimalanforderungen an den Informationsumfang gemäss Publizitätsvorschriften nicht entsprechen (Art. 1156 i.V.m. Art. 652a OR). Nachweislich hätten 62 Investoren in diese Anleihen investiert, welchen für die Bonds sogenannte "Global Zertifikate" vom 3. Februar 2010 überreicht worden seien. Aufgrund der Rückzahlungsverpflichtung, welche die B._____AG gegenüber den Anlegern eingegangen sei, würden die mit den beiden Bonds entgegengenommenen Gelder somit Publikumseinlagen darstellen. Mit der Ausgabe der "Bonus Bonds" an 62 Investoren sei ihre Tätigkeit auch gewerbsmässig erfolgt. Der Beschwerdeführer, welcher ab 2012 als Verwaltungsratspräsident der B._____AG fungiert habe, sei für die Geschäftstätigkeit der B._____AG und insbesondere für eine rechtmässige Abgabe der Bonds verantwortlich gewesen. Da er zudem die Globalzertifikate mitunterzeichnet habe, sei ihm die unrechtmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch die B._____AG direkt zuzurechnen.

3.1.2 Dagegen bringt der Beschwerdeführer zunächst vor, es werde bestritten, dass er ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen habe, dadurch ohne erforderliche Bankbewilligung tätig gewesen sei und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe (Beschwerde S. 6. Rz. 17). Zwar handle es sich bei den "Bonus Bonds" um Anleiheobligationen gemäss Art. 1156 ff. OR. Diese seien aber nicht öffentlich angeboten worden i.S.v. Art. 1156 i.V.m. 652 Abs. 2

OR. In Ermangelung eines öffentlichen Angebots bestehe auch keine Prospektpflicht und folglich könnten die vorliegend relevanten Anleihensobligationen auch nicht als Publikumseinlagen gelten (Beschwerde S. 7 Rz. 25 ff. und S. 9 Rz. 33 ff.). Der Umkehrschluss der Vorinstanz, wonach bei fehlendem Prospekt Art. 3a Abs. 3 Bst. b aBankV nicht angewendet werde, sei falsch und die Vorinstanz habe damit Bundesrecht verletzt (Beschwerde S. 10 Rz. 40 ff.).

3.2 Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen oder sich öffentlich dazu zu empfehlen (Art. 1 Abs. 2 BankG).

3.2.1 Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig für eigene Rechnung Fremdgelder entgegennimmt und selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2, 132 II 382 E. 6.3.1). Die Rückzahlungssumme muss dabei nicht zwingend mit der zuerst überwiesenen Summe übereinstimmen; oft unterscheiden sich die Summen aufgrund aufgelaufener Zinsen, Kursschwankungen oder anderen Gewinnen oder Verlusten (vgl. Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 5.3 m.w.H). Die Definition als Einlage verlangt weder, dass die gesamte Summe zurückbezahlt werden muss, noch dass die Rückzahlung sofort ohne Zwischentransaktion erfolgen muss (vgl. Urteil des BGer 2A.218/1999 und 2A.219/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/bb sowie Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 5.3).

3.2.2 Nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen gilt gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG die Auflage von Anleihen. Art. 3a Abs. 3 Bst. b aBankV konkretisiert, dass Anleihensobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verkündete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) nicht als Einlage gelten, wenn die Gläubiger in einem dem Artikel 1156 des Obligationenrechts entsprechenden Umfang informiert werden (vgl. BVGE 2011/15 E. 4 f.).

3.2.3 Für die Anforderungen an den Prospekt gemäss Art. 1156 Abs. 1 OR gelten analog die Voraussetzungen von Art. 652a OR, welcher vorschreibt, dass eine Gesellschaft, welche neue Aktien öffentlich zur Zeichnung anbietet, in einem Emissionsprospekt über folgende Punkte Aufschluss zu geben hat:

1. den Inhalt der bestehenden Eintragung im Handelsregister, mit Ausnahme der Angaben über die zur Vertretung befugten Personen;
2. die bisherige Höhe und Zusammensetzung des Aktienkapitals unter Angabe von Anzahl, Nennwert und Art der Aktien sowie der Vorrechte einzelner Kategorien von Aktien;
3. Bestimmungen der Statuten über eine genehmigte oder eine bedingte Kapitalerhöhung;
4. die Anzahl der Genussscheine und den Inhalt der damit verbundenen Rechte;
5. die letzte Jahresrechnung und Konzernrechnung mit dem Revisionsbericht und, wenn der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt, über die Zwischenabschlüsse;
6. die in den letzten fünf Jahren oder seit der Gründung ausgerichteten Dividenden;
7. den Beschluss über die Ausgabe neuer Aktien.

3.2.4 Überdies soll der Prospekt gemäss Art. 1156 Abs. 2 OR die näheren Angaben enthalten über das Anleihen, insbesondere die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen, die für die Obligationen bestellten besonderen Sicherheiten und gegebenenfalls die Vertretung der Anleihegläubiger.

3.3 Der Beschwerdeführer bestreitet weder, dass es sich bei den beiden "Bonus Bonds" um Anleiheobligationen gemäss Art. 1156 Abs. 2 OR handle, noch, dass zum Zeitpunkt der Ausgabe dieser Anleiheobligationen kein rechtsgenügender Prospekt vorgelegen habe. Er stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, dass vorliegend der Prospektzwang nicht greife, weil die Anleihen nicht öffentlich im obligationenrechtlichen Sinn (vgl. Art. 652a OR) ausgegeben worden seien. Der Beschwerdeführer bringt zwar richtigerweise vor, dass obligationenrechtlich die öffentliche Platzierung oder Zeichnung als Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 1157 OR f. hinzu tritt. Anders verhält es sich jedoch bei der Beurteilung der Frage, ob es sich bei Anleiheobligationen um Publikumseinlagen gemäss Bankengesetz handelt. Fehlt ein Prospekt mit dem gemäss Art. 1157 OR vorgeschriebenen Inhalt, ergibt sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers bereits auf Grund des Umkehrschlusses aus Art. 3a Abs. 3 Bst. b aBankV, dass bei Nichteinhalten der für die Anleiheobligationen vorgesehenen Formalitäten keine Anleiheobligationen i.S. des Bankengesetzes vorliegen, sondern gewöhnliche Publikumseinlagen (vgl. BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/STEFAN KRAMER, in: Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, 2011, Rz. 36 zu Art. 1 BankG).

3.4 Die Vorinstanz ist damit zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei den vorliegenden "Bonus Bonds" um Publikumseinlagen i.S.d. Bankengesetzes handelt.

3.5 Weiter stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer die Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegengenommen hat.

3.5.1 Die Vorinstanz erachtet im angefochtenen Entscheid die Gewerbsmässigkeit als gegeben, mit der Begründung, die B._____AG habe die "Bonus Bonds" an insgesamt 62 Investoren ausgegeben, wovon 16 Personen beide Bonds im Depot gehabt hätten.

3.5.2 Der Beschwerdeführer bestreitet die Ausgabe an die 62 Investoren nicht, doch entgegnet er, die "Bonus Bonds" seien nicht öffentlich ausgegeben worden. Als öffentlich gelte nach Art. 652a Abs. 2 OR jede Einladung zur Zeichnung, die sich nicht an einen begrenzten Kreis von Personen richte. Dieses Verständnis der Öffentlichkeit müsse auch auf Art. 3a Abs. 3 Bst. b aBankV Anwendung finden. Er legt dar, die Ausgabe sei an Vermögensverwaltungskunden der B._____AG erfolgt, und damit nur an einen beschränkten Kreis von Anlegern. Unter den 62 Investoren seien nur vier Schweizer, wovon einer Verwaltungsrat der B._____AG sei, weshalb letztlich nur drei Investoren durch das Schweizer Recht zu schützen seien. Schliesslich stelle der Vertrieb an Vermögensverwaltungskunden keinen öffentlichen Vertrieb dar (Beschwerde S. 8 Rz. 31 ff.).

3.6 Gewerbsmässig i.S. des Bankengesetzes handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 aBankV) oder wer in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (vgl. Art. 3 Abs. 1 aBankV; BGE 136 II 43 E. 4.2; 132 II 382 E. 6.3.1; 131 II 306 E. 3.2.1 und Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 5.3).

3.7 Die B._____AG hat im Zeitraum Februar 2010 bis Juni 2010 zwei Bonus Bonds freigegeben, in welche 62 Anleger investiert haben. Damit hat sie mehr als 20 Publikumseinlagen entgegengenommen. Zudem hat sie mit Power Point Präsentationen für ihre Produkte geworben. Den Anlegern wurde für die Bonus Bonds "Global Zertifikate" vom 3. Februar 2010 ausgestellt, welche der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat unterschrieben hat. Damit hat die B._____AG die Voraussetzungen an die Gewerbsmässigkeit i.S. d. Bankengesetz erfüllt und der Beschwerdeführer ist als ihr Organ dafür verantwortlich (vgl. dazu auch E. 4.4. f.).

3.8 Zusammengefasst ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer in unerlaubter Weise gewerbsmässig Publi-

kumseinlagen entgegengenommen und damit gegen die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verstossen hat. Damit kann offen bleiben, ob der Beschwerdeführer hierfür auch öffentlich Werbung machte (vgl. E. 3.2 hier-
vor).

4.

4.1

4.1.1 Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführenden weiter vor, dass die B. _____ AG, obwohl sie nicht im Besitz einer Bankbewilligung war, wiederholt und systematisch die Begriffe "Investment Banking", "Bankenkultur", "Private Banking Services" und "Swiss Private Banking Solutions" verwendet hat und macht ihn als Organ der B. _____ AG für sämtliche Widerhandlungen verantwortlich.

4.1.2 Der Beschwerdeführer bestreitet seine Verantwortlichkeit für die Verwendung des Bankenbegriffs. Er habe weder direkt die Anweisung zur Verwendung der Begriffe "Investment Banking", "Bankenkultur", "Private Banking Services" und "Swiss Private Banking Solutions" gegeben, noch habe die B. _____ AG systematisch versucht, Anleger durch die aktive Verwendung des Bankenbegriffs zu täuschen (Beschwerde S. 14. Rz. 59 f.). Insbesondere bestehe keine Verantwortlichkeit des obersten Leitungsorgans für die E-Mail-Signatur der Mitarbeiter der B. _____ AG. Während seiner Zeit als Delegierter des Verwaltungsrates seien auch nur einige wenige falsche E-Mail Signaturen angefallen. Zudem werde eine Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers als Verwaltungsratspräsident bestritten. Die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt falsch und unvollständig festgestellt und Bundesrecht verletzt, indem sie Art. 1 Abs. 4 BankG falsch angewendet habe (Beschwerde S. 10 Rz. 40 ff. und S. 14. Rz. 61 f.). Zudem habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt, indem sie in ungenügender Weise dargelegt habe, inwiefern der Beschwerdeführer (angebliche) Fehlleistungen im Unternehmen zu verantworten habe (Beschwerde S. 11 Rz. 44 f.)

4.2 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. RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: WATTER/VOGT/BAUER/WINZELER [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz [nachfolgend: Basler Kommentar BankG], Basel/Genf/München 2013, 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. BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/STEFAN KRAMER, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2011, 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; KLEINER/SCHWOB/KRAMER, a.a.O., N. 95 f. zu Art. 1 BankG und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2330/2013 vom 28. August 2014 E. 5.1 m.w.H.).

4.3 Den Akten zu entnehmen ist, dass die B._____AG in Werbeunterlagen sowie in der Power Point Präsentation ihr Kerngeschäft u.a. als das Bereitstellen von "swiss private banking solutions" beschreibt. In den Werbeunterlagen wirbt sie mit dem Ziel "die renommierten Traditionen der Schweizer Bankenkultur mit einem modernen internationalen Image zu verbinden" und verwendete zudem an weiteren Stellen die Begriffe "(swiss) private banking" und "private banking services". Weiter warb sie auf der Homepage mit Dienstleistungen im "Investment Banking" Bereich. Schliesslich benutzten diverse Mitarbeitende der B._____AG wiederholt die Signatur "Private Banking" in ihrer elektronischen Korrespondenz mit Kunden (Vorakten 1 p. 193-191, 5 p. 001-005, 1 p. 074, 5 p. 008, 1 p. 202, 1 p. 215, 1 p. 217, 1 p. 218, 1 p. 225, 1 p. 243, 1 p. 246, 1 p. 247). Entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers handelt es sich nach dem Gesagten nicht um Einzelfälle fehlerhafter Benutzung der genannten Begriffe, sondern um eine wiederholte und systematische Verwendung dieser durch die B._____AG, welche geeignet war, gegenüber Anlegern den Eindruck zu erwecken, dass es sich um ein bewilligtes, dem Bankengesetz unterstehendes Institut handle (1 p. 075 f.).

4.4 Dem Handelsregisterauszug der B._____AG ist sodann zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer im vorliegend relevanten Zeitraum Delegierter des Verwaltungsrates mit Einzelzeichnungsberechtigung war und ab Oktober 2012 Präsident des Verwaltungsrats.

4.5 Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats, sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Geschäftsinteresse ausrichten und eigene Interessen gegebenenfalls zurückstellen (BGE 130 III 213 E. 2.2.2 S. 219 mit Hinweisen; Urteile 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 6.1; 4A_524/2011 vom 16. Februar 2012 E. 2.1). Es gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen wahrzunehmen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten und Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Dies gälte selbst für ein Mitglied, das nicht mit der Geschäftsführung betraut wäre: Der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat ist zwar nicht verpflichtet, jedes einzelne Geschäft der mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten zu überwachen, sondern darf sich auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsganges beschränken. Dazu gehört, dass er sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rapporte verlangt, sie sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Irrtümer abzuklären versucht. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen, nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen (vgl. BGE 114 V 219 E. 4a; 97 II 403 E. 5b; Urteile des BGer 2C_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 3.2.; 19C_442/2014 vom 24. November 2014 E. 5.1; 9C_289/2011 vom 8. Juli 2011 E. 4.1 f.; 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010 E. 2.2; 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.2.1).

4.6 Nach dem Gesagten wäre es Aufgabe des Beschwerdeführers als Delegierter des Verwaltungsrats gewesen, sich Einblick in die betriebsrelevanten Vorgänge zu verschaffen und die Tätigkeit der Gesellschaft laufend auf ihre Gesetzeskonformität zu überprüfen sowie die dazu nötigen Weisung zu erteilen. Diese Oberaufsicht hatte er auch über die anderen mit der Geschäftsführung betrauten Personen wahrzunehmen. Insofern kann

der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, indem er vorbringt, er habe die Verwendung der genannten Begriffe nicht direkt angeordnet. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer verantwortlich ist für die unrechtmässige Verwendung der Begriffe "Investment Banking", "Bankenkultur", "Private Banking Services" und "Swiss Private Banking Solutions" durch die B. _____ AG im Rechtsverkehr und dass er damit die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen schwer verletzt hat (Art. 1 Abs. 4 BankG). Inwiefern die Vorinstanz mit ihrer klaren Begründung, welche das Bundesverwaltungsgericht nach dem Gesagten schützt, eine Gehörsverletzung begangen haben sollte, ist nicht ersichtlich, weshalb sich der – im Übrigen nicht näher substantiierte – Einwand des Beschwerdeführers als unbehelflich erweist.

4.7 Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass dem Hauptbegehren des Beschwerdeführers (Ziff. 1 der Beschwerdeanträge) nicht entsprochen wird.

5.

Der Beschwerdeführer beantragt im Eventualbegehren – sollte die Beschwerdeinstanz zum Schluss gelangen, es liege eine (leichte, punktuelle und untergeordnete) Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vor – die Aufhebung von Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung. Er bringt vor, die Veröffentlichung der Dispositivziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung für die Dauer von zwei Jahren auf der Internetseite der Vorinstanz sei unangemessen, vollkommen unverhältnismässig und stelle einen schweren Eingriff in die allgemeinen sowie in die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers dar, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz in der Schweiz aufgegeben habe, seine Liegenschaft am Verkaufen sei, bereits zum heutigen Zeitpunkt einen massiven Reputationsschaden zu gewärtigen habe, keine Gefahr der Wiederholung der Pflichtverletzung und damit kein öffentliches Interesse für die verfügte Massnahme bestehe (Beschwerde S. 16 Rz. 74 ff.).

5.1 Die Vorinstanz brachte zur Begründung der Veröffentlichung der Unterlassungsanweisung im Wesentlichen vor, der Schutz potentieller künftiger Anleger, die vor dem Adressaten des Verbots gewarnt werden sollten, stehe im Vordergrund. Die Regelungszwecke des FINMAG – die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) – einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, Anleger und Versicherten (Individualschutz) andererseits – en die Veröffentlichung der

Unterlassungsanweisung rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen.

5.2 Es stellt sich die Frage, ob die in Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung angeordnete Publikation dieses Werbeverbots angemessen war.

5.2.1 Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, so kann die Vorinstanz ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen. Die Veröffentlichung ist in der Verfügung selber anzuordnen (Art. 34 FINMAG).

5.2.2 Wie das Bundesgericht bereits in mehreren Urteilen festgestellt hat, stellt es einen wesentlichen Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dar, wenn – wie hier – mit dem Werbeverbot gleichzeitig gestützt auf Art. 34 FINMAG auch dessen Veröffentlichung angeordnet wird ("naming and shaming"). Eine derartige verwaltungsrechtliche Massnahme setzt eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss im Einzelfall verhältnismässig sein. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht. 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. Dabei ist davon auszugehen, dass Art. 34 FINMAG in erster Linie eine Grundlage bildet, um Verstösse gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben beaufsichtigter Betriebe zu sanktionieren. In den vom Bundesgericht bisher beurteilten Fällen von illegalen gewerbsmässigen Entgegennahmen von Publikumseinlagen wurde daher erkannt, dass bei derartigen Tatbeständen regelmässig bereits schon von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen sei. Eine bloss untergeordnete Implikation oder besondere Umstände, die darauf hinweisen würden, dass es künftig zu keiner weiteren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kommen werde ("tätige Reue"), könnten dagegen der Publikation dennoch entgegenstehen (vgl. Urteile des BGer 2C_359/2012 vom 1. November 2012 E. 3.2; 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3; 2C_543/2011

vom 12. Januar 2012 E. 5.2 und 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1 sowie Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 7.2.2).

5.3 Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass schon die unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen alleine nicht nur einen untergeordneten Verstoss gegen das Finanzmarktrecht darstellt, sondern eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht. Wie in E. 3 dargelegt, hat die B._____AG vorliegend von Februar 2010 bis Juni 2010 mittels Herausgabe von Anleihen an 62 Anleger unerlaubt Publikumseinlagen entgegen genommen. Daraus ist den Anlegern, angesichts der bei der B._____AG noch vorhandenen Aktiven, ein erheblicher, finanzieller Schaden erwachsen (vgl. oben Sachverhalt Bst. A.b). Hinzu kommt erschwerend, dass die B._____AG durch die Verwendung des Begriffs "Bank" zugleich den Eindruck erweckte, es handle sich bei der B._____AG um ein bewilligtes, dem Bankengesetz unterstehendes Institut, obwohl sie in Wahrheit nicht über eine solche Bewilligung verfügte (vgl. E. 4.3). Wie die Vorinstanz zu Recht betont, hat sich die B._____AG von Beginn an dem gesamten aufsichtsrechtlichen Pflichtenkatalog entzogen, womit es sich vorliegend entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers nicht um eine einmalige, punktuelle, untergeordnete Verletzung, sondern um eine kontinuierliche und mehrfache Verletzung verschiedener finanzmarktrechtlicher Pflichten handelt, die insgesamt schwer wiegen. Aufgrund seiner Organstellung ist dem Beschwerdeführer eine massgebliche Mitbeteiligung vorzuwerfen (vgl. E. 4.5 f.).

5.4 Die unerlaubte Tätigkeit im dargestellten Umfang ist insgesamt als schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu qualifizieren. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass das öffentliche Interesse, potentielle Anleger vor unerlaubtem Tätigwerden durch den Beschwerdeführer zu warnen und damit weitere Schädigungen zu verhindern, folglich schwerer wiegt, als der Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen. Die von der Vorinstanz verfügte, auf zwei Jahre befristete Publikation des Werbeverbots, erweist sich daher als verhältnismässig.

5.5 Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten auch im Eventualbegehren als unbegründet, weshalb sie gesamthaft abzuweisen ist.

5.6 Da der Beschwerdeführer die Kostenberechnung als solche der Vorinstanz nicht anfecht, erübrigen sich an dieser Stelle Weiterungen hierzu.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem unterliegenden Beschwerdeführer die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sie wird auf Fr. 4'000.– festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'009.– bezahlt. Der Restbetrag von Fr. 9.– ist dem Beschwerdeführer nach Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

7.

Dem unterliegenden Beschwerdeführer ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE) und ebenso wenig der Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 4'009.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet, der Restbetrag von Fr. 9.– wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Francesco Brentani

Fanny Huber

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift 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: 3. Februar 2016