Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-2662/2008
{T 0/4}

Urteil vom 9. April 2009

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler,
Richter Ronald Flury,
Gerichtsschreiberin Marion Spori.

Parteien

Y._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur.
Federico M. Rutschi, Beethovenstrasse 43,
Postfach 2061, 8027 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA),
Schwanengasse 2, Postfach, 3001 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unbewilligte Tätigkeit als Emmissionshaus / Liquidation und Werbeverbot.

Sachverhalt:

A.
Der Beschwerdeführer ist ein im Ausland wohnhafter AHV-Rentner. Er war jahrelang für die X. AG (nachfolgend X.) tätig und war dort auch im Verwaltungsrat, zeitweise hatte er Einzelzeichnungsberechtigung. Die X. wurde im Jahr 1990 ins Handelsregister von Vaduz (FL) eingetragen und ist in der Produktion, im Vertrieb und Marketing sowie in der Weiterentwicklung von Geräten der physikalischen Therapien und Technologien für Anti-Aging- und Wellness-Anwendungen tätig.

Die M. AG (nachfolgend: M.) wurde am 25. Juli 2006 ins Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Zweck wird das Erbringen von Beratungs- und Finanzdienstleistungen sowie die Vermittlung von und der Handel mit Waren, insbesondere mit Immobilien und Grundstücken aller Art, angegeben. Im Jahr 2007 waren N. als Präsident des Verwaltungsrates sowie I. und J. als Mitglieder des Verwaltungsrates kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt.

Aufgrund eines hinreichend konkreten Verdachtes, dass sowohl der Beschwerdeführer und seine Einzelfirma "Prof. Dr. Y. Privatplatzierung" als auch die M. eine unbewilligte Effektenhandelstätigkeit ausüben, setzte das Sekretariat der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK, heute: FINMA, nachfolgend: Vorinstanz) mit superprovisorischer Verfügung vom 7. Januar 2008 die Transliq AG als Untersuchungsbeauftragte ein. Diese wurde u.a. ermächtigt, allein für den Beschwerdeführer, seine Einzelfirma sowie die M. zu handeln. Sämtliche Kontoverbindungen und Depots, die auf letztere lauten oder an denen sie wirtschaftlich berechtigt sind, wurden gesperrt.

Am 15. Januar 2008 fand eine Befragung des Beschwerdeführers statt und am 28. Januar 2008 nahm der Beschwerdeführer schriftlich Stellung zu der superprovisorischen Verfügung der Vorinstanz. Er führte unter anderem aus, er habe lediglich als Privatmann einen kleinen Teil der ihm gehörenden Aktien der X. hauptsächlich an bisherige Anleger in X.-Aktien zum Verkauf anbieten lassen.

Mit Stellungnahme vom 1. Februar 2008 beantragte die M. die sofortige Aufhebung der superprovisorischen Verfügung und hielt fest, sie sei weder eine Effektenhändlerin noch bilde sie mit dem Beschwerdeführer und seiner Einzelfirma eine Gruppe.

Am 13. Februar 2008 erstattete die Untersuchungsbeauftragte einen ersten Untersuchungsbericht.

Am 3. März 2008 nahm die M. dazu Stellung und gab unter anderem an, inskünftig auf die "Vermittlung" von Aktien zu verzichten und sich statt dessen der "klassischen" Vermögensverwaltung zu widmen.

Mit Verfügung vom 19. März 2008 stellte die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer und seine Einzelfirma übten gewerbsmässig eine Effektenhandelstätigkeit aus und verstiessen damit gegen das Börsengesetz (Ziff. 1). Auch die M. habe gewerbsmässig eine Effektenhandelstätigkeit ausgeübt und damit gegen das Börsengesetz verstossen (Ziff. 2). Die ihr gegenüber superprovisorisch verfügten Massnahmen wurden in Ziffer 11 indessen aufgehoben (da sie keine unterstellungspflichtige Tätigkeit mehr ausübe). Die Vorinstanz ordnete weiter an, die vom Beschwerdeführer unter seiner Einzelfirma betriebene Geschäftstätigkeit sei einzustellen und zu liquidieren (Ziff. 3). Die Transliq AG, vertreten durch ihre Zeichnungsberechtigten, werde als Liquidatorin eingesetzt (Ziff. 4). Sämtliche Kontoverbindungen und Depots, die dem Geschäftsvermögen des Beschwerdeführers zuzuordnen seien oder auf seine Einzelfirma lauteten oder an denen diese berechtigt seien, würden gesperrt. Die Liquidatorin werde ermächtigt, über Vermögenswerte auf gesperrten Konten und Depots zu verfügen (Ziff. 5). Dem Beschwerdeführer werde untersagt, weitere Rechtshandlungen für die Unternehmung vorzunehmen, und die Pflicht auferlegt, der Liquidatorin sämtliche Informationen und Unterlagen zugänglich zu machen und ihr sämtliche Auskünfte zu erteilen, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötige (Ziff. 6). Die Vorinstanz bestätigte die Einsetzung der Transliq AG als Untersuchungsbeauftragte, wobei diese ihre Handlungen bis zur Rechtskraft dieser Verfügung auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken habe (Ziff. 10). Dem Beschwerdeführer, der M. sowie N. wurde verboten, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte bewilligungspflichtige Effektenhandelstätigkeiten auszuüben sowie hierfür in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben, elektronischen oder anderen Medien Werbung zu betreiben (Ziff. 12). Die Kosten der Untersuchungsbeauftragten, welche von dieser selber in Rechnung gestellt würden, sowie die Verfahrenskosten von Fr. 20'000.- wurden dem Beschwerdeführer und der M. solidarisch auferlegt (Ziff. 16 bzw. 17).

Zur Begründung führte die Vorinstanz Folgendes aus: Die Aktien der X. würden in der Schweiz oder von der Schweiz aus durch den Beschwerdeführer und seine Einzelfirma vertrieben, wobei Zeichnerinnen und Zeichner die "Kaufsumme" auf ein Privatkonto des Beschwerdeführers bei der Credit Suisse (CS) überwiesen. Zweifelhaft sei, ob der Beschwerdeführer an den entsprechenden Vermögenswerten tatsächlich wirtschaftlich berechtigt sei, gebe er doch teilweise an, dass das Geld vollumfänglich der X. gehöre. Nach dem Geldeingang nehme der Beschwerdeführer jeweils die Übertragung der Aktien aus seinem Depot bei der CS in das Depot der Zeichnerinnen und Zeichner vor, was die Konto- und Depotunterlagen belegten. Die Aktien der X. würden im Übrigen durch eine Prof. Dr. Z. AG FL ebenfalls im Fürstentum Liechtenstein vertrieben. Der Beschwerdeführer und seine Einzelfirma hätten am 26. April 2007 mit der M. einen Vertriebsvertrag mit unbeschränktem Vertriebsgebiet geschlossen, um die Aktien besser vertreiben zu können. Der Beschwerdeführer sei zudem im Organigramm der M. unterhalb dem "COO" S. als zuständig für "Private Placement" eingetragen, wobei die M. darauf hinweise, dass der Beschwerdeführer nie für sie tätig oder an ihr beteiligt gewesen sei. Bis am 26. April 2007 seien auf dem Privatkonto des Beschwerdeführers bei der CS Einzahlungen von weit über 20 Privatpersonen im Umfang von mindestens Fr. 279'139.02 sowie Euro 466'708.08 eingegangen. Der Beschwerdeführer habe seine Konto- und Depotauszüge ab Januar 2007 zu Handen von S. direkt an die M. zustellen lassen und habe S. als "Geschäftspartner" hinsichtlich seiner Konti und Depots eine Vertretungs- und Verfügungsvollmacht erteilt. Am 16. August 2007 habe die M. einen weiteren Vertriebsvertrag hinsichtlich der Aktien der X. mit der Prof. Dr. Z. AG geschlossen. Gestützt auf diese beiden Vertriebsverträge habe die M. das Angebot betreffend Aktien der X. auf ihrer Internet-Seite angepriesen und habe ihr Verkaufspersonal entsprechende Telefonate führen lassen, um potentielle Interessenten zu suchen. Die M. sei dafür vom Beschwerdeführer vereinbarungsgemäss entschädigt worden; von Mai bis August 2007 habe sie Vergütungen ("Provisionen") im Umfang von insgesamt Fr 342'644.85 auf ihr Geschäftskonto sowie zusätzlich insgesamt 7000 Inhaberaktien der X. erhalten. Der Beschwerdeführer habe mit dem Verkauf von Aktien der X. von Mai 2007 bis August 2007 Einnahmen von mindestens Euro 593'091.20 generiert, wobei keine anderen Einnahmequellen evident seien. Am 18. September 2007 sei der Vertriebsvertrag aufgelöst worden.

Eine Gesellschaft oder Einzelfirma gelte als Emissionshaus, und damit als Effektenhändler, soweit sie gewerbsmässig handle, hauptsächlich im Finanzbereich tätig sei sowie von Dritten emittierte Effekten, die sie fest oder in Kommission übernommen habe, öffentlich auf dem Primärmarkt anbiete. Der Beschwerdeführer sei unter seiner Einzelfirma angesichts seiner Einkünfte hauptsächlich im Finanzbereich und gewerbsmässig tätig. Mit Blick auf die Aktien der X. gehe es um eine Tätigkeit auf dem Primärmarkt, denn es handelten noch keine Anleger untereinander. Die Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und der M., die für die M. insgesamt eine "Provision" von jeweils 25 % vorsehe, könne nur auf dem Primärmarkt spielen. Eine solche Vereinbarung sei auf dem Sekundärmarkt undenkbar. Im Übrigen sei die M. – wie aus dem Vertriebsvertrag mit unbeschränktem Vertriebsgebiet hervorgehe – gerade nicht damit beauftragt, die Aktien lediglich an bisherige bestehende Anleger in X.-Aktien zu vertreiben. Es handle sich statt dessen um ein öffentliches Angebot. Daher seien beim Beschwerdeführer und seiner Einzelfirma alle Begriffselemente eines Emissionshauses erfüllt. Angesichts der gesamten Umstände müssten der Beschwerdeführer und seine Einzelfirma sowie die M. hinsichtlich des Vertriebs von Aktien der X. während der Dauer der entsprechenden Zusammenarbeit als Gruppe angesehen werden. Somit liege bei den Genannten jeweils eine unterstellungspflichtige Tätigkeit im Börsenbereich (unbewilligte Tätigkeit als Emissionshaus) vor. Da beim Beschwerdeführer und seiner Einzelfirma die nachträgliche Erteilung einer Effektenhändlerbewilligung bereits mangels des vorgeschriebenen Minimalkapitals und einer adäquaten Organisation ausser Betracht falle, sei grundsätzlich die Liquidation anzuordnen. Diese Massnahme sei verhältnismässig.

B.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Federico M. Rutschi, am 24. April 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 19. März 2008 sei aufzuheben und es seien die Rechte des Beschwerdeführers vollumfänglich wieder herzustellen. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz. Prozessual werde beantragt, dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

Der Beschwerdeführer hielt fest, die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sei ihm nicht rechtsgültig zugestellt worden. Er habe erst am 31. März 2008 eine Kopie der Verfügung per Fax erhalten, dies nachdem er einen Rechtsvertreter hinzugezogen und dieser die Vorinstanz kontaktiert habe. Im Weiteren sei sein Recht auf fairen Prozess und Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs in verschiedener Hinsicht verletzt worden. Die Vorinstanz habe sich auf einen schriftlichen Vertriebsvertrag gestützt. Einen solchen habe er indessen nie unterzeichnet; die entsprechende Kopie sei von der M. gefälscht worden. Auch eine Firma mit dem Namen "Prof. Dr. Y. Privatplatzierung" existiere nicht. Die Vorinstanz habe somit den Sachverhalt falsch erhoben und die Beweise willkürlich gewürdigt. In materieller Hinsicht führte der Beschwerdeführer aus, die X. habe vor ca. zwei Jahren beschlossen, an die Frankfurter Börse zu gehen, wo sie seit dem 19. November 2007 gelistet sei. Da infolge dieses Börsenganges ein erhöhter Kapitalbedarf bestanden habe, sei der Beschwerdeführer von der Geschäftsleitung der X. angefragt worden, ob er bereit sei, einen Teil seiner persönlichen X.-Aktien als "Private Equity" zu verkaufen und den entsprechenden Verkaufserlös der X. zur Verfügung zu stellen. Dafür sollte der Beschwerdeführer im Gegenzug die Exklusiv-Lizenzen für die X.-Produkte in Indien, Iran, Kenia und den umliegenden Staaten erhalten. Bei den X.-Aktien in seinem Privatbesitz handle es sich um rechtmässig erworbene Aktien, die einen tatsächlichen Wert des Unternehmens X. verkörperten und daher nicht fingiert seien. Der Beschwerdeführer sei fast 20 Jahre für die X. tätig gewesen, wofür er eine Kompensation in Form von Aktien erhalten habe. An diesen Aktien sei er daher nicht nur formell, sondern auch wirtschaftlich berechtigt. Die Geschäftsleitung von X. sei in Kontakt mit der M. getreten, welche den Börsengang auch in der Schweiz habe vorbereiten sollen. Zudem habe sie den Auftrag erhalten, die privaten X.-Aktien des Beschwerdeführers ebenfalls zu verkaufen, wobei sie versuchen sollte, die Aktien vor allem an bereits bestehende Aktionäre der X. zu verkaufen. S. habe dem Beschwerdeführer wie auch dem Treuhänder L. und Dr. Z. versichert, dass die M. die Bewilligung habe, mit Aktien zu handeln. Da der Beschwerdeführer sich hauptsächlich in einem aussereuropäischen Land aufhalte und die Internetverbindungen dort nur sehr langsam funktionierten, habe er die Abwicklung seiner Aktienverkäufe in Europa nicht selber vornehmen und kontrollieren können. Er habe sich vorgängig bei der Vorinstanz erkundigt, ob er für den Verkauf seiner Aktien in der Schweiz eine Bewilligung brauche. Die Vorinstanz habe ihm mitgeteilt, ein solcher Verkauf sei nur dann bewilligungspflichtig, wenn er gewerbsmässig er-

folge. Er habe seine Aktien nicht gewerbsmässig, sondern im Rahmen eines Privatverkaufs anbieten lassen. Vorliegend sei, auch wenn der Verkauf während mehrerer Wochen erfolgt sei, aufgrund des Verkaufszweckes von einem einheitlichen und daher einmaligen, nicht regelmässigen Verkauf auszugehen. Dieser einmalige Verkauf von Aktien stelle zudem keine wesentliche Tätigkeit des Beschwerdeführers dar. Seine Haupttätigkeit sei vielmehr die Beratung der Ärzte vornehmlich im Ausland und das Abhalten von Seminaren. Angesichts der äusserst dürftigen Beweislage sei die Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer betätige sich als Effektenhändler, willkürlich.

C.
Mit Vernehmlassung vom 10. Juni 2008 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen, es sei auf einen zweiten Schriftenwechsel zu verzichten, vor einer allfälligen Gewährung der Akteneinsicht sei mit ihr Rücksprache zu halten, und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand sei abzuweisen. Sie machte geltend, die Beschwerde sei aussichtslos, da sich die Einwände des Beschwerdeführers gegen eine unterstellungspflichtige Tätigkeit als vollkommen unbegründet erwiesen. Angesichts der hohen Einnahmen sei die Gewerbsmässigkeit der Tätigkeit ohne Weiteres zu bejahen. Der Beschwerdeführer bestreite zwar, eine Vereinbarung mit der M. unterzeichnet zu habe, doch werde diese – und dies sei allein ausschlaggebend – von beiden Parteien gelebt: Die M. vertreibe die Aktien und erhalte dafür – wie die Kontoabrechnungen belegten - ein Honorar. Der Vorinstanz lägen im Übrigen Unterlagen vor, aus denen hervorgehe, dass der Beschwerdeführer von der Schweiz aus hinsichtlich einer weiteren Emission die Feder führe. Dabei gehe es um die Platzierung von "Genussrechten" und es bestehe der Verdacht, dass es sich dabei um Publikumseinlagen handle.

D.
Mit Eingaben vom 9., 11. und 12. Juni 2008 reichte der Beschwerdeführer Unterlagen zum Beweis seiner prozessualen Bedürftigkeit ein. Mit Schreiben vom 13. Juni 2008 liess der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht im Weiteren die Kopie eines Zahlungsauftrages der Untersuchungsbeauftragten Transliq AG zukommen, womit die CS angewiesen wurde, als Kostenvorschuss Fr. 10'000.- vom Konto des Beschwerdeführers an die Transliq auszuzahlen. Er machte geltend, das Entnehmen dieses Betrags sei unverhältnismässig und willkürlich und verletze Art. 55 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember

1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wonach der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukomme. Er beantrage daher, dass der Transliq AG und der Vorinstanz umgehend jegliche Verfügungsgewalt über seine Konti entzogen würde, bis ein rechtskräftiger Entscheid über die Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht vorliege.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 27. Juni 2008 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers vom 24. April 2008 um unentgeltliche Rechtspflege ab und forderte ihn auf, einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- zu leisten.

Gegen diese Zwischenverfügung erhob der Beschwerdeführer am 5. Juli 2008 Beschwerde beim Bundesgericht. Mit Urteil vom 26. September 2008 trat das Bundesgericht auf diese Beschwerde nicht ein, da der angefochtene Entscheid keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirke.

F.
Am 3. Juli 2008 nahm die Vorinstanz zum Antrag des Beschwerdeführers, der Transliq AG sei die Verfügungsgewalt über seine Konti zu entziehen, Stellung. Sie hielt fest, die Einsetzung der Transliq AG als Untersuchungsbeauftragte und die entsprechenden Befugnisse seien in der Endverfügung vom 19. März 2008 bestätigt und für sofort vollstreckbar erklärt worden. Die Transliq AG sei daher nach wie vor berechtigt, für ihre Bemühungen als Untersuchungsbeauftragte einen Kostenvorschuss zu verlangen. Vorliegend gehe es im Übrigen nicht um eine Verpflichtung zur Geldleistung, sondern um die Sicherstellung einer allfälligen Verpflichtung. Die Anordnung der Leistungspflicht unterliege gemäss der angefochtenen Verfügung nicht der sofortigen Vollstreckbarkeit. Diese Praxis der Sicherstellung von Kosten der von ihr eingesetzten Beauftragten verfolge die Vorinstanz auch bei sofort vollstreckbaren Konkursen und sie sei bis anhin vom Bundesgericht nie beanstandet worden. Dem Antrag des Beschwerdeführers vom 13. Juni 2008 sei daher nicht stattzugeben.

Mit Zwischenverfügung vom 7. August 2008 stellte das Bundesverwaltungsgericht in teilweiser Gutheissung der Begehren des Beschwerdeführers fest, dass die Zahlungsanweisung der Untersuchungsbeauftragten vom 10. Juni 2008 und die gestützt darauf ausgeführte Überweisung von Fr. 10'000.- ab seinem Konto auf ein Konto der Untersu-

chungsbeauftragten unzulässig waren. Weitergehend wies es die Begehren des Beschwerdeführers ab.

Mit Verfügung vom 29. August 2008 verpflichtete die Vorinstanz den Beschwerdeführer, der Untersuchungsbeauftragten für ihre Bemühungen im Rahmen der sichernden und werterhaltenden Massnahmen ab dem 19. März 2008 Kostenvorschüsse zu leisten, wobei von dieser Anordnung auch der am 10. Juni 2008 bereits bezogene Vorschuss über Fr. 10'000.- erfasst sei.

G.
Am 10. Oktober 2008 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführer, zu einigen Fragen Stellung zu nehmen und weitere Akten und Beweismittel einzureichen. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 31. Oktober 2008 nach.

Am 5. November 2008 forderte das Bundesverwaltungsgericht auch die Vorinstanz zur ergänzenden Stellungnahme bezüglich einzelner Punkte auf. Die Vorinstanz äusserte sich hierzu mit Eingabe vom 25. November 2008.

H.
Am 28. November 2008 hielt der Beschwerdeführer gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht fest, dass sich die Untersuchungsbeauftragte einen Kostenvorschuss von Fr. 5000.- von seinem gesperrten Konto habe überweisen lassen, und beantragte, dieser Betrag sei auf sein Konto zurück zu überweisen, und künftig seien alle Rechnungen der Untersuchungsbeauftragten dem Bundesverwaltungsgericht zur Kontrolle und Zustimmung vorzulegen. Im Übrigen werde dem Gericht auch die Honorarnote des Anwalts des Beschwerdeführers unterbreitet, deren Bezahlung die Vorinstanz verweigert habe.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Dezember 2008 wies das Bundesverwaltungsgericht die Begehren des Beschwerdeführers, der an die Untersuchungsbeauftragte überwiesene Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- sei auf sein gesperrtes Konto zurück zu überweisen sowie seinem Rechtsvertreter sei ein Honorar in der Höhe von Fr. 16'466.50 aus seinen gesperrten Konten zu bezahlen, ab.

I.
Mit Eingaben vom 12., 23. und 29. Dezember 2008 reichte der Beschwerdeführer weitere Beweismittel (DVD, Fotos und schriftliche Er-

klärung seiner Assistentin) ein, welche auch der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht wurden.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Am 1. Januar 2009 ist das Finanzmarktaufsichtgesetz vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) in Kraft getreten. Die EBK, das Bundesamt für Privatversicherungen und die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei wurden damit in der "Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)" zusammengeführt, welche als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit den Finanzmarkt beaufsichtigt (Art. 4 FINMAG). Die FINMA übernimmt alle Verfahren der Eidgenössischen Bankenkommission, des Bundesamtes für Privatversicherungen und der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, die bei Inkrafttreten des FINMAG hängig sind (Art. 58 Abs. 3 FINMAG).

Dem FINMAG kommt die Funktion eines Dachgesetzes über die übrigen Gesetze, welche die Finanzmarktaufsicht regeln, zu. Der gesetzlich umschriebene Auftrag der Aufsichtsbehörde bleibt jedoch der Gleiche und den Besonderheiten der verschiedenen Aufsichtsbereiche wird Rechnung getragen (vgl. Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2829 ff., 2830). Das FINMAG gilt, soweit die bereits bis anhin geltenden Finanzmarktgesetze nichts anderes vorsehen (Art. 2 FINMAG).

Im Übrigen werden neue Verfahrensvorschriften mangels anders lautenden Übergangsbestimmungen grundsätzlich mit dem Tag des Inkrafttretens sofort und vollumfänglich anwendbar. Bereits begonnene Verfahren werden nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nach diesem weitergeführt (Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 113; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 92 Rz. 2.203).

2.
Die Verfügung der Vorinstanz vom 19. März 2008 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG. Diese Verfügung kann nach Art. 54 FINMAG im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Art. 44 ff. VwVG i.V.m. Art. 31 ff. und Art. 37 ff. des Ver-

waltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.

Der Beschwerdeführer als Adressat der angefochtenen Verfügung ist durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenüglich durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (vgl. Art. 46 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3.

Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht die mangelhafte Zustellung der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz. Er führt hierzu in seiner Beschwerde aus, die Verfügung vom 19. März 2008 inkl. Bericht der Transliq AG vom 13. Februar 2008 sei von einem Mitarbeiter der Transliq AG abgeholt und somit nie an den Beschwerdeführer als Verfügungsadressaten zugestellt worden. Dies stelle keine rechtsgültige Zustellung dar und das Verhalten der Vorinstanz sei rechtsstaatlich nicht tolerierbar. Hätte der Beschwerdeführer diese "Farce" bei der Zustellung der Verfügung der Vorinstanz nicht durch eigene Nachforschungen aufgedeckt, so wäre die Verfügung und der Untersuchungsbericht in Rechtskraft erwachsen.

Die Vorinstanz macht demgegenüber geltend, sowohl der Bericht der Untersuchungsbeauftragten als auch die angefochtene Verfügung seien an das vom Beschwerdeführer angegebene Zustelldomizil bei seiner Tochter in D. gesandt worden. Da der Beschwerdeführer die Verfügung nicht abgeholt habe, sei sie zurück an die Vorinstanz gelangt und es habe die Zustellfiktion gemäss Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG Anwendung gefunden. Die Zustellung sei somit rechtsgültig erfolgt.

Aus den Akten geht hervor, dass die Vorinstanz am 20. März 2008 eine eingeschriebene Sendung an das vom Beschwerdeführer angegebene Zustelldomizil bei seiner Tochter in D. schickte (pp. A01 900-916). Es kann davon ausgegangen werden, dass diese Sendung die am Tag zuvor erlassene angefochtene Verfügung enthielt. Denn wenn der Beweis der (versuchten) Zustellung einer Sendung erbracht worden ist, be-

steht grundsätzlich die Vermutung, dass die Sendung tatsächlich das behauptete Dokument enthalten hat (BGE 124 V 400 E. 2c).

Die Sendung wurde indessen vom Beschwerdeführer nicht abgeholt, wohl da das Zustelldomizil nach seinen eigenen Aussagen in der Beschwerde (Seite 4) nur bis Ende Januar "funktionierte". Am 3. April 2008 wurde der eingeschriebene Brief wieder an den Absender (Vorinstanz) zurückgesandt. Nach Art. 20 Abs. 2bis VwVG gilt eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt. Die angefochtene Verfügung wurde dem Beschwerdeführer somit rechtsgültig zugestellt.

Im Übrigen wäre dem Beschwerdeführer vorliegend auch im Falle eines Eröffnungsmangels kein Nachteil im Sinne von Art. 38 VwVG erwachsen. Der Beschwerdeführer bzw. sein Anwalt hat mit Datum vom 24. April 2008 (Eingang: 27. April 2008), d.h. unbestrittenermassen innerhalb der 30-tägigen Beschwerdefrist, eine rechtsgenügliche Beschwerde eingereicht, womit die Eröffnung ihren Zweck erreicht hat und dem Rechtsschutz genüge getan ist (vgl. Felix Uhlmann/Alexandra Schwank, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Bern 2009, N. 7 zu Art. 38).

4.
Der Beschwerdeführer rügt, die Untersuchungsbeauftragte wie auch die Vorinstanz hätten erhebliche Beweiserhebungsfehler begangen. Sie hätten sich zum Teil auf offensichtlich gefälschte Dokumente gestützt, seien auf die ernsthaften Gegenargumente des Beschwerdeführers gar nicht oder nur oberflächlich eingegangen und hätten ihn nicht zu eventuell entlastenden Umständen befragt.

4.1 Die Behörde muss den rechtserheblichen Sachverhalt von sich aus richtig und vollständig abklären und darf sich nur auf Sachumstände stützen, von deren Vorhandensein sie sich selbst überzeugt hat (vgl. Art. 12 VwVG; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a. M. 1996, Rz. 905). Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen. Die Behörde kann die Abnahme eines angebotenen Beweises jedoch verweigern, wenn sie aufgrund bereits abgenommener Beweise ihre Überzeugung gebildet hat

und in vorweggenommener Beweiswürdigung berechtigterweise annehmen kann, dass diese Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert werde (vgl. VPB 61.80 E. 3b mit weiteren Hinweisen).

Die Behörde würdigt, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Die Behörde ist indessen nicht gehalten, zu sämtlichen Elementen der Parteivorbringen Stellung zu nehmen, sondern lediglich zu denjenigen, welche ausdrücklich geltend gemacht werden und die für den Ausgang des Verfahrens massgebend sind (BGE 126 I 97 E. 2b; VPB 57.29 E. 4b).

Der im Verwaltungsverfahren geltende Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i. V. m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273]) verlangt im Weitern, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat oder nicht. Frei ist die Beweiswürdigung darin, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, welche der Behörde genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zu Stande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben (vgl. BGE 130 II 482 E. 3.2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. August 2007, C-1170/2006, E. 6.1).

4.2 Nach dem Gesagten kann von der Vorinstanz nicht verlangt werden, dass sie ihre Erhebungen nach einem bestimmten Schema ausrichtet oder alle von einem Verfahrensbeteiligten gewünschten Fragen stellt. Kommt sie während den Untersuchungen zum Schluss, dass ein Umstand nicht relevant ist und daher nicht weiter abgeklärt werden muss, so hat sie damit noch keinen Beweiserhebungsfehler begangen.

Es ist demnach im Rahmen der folgenden Erwägungen (vgl. insbesondere E. 6 und E. 11.2) zu prüfen, ob die Vorinstanz alle rechtserheblichen Elemente richtig erfasst und gewürdigt hat, und ob sie dabei gewisse Vorbringen des Beschwerdeführers unberücksichtigt lassen oder sich mit den erfolgten Abklärungen begnügen durfte. Dabei kommt es – wie dargelegt – auf die gesamten Umstände des vorliegenden Falles an, und es kann nicht schon zum vornherein gesagt werden, dass ein Verzicht, sich zu gewissen Argumenten oder Umständen zu äussern, per se eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bedeutet. Soweit der

Beschwerdeführer in dieser Hinsicht eine andere Auffassung vertritt, kann ihm nicht gefolgt werden.

5.
Mit Verfügung vom 19. März 2008 stellte die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer und seine Einzelfirma "Prof. Dr. Y. Privatplatzierung" übten gewerbsmässig eine Effektenhandelstätigkeit (unbewilligte Tätigkeit als Emissionshaus) aus und verstiessen damit gegen das Börsengesetz (Ziff. 1).

Die Vorinstanz hielt zur Begründung unter anderem fest, der Beschwerdeführer und seine Einzelfirma vertrieben gewerbsmässig Aktien der X. und hätten dabei hohe Einnahmen erzielt. Um die Aktien besser vertreiben zu können, hätten der Beschwerdeführer und seine Einzelfirma mit der M. am 26. April 2007 einen Vertriebsvertrag mit unbeschränktem Vertriebsgebiet geschlossen.

Der Beschwerdeführer stellt sich dagegen auf den Standpunkt, er habe seine Aktien lediglich im Rahmen eines Privatverkaufs anbieten lassen, was keine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Emissionshaus darstelle.

5.1 Nach dem Börsengesetz vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) bedarf, wer als Effektenhändler tätig werden will, einer Bewilligung der FINMA (Art. 10 Abs. 1 BEHG).

Effektenhändler im Sinne des Gesetzes sind Eigenhändler, Emissionshäuser und Derivathäuser, sofern sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind (Art. 2 Abs. 1 der Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996 [BEHV, SR 954.11]).

Emissionshäuser sind Effektenhändler, die gewerbsmässig Effekten, die von Drittpersonen ausgegeben worden sind, fest oder in Kommission übernehmen und öffentlich auf dem Primärmarkt anbieten (Art. 3 Abs. 2 BEHV).

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob der Beschwerdeführer als Emissionshaus einer bewilligungspflichtigen Effektenhandelstätigkeit nachgegangen ist. Dabei ist zuerst der Sachverhalt darzustellen (unbestrittene Elemente in E. 5.2, nicht bewiesene Erklärungen seitens des Beschwerdeführers in E. 5.3), sodann wird auf die Frage des Vorliegens eines schriftlichen Vertriebsvertrages eingegangen (E. 6). In E. 7

bis E. 10 wird schliesslich beurteilt, ob die Begriffselemente der Gewerbsmässigkeit, der Öffentlichkeit, des Primärmarkts und der hauptsächlichen Tätigkeit im Finanzbereich in Bezug auf die Tätigkeit des Beschwerdeführers erfüllt sind.

5.2 In sachverhaltlicher Hinsicht unbestritten sind folgende Fakten:

Die X., eine auf Gesundheitsprodukte im Bereich der Magnetfeldtherapie spezialisierte Gesellschaft, wurde im Jahr 1990 ins Handelsregister von Vaduz (FL) eingetragen. Der Beschwerdeführer war rund zwanzig Jahren für die X. AG tätig und war dort Verwaltungsrat.

Der Nennwert der X.-Aktien beträgt Fr. 0.02. Die Aktie ist seit dem 19. November 2007 an der Frankfurter Wertpapierbörse am Open Market (Freiverkehr) gelistet. Sie wurde dort in den letzten drei Monaten zu einem Preis zwischen 2.7 und 5.5 Euro gehandelt (Stand 14. April 2009: Euro 4.75).

Nach den (unbestritten gebliebenen) Aussagen des Beschwerdeführers hatte die X. aufgrund des im Jahr 2006 gefällten Beschlusses, an die Börse zu gehen, einen erhöhten Kapitalbedarf. Daher habe die X. ihn angefragt, ob er einen Teil seiner Aktien - er besitze 5 Mio. Stammaktien, die er aufgrund seiner jahrelangen Tätigkeit bei der X. unentgeltlich erhalten habe - verkaufen und den Erlös der Firma zur Verfügung stellen würde.

Am 7. September 2006 fragte der Beschwerdeführer die Vorinstanz mittels eines Schreibens an, ob er seine Aktien ohne Bewilligung in der Schweiz interessierten Käufer anbieten könne, und wenn nein, welche Schritte er "unternehmen muss, um diese Privatverkäufe in rechtlich einwandfreier Form abwickeln zu können". Auf diese Anfrage antwortete die Vorinstanz am 11. September 2006 und führte in Bezugnahme auf das von ihr verfasste Rundschreiben EBK-RS 98/2, Rn. 11 ff. (heute: FINMA Rundschreiben 2008/5, vgl. E. 7.1) aus, soweit es sich beim Verkauf seiner Aktien um einen reinen einmaligen Privatverkauf handle und der Handel keine seiner wesentlichen Tätigkeiten darstelle, sei nicht von einer Gewerbsmässigkeit auszugehen, die eine Bewilligungspflicht begründen könnte. Indessen sei es nicht möglich, eine verbindliche Aussage zu machen, ohne die genauen Umstände zu kennen.

Ab dem 2. November 2006 wurden mehrmals Aktien auf dem Depot des Beschwerdeführers bei der CS deponiert (2.11.2006: 100'000 Stück, 26.1.2007: 400'000 Stück, 3.5.2007: 500'000 Stück, 4.6.2007: 5000 Stück, 18.7.2007: 3000 Stück).

Spätestens ab Januar 2007 verkaufte der Beschwerdeführer Aktien der X. Aus den Akten nicht klar ersichtlich ist, in welcher Art die Aktienverkäufe in den Monaten vor Mai 2007 erfolgten und wer für die Abwicklung der Geschäfte verantwortlich war. Gemäss Aussagen der M. wurden die Aktien durch die F. AG sowie V. Effektenhandelshaus vermittelt oder direkt über die X. gezeichnet.

Aus den Bankunterlagen der CS ergibt sich, dass der Beschwerdeführer von Januar bis Ende April 2007 mit den Aktienverkäufen Beträge in der Höhe von mindestens Euro 400'000.- (ca. Euro 460'000.-) und mindestens Fr. 120'000.- einnahm.

Von Mai 2007 bis August 2007 liess der Beschwerdeführer seine X.-Aktien über die Firma M. verkaufen. Die Inschrift auf den Kaufaufträgen für den Erwerb von Inhaberaktien der X., welche von den jeweiligen Käufern ausgefüllt und unterschrieben wurden, lautet:

X.
Prof.Dr.Y.
PRIVATPLATZIERUNG.

Der Beschwerdeführer erteilte einem Mitarbeiter der M. am 7. Juni 2007 eine Vollmacht über seine Konten bei der CS. Die Vollmacht wurde auf Wunsch des Beschwerdeführers zum Zwecke der Überwachung der Zahlungseingänge der Kunden ausgestellt, da der Beschwerdeführer sich häufig in einem aussereuropäischen Land aufhält und von dort aus nur über schlechte Internetverbindungen verfüge.

Der Verkaufspreis der Inhaberaktie betrug Fr. 5.80 bzw. Euro 3.60. Mit dem Verkauf nahm der Beschwerdeführer von Mai bis August 2007 mindestens Euro 593'091.20 ein. Die M. pries das Angebot betreffend Aktien der X. auf ihrer Internet-Seite an und liess ihre Angestellten Telefonate führen, um potentielle Interessenten zu suchen. Von Mai bis August 2007 erhielt die M. vom Beschwerdeführer für ihre Vertriebstätigkeit Vergütungen im Umfang von insgesamt Fr. 342'644.85 sowie insgesamt 7000 Inhaberaktien der X.

Der Beschwerdeführer stellte einen Teil seiner Einnahmen aus dem Verkauf der Aktien der X. zur Verfügung. Im Jahr 2007 leistete er gemäss der Buchhaltung der X. aus dem Erlös der Aktienverkäufe Zahlungen für die X. über rund Fr. 726'000. Diese Zahlungen werden in einer Aufstellung der X. aufgelistet (Beilage 7 zum Schreiben des Beschwerdeführers vom 31. Oktober 2008) und sind durch die Kontoauszüge der CS (Privatkonto Euro des Beschwerdeführers, Akten A01 427 bis 376) belegt. In der Buchhaltung wird weiter ein Forderungsverzicht der Prof. Dr. Z. AG zugunsten des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 455'533.42 genannt, dessen Rechtsgrund dem Gericht nicht bekannt ist. Daraus resultiert ein Saldo zugunsten des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 1'181'610.12.

Aus dem vorstehend Dargelegten geht hervor, dass der Beschwerdeführer mit den Aktienverkäufen einen Betrag einnahm, der viel höher ist als die Gesamtsumme, die aus den Zahlungen im Umfang von Fr. 726'000.-, die er für die X. leistete, sowie den Provisionszahlungen für die M. resultiert. Wofür der Beschwerdeführer die restlichen Einnahmen verwendete, geht aus den Akten nicht klar hervor und wird von ihm selber nicht dargetan. Es ist anzunehmen, dass er dieses Geld zumindest teilweise für persönliche Zwecke brauchte. Ein Restbetrag von Euro 57'878.87 und Fr. 1714.11 befindet sich noch auf seinen Konten bei der CS.

5.3 Nicht restlos geklärt ist, welche Abmachungen der Beschwerdeführer mit der X. traf bezüglich des durch den Aktienverkauf eingenommenen Geldes und allfälligen Gegenleistungen der X.

Der Beschwerdeführer erklärt diesbezüglich, er habe den Erlös aus dem Aktienverkauf der X. gegeben und dafür im Gegenzug Lizenzrechte der X. in grossen Marktgebieten erhalten. Zum Beweis dieser Aussage reichte er ein am 4. Juli 2008 von ihm unterzeichnetes Dokument mit dem Titel "Forderungsverzicht/Verrechnungserklärung" ein, gemäss welchem er rückwirkend auf den 31. Dezember 2007 "mit Bezug auf die Lizenzvereinbarung Indien" auf eine Forderung in der Höhe von Fr. 1'181'610.12.- zugunsten der X. AG "als Lizenzzahlung Indien gemäss Erklärung vom 01.06.2007" verzichtet.

Bei der erwähnten Erklärung vom 1. Juni 2007 handelt es sich um einen vom Beschwerdeführer unterzeichneten Brief an Dr. Z., in welchem dieser einzelne in einem Gespräch bezüglich Vertrieb für

Indien getroffene Abmachungen bestätigt. Diese lauten, soweit hier interessierend, folgendermassen:

"1. Ich erhalte für mich oder eine von mir noch genannte Firma das Vertriebsrecht der X. Geräte für das Gebiet Indien.

2. Dafür wird eine Lizenzgebühr von 1.5 Mio Euro einmalig fällig. Die Summe kann in mehreren Raten maximal innerhalb 12 Monaten ab heute bezahlt werden. Sollte das Zahlungsziel für die Lizenzzahlung nicht eingehalten werden, kann der Vertrag fristlos gekündigt werden und die bis dahin bezahlte Summe ist nicht rückzahlbar und verfällt zugunsten der X.-AG.

3. Die bisher bezahlten Beträge, die von meinem Konto für X.-AG bezahlt wurden, werden damit verrechnet."

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, handelt es sich bei diesen beiden Dokumenten nicht um Vertragsurkunden, sondern um einseitige Erklärungen seitens des Beschwerdeführers. Diese vermögen daher weder den Erhalt von Lizenzrechten noch das Leisten einer Lizenzgebühr in der Höhe von Euro 1.5 Mio. durch den Beschwerdeführer formell zu beweisen. Es erscheint nach der allgemeinen Lebenserfahrung im Übrigen als ziemlich unwahrscheinlich, dass Abmachungen, in welchen es um derart hohe Geldbeträge geht, nicht in rechtlich einwandfreier Form zu Papier gebracht werden. Die Ausführungen des Beschwerdeführers sind daher als eher unglaubwürdig einzustufen; jedenfalls vermögen sie die tatsächliche Existenz der obengenannten Vereinbarungen nicht zu belegen.

6.

Umstritten ist das Vorliegen eines schriftlichen Vertriebsvertrages. Die Vorinstanz führt hierzu in der angefochtenen Verfügung aus, um die Aktien besser vertreiben zu können, hätten der Beschwerdeführer und seine Einzelfirma am 26. April 2007 mit der M. einen Vertriebsvertrag mit unbeschränktem Vertriebsgebiet abgeschlossen.

Der Beschwerdeführer führt diesbezüglich aus, er habe vom Vertriebsvertrag erst im August 2007 erfahren, als er ihn in einem Attachment zu einem E-Mail von Dr. Z. von der X. erhalten habe. Vorher habe der Beschwerdeführer keinerlei Kenntnis von diesem Vertrag gehabt. Seine Unterschrift auf dem Vertrag sei von der M. eingescannt, somit gefälscht worden. Auffallend sei, dass im Vertrag, den er von Dr. Z. erhalten habe, auf jeder der Vertragsseiten die Initialen von Dr. Z. sowie den

Herren N. und I. der M. aufgeführt seien, aber keine des Beschwerdeführers. Auf dem Vertrag, den die Vorinstanz ihm zur Einsicht gegeben habe, figuriere indessen gar keine Initiale. Es sei daher davon auszugehen, dass die M. den Vertriebsvertrag, den sie mit Dr. Z. abgeschlossen habe, mit der Unterschrift des Beschwerdeführers gefälscht habe und bei der Zustellung des *kopierten* Vertriebsvertrages an die Transliq AG die drei Kürzel der Herren Z., N. und I. entfernt habe. Die Transliq AG habe denn auch angegeben, *nicht* im Besitze des Originals des Vertriebsvertrages zu sein.

Aus den Akten geht hervor, dass tatsächlich zwei verschiedene Kopien des genannten Vertriebsvertrages bestehen, eine mit und eine ohne Initialen der Herren Z., N. und I. Ein Original wurde dagegen von keiner der Verfahrensparteien eingereicht. Dieser Umstand könnte als Indiz für die Darstellung des Beschwerdeführers betrachtet werden. Indessen hat der Beschwerdeführer, wie er selber erklärte, spätestens im August 2007 von der schriftlichen Version des Vertrages Kenntnis genommen und zu diesem Zeitpunkt nicht dagegen Einspruch erhoben. Auch kündigte er diesen Vertrag mit Datum vom 18. September 2007, wobei er auf die schriftliche Version Bezug nahm ("die schriftliche Kündigung erfolgt auf Grund von Punkt 3, Absatz 2 des Vertriebsvertrages").

Letztendlich muss die Frage des Abschlusses eines *schriftlichen* Vertriebsvertrages indessen nicht vollständig geklärt werden: Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er die M. tatsächlich beauftragt hat, seine Aktien zu verkaufen und sie dafür mit einer Provision in der Höhe von 25 Prozent (20 % in Euro, 5 % in Inhaberaktien der X.) zu entlöhnen. Diese mündlichen Abmachungen entsprechen somit dem, was in der schriftlichen Form des Vertrages steht. Insofern bestand eine vertragliche Abmachung zwischen dem Beschwerdeführer und der M. hinsichtlich des Aktienverkaufs.

Im gleichen Sinne wurde der Sachverhalt auch von der Vorinstanz gewürdigt. In ihrer Vernehmlassung führte sie hierzu ausdrücklich aus, ausschlaggebend sei, dass die umstrittene Vereinbarung von beiden Parteien gelebt werde. Es kann demnach nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe gestützt auf einen eventuell gefälschten Vertrag falsche Schlussfolgerungen gezogen. Insofern kann dem Beschwerdeführer, der gegenteiliger Meinung ist, nicht gefolgt werden.

7.
Der Beschwerdeführer bestreitet, dass er gewerbsmässig Aktien verkauft hat. Er führt aus, er habe seine persönlichen X.-Aktien im Rahmen eines Privatverkaufs anbieten lassen. Auch wenn der Verkauf während mehrerer Wochen erfolgt sei, sei aufgrund des Verkaufszwecks (Kapitalbedarf der X. infolge geplanten Börsengangs) von einem einheitlichen und daher einmaligen, nicht regelmässigen Verkauf auszugehen.

Die Vorinstanz bejaht das Kritierium der Gewerbsmässigkeit. Sie begründete dies in der angefochtenen Verfügung mit der Höhe der aus den Aktienverkäufen resultierenden Einnahmen.

7.1 Der Begriff der Gewerbsmässigkeit wird im BEHG nicht definiert (vgl. zum Ganzen: MATTHIAS KUSTER, Zum Begriff der Öffentlichkeit und Gewerbsmässigkeit im Kapitalmarktrecht, SZW 1997 S. 14).

Auch im Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) findet sich keine Definition der Gewerbsmässigkeit. Hinsichtlich der Betätigung als Bank bestimmt Art. 3a Abs. 2 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 (BankV, SR 952.02), dass gewerbsmässig im Sinne des Gesetzes handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt.

Die Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993 zum Börsengesetz verweist auf die handelsregisterrechtliche Definition des Gewerbes, wonach unter Gewerbe eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu verstehen ist (Art. 2 Bst. b der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV, SR 221.411]). Der nur gelegentliche Handel mit Effekten könne somit nicht als gewerbsmässig gelten (BBl 1993 I 1396 f.; vgl. PHILIPPE A. HUBER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Börsengesetz, Basel 2007, N. 21 ff. zu Art. 2 Bst. d; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6715/2007 vom 3. September 2008 E. 6.3.2 und 6.3.3).

In dem am 1. Juli 1998 in Kraft getretenen Rundschreiben der Vorinstanz "Erläuterungen zum Begriff Effektenhändler" (EBK-RS 98/2, entspricht FINMA Rundschreiben 2008/5) wird ebenfalls auf die Handelsregisterverordnung verwiesen und festgehalten, Gewerbsmässigkeit bedeute, dass das Effektengeschäft eine selbständige und unabhängige wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die darauf ausgerichtet ist, regel-

mässige Erträge zu erzielen (Rz. 12). Ein Emissionshaus liege auch dann vor, wenn nach einem öffentlichen Angebot Effekten bei weniger als 20 Kunden platziert würden (Rz. 27). Nicht gewerbsmässig handeln dagegen natürliche und juristische Personen, die lediglich ihr eigenes Vermögen verwalten (Rz. 19; vgl. PHILIPPE A. HUBER, a.a.O., N. 36 zu Art. 2 lit. d BEGH).

Als Gewerbe im Sinne der Handelsregisterverordnung gilt nach Lehre und Rechtsprechung eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit. Dass diese einen Gewinn anstrebe oder tatsächlich ergebe, ist dabei kein unerlässliches Merkmal des Gewerbebegriffes. In Hinsicht auf die Eintragungsbedürftigkeit genügt die Ausübung einer organisierten, auf Dauer angelegten und die Wirtschaft beschlagenden Betätigung, die einen bestimmten Umsatz mit sich bringt und im weiteren nach Natur und Umfang einen kaufmännischen Betrieb mit geordneter Buchhaltung erfordert (vgl. BGE 80 I 383; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007, § 4 N. 34 ff.).

Der *Dauer* des Erwerbs kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine entscheidende Bedeutung zu. Massgebend ist stattdessen das Vorliegen einer *Organisation* für die wirtschaftliche Tätigkeit, wobei die beiden Elemente Organisation und Dauer eng verknüpft sind. Denn eine Organisation drängt sich in der Regel auf, sobald über längere Zeit hinweg gleichartige Geschäfte getätigt werden sollen. In diesem Sinne ist das Merkmal der Dauer im Organisationserfordernis enthalten. Ein Gewerbe liegt somit dann vor, wenn eine organisierte Tätigkeit auf eine Wiederholung von gleichartigen, auf Erwerb abzielenden Geschäften gerichtet ist (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., § 4 N. 40 ff.; CHRISTOPH HURNI, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich 2008, S. 90; BGE 104 Ib 261).

7.2 Vorliegend erstreckte sich der Aktienverkauf über einen Zeitraum von mindestens 8 Monaten. Die Verkäufe erfolgten regelmässig und – zumindest während der Dauer, in welcher die M. mit dem Verkauf beauftragt war – immer nach dem gleichen Schema: mittels Telefonwerbung suchte und fand die M. interessierte Kunden, diese füllten das Formular "Kaufauftrag" aus, überwiesen den entsprechenden Betrag auf ein Konto des Beschwerdeführers, worauf dieser die Aktien dem Käufer übertrug und die entsprechende Provision für die M. fällig wur-

de. Die Aktienverkäufe waren also mittels des Vertrages mit der M. auf eine festgelegte Art und Weise organisiert, womit das Kriterium der Organisation bzw. der Dauer erfüllt ist.

Der Verkauf war im Weiteren darauf angelegt, regelmässige Einkünfte zu erzielen und erfüllte dieses Ziel auch. Wie diese Einkünfte letztendlich verwendet wurden, ob als Gegenleistung des Beschwerdeführers an die X. für den Erhalt von Lizenzrechten oder für persönliche Zwecke, ist nicht ausschlaggebend. Ebenfalls nicht massgebend ist, dass die Aktienverkäufe nach Aussage des Beschwerdeführers einem einheitlichen Zweck dienten (Kapitalbedarf der X. infolge geplanten Börsengangs). Denn aus einem einheitlichen Zweck kann nicht auf einen einmaligen, nicht regelmässigen Verkauf geschlossen werden.

Vorliegend handelt es sich im Gegenteil um einen organisierten, auf Erwerb zielenden, regelmässigen Verkauf von Aktien, womit die Gewerbsmässigkeit zu bejahen ist.

8.
Der Beschwerdeführer führt an, die M. habe von der X. den Auftrag erhalten, seine privaten X.-Aktien hauptsächlich an bereits bestehende Aktionäre der X. zu verkaufen. Soweit der Beschwerdeführer mit diesem Argument geltend machen will, das Angebot zum Kauf der X.-Aktien sei nicht öffentlich erfolgt, ist ihm nicht zu folgen.

Zwar wird der Begriff "öffentlich" weder im BEHG noch in der BEHV näher umschrieben (KUSTER, a. a. O., S. 14). Ein öffentliches Angebot liegt indessen ohne Weiteres dann vor, wenn dieses in öffentlich zugänglichen Medien oder durch Inserate, Prospekte und Rundschreiben verbreitet wird und sich an einen unbestimmten Adressatenkreis richtet (vgl. EBK-RS 1998/2, Rz. 14; HUBER, a.a.O., N. 30 zu Art. 2 lit. d BEHG).

Aus den Akten geht hervor, dass die M. das Angebot betreffend Aktien der X. auf ihrer Internet-Seite anpries und ihre Angestellten Telefonate führen liess, um potentielle Interessenten zu suchen. Das Angebot zum Kauf von X.-Aktien erging somit in einem öffentlich zugänglichen Medium und an einen unbestimmten Adressatenkreis; es ist daher zweifelsfrei als öffentlich zu bezeichnen.

9.
Es trifft im Übrigen auch zu, dass der Beschwerdeführer die von der X.

ausgegebenen Aktien übernommen und auf dem Primärmarkt verkauft hat.

Die Übernahme der Aktien ist in den Bankunterlagen der CS dokumentiert (Deponierung, vgl. E. 5.2). Der Rechtsgrund der Übernahme - vorliegend hält der Beschwerdeführer fest, er habe seit rund 18 Jahren für die X. gearbeitet und habe seinen Lohn in Form von Aktien erhalten - ist dabei nicht relevant.

Dass die Aktien erstmals und somit auf dem Primärmarkt verkauft wurden, wird deutlich aus der Provisionsregelung, die der Beschwerdeführer mit der M. vereinbart hatte. Denn, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist es kaum denkbar, dass jemand auf dem Sekundärmarkt einen Titel erwirbt und anschliessend einen Dritten mit dem Verkauf dieses Titels betraut und dafür einen "Abschlag" von 25 % in Kauf nimmt. Das Verhalten des Beschwerdeführers legt vielmehr seine Absicht nahe, von ihm gehaltene Aktien der X. unter die Anleger zu bringen und so letztlich einen Sekundärmarkt zu ermöglichen.

10.
Zu prüfen ist schliesslich, ob der Beschwerdeführer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist bzw. zur fraglichen Zeit tätig war.

10.1 Emissionshäuser unterstehen als Effektenhändler dem BEHG nur, wenn sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind (Art. 2 Abs. 1 BEHV).

10.2 Der Beschwerdeführer führt aus, der Verkauf der X.-Aktien stelle für ihn keine wesentliche Tätigkeit dar. Seine Haupttätigkeit legt er wie folgt dar:

Er berate Ärzte, halte Vorträge und gebe Seminare zum Thema des von der X. vertretenen medizintechnischen Systems. Zu diesem Zweck sei er im Jahr 2007 viele Male in Indien gewesen. Auch in Kenia und Iran sei er in diesem Bereich tätig. Er sei persönlich und finanziell am Erfolg der Aufbauarbeit für dieses System in diesen Ländern direkt interessiert. Er habe die meisten Veranstaltungen gegen die Bezahlung aller Spesen (Flugreisen, Hotel, Verpflegung, etc.), aber i.d.R. ohne weitere Entlöhnung durchgeführt. Er lebe von der AHV und erhalte hin und wieder kleinere Beiträge für seine Mitwirkung in der Prof. Dr. Z. AG sowie für Übersetzungen, Artikel und VR-Mandate. Daneben helfe er ebenfalls ehrenamtlich, eine internationale Management Academy in

den genannten Ländern aufzubauen, mit dem Ziel, auch weniger privilegierten Studenten eine Ausbildung in Schweizer Qualität zu ermöglichen. Das Marktpotential für die X. in Indien sei bedeutend. Es bestehe ein Franchising-System, wobei der Franchise-Nehmer 60 Prozent der Einnahmen von den Klienten erhalte, der einweisende und überwachende Arzt 20 Prozent und X. in Indien, an der er beteiligt sei, ebenfalls 20 Prozent. Nach etwa 2 Jahren sei das entsprechende technische Gerät amortisiert, danach "springe auch etwa für ihn heraus". In den nächsten zehn Jahren würden hohe Verkaufszahlen erwartet, so dass er davon ein Einkommen haben werde.

Die Vorinstanz ist demgegenüber der Ansicht, der Beschwerdeführer sei angesichts seiner durch den Aktienverkauf erzielten Einkünfte hauptsächlich im Finanzbereich tätig. In ihrer Stellungnahme vom 25. November 2008 führte sie des Weitern an, der Beschwerdeführer verdiene mit seinen Vorträgen nicht seinen Lebensunterhalt, was er auch selber eingestehe.

10.3 Mit dem Erfordernis der hauptsächlichen Tätigkeit im Finanzbereich soll vermieden werden, dass Industrie- und Gewerbeunternehmen aufgrund der Tätigkeit ihrer Finanzabteilungen dem BEHG unterstellt werden. Nur wenn die Tätigkeit im Finanzbereich gegenüber allfälligen anderen Aktivitäten klar überwiegt, kann sie als hauptsächlich gelten. Dies ist aufgrund der Würdigung aller Umstände (insbesondere Art des übrigen Geschäftes, Umsatz, Gewinnzahlen, Personal) zu ermitteln (PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2004, S. 752).

Der Beschwerdeführer betreibt neben dem Aktienverkauf kein weiteres Geschäft. Zwar ist er engagiert in der Einführung des von der X. angepriesenen Gesundheitssystems in aussereuropäischen Ländern, hält zu diesem Zweck Vorträge und Seminare und baut Gesundheitszentren und Akademien auf. Diese Tätigkeit erfolgt indessen ehrenamtlich und nicht in der Art eines Geschäfts. Es kann daher nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer gehe *unternehmerischen* Aktivitäten nach, die seine Tätigkeit im Finanzbereich überwögen.

Der Beschwerdeführer lebt nach eigenen Aussagen von seiner AHV-Rente und monatlichen Unterstützungsbeiträgen seiner Schwestern. In der Zeitspanne von Januar bis September 2007 erzielte er indessen mit den Aktienverkäufen vergleichsweise sehr hohe Einnahmen, von welchen er nach aller Lebenserfahrung zumindest einen Teil für nicht

näher dargelegte private Zwecke verwendete (vgl. E. 5.2). Angesichts dieser Einnahmen und dem Fehlen von andern Einnahmequellen aus geschäftlichen Tätigkeiten ist in der genannten Zeitspanne eine hauptsächliche Tätigkeit im Finanzbereich gegeben.

11.
Damit sind beim Beschwerdeführer alle Begriffselemente eines Emissionshauses erfüllt und auch eine hauptsächliche Tätigkeit im Finanzbereich liegt vor. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer gewerbsmässig eine Effektenhandelstätigkeit ausübt und damit gegen das Börsengesetz verstösst.

11.1 Anzumerken bleibt, dass das Schreiben der Vorinstanz an den Beschwerdeführer vom 11. September 2006, worin sie die Voraussetzungen für eine Bewilligungspflicht darlegte, keine Vertrauensgrundlage zu bilden vermag. Denn darin wird ausdrücklich festgehalten, dass es sich nicht um eine verbindliche Auskunft handle, weil hierfür fallspezifische Angaben nötig wären. Solche hat der Beschwerdeführer unbestrittenermassen keine nachgereicht.

11.2 Der Beschwerdeführer bestreitet, dass er eine Einzelfirma "Prof. Dr. Y. Privatplatzierung" innehat.

Eine Einzelfirma liegt dann vor, wenn eine natürliche Person alleine eine kaufmännische Tätigkeit ausübt, also ein Geschäft betreibt. Eine Eintragungspflicht in das Handelsregister besteht, sobald die Einzelfirma einen Jahresumsatz von mindestens 100'000.- Fr. erzielt (Art. 36 Abs. 1 HregV).

Wie in E. 7 dargelegt, verkaufte der Beschwerdeführer im untersuchten Zeitraum gewerbsmässig Aktien; er betrieb somit ein Gewerbe. Weil er diesem Gewerbe keine andere Rechtsform gab und insbesondere keine gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen dartat, liegt demnach eine Einzelfirma vor. Auch insofern würdigte die Vorinstanz die Beweislage somit richtig und die diesbezügliche Rüge des Beschwerdeführers greift ins Leere.

Letztendlich nicht massgeblich ist, welche Bezeichnung der Beschwerdeführer seinem Gewerbe gab. Da der Beschwerdeführer seiner Tätigkeit als Emissionshaus ohne entsprechende Bewilligung nachging, hat die Vorinstanz in Ziff. 3 des angefochtenen Entscheides zu Recht ver-

fügt, dass die unter der entsprechenden Firma betriebene Geschäftstätigkeit einzustellen und zu liquidieren ist.

12.
Im Weiteren bestreitet der Beschwerdeführer zwar in einem undatierten Begleitschreiben zur Beschwerde (Beschwerdebeilage 26; Punkt 24), dass die von der Vorinstanz verfügten Massnahmen verhältnismässig sind. Er begründet diese Rüge indessen mit keinem Wort, weshalb sie als unsubstantiiert abzuweisen ist. Es sind auch keine Umstände oder Argumente ersichtlich, wonach die angeordneten Massnahmen das Verhältnismässigkeitsgebot oder andere Rechtsgrundsätze verletzen würden.

Auch die Höhe der Untersuchungs- und vorinstanzlichen Verfahrenskosten werden vom Beschwerdeführer nicht in spezifischer und substantiierter Weise gerügt. Der Beschwerdeführer führt nur in allgemeiner Weise an, die Vorinstanz und die Untersuchungsbeauftragte hätten es in der Hand gehabt, ein langwieriges Verfahren und damit Untersuchungskosten in der Höhe von über Fr. 20'000.- zu vermeiden. Da sich nun aber gezeigt hat, dass der Beschwerdeführer ohne Bewilligung als Emissionshaus tätig war, die Vorinstanz somit zu Recht ein Verfahren durchführte und eine Untersuchungsbeauftragte beizog, greift diese Rüge ins Leere.

13.
Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und es steht ihm keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Mit Zwischenverfügung vom 27. Juni 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen. Dieser Entscheid erweist sich auch nach der rechtlichen Würdigung der Hauptsache als korrekt: Nach wie vor ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer über ein namhaftes Vermögen aus den Aktienverkäufen verfügt und zudem einen grossen Aktienbestand an nunmehr an der Frankfurter Börse im Freiverkehr gehandelten X.-Aktien hält. Mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bestehen zudem weitere Vermögenswerte in der Form von werthaltigen

Lizenzrechten. Der Beschwerdeführer ist daher weiterhin nicht als prozessarm einzustufen.

Die Verfahrenskosten sind angesichts der Schwierigkeit und des Umfangs der Streitsache (drei Zwischenverfügungen, aufwändige Instruktion) sowie der in Frage stehenden Vermögensinteressen auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2000.- verrechnet. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 3000.- ist vom Beschwerdeführer innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu begleichen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 5000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 3000.- ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler Marion Spori

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 20. April 2009