



Urteil 6. November 2018

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

Z. _____
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Alessandro Celli und/oder Martina Kessler,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unerlaubte Effektenhändlertätigkeit, unerlaubter Betrieb
einer kollektiven Kapitalanlage, Liquidation, Konkurs,
Unterlassungsanweisung, Androhung der Liquidation,
Publikation.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die D. _____ AG (seit 18. Oktober 2016: D. _____ AG in Liquidation; im Folgenden: D. _____) wurde im Februar 2011 durch X. _____ und Y. _____ unter der Firma K. _____ AG in (...) gegründet. Nach Verlegung des Sitzes nach (...) änderte die Gesellschaft im Juli 2013 ihre Firma in D. _____ und ihren Zweck in: "*Umsetzung neuester Erkenntnisse aus dem Gebiet der künstlichen Intelligenz und Robotik zu Dienstleistungen und neuartigen Produkten*".

A.b X. _____ und Y. _____ waren nicht nur Verwaltungsratsmitglieder der D. _____, sondern auch der A. _____ AG (im Folgenden: A. _____), der B. _____ AG (im Folgenden: B. _____) und der C. _____ AG (im Folgenden: C. _____) (alle zwischenzeitlich in Liquidation). X. _____ war Geschäftsführer und verfügte über Einzelzeichnungsberechtigung für sämtliche Konten dieser Gesellschaften. Y. _____ war Chief Sales Officer (CSO) der A. _____ und verfügte über Einzelzeichnungsberechtigungen unter anderem an Konten der A. _____ und der D. _____.

A.c Z. _____ (im Folgenden: Beschwerdeführer) ist Physiker und Mathematiker und war Professor für Computerwissenschaften an der Universität (...). Am 7. März 2014 trat er als kollektivzeichnungsberechtigtes Mitglied dem Verwaltungsrat der D. _____ bei, verfügte aber über keine Zeichnungsberechtigung auf den Konten der D. _____. Gemäss Aktionärsbindungsvertrag vom (...) 2015 war er mit 7.65 % am Aktienkapital der D. _____ beteiligt. Im Mai 2016 trat der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat der D. _____ zurück.

A.d Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (im Folgenden: Vorinstanz) veranlasste ab dem 29. März 2009 verschiedene Abklärungen mit Blick auf eine allfällige Unterstellungspflicht der A. _____ unter das Banken-, Börsen-, Kollektivanlagen- und/oder Geldwäschereigesetz.

A.e Mit superprovisorischer Verfügung vom 20. August 2015 setzte die Vorinstanz unter anderem bei der A. _____, der B. _____, der C. _____ und der D. _____ die L. _____ AG als Untersuchungsbeauftragte ein.

A.f Am 22. Februar 2016 stellte die Vorinstanz den betroffenen Gesellschaften und deren Organen den Bericht der Untersuchungsbeauftragten vom 29. Januar 2016 (im Folgenden: Untersuchungsbericht) zur Stellungnahme zu und zeigte ihnen die Eröffnung eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens an.

A.g Mit Schreiben vom 10. März 2016 nahm der Beschwerdeführer zum Untersuchungsbericht Stellung.

A.h Die Vorinstanz gewährte den Parteien am 22. Juni 2016 das rechtliche Gehör bezüglich des Beizugs von Akten von zwei involvierten Offshore-Gesellschaften, beide mit Sitz auf (...), sowie der Person eines allfälligen Liquidators. Der Beschwerdeführer reichte hierzu eine Stellungnahme vom 22. Juni 2016 ein.

B.

Mit Verfügung vom 12. August 2016 stellte die Vorinstanz unter anderem fest, dass die A._____, die B._____, die C._____ und die D._____ als Gruppe gewerbsmässig als Effektenhändler tätig gewesen seien (Emissionshaustätigkeit) und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Börsengesetz) schwer verletzt hätten (Dispositiv-Ziffer 1), dass die A._____ eine kollektive Kapitalanlage betreibe, ohne über die dazu erforderliche Bewilligung zu verfügen, und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Kollektivanlagengesetz) schwer verletzt habe (Dispositiv-Ziffer 2), sowie, dass diese Gesellschaften die Voraussetzungen für die Erteilung der entsprechenden Bewilligungen nicht erfüllten und nachträglich keine Bewilligung erteilt werde (Dispositiv-Ziffer 3). Weiter ordnete die Vorinstanz an, dass aufgrund der massgeblichen Beiträge an unterstellungspflichtigen Tätigkeiten unter anderem X._____, Y._____ und der Beschwerdeführer gewerbsmässig als Effektenhändler tätig gewesen seien oder eine SICAF betrieben hätten, womit sie aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Börsengesetz, Kollektivanlagengesetz) schwer verletzt hätten (Dispositiv-Ziffer 4). Sodann ordnete die Vorinstanz an, dass die A._____, die B._____, die C._____ und die D._____ aufgelöst und in Liquidation gesetzt würden (Dispositiv-Ziffer 5).

Überdies wies die Vorinstanz unter anderem X._____, Y._____ und den Beschwerdeführer an, jegliche finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte sowie die entsprechende Werbung in irgendeiner Form ohne Bewilligung zu unterlassen, insbesondere die gewerbsmässige Effektenhändlerstätigkeit, den

Betrieb einer kollektiven Kapitalanlage sowie die berufsmässige Finanzintermediation ohne Bewilligung (Dispositiv-Ziffer 13), und machte sie für den Fall der Widerhandlung gegen dieses Verbot auf Art. 48 FINMAG und die darin vorgesehene Strafdrohung sowie auf Art. 44 FINMAG aufmerksam (Dispositiv-Ziffer 15). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz die bis zum Erlass der Verfügung vom 12. August 2016 angefallenen Kosten der Untersuchungsbeauftragten von Fr. 283'747.80 (inkl. MwSt.) sowie die Verfahrenskosten von Fr. 98'000.– unter anderem der A._____, der B._____, der C._____, der D._____ und den vier Organpersonen, an die die Verfügung adressiert war, darunter dem Beschwerdeführer, in solidarischer Haftung (Dispositiv-Ziffern 23 und 24).

Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, die A._____ habe selbst oder über professionelle Vermittler Aktien der Gruppe auf dem Primärmarkt angeboten. Die Erlöse aus dem Verkauf der Aktien – somit liberiertes Aktienkapital – seien überwiegend an die A._____ zurückgeführt worden. Dadurch sei den Tochtergesellschaften stetig betriebsnotwendiges Kapital entzogen worden. Weiter sei die A._____ eine bewilligungslos tätige Investmentgesellschaft (SICAF), da sie keine eigentliche operative Geschäftstätigkeit ausübe, keine Holdinggesellschaft im Sinne des Kollektivanlagegesetzes sei sowie das Aktionariat sich nicht ausschliesslich aus qualifizierten Anlegern zusammensetze. Die seit Jahren andauernden Bemühungen, die A._____ in eine gesetzmässige Form zu überführen, seien gescheitert.

Auch die D._____ habe laut Untersuchungsbericht vorwiegend auf den Verkauf ihrer Aktien fokussiert, die sie in mehreren Tranchen von der A._____ und einer Offshoregesellschaft erworben habe. Die Aktien seien von der D._____ als lukrative Anlage beworben und an private Investoren verkauft worden. Zwischen Februar 2014 und August 2015 habe die D._____ mehrere hunderttausend Aktien an über 100 private Investoren verkauft, wobei sich der Preis je Aktie von Fr. 8.– (Anfang 2014) auf Fr. 20.– (Mitte 2015) erhöht habe. Die Bruttoerlöse aus diesen Verkäufen hätten sich auf mindestens Fr. 6,5 Mio. belaufen. Weitere Verkäufe von D._____ -Aktien im Umfang von mehreren Millionen Franken seien über zwei Offshoregesellschaften erfolgt. Gemäss der Website und Anlegerbroschüren habe die D._____ das Open-Source-Projekt "Q._____" des Beschwerdeführers weiterentwickeln und kommerzialisieren wollen. Indessen sei dieses Projekt von einer kommerzialisierbaren Form weit entfernt. Trotz umfangreicher Aktienverkäufe und eines ausgewiesenen Investitionsbedarfs in zweistelliger Millionenhöhe seien bisher erst rund Fr.

620'000.– und damit weniger als 10 % der Erlöse aus den Aktienverkäufen in die Robotik geflossen. Der grösste Teil der aus den Aktienverkäufen erzielten Erlöse sei vielmehr zwecks Erzielung von Renditen in Kapitalanlagen investiert worden. Letztlich seien der D._____ nur rund ein Drittel der Verkaufserlöse für Investitionen verblieben. Der Anteil der Provisionen habe sich auf mehr als 40 % belaufen. Sowohl X._____, Y._____ als auch der Beschwerdeführer und ein weiteres Organ der A._____ hätten im Rahmen ihrer jeweiligen Funktion (Verwaltungsrat, Geschäftsführer, CSO, Beirat, Akquisition von Investoren) einen massgeblichen Beitrag an eine koordinierte unterstellungspflichtige Effekthändlerstätigkeit im Rahmen einer Gruppe geleistet. Zudem habe die A._____ über einen Zeitraum von mehreren Jahren eine SICAF betrieben, ohne über die hierfür erforderliche Bewilligung zu verfügen. Die A._____-Gruppe habe damit über einen längeren Zeitraum Aufsichtsrecht schwer verletzt.

C.

Gegen diese Verfügung erhebt der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 15. September 2016 Beschwerde und stellt darin die folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer keine unter den Finanzmarktgesetzen unterstellungspflichtige Tätigkeit ausübt oder ausgeübt hat.
2. Es sei die Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung der Vorinstanz insoweit aufzuheben, als darin festgestellt wird, der Beschwerdeführer habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Börsengesetz, Kollektivanlagengesetz) aufgrund seines massgeblichen Beitrags an den unterstellungspflichtigen Tätigkeiten schwer verletzt.
3. Es seien die Dispositiv-Ziffern 13 und 14 der Verfügung der Vorinstanz insoweit aufzuheben, als darin eine Unterlassungsanweisung und ein Werbeverbot sowie eine Strafandrohung für den Fall der Widerhandlung gegen das Werbeverbot zu Lasten des Beschwerdeführers verfügt worden sind.
4. Es seien die Dispositiv-Ziffern 23 und 24 der Verfügung der Vorinstanz insoweit aufzuheben, als darin Kosten zu Lasten des Beschwerdeführers verfügt worden sind.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz zuzüglich Mehrwertsteuer.

Der Beschwerdeführer argumentiert, er habe ein rechtliches und tatsächliches schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, dass er keine unter den Finanzmarktgesetzen bewilligungspflichtige Tätigkeiten ausgeübt

habe. Er bemängelt zunächst, aus den Sachverhaltsdarstellungen und Erwägungen der angefochtenen Verfügung ergebe sich nicht, gestützt auf welche Überlegungen die Vorinstanz ihm einen massgeblichen Tatbeitrag vorwerfe. Angesichts der Schwere der angeordneten Massnahmen verletze sie damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör schwer. Alle ihm gegenüber angeordneten Massnahmen seien daher aufzuheben.

Der Beschwerdeführer stellt sich sodann auf den Standpunkt, die D._____ habe ihn für die Zwecke der A._____ -Gruppe instrumentalisiert. Sein Name sollte vertrauensbildend für die Investoren sein. Die Geschäftstätigkeit der D._____ sei primär auf den Verkauf eigener Aktien, die sie von der A._____ und Offshore-Gesellschaften zurückerworben habe, ausgerichtet gewesen, doch sei diese Tätigkeit ohne sein Wissen oder Zutun durch die Hauptakteure ausgeübt worden. Bis zum Frühling 2016 sei er Verwaltungsrat der D._____ mit Kollektivunterschrift zu zweien und hierbei ausdrücklich und ausschliesslich nur für die technologisch-projektbezogene Strategie der D._____ im Rahmen der Robotik zuständig gewesen, darunter für die technische Wegweisung beziehungsweise Beratung und Unterstützung, nicht dagegen für das operative Geschäft. Mit betriebswirtschaftlichen, finanztechnischen und finanzierungsrelevanten Aspekten sowie mit der Kapitalbeschaffung habe er nichts zu tun gehabt. Er sei einzig Aktionär und Verwaltungsrat der D._____ gewesen, ein massgeblicher Tatbeitrag zur finanzmarktrechtlichen Geschäftstätigkeit der A._____ -Gruppe könne ihm aber nicht zugerechnet werden.

Es könne ihm auch keine Sorgfaltspflichtverletzung als Verwaltungsrat vorgeworfen werden. Weder könne ihm ein aktiver oder ein passiver Beitrag, zum Beispiel im Sinne eines Wegschauens bei den bewilligungspflichtigen Tätigkeiten, noch die pflichtwidrige Vernachlässigung der ihm als Verwaltungsrat obliegenden Überwachungs- und Oberaufsichtspflichten vorgeworfen werden. Würde ihm nur aufgrund seiner Organstellung ein namhafter Beitrag zur unterstellungspflichtigen Tätigkeit zugerechnet, so müsste ihm zumindest eine Pflichtverletzung nachgewiesen werden. Eine solche habe er aber nicht begangen.

Der Beschwerdeführer erachtet daher auch das ihm gegenüber angeordnete Werbeverbot sowie die Kostenverteilung als ungerechtfertigt.

D.

Die Vorinstanz eröffnete über die D. _____ mit Wirkung ab dem 18. Oktober 2016 den Konkurs.

E.

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 24. Oktober 2016, die Beschwerde vom 15. September 2016 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Für den Erlass einer (rein subsidiären) Feststellungsverfügung bestehe weder ein Grund noch habe der Beschwerdeführer darauf einen Anspruch. Zudem beziehe sich die vom Beschwerdeführer angefochtene Ziffer 14 des Verfügungsdispositivs nicht auf ihn persönlich, weshalb es mangels Beschwer an einem legitimen Anfechtungsinteresse fehle. Diesbezüglich sei nicht auf die Beschwerde einzutreten.

Der Beschwerdeführer sei den ihm obliegenden, unübertragbaren gesetzlichen Kontrollpflichten als Verwaltungsrat nicht nachgekommen und habe es namentlich in pflichtwidriger Weise unterlassen, die Finanzen der Gesellschaft zu kontrollieren und die mit der Geschäftsführung betrauten Personen im Hinblick auf die Einhaltung der geltenden Gesetze zu überwachen. Die von ihm angeführte – jedoch nicht näher belegte – Kompetenzdelegation und -aufteilung könne ihn diesbezüglich nicht entlasten. Sowohl aus den Gesellschaftsakten der D. _____ als auch aus öffentlich zugänglichen Quellen hätten sich diverse Hinweise ergeben, wonach die beiden Hauptverantwortlichen mit potentiellen Milliardenumsätzen geworben und für den Vertrieb der Aktien der D. _____ professionelle Vermittler eingesetzt hätten. Dem Beschwerdeführer seien die Eckpunkte der Kapitalbeschaffung bekannt gewesen oder hätten ihm bei einer pflichtgemässen Informationsbeschaffung bekannt sein können. Er hätte sich aufgrund seiner Stellung die nötigen Informationen zu den Hintergründen der Kapitalerhöhungen und den dokumentierten Rückkäufen eigener Aktien bei X. _____ und Y. _____ beschaffen können, dies aber unterlassen. Dem Beschwerdeführer hätte zudem auffallen müssen, dass seine Mitverwaltungsräte bei der D. _____ keine nachhaltige Finanzierungsstrategie verfolgt und kein Interesse an einer seriösen Unternehmensbewertung gehabt hätten. Trotz Warnsignalen habe der Beschwerdeführer die Aktivitäten seiner Mitverwaltungsräte nicht hinterfragt, deren Kompetenz und Leistungsausweis nicht überprüft und die Verwendung der Anlegergelder nicht kontrolliert. Aus diesen Gründen trage der Beschwerdeführer am festgestellten schweren Verstoss von Aufsichtsrecht durch die A. _____-Gruppe, welcher unter anderem im gewerbsmässigen Handel mit Aktien der

D._____ auch über die Offshore-Gesellschaften bestanden habe, eine Mitverantwortung.

Die Vorinstanz habe dem Umstand angemessen Rechnung getragen, dass dem Beschwerdeführer als vormaligem Verwaltungsrat der D._____ im Rahmen der A._____ -Gruppe nur eine untergeordnete Rolle zugekommen sei und er von den hauptverantwortlichen Verwaltungsräten X._____ und Y._____ für ihre eigenen Zwecke instrumentalisiert worden sei, und sie habe gegenüber dem Beschwerdeführer keine zu publizierende Unterlassungsanweisung ausgesprochen, sondern ihm aufgrund seiner Stellung als Verwaltungsrat lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gelte. Diese Ermahnung sowie die damit verbundene Kostenbeteiligung seien angesichts der ihm obliegenden Aufsichts- und Kontrollpflichten gerechtfertigt und verhältnismässig.

F.

Der Beschwerdeführer hält mit Replik vom 14. November 2016 an seinen Anträgen fest. Korrigierend führt er aus, mit seinem Beschwerdebegehren 3 seien die Dispositiv-Ziffern 13 und 15 angefochten. Er bestreitet, pflichtwidrig die Finanzkontrolle unterlassen und die Überwachung der Geschäftsführung als unübertragbare Aufgaben versäumt zu haben. Eine interne Arbeitsteilung der unübertragbaren Aufgaben gemäss Art. 716a OR auf einzelne Verwaltungsratsmitglieder sei üblich und vom Gesetz gestützt. Der Beschwerdeführer sei als Aktionär selbst Opfer der Machenschaften der Hauptakteure geworden. Er habe sich im Gegensatz zu den Hauptakteuren auch nicht aus der unbewilligten Tätigkeit bereichert. Es sei ihm, der erst 2014 zur D._____ gestossen sei, in tatsächlicher Hinsicht gar nicht möglich gewesen, im gleichen Umfang wie die Vorinstanz oder X._____ und Y._____ Kenntnisse über die fraglichen Vorgänge in der A._____ -Gruppe zu haben. Da der Beschwerdeführer keinen Tatbeitrag zur unterstellungspflichtigen Tätigkeit geleistet und auch seine Sorgfaltspflichten als Verwaltungsrat nicht verletzt habe, sei die solidarische Kostenauflegung beziehungsweise die Kostenauflegung über das Ganze nicht gerechtfertigt.

G.

Die Vorinstanz bestreitet mit Eingabe vom 7. Dezember 2016 die Ausführungen des Beschwerdeführers, verzichtet aber auf eine formelle Duplik.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der Entscheid der Vorinstanz vom 12. August 2016 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes 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 unter anderem von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der Vorinstanz 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.

1.2 Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die ihn selbst betreffenden Feststellungen und Anordnungen im Dispositiv der angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat als Verfügungsadressat insoweit ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG; BGE 136 II 304 E. 2.3.1; Urteile des BGer 2C_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 3; 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.3 und 2C_324/2009 vom 9. November 2009 E. 4.2; anders lediglich die Urteile des BGer 2C_303/2016 vom 24. November 2016 E. 2.5.1; 2C_305/2016 vom 24. November 2016 E. 2.1 und 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 1.2.3). Er ist somit in diesem Umfang zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.3 Eine andere Frage ist, ob dies auch für sein Beschwerdebegehren, es sei festzustellen, dass er keine unter den Finanzmarktgesetzen unterstellungspflichtige Tätigkeit ausübe oder ausgeübt habe, gilt. Der Beschwerdeführer stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, werde lediglich die Verfügung im Sinne seiner Rechtsbegehren aufgehoben, sei weiterhin nicht geklärt, dass er keine Tätigkeiten ausgeübt habe, welche Finanzintermediären vorbehalten seien. Erst die Feststellung, dass er nicht gegen Aufsichtsrecht verstossen habe, rehabilitiere seinen Ruf auch bei den Beiräten, die er für die Gesellschaft habe gewinnen können.

Die Vorinstanz ist der Meinung, diesbezüglich bestehe weder ein Grund noch ein Anspruch auf Erlass einer (rein subsidiären) Feststellungsverfügung.

1.3.1 Der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach dem durch die Verfügung der Vorinstanz geregelten Rechtsverhältnis, soweit es durch den Beschwerdeführer angefochten wird. Der Streitgegenstand kann sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens verengen, darf hingegen nicht erweitert oder qualitativ verändert werden. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann daher grundsätzlich nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die Vorinstanz nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, sind durch die Beschwerdeinstanz nicht zu beurteilen (BVGE 2009/37 E. 1.3.1).

1.3.2 Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz nie ein Begehren auf eine derartige Feststellung gestellt. Soweit er daher – über seinen Antrag auf Aufhebung der ihn belastenden Feststellung der Vorinstanz, er habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt, hinaus – eine Feststellung verlangt, dass er keine unter den Finanzmarktgesetzen unterstellungspflichtige Tätigkeit ausübe oder ausgeübt habe, geht sein Begehren über den Anfechtungsgegenstand hinaus, weshalb insoweit darauf nicht einzutreten ist.

1.4 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG).

1.5 Auf die Beschwerde ist daher im dargelegten Umfang einzutreten.

2.

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer vorab eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz.

Er macht geltend, es sei nicht nachvollziehbar, welche Handlungen ihm konkret vorgeworfen würden. Die Vorinstanz halte selber fest, er sei nicht in das A. _____-Gefüge involviert gewesen. Aus den Sachverhaltsdarstellungen und Erwägungen in der angefochtenen Verfügung ergebe sich nicht, gestützt auf welche Überlegungen die Vorinstanz ihm einen "massgeblichen Tatbeitrag" vorwerfe. Damit verletze sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör schwer.

Die Vorinstanz äussert sich nicht zu diesem Vorwurf, ergänzt aber ihre Begründung in ihrer Vernehmlassung.

2.1 Aus der Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) wird unter anderem eine behördliche Begründungspflicht abgeleitet (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Zudem kann durch die Verpflichtung zur Offenlegung der Entscheidungsgründe verhindert werden, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt. Die Begründungspflicht erscheint so nicht nur als ein bedeutsames Element transparenter Entscheidungsfindung, sondern dient zugleich auch der wirksamen Selbstkontrolle der Behörde (BGE 112 Ia 107 E. 2b m.H.). Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen. Sie muss jedenfalls so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanzen über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2; 142 III 433 E. 4.3.2; 136 I 229 E. 5.2; 134 I 83 E. 4.1).

Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2, je m.H.).

2.2 In der angefochtenen Verfügung führte die Vorinstanz zur Begründung lediglich an, die von ihr namentlich genannten vier Organpersonen, darunter auch der Beschwerdeführer, hätten im Rahmen ihrer jeweiligen Funktion (Verwaltungsrat, Geschäftsführer, CSO, Beirat, Akquisition von Investoren) einen massgeblichen Beitrag geleistet.

2.3 In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz weiter aus, der Beschwerdeführer sei den ihm obliegenden, unübertragbaren gesetzlichen Kontrollpflichten als Verwaltungsrat nicht nachgekommen und habe es namentlich in pflichtwidriger Weise unterlassen, die Finanzen der Gesellschaft zu kontrollieren und die mit der Geschäftsführung betrauten Personen im Hinblick

auf die Einhaltung der geltenden Gesetze zu überwachen. Der Beschwerdeführer sei auch als technischer Ideengeber ein wesentlicher Bestandteil des A._____-Beteiligungsgefüges gewesen. X._____- und Y._____- sei es nur durch seine Projekte, seine Bekanntheit und sein Engagement an den Investorenveranstaltungen gelungen, mittels Vermittlern innert kurzer Zeit Aktien im Gegenwert von bis zu 10 Mio. Fr. über die A._____-Gruppe zu verkaufen.

2.4 Diese Ausführungen in der Vernehmlassung bestätigen den bereits aufgrund der Begründung der Verfügung gewonnenen Eindruck, dass die Vorinstanz den von ihr behaupteten massgeblichen Beitrag des Beschwerdeführers an der unerlaubten Tätigkeit als Gruppe lediglich aus seiner Funktion als Verwaltungsratsmitglied ableitet, ohne ihm darüber hinaus ein konkretes Wissen um die unerlaubte Tätigkeit oder aktives Handeln im Hinblick darauf vorzuwerfen. Dass sie keine derartigen Handlungen anführt, ist somit kein Begründungsmangel, sondern Ausdruck ihrer Rechtsauffassung. Die Begründung der Vorinstanz war insofern zwar sehr knapp und pauschal, aber ausreichend, um eine sachgerechte Anfechtung zu ermöglichen. Ob die Rechtsauffassung der Vorinstanz, die dieser pauschalen Argumentation zu Grunde liegt, zu überzeugen vermag, ist eine Frage, die noch zu beantworten sein wird. Eine Verletzung der Begründungspflicht und damit des rechtlichen Gehörs liegt indessen nicht vor.

2.5 Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Begründung in der angefochtenen Verfügung zu knapp ausgefallen sei, so wäre eine allfällige Verletzung der Begründungspflicht durch die zusätzlichen Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung geheilt worden, da der Beschwerdeführer dazu in seiner Replik Stellung nehmen konnte.

3.

Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass die A._____-Gruppe, bestehend aus der A._____, der B._____, der C._____- und der D._____, als Gruppe gewerbsmässig als Effektenhändlerin tätig gewesen sei (Emissionshaustätigkeit) und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Börsengesetz) schwer verletzt habe (Dispositiv-Ziffer 1).

3.1 Effektenhändler gelten als Emissionshäuser, wenn sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und gewerbsmässig Effekten, welche von Drittpersonen ausgegeben wurden, fest oder in Kommission übernehmen und öffentlich auf dem Primärmarkt anbieten (Art. 2 Bst. d des Bundesgesetzes

vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [BEHG, SR 954.1] i.V.m. Art. 3 Abs. 2 der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel [BEHV, SR 954.11]). Die Tätigkeit ist bewilligungspflichtig (Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. d BEHG; vgl. auch das FINMA-Rundschreiben 2008/5 "Effekthändler" vom 20. November 2008 [im Folgenden: FINMA-RS 2008/5] Rz. 24 ff.; URS P. ROTH, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, 2000, Art. 2 Bst. d N. 35 ff.). Als Primärmarkt wird der Markt bezeichnet, in dem Kapitalmarktpapiere (Aktien, Obligationen usw.) erstmals begeben (emittiert) werden. Das Angebot ist öffentlich, wenn es sich an unbestimmt viele Personen richtet, das heisst insbesondere durch Inserate, Prospekte, Rundschreiben oder elektronische Medien verbreitet wird (FINMA-RS 2008/5 Rz. 14 f.). Auch die Einschaltung eines professionellen Vermittlers ist als öffentliche Werbung zu qualifizieren (Urteile des BVGer B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 4.1.1 und B-4409/2008 vom 27. Januar 2010 E. 7.4).

Die Emission eigener Beteiligungspapiere stellt keine bewilligungspflichtige Emissionshaustätigkeit dar; ebenso wenig die bloss technische Festübernahme, die es einer Aktiengesellschaft erlaubt, eine Kapitalerhöhung (Kapitalerhöhungsbeschluss und Feststellung der Liberierung) in einem Schritt durchzuführen: Die emittierten Aktien sind den Aktionären nach den Vorschriften des Aktienrechts anzubieten; dabei stehen regelmässig keine BEHG-relevanten Anlegerschutz- und Funktionsinteressen auf dem Spiel (BGE 136 II 43 E. 4.1; Urteil des BGer 2C_898/2010 vom 29. Juni 2011 E. 2.1; ROTH, a.a.O., N. 37 zu Art. 2 Bst. d).

3.2 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts kann eine bewilligungspflichtige Aktivität auch im Rahmen einer Gruppe ausgeübt werden (BGE 136 II 43 E. 4.3.1 m.H.; BENJAMIN BLOCH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effekthändlerstätigkeit, SZW 2010 S. 161 ff.; OLIVIER HARI, Proportionnalité et surveillance consolidée: le cas de la mise en liquidation par la FINMA de sociétés - membres d'un groupe - déployant sans droit des activités soumises à autorisation, GesKR 2010 S. 88 ff.). Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen beziehungsweise 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 sol-

chen Fällen trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise, falls zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche, organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird (BGE 136 II 43 E. 4.3.3).

Ein solches 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 Geschäfts-sitze; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen usw.) davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt wird (Urteil des BGer 2C_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1 f.; BGE 136 II 43 E. 4.3, je m.H.).

3.3 Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht hatten schon verschiedentlich Fälle zu beurteilen, wo derartige Gruppen die Aktien einer oder mehrerer der Gruppengesellschaften auf dem Primärmarkt öffentlich angeboten haben. Typischerweise verfolgten die Gesellschaften, deren Aktien platziert wurden, keine reale Geschäftstätigkeit, sondern ihr einziger Zweck bestand darin, dass ihre Aktien ein Verkaufsobjekt darstellten, das durch andere Gruppengesellschaften veräussert werden konnte. Die vorgängigen, gruppeninternen Erwerbsgeschäfte bezüglich dieser Aktien hatten keine reale, wirtschaftliche Bedeutung, sondern erschienen vielmehr als Vorbereitungshandlung im Hinblick auf das spätere öffentliche Angebot der Aktien an gutgläubige Dritte, insbesondere etwa, um durch hohe "Marktpreise" eine objektiv nicht vorhandene Werthaftigkeit vorzuspiegeln. Dementsprechend wurden der anschliessende Verkauf an Dritte jeweils als Primärmarktgeschäft und die Geschäftstätigkeit der Gruppe, soweit sie im Wesentlichen aus derartigen Platzierungen bestand, als bewilligungspflichtige Emissionshaustätigkeit qualifiziert (BGE 136 II 43 E. 6.3; 135 II 356 E. 4.3; Urteil 2C_898/2010 E. 2.3; Urteile des BVGer B-8227/2007 vom 20. März 2009 E. 4.7; B-3776/2009 vom 7. Oktober 2010 E. 5.2 und B-7861/2008 vom 24. September 2009 E. 6.3).

3.4 Im vorliegenden Fall bestanden unbestrittenermassen enge personelle, organisatorische und wirtschaftliche Verflechtungen zwischen der A._____, der B._____, der C._____ und der D._____.

Wie die Untersuchungsbeauftragte in ihrem Bericht darlegte, finanzierte die A._____ sich bis zum Eingreifen durch die Vorinstanz am 20. August 2015 nahezu ausschliesslich aus dem Verkauf von eigenen Aktien sowie von Aktien anderer Gruppengesellschaften, namentlich der B._____, der C._____ und der D._____. Im Februar 2010 hatte die Vorinstanz der A._____ verschiedene Auflagen gemacht, um eine Umgehung des gesetzlichen Verbots einer unbewilligten Effektenhändlerstätigkeit zu verhindern. Die Vorinstanz verlangte insbesondere, dass kein Verkauf von Aktien über eine andere Gruppengesellschaft stattfinden dürfe, dass der Verkaufserlös jeweils direkt der entsprechenden Gesellschaft gutgeschrieben und für deren operative Tätigkeit in der Gesellschaft verbleiben müsse, dass die im Rahmen einer Kapitalerhöhung liberierten Beträge nicht an die liberierende Gruppengesellschaft oder Privatperson zurückfliessen dürften und dass die Gruppengesellschaften eine operative Tätigkeit ausüben müssten. Daraufhin änderte die A._____ ihre Geschäftstätigkeit insofern, als sie die von ihr gezeichneten oder von X._____ gekauften Aktien anderer Gruppengesellschaften nicht mehr selbst verkaufte, sondern an die betreffende Gruppengesellschaft veräusserte, damit die Aktien dann in deren Namen verkauft würden. Da der Verkauf der Aktien von der A._____ an die betroffene Gesellschaft teilweise zu einem wesentlich höheren Preis erfolgte als die A._____ anlässlich der Liberierung oder des Ankaufs bezahlt hatte, floss so ein grosser Teil des letztlich erzielten Preises an die A._____, und nicht an die betroffene Gesellschaft. Weiter wurden für die Platzierung der Aktien Vermittler eingesetzt, denen Vermittlungsprovisionen von teilweise bis 25 % bezahlt wurden. So verkaufte insbesondere die D._____ in den Jahren 2014 und 2015 eigene Aktien für rund 6,485 Mio. Fr. an Drittanleger. Diese Aktien hatte sie vorher für rund 2,6 Mio. Fr. von der A._____ und der B._____ gekauft. Vom Bruttoerlös bezahlte sie 2,3 Mio. Fr. an Vermittlungsprovisionen, wobei nicht immer Belege für einen effektiven Vermittlungserfolg vorgefunden wurden. Über die Hälfte dieser Vermittlungsprovisionen wurde an die M._____ Ltd. überwiesen, eine Offshore-Gesellschaft, welche durch X._____ gegründet und nach dessen Aussagen in der Folge an einen ehemaligen Mitarbeiter übertragen wurde, wobei X._____ aber immer noch verfügungsberechtigt über die Konten der M._____ Ltd. war. Auch die B._____ und die C._____ verkauften in ähnlicher Weise mit Hilfe von Vermittlern eigene Aktien, die sie vorgängig der A._____ abgekauft hatten.

Gemäss den Ausführungen im Untersuchungsbericht bestanden die Einnahmen der A._____ im Jahr 2014 zu 100 % aus solchen Verkaufserlösen und Finanzerträgen. Im Jahr 2015 machten die Verkäufe von D._____ -Aktien an die D._____ rund 92 % der Erträge aus. Die C._____ verbuchte im Jahr 2014 und 2015 keine Einnahmen aus einer eigentlichen Betriebstätigkeit, sondern lediglich einen "Finanzertrag". Ein eigentlicher Handel mit Diamanten, der vorgesehenen Geschäftstätigkeit, fand nicht statt. Die B._____ erzielte im Jahr 2014 einen Ertrag von Fr. 800'000.– durch den Verkauf ihrer Schmuckkollektion, daneben aber verbuchte sie Bruttoeinnahmen aus dem Verkauf eigener Aktien von über 1 Mio. Fr. Im Jahr 2015 bestand der Ertrag zu 99 % aus Kursgewinnen. Bei der D._____ flossen in den Jahren 2014 und 2015 lediglich rund Fr. 620'000.– in die Robotik, den behaupteten operativen Geschäftszweck der D._____. Im Zeitpunkt der Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten im August 2015 wies keine der Gruppengesellschaften neben dem Aktienverkauf und allfälligen Tätigkeiten oder Darlehen zugunsten anderer Gruppengesellschaften eine operative Geschäftstätigkeit auf, aus der sie in wesentlichem Umfang Einkünfte erzielte, die buchhalterisch von der Aktienverkaufstätigkeit abgrenzbar gewesen wären.

3.5 Aufgrund dieser Sachverhaltsumstände kam das Bundesverwaltungsgericht im Parallelverfahren B-5657/2016 mit Urteil vom 5. Juni 2018 zum Schluss, bei wirtschaftlicher Betrachtung sei nicht von einer – nicht bewilligungspflichtigen – Platzierung auf dem Primärmarkt durch die jeweilige Emittentin selbst, sondern von einer bewilligungspflichtigen Emissionshaustätigkeit auszugehen, und schützte die entsprechende Feststellung durch die Vorinstanz.

3.6 Der Beschwerdeführer selbst war nicht Partei in jenem Verfahren, weshalb ihm die Rechtskraft dieses Urteils nicht entgegengehalten werden kann (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.3 f.). Er bestreitet indessen weder die dargelegten Sachverhaltsfeststellungen durch die Untersuchungsbeauftragte noch die rechtliche Qualifizierung der Tätigkeit der A._____ -Gruppe als bewilligungspflichtige Emissionshaustätigkeit durch die Vorinstanz.

4.

Der Beschwerdeführer rügt indessen, die Vorinstanz werfe ihm zu Unrecht vor, er habe einen massgeblichen Beitrag an die unterstellungspflichtigen Tätigkeiten der A._____ -Gruppe geleistet. Diese Tätigkeiten seien ohne sein Wissen und Zutun durch die Hauptakteure der A._____ -Gruppe erfolgt.

4.1 Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer vor, er sei als technischer Ideengeber, (vormaliger) Verwaltungsrat und Aktionär der D._____ ein nicht unwesentlicher Bestandteil des A._____ -Beteiligungsgefüges gewesen. Nur durch seine Projekte, seine Bekanntheit und sein Engagement an den Investorenveranstaltungen sei es X._____ und Y._____ gelungen, mittels Vermittlern innert kurzer Zeit Aktien im Gegenwert von bis zu 10 Mio. Fr. über die A._____ -Gruppe zu verkaufen. Von den Anlegergeldern sei aber nur ein Teilbetrag an die D._____ geflossen und nach Abfluss substantieller Provisionszahlungen in der Gesellschaft verblieben. Bloss ein Bruchteil der Gelder sei laut Untersuchungsbericht in die Robotik investiert worden. Der Beschwerdeführer sei den ihm obliegenden, unübertragbaren gesetzlichen Kontrollpflichten als Verwaltungsrat nicht nachgekommen und habe es namentlich in pflichtwidriger Weise unterlassen, die Finanzen der Gesellschaft zu kontrollieren und die mit der Geschäftsführung betrauten Personen im Hinblick auf die Einhaltung der geltenden Gesetze zu überwachen. Trotz Warnsignalen habe der Beschwerdeführer die Aktivitäten seiner Mitverwaltungsräte nicht hinterfragt, deren Kompetenz und Leistungsausweis nicht überprüft und die Verwendung der Anlegergelder nicht kontrolliert. Aus diesen Gründen trage der Beschwerdeführer am festgestellten schweren Verstoss von Aufsichtsrecht durch die A._____ -Gruppe eine Mitverantwortung.

4.2 Der Beschwerdeführer wendet ein, die primär auf den Verkauf eigener Aktien ausgerichtete Geschäftstätigkeit der D._____, die Zahlung von Provisionszahlungen an die Offshore-Gesellschaften von den Konten der D._____ sowie der Zufluss von Geldern an die A._____ und weitere Gruppengesellschaften seien ohne sein Wissen und Zutun durch die Hauptakteure erfolgt. Bis zum eingreifenden Verwaltungsverfahren habe er von den Machenschaften der übrigen Verfügungsadressaten nichts gewusst und diese nicht unterstützt. Er sei diplomierter Physiker und Mathematiker, habe in Computerwissenschaften doktriert und gelte als Experte auf dem Gebiet der Robotik sowie als "Vater" und Erfinder des Roboter-Prototypen "Q._____" und verfüge über keine Kenntnisse und Erfahrungen im Finanzbereich. Die D._____ habe ihn für die Zwecke der A._____ -Gruppe instrumentalisiert. Sein Name sollte vertrauensbildend für die Investoren sein. Es sei ihm nicht bewusst gewesen, dass die Hauptakteure keine dem Gesetz entsprechende Finanzierungsstrategie verfolgt hätten. Weil er weder wirtschaftlich noch organisatorisch noch persönlich mit der A._____ -Gruppe verflochten sei und daher keine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt habe, sei die Anwendung der aufsichtsrechtlichen Gruppenpraxis auf ihn a priori ausgeschlossen.

4.3 Nach der Rechtsprechung kann einer natürlichen Person eine wesentliche, individuelle Mitverantwortung an der unbewilligten Tätigkeit, die eine juristische Person, oder eine Gruppe von juristischen Personen, ausgeübt hat, vorgeworfen werden, wenn sie im Rahmen einer fairen Gesamtsicht als massgeblich an den bewilligungspflichtigen Tätigkeiten beteiligt beziehungsweise in die entsprechenden Aktivitäten in entscheidender Form involviert erscheint (Urteil 2C_89/2010 E. 3.3.4 m.H.; Urteil des BVGer B-4094/2012 vom 11. Juni 2013 E. 3.2.1 m.H.). Auch Personen, welche keine prioritäre Rolle innehatten, können in diesem Sinn als wesentlich mitverantwortlich angesehen werden, sofern sie bei einer der in Frage stehenden juristischen Personen Organstellung hatten und um die bewilligungspflichtige Tätigkeit wussten oder wissen mussten (Urteile des BVGer B-6584/2013 vom 18. Januar 2016 E. 2.4; B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 6.1; B-6736/2013 vom 22. Mai 2014 E. 5.3.6; B-4094/2012 E. 3.2.1).

4.4 Vorliegend ist aktenkundig und unbestritten, dass der Beschwerdeführer Organstellung bei der D._____ hatte. Er war im Frühling 2014 als kollektivzeichnungsberechtigtes Mitglied in den Verwaltungsrat der D._____ gewählt worden und hatte diese Funktion bis im Frühling 2016 inne. Unbestritten ist weiter, dass die Geschäfte der D._____ faktisch durch X._____ geführt wurden (Untersuchungsbericht, Rz. 167 f.).

4.5 Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört neben der Oberleitung der Gesellschaften unter anderem die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]).

Die Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR verlangt von jedem Mitglied des Verwaltungsrats, den Bereich seiner Aufgaben zu bestimmen und diesen sorgfältig sowie unter Aufwendung der notwendigen Zeit zu erfüllen. Die Sorgfaltspflicht umfasst unter anderem die umsichtige Wahrnehmung der Oberaufsicht gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR. Ein Verwaltungsrat muss sich über den laufenden Geschäftsgang informieren, falls notwendig zusätzliche Informationen oder ergänzende Auskünfte einholen und Massnahmen zur Korrektur von Fehlentwicklungen oder Unregelmässigkeiten ergreifen. Die Stellung als Verwaltungsrat und die Oberaufsicht über die Gesellschaft setzen grundsätzlich eine kritische Haltung voraus. Besondere Kontrollen sind dann erforderlich, wenn Zweifel aufkommen oder solche aufgrund der Umstände jedem Organ vernünftigerweise hätten auf-

kommen müssen. Wenn trotz Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung, die bekannt sind oder bekannt sein müssten, keine Massnahmen ergriffen werden, verletzt ein Mitglied des Verwaltungsrates seine Überwachungspflichten (Urteile BVGer B-4094/2012 E. 3.1.1 und B-6584/2013 E. 2.5; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 13 Rz. 378 ff., Rz. 624; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 28 Rz. 17 ff.; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl. 2014, S. 150 ff.).

4.6 Die Geschäftsführung kann auf ein Mitglied des Verwaltungsrats oder einen Dritten übertragen werden, wenn eine statutarische Ermächtigung der Generalversammlung vorliegt und ein schriftliches Organisationsreglement durch den Verwaltungsrat erlassen worden ist (Urteil des BGer 4A_248/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 5, 6.1; ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLENDI, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, Art. 716b N. 5, N. 17 m.H.). Als Konsequenz einer unbefugten Delegation der Geschäftsführung können sich die delegierenden Verwaltungsratsmitglieder nicht auf die Haftungsbeschränkung berufen und es steht ihnen der Sorgfaltsbeweis nach Art. 754 Abs. 2 OR nicht offen (Urteile des BGer 4A_248/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 6.1; 4A_503/2007 vom 22. Februar 2008 E. 3.2.2 und E. 3.3; 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008 E. 3.2.2 f.).

Im vorliegenden Fall wurde unbestrittenermassen kein derartiges Organisationsreglement erlassen, obwohl dies offenbar beabsichtigt war (vgl. Shareholders Agreement [Aktionärsbindungsvertrag] vom (...) 2015, Appendix 4.3).

4.7 Ohnehin wäre der Beschwerdeführer auch dann, wenn eine rechtskonforme Delegation der Geschäftsführungsbefugnisse an X. _____ erfolgt wäre, als nicht geschäftsführender Verwaltungsrat der D. _____ verpflichtet gewesen, sich Einblick in die betriebsrelevanten Vorgänge zu verschaffen.

Ein nicht geschäftsführender 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 jedoch, dass er unter anderem den laufenden Geschäftsgang, die finanzielle Lage der Gesellschaft (Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital, Liquidität, wichtigste Positionen der Bilanz und Erfolgsrechnung, Herkunft und

Verwendung der eingesetzten Mittel) zeitnah und kritisch beobachtet, von der Geschäftsleitung Berichte verlangt und diese sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Fehlentwicklungen oder Unregelmässigkeiten nachgeht. Aufsicht setzt eine kritische Haltung des Verwaltungsrats voraus. Grundsätzlich darf er zwar davon ausgehen, dass die ihm unterstellten Personen ihre Aufgaben korrekt erfüllen, weshalb es im Allgemeinen genügt, wenn der Verwaltungsrat für eine angemessene Berichterstattung sorgt, die Orientierungen zur Kenntnis nimmt und kritisch würdigt. Besondere Kontrollen sind jedoch dann erforderlich, wenn Zweifel aufkommen müssen. Wenn trotz Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung, die bekannt sind oder bekannt sein müssten, keine Untersuchungen veranlasst werden, verletzen die Mitglieder des Verwaltungsrats, und insbesondere der Präsident, ihre Überwachungspflichten (BÖCKLI, a.a.O., § 13 Rz. 377; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 28 Rz. 84 ff., § 30 Rz. 49 m.w.H.).

4.8 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer diesen Kontrollpflichten als Verwaltungsrat nicht nachgekommen ist. Er macht auch nicht geltend, er habe von X. _____ und Y. _____ Informationen über den Geschäftsgang oder die finanzielle Lage der Gesellschaft verlangt und sei von diesen falsch informiert oder gar mit gefälschten Belegen bedient worden. Vielmehr drängt sich der Eindruck auf, dass der Beschwerdeführer sich allein für die technische und technologisch strategische Ausrichtung der D. _____ interessierte und verantwortlich fühlte und die übrigen Aufgaben und Pflichten eines Verwaltungsrats völlig ignorierte.

Dass der Beschwerdeführer damit seine gesellschaftsrechtlichen Kontroll- und Sorgfaltspflichten als Verwaltungsrat grob vernachlässigte, ist daher offensichtlich.

4.9 Wie dargelegt, setzt der Vorwurf gegenüber einer natürlichen Person, sie habe als Teil einer Gruppe eine finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt, voraus, dass ihr zumindest das gemeinsame Ziel und der eigene Beitrag dazu bewusst sind. Dieser Beitrag kann auch darin bestehen, dass die natürliche Person durch eine pflichtwidrige Unterlassung in Bezug auf ihre Pflichten als Organ eine aufsichtsrechtlich unerlaubte Tätigkeit begünstigt. Voraussetzung dafür ist indessen, dass die betreffende natürliche Person um die bewilligungspflichtige Tätigkeit wusste oder wissen musste (vgl. E. 4.3 hievor; Urteil B-6584/2013 E. 2.6; B-6736/2013 E. 5.3.6; Urteil des BVGer B-2943/2013 vom 6. März 2014

E. 4.2.3). In der Praxis wurde dies auch verschiedentlich bejaht in Fällen, in welchen die betreffende Person zwar nicht nachweislich um die bewilligungspflichtige Tätigkeit selbst wusste, aber bewusst eine Strohmannposition in einer Gesellschaft übernommen hat, die für sie erkennbar eine Tätigkeit auf dem Finanzmarkt ausübte (Urteile B-4094/2012 E. 3; B-3100/2013 E. 6 und B-6584/2013 E. 2.6). Wesentlich anders liegt die Situation jedoch dort, wo jemand eine Organfunktion in einer Gesellschaft übernimmt, von der er annimmt, dass sie nicht im Finanzbereich tätig ist, sondern ausschliesslich einer operativen Geschäftstätigkeit nachgeht, und auch nicht aufgrund der Umstände davon auszugehen ist, dass er um die finanzmarktliche Tätigkeit wissen musste. Ob er die illegale Tätigkeit hätte erkennen können und müssen, wenn er seinen Kontroll- und Sorgfaltspflichten als Organ nachgekommen wäre, reicht in einer derartigen Situation nicht aus für den Vorwurf, er habe die unterstellungspflichtige Tätigkeit durch seinen Beitrag bewusst unterstützt, da und soweit dieses Bewusstsein ihm ja gerade wegen seiner Sorgfaltspflichtverletzung abgeht. Die Verletzung von aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten durch ein Mitglied des Verwaltungsrats, auch wenn sie grob ist, kann daher nicht automatisch mit einem namhaften Beitrag an die unerlaubte Tätigkeit und damit einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht gleichgesetzt werden (vgl. Urteil des BVGer B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 3.3.2 [zur Publikation vorgesehen]).

4.10 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer glaubte, dass die Geschäftstätigkeit der D._____ darin bestehe, den von ihm entwickelten Prototypen "Q._____" weiterzuentwickeln und zu kommerzialisieren. Obwohl er durch seine Vorträge an Veranstaltungen mit potentiellen Aktionären unzweifelhaft die Aktienverkäufe der D._____ förderte, ist auch unbestritten, dass er weder wusste, dass diese Anleger in der Folge nicht neue Aktien zeichneten, sondern dass sie von der D._____ Aktien kauften, welche diese vorgängig von anderen Gruppengesellschaften übernommen hatte, noch welche Bruttoerlöse die D._____ auf diese Weise erzielte. Entsprechend ist auch unbestritten, dass dem Beschwerdeführer das grobe Missverhältnis zwischen diesen Bruttoerlösen von rund 6,485 Mio. Fr. und den effektiv in die Robotik investierten Mitteln von rund 620'000.– Fr. nicht bekannt war.

Dementsprechend wirft die Vorinstanz dem Beschwerdeführer denn auch gar nicht vor, dass er um die unbewilligte Tätigkeit gewusst habe oder habe wissen müssen.

4.11 Der Vorwurf gegenüber dem Beschwerdeführer, aufgrund seines massgeblichen Beitrags an die unterstellungspflichtige Tätigkeit der A._____-Gruppe sei er gewerbsmässig als Effekthändler tätig gewesen, erweist sich daher als unbegründet.

5.

Die Feststellungsverfügung der Vorinstanz beinhaltet den Vorwurf, die vier in Frage stehenden Organpersonen, darunter auch der Beschwerdeführer, seien gewerbsmässig als Effekthändler tätig gewesen **oder** hätten eine SICAF betrieben.

Es ist unbestritten, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer nicht vorwirft, er habe eine SICAF betrieben. Dieser Vorwurf richtete sich lediglich gegen die A.______ und deren Organe.

6.

Der Beschwerdeführer rügt überdies, die Anordnung des Werbeverbots mit Sanktionsdrohung (Dispositiv-Ziffern 13 und 15) sei ungerechtfertigt. Ein Werbeverbot sei nur dann zu erlassen, wenn rechtskräftig festgestellt worden sei, dass unbewilligt einer nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungspflichtiger Tätigkeit nachgegangen worden sei. Weil er nicht gegen Aufsichtsrecht verstossen habe und schon gar kein schwerer Verstoss gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen vorliege, könne ein Werbeverbot ihm gegenüber nicht angeordnet werden. Die Vorinstanz verknüpfe das Werbeverbot zudem mit einer Sanktionsandrohung für den Fall der Widerhandlung gemäss Art. 48 FINMAG. Angesichts der strafrechtlichen Konsequenzen eines allfälligen Verstosses gegen das Werbeverbot wirke die Unterlassungsanweisung schärfer als eine einfache Ermahnung. Das individuell-konkret angeordnete Werbeverbot löse im Fall der Widerhandlung gegen die Unterlassungsanweisung ohne Weiteres strafrechtliche Konsequenzen aus. Ohne die Androhung einer solchen Unterlassungsanweisung wäre die Vorinstanz verpflichtet, in einem erneuten Verfahren die Ausübung der unbewilligten Tätigkeit festzustellen. Erst dann könnten strafrechtliche Konsequenzen im Sinne von Art. 48 FINMA verfügt werden. Das Werbeverbot und die Strafandrohung seien aufzuheben, da sie grundlos angeordnet worden seien. Um keinen Wertungswiderspruch zwischen den Tathandlungen sämtlicher Verfügungsadressaten herbeizuführen, sei auch diesfalls die Strafandrohung zulasten des Beschwerdeführers ersatzlos zu streichen.

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer trage am festgestellten schweren Verstoss von Aufsichtsrecht durch die A._____-Gruppe, welcher unter anderem im gewerbsmässigen Handel mit Aktien der D._____, auch über die Offshore-Gesellschaften bestanden habe, eine Mitverantwortung. Die verfügte Unterlassungsanweisung wie auch der praxisübliche Hinweis auf die einschlägigen Strafnormen, die im Wiederholungsfall zur Anwendung gelangten, seien angesichts der ihm obliegenden Aufsichts- und Kontrollpflichten gerechtfertigt und verhältnismässig.

Mit der Anweisung, jegliche finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit zu unterlassen, 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 beziehungsweise 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 bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist, als reine "Reflexwirkung" dieser illegalen Aktivität (BGE 135 II 356 E. 5.1 m.H.). Die Anforderungen an die Anordnung eines derartigen Verbots sind daher gering (Urteile des BVGer B-2723/2011 vom 24. April 2012 E. 7; B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010 E. 5.3).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gilt dies auch dann, wenn dem betreffenden Organ persönlich kein massgeblicher Beitrag an der unerlaubten Tätigkeit als Gruppe vorgeworfen wird beziehungsweise wenn der entsprechende Vorwurf der Vorinstanz durch die Rechtsmittelinstanz nicht bestätigt wird (Urteil B-1568/2017 E. 4).

Die Rüge, die verfügte Unterlassungsanweisung und der Hinweis auf die Sanktionsdrohung (Dispositiv-Ziffern 13 und 15) seien ungerechtfertigt, erweist sich demnach als unbegründet.

7.

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer die Höhe und die solidarische Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten. Die Vorinstanz auferlege die Verfahrens- wie auch die Untersuchungskosten den unterstellten juristischen Personen und denjenigen natürlichen Personen, denen eine *wesentliche* Mitverantwortung an der unbewilligten Tätigkeit vorgeworfen

werde, praxisgemäss in solidarischer Haftung. Indessen habe der Beschwerdeführer vorliegend keinen Tatbeitrag zur unterstellungspflichtigen Tätigkeit geleistet, weshalb es nicht gerechtfertigt sei, ihm die Kosten solidarisch beziehungsweise ihm überhaupt Kosten aufzuerlegen. Sollte ihm dennoch ein Tatbeitrag zugerechnet werden, sei dieser zumindest im Vergleich mit dem Tatbeitrag der übrigen Verfügungsadressaten, insbesondere der Machenschaften der Hauptakteure, nicht namhaft oder wesentlich, weshalb eine solidarische Kostenauflegung auch in diesem Fall unverhältnismässig und aufzuheben sei. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Beschwerdeführer bei derjenigen Gesellschaft als Organ tätig gewesen sei, die als einzige im A._____ -Gefüge weder illiquid noch überschuldet sei. Die Anordnung gleicher Massnahmen gegenüber ihm und den Hauptakteuren (mit Ausnahme des nicht zu publizierenden Werbeverbots) führe zu einem ungerechtfertigten, nicht sachgerechten Wertungswiderspruch der verschiedenen Handlungen der Verfügungsadressaten. Indem die Vorinstanz nicht von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht habe (Ermessensunterschreitung), habe sie – insbesondere in Bezug auf die verfügte Kostenverteilung – auch das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt.

Die Vorinstanz ist der Meinung, die von ihr angeordnete solidarischen Kostentragung gegenüber dem Beschwerdeführer sei vertretbar. Im Übrigen würden wesentliche Teile der Untersuchungs- und Administrationskosten auf die D._____ entfallen, die als einzige Gesellschaft der A._____ -Gruppe noch gewisse Geschäftsaktivitäten aufgewiesen habe.

7.1 Die Kosten eines von der Vorinstanz eingesetzten Untersuchungsbeauftragten tragen grundsätzlich die Beaufsichtigten (Art. 36 Abs. 4 FINMAG), und zwar auch dann, wenn sich der Anfangsverdacht der FINMA als unbegründet herausstellen sollte (BGE 132 II 382 E. 5; Urteil des BGer 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004 E. 2.5). Diese Kostenregelung folgt dem Störer- bzw. Verursacherprinzip (Art. 15 Abs. 1 FINMAG) und findet auch auf Finanzintermediäre Anwendung, die in Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen bewilligungslos tätig waren (BGE 137 II 284 E. 4.2.2). Die Vorinstanz erhebt zudem Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 FINMAG). Gebührenpflichtig ist auch hier, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 5 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, FINMA-GebV, SR 956.122]).

7.2 Die solidarische Auferlegung der Verfahrens- und Untersuchungskosten nicht nur an die unterstellten, unbewilligt tätigen juristischen Personen, sondern auch an natürliche Personen, setzt voraus, dass den betreffenden natürlichen Personen eine wesentliche Mitverantwortung an der unbewilligten Tätigkeit vorzuwerfen ist (BGE 135 II 356 E. 6.2.2; Urteil des BGer 2C_91/2010 vom 10. Februar 2011 E. 4.6.2; Urteil des BVGer B-6749/2014 vom 17. Februar 2016 E. 4.3.1; Urteil B-3100/E. 8.7 m.H.).

7.3 Dem Beschwerdeführer ist nach dem Gesagten keine wesentliche Mitverantwortung für die unbewilligte Tätigkeit der A._____-Gruppe vorzuwerfen, nicht für die unbewilligte Emissionshaustätigkeit durch die ganze Gruppe und schon gar nicht für das unbewilligte Betreiben einer kollektiven Kapitalanlage durch die A._____. Die solidarische Auferlegung der für das Enforcementverfahren gegen die ganze A._____-Gruppe entstandenen Verfahrens- und Untersuchungskosten auf den Beschwerdeführer ist daher unzulässig. Ob der Beschwerdeführer allenfalls, aufgrund seiner Organstellung und Verletzung von Sorgfaltspflichten als Verwaltungsrat, für die der D._____ auferlegten Verfahrens- und Untersuchungskosten haftbar gemacht werden könnte, ist eine Frage, die gegebenenfalls der Zivilrichter zu entscheiden hat. Ein direkter Durchgriff im aufsichtsrechtlichen Verfahren ist jedoch nicht möglich. Hingegen ist die Vorinstanz berechtigt, dem Beschwerdeführer Verfahrens- und Untersuchungskosten aufzuerlegen, soweit er diese durch sein eigenes Verhalten verursacht und die ihn selbst betreffenden Verfügungspunkte veranlasst hat.

7.4 Diesbezüglich erweist sich die Beschwerde als teilweise begründet.

8.

Im Ergebnis ist die Beschwerde daher teilweise gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt der Beschwerdeführer als überwiegend obsiegend, weshalb ihm nur sehr reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

10.

Dem überwiegend obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer

ist zu Lasten der Vorinstanz eine geringfügig reduzierte Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer war im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten, hat indessen keine Kostennote eingereicht, weshalb die ihm zuzusprechende Parteientschädigung (inkl. Auslagen) ermessensweise und aufgrund der Akten festzusetzen ist (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv-Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung vom 12. August 2016 wird aufgehoben, soweit sie den Beschwerdeführer betrifft. Dispositiv-Ziffern 23 und 24 der angefochtenen Verfügung werden aufgehoben und die Sache wird diesbezüglich an die Vorinstanz zurückgewiesen zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 8'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet und dem Beschwerdeführer werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils Fr. 7'000.– zurückerstattet.

3.

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. G01064982; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

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: 8. November 2018