



---

Abteilung II  
B-7765/2008  
{T 0/2}

## **Urteil vom 14. Dezember 2009**

---

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler,  
Richterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiberin Marion Spori Fedail.

---

Parteien

**Z.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Michael Kunz,  
Kapellenstrasse 14, Postfach 7015, 3001 Bern,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen /  
kollektive Kapitalanlage / unerlaubter Effektenhandel /  
Werbeverbot.

**Sachverhalt:****A.**

Mit superprovisorischer Verfügung vom 5. Februar 2008 untersagte die Vorinstanz den damals bekannten Personen und Gesellschaften der B.-Gruppe, namentlich dem Nachlass von B., dessen Einzelfirmen B. & Partner Vermögensverwaltung und B. Vermögensverwaltung, der B. & Partners Ltd., London, sowie der A. Fund Ltd., einer auf den Cayman Islands domizilierten kollektiven Kapitalanlage, jegliche Entgegennahme von Publikumseinlagen, jegliche Effektenhandelstätigkeit und jegliches Anbieten und Vertreiben von kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz oder von der Schweiz aus. Gleichzeitig ernannte sie die PEQ GmbH als Untersuchungsbeauftragte (im Folgenden: Untersuchungsbeauftragte 1).

Am 30. Juni 2008 übergab die Untersuchungsbeauftragte 1 ihren Bericht an die Vorinstanz, welche gestützt darauf am 1. Juli 2008 eine superprovisorische Verfügung gegen fünf Personen, darunter den Beschwerdeführer wie auch dessen Sohn (Y.), erliess. Diesen verbot sie jegliche Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie jegliche Effektenhandelstätigkeit in der Schweiz oder von der Schweiz aus. Weiter ernannte sie die Rechtsanwälte Stephan Herren und Christoph Zubler als Untersuchungsbeauftragte (im Folgenden: Untersuchungsbeauftragte 2), beauftragte diese, einen Ergänzungsbericht zum Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1 zu verfassen, und liess die Konten und Depots der Verfügungsadressaten sperren. Die Untersuchungsbeauftragten 2 wurden des Weiteren u.a. ermächtigt, allein für die fünf Verfügungsadressaten zu handeln, über deren Vermögenswerte zu verfügen sowie einen Kostenvorschuss einzuverlangen. Die Kosten der Untersuchungsbeauftragten wurden den Verfügungsadressaten solidarisch auferlegt.

Am 22. Juli 2008 nahm der Beschwerdeführer Stellung zu der superprovisorischen Verfügung der Vorinstanz vom 1. Juli 2008 und verlangte u.a. die Aufhebung der verfügten Massnahmen.

Mit Zwischenverfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten) vom 19. August 2008 bestätigte die Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer und seinem Sohn die mit superprovisorischer Verfügung angeordneten Massnahmen und präziserte sie teilweise. Die Verfahrenskosten für die

Verfügung in der Höhe von Fr. 10'000.- wurden dem Beschwerdeführer und seinem Sohn solidarisch auferlegt. Der Beschwerdeführer erhob am 14. September 2008 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung.

Mit Endverfügung vom 27. August 2008 stellte die Vorinstanz fest, dass der Nachlass von B., dessen Einzelfirmen B. & Partner Vermögensverwaltung und B. Vermögensverwaltung, die B. & Partners Ltd. sowie die F. Ltd., ohne im Besitz einer Bewilligung zu sein, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen hätten und eröffnete den Konkurs. Dieser Entscheid wurde nicht angefochten und ist rechtskräftig.

Am 14. Oktober 2008 reichten die Untersuchungsbeauftragten 2 ihren Untersuchungsbericht ein. Der Beschwerdeführer nahm dazu mit Schreiben vom 22. Oktober 2008 Stellung.

Mit Endverfügung vom 29. Oktober 2008 stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschwerdeführer ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe (Dispositiv Ziff. 1), dass er ohne Bewilligung eine kollektive Kapitalanlage öffentlich anbiete und vertreibe und damit gegen das Kollektivanlagengesetz verstosse (Dispositiv Ziff. 2) sowie dass er gewerbsmässig eine Effektenhändlerstätigkeit ausübe und damit gegen das Börsengesetz verstosse (Dispositiv Ziff. 3). In Dispositiv Ziffer 4 hielt sie des Weiteren fest, die Bank Z. löse die vier bestehenden Unterkonten und Unterdepots lautend auf den Beschwerdeführer innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieser Verfügung auf und führe die Guthaben an die wirtschaftlich Berechtigten zurück. Die Vorinstanz verbot dem Beschwerdeführer, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegen zu nehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen oder eine andere den Banken vorbehaltene Tätigkeit in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben, elektronischen oder anderen Medien Werbung zu betreiben (Dispositiv Ziff. 5). Desgleichen verbot sie ihm unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte eine kollektive Kapitalanlage zu vertreiben und dafür in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben, elektronischen oder anderen Medien Werbung zu betreiben (Dispositiv Ziff. 8). Sie auferlegte die Kosten der Untersuchungsbeauftragten von insgesamt Fr. 99'826.90 sowie die Verfahrenskosten von Fr. 35'000.- dem Beschwerdeführer und den vier

weiteren Verfügungsadressaten solidarisch (Dispositiv Ziff. 11 und 12). Zur Begründung führte sie unter anderem aus, der Beschwerdeführer sei als Vermittler der B.-Gruppe tätig gewesen. Er sei eng mit der B.-Gruppe verbunden gewesen und gegen aussen für sie aufgetreten. Er habe zusammen mit seinem Sohn 74 Anleger der B.-Gruppe mit einem Investitionsvolumen von insgesamt Fr. 19'902'889.- betreut. Der Beschwerdeführer und sein Sohn hätten zwei Konten als Pool für Einzahlungen der Anleger und Auszahlungen an diese eingesetzt. Auf diesen Konten seien die einzelnen Zahlungen der Anleger an die B.-Gruppe und der B.-Gruppe an die Anleger sowie Provisionen der B.-Gruppe an den Beschwerdeführer und seinen Sohn nicht einzeln ausbezahlt und eingenommen, sondern direkt verrechnet worden. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers sei somit über die reine Vermittlung von Anlegern zum Abschluss von Treuhandverträgen hinausgegangen; er sei Teil der B.-Gruppe. Im Weiteren hätten der Beschwerdeführer und sein Sohn Anlagen über die M. Fund Ltd. (im Folgenden: M. Fund), eine kollektive Kapitalanlage mit Sitz auf den Cayman Islands, und den damit verbundenen Gesellschaften getätigt. Sie hätten für diese Anlage öffentlich geworben und so neue Kunden gewonnen. Für vier Anleger des M. Fund seien die Anteile des Fund über ein Unterkonto und Unterdepot zum Konto und Depot lautend auf den Beschwerdeführer erworben worden, welches für jeden dieser Anleger eröffnet worden sei. Unter anderem seien die Anleger mit dem Argument gewonnen worden, durch das System mit den Unterkonten und Unterdepots würden sie Depotgebühren sparen bzw. seien sie nicht an die Vorgaben der Bank betreffend Minimaleinlagen bei Konteneröffnungen gebunden. Dies und der Umstand, dass der M. Fund als Alternative zur Anlage in Unternehmen der B.-Gruppe gedacht gewesen sei und dass bei drei dieser Unterkonten und Unterdepots keine zusätzlichen Mittel in den Fund investiert, sondern lediglich Positionen der A. Fund Ltd. in solche des M. Fund gewechselt worden seien, zeigten, dass der Beschwerdeführer die Absicht gehabt habe, gegebenenfalls für weitere Anleger Unterkonten und Unterdepots zu seinem Konto zu eröffnen. Er habe also gewerbsmässig gehandelt. Die für die Anleger gehandelten Titel befänden sich in den jeweiligen Unterdepots zum Depot des Beschwerdeführers. Damit sei er als Kundenhändler in Sinne der Börsenverordnung tätig.

## **B.**

Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 29. Oktober 2008 erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Michael Kunz, am 2.

Dezember 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. In der Hauptsache beantragte er folgendes:

1. Es sei bezüglich der superprovisorischen Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 1. Juli 2008, soweit den Beschwerdeführer betreffend, festzustellen, dass
  - a. die Voraussetzungen für den Erlass einer superprovisorischen Verfügung, d.h. ohne Anhörung des Beschwerdeführers, nicht gegeben waren und durch deren Erlass Bundesrecht verletzt wurde;
  - b. die ordentliche Beschwerde gegen Zwischenverfügungen gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG zulässig gewesen wäre;
  - c. die vorsorglichen Massnahmen gemäss den Ziffern 2, 5, 7 und 9 des Dispositivs Bundesrecht verletzen;
  
2. Es sei festzustellen, dass der eigenmächtige Bezug des Honorarvorschusses von Fr. 32'280.00 am 18.8.2008 vom Konto des Beschwerdeführers bei der Bank Julius Bär durch die Untersuchungsbeauftragten 2 Bundesrecht verletzte;
  
3. Es sei bezüglich der Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 19. August 2008, soweit den Beschwerdeführer betreffend, festzustellen, dass die vorsorglichen Massnahmen gemäss den Ziffern 2, 5 und 7 - 9 des Dispositivs Bundesrecht verletzen;
  
4. Es sei festzustellen, dass der eigenmächtige Bezug des Honorarvorschusses von Fr. 37'545.90 am 22.10.2008 vom Konto des Beschwerdeführers bei der Bank Julius Bär durch die Untersuchungsbeauftragten 2 Bundesrecht verletzte;
  
5. Die Verfügung der Vorinstanz vom 29. Oktober 2008 sei bezüglich der Ziffern 1 - 4, 11 und 12 des Dispositivs, soweit den Beschwerdeführer betreffend, aufzuheben;
  
6. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer
  - a. nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit nicht gegen das Bankengesetz verstossen hat;
  - b. keine kollektiven Kapitalanlagen öffentlich angeboten und vertrieben und damit nicht gegen das Kollektivanlagengesetz verstossen hat;
  - c. keine gewerbsmässige Effektenhändlerstätigkeit ausgeübt und damit nicht gegen das Börsengesetz verstossen hat.

Eventualiter

7. Es sei bezüglich der superprovisorischen Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 1. Juli 2008, soweit den Beschwerdeführer betreffend, festzustellen, dass die vor-

sorglichen Massnahmen gemäss den Ziffern 2, 5 und 7 des Dispositivs unverhältnismässig waren;

8. Es sei bezüglich der Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 19. August 2008, soweit den Beschwerdeführer betreffend, festzustellen, dass die vorsorglichen Massnahmen gemäss den Ziffern 2, 5 und 7 des Dispositivs unverhältnismässig waren.

Im Weiteren beantragte der Beschwerdeführer als vorsorgliche Massnahmen, die von ihm bezogenen Kostenvorschüsse von Fr. 32'280.00 sowie Fr. 37'545.90 (vgl. Ziff. 2 und 4 des Rechtsbegehrens) zuzüglich Zins von 5% pro rata temporis seien ihm unverzüglich zurückzuerstatten und die erste Fassung des Berichts der Untersuchungsbeauftragten 1 vom 16. Juni 2008 sowie die Akten der Untersuchungsbeauftragten 2 seien für das Beschwerdeverfahren zu edieren und es sei ihm Einsicht zu gewähren.

Zur Begründung führte der Beschwerdeführer unter anderem aus, seine Beschwerderechte bezüglich der beiden Verfügungen der Vorinstanz vom 1. Juli und 19. August 2008 seien durch den Erlass der Endverfügung vom 29. Oktober 2008 vollständig beseitigt worden. Er habe ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass die im Beschwerdeverfahren betreffend die Zwischenverfügungen geltend gemachten Verletzungen von Bundesrecht materiell beurteilt werden könnten. Bereits die umfangreichen Abklärungen der Untersuchungsbeauftragten 1 hätten klar aufgezeigt, dass keine Vermögenswerte von Anlegern der B.-Gruppe beim Beschwerdeführer sicherzustellen seien. Es seien daher keine Gläubiger- und Anlegerinteressen gefährdet gewesen. Angesichts dieser Erkenntnisse sei die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten 2 weder erforderlich noch verhältnismässig gewesen. Die in der Zwischenverfügung vom 19. August 2008 angeordneten Massnahmen verletzen die Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheit und die persönliche Freiheit des Beschwerdeführers. Da die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten rechtswidrig erfolgt sei, könnten dem Beschwerdeführer die daher rührenden Kosten nicht auferlegt werden. Die Verfahrenskosten der Vorinstanz von Fr. 10'000.- seien überrissen und stünden in keinem Zusammenhang zum effektiven Zeitaufwand für die Abfassung der Verfügung vom 19. August 2008, zumal diese weitgehend der Verfügung vom 1. Juli 2008 entspreche.

Den Vorwurf der unbewilligten Entgegennahme von Publikumseinlagen betreffend hielt der Beschwerdeführer fest, er habe nie in seinem Namen und auf seine Rechnung und sein Risiko mit Anlegern Verträge abgeschlossen. Er sei keine Verpflichtungen gegenüber Dritten eingegangen, welche ihn selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung gemacht hätten. Die Familie des Beschwerdeführers sei eine der grössten Gläubigerinnen der B.-Gruppe. Hätte der Beschwerdeführer Kenntnis von den tatsächlichen Vermögensverhältnissen der Gruppe gehabt, hätte er versucht, einen möglichst grossen Teil seiner investierten Vermögenswerte zurückzuerhalten. Er sei weder Organ noch Mitarbeiter von Unternehmen der B.-Gruppe gewesen noch habe er Vollmachten für deren Konten besessen. Er habe lediglich als (Abschluss-)Vermittler agiert. In dieser Funktion habe er auch regelmässig Botendienste zwischen den Anlegern und B. übernommen, indem er die Verträge zur Unterschrift von einer zur anderen Partei und wieder zurück gebracht habe. Für den Abschluss der Verträge sei einzig und allein B. zuständig gewesen. Es treffe zwar zu, dass ein Teil der investierten Beträge von den Anlegern bar an ihn übergeben oder auf sein Konto bei der Kantonalbank des Kantons D. einbezahlt worden sei, und dass Einzahlungen von einzelnen Kunden teilweise für Auszahlungen an andere Kunden verwendet worden seien. Es handle sich bei diesem Konto nicht um ein Pool-, sondern um ein Zahlstellenkonto, das er treuhänderisch für B. in dessen Auftrag verwaltet habe. Die Tätigkeit als Zahlstelle für Dritte und die damit verbundene Abwicklung des Zahlungsverkehrs unterstehe nicht dem Bankengesetz. Das Konto sei im Januar 2008 saldiert worden. Er bestreite, mit den anderen Verfügungsadressaten eine Gruppe gebildet zu haben. Im Übrigen sei die Praxis der Vorinstanz, eine Gruppe aufsichtsrechtlich als Einheit zu behandeln, nur bei Gesellschaften zulässig, nicht aber bei natürlichen Personen.

Zur Feststellung der Vorinstanz, er habe eine kollektive Kapitalanlage öffentlich angeboten und vertrieben, führte der Beschwerdeführer Folgendes aus: Der M. Fund sei gegründet worden, um Anlegern eine Alternative zur Anlage in Unternehmen der B.-Gruppe zu geben. B. sei aufgrund seines Know-hows an der Planung und am Aufbau der Struktur sowie an einzelnen Gesellschaften beteiligt gewesen. Die M. Holding AG fungiere als Vermögensverwalterin des M. Fund, jedoch nicht als Vertriebsträgerin. Für diese Tätigkeit brauche die M. Holding keine Bewilligung der Vorinstanz. Die M. Holding habe zu keinem Zeitpunkt Vermögenswerte von Anlegern der B.-Gruppe entgegen ge-

nommen oder Zahlungen von Anlegern über ihre Konten abgewickelt. Als Vermögensverwalterin habe sie aufgrund des Bankgeheimnisses keinen Zugang zu Informationen bezüglich Investoren, welche ihre Anteile am Fund in der Schweiz ausschliesslich über Banken zeichnen könnten. Der Beschwerdeführer sei weder Organ noch Angestellter der M. Holding und habe für diese nie eine Verwaltungstätigkeit ausgeübt. Er habe in Bezug auf den M. Fund nie Kundengespräche geführt oder den Anlegern diese Anlagemöglichkeit erläutert. Indem die Vorinstanz nicht darlege, welche Investoren er zu welchem Zeitpunkt und auf welche Weise dem M. Fund zugeführt habe, verletze sie den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör. Der Beschwerdeführer habe auch nie öffentlich Werbung für den M. Fund betrieben. Für die gegenteilige Ansicht nenne die Vorinstanz keine Beweise.

Der Beschwerdeführer bestreitet, als Kundenhändler gewerbsmässig in eigenem Namen für Rechnung von Kunden mit Effekten gehandelt zu haben. Die Unterkonten seien durch die Bezeichnung und die offen gelegten wirtschaftlich Berechtigten gegenüber der Bank klar von seinem eigenen Depot getrennt. Er habe bezüglich der Unterkonten gar nie mit Effekten gehandelt, weder solche erworben noch verkauft. Daher erübrige sich auch die Prüfung der Gewerbsmässigkeit. Diese wäre aber nicht gegeben, da er nur vier Unterkonten eröffnet habe, wobei drei der vier wirtschaftlich Berechtigten an diesen nahestehende Personen seien. Allen vier Personen habe er einzig seinen Kontenstamm zwecks Eröffnung von Unterkonten zur Verfügung gestellt, damit diese ihre Geschäfte über die Bank Z. abwickeln konnten. Dafür habe er weder Entschädigung verlangt noch erhalten. Es sei auch nicht beabsichtigt gewesen, Erträge zu generieren. Die Vorinstanz habe das Vorliegen der Voraussetzungen für den gewerbsmässigen Effektenhandel nie genau geprüft, geschweige denn bewiesen. Weil der Beschwerdeführer keinen gewerbsmässigen Effektenhandel betrieben habe, seien bezüglich der Unterkonten und -depots aufsichtsrechtliche Massnahmen weder erforderlich noch zulässig. Die Anordnung der Auflösung der Unterkonten und -depots verletze somit Bundesrecht und sei aufzuheben.

Ferner rügt der Beschwerdeführer, die Verfahrenskosten für die Verfügung vom 29. Oktober 2008 könnten ihm nicht auferlegt werden, da die Vorinstanz aufgrund seiner Mitwirkungsbereitschaft gar nie eine Verfügung hätte erlassen müssen. Auch die Anordnung einer solidarischen Haftung sei nicht zulässig, zumal der Beschwerdeführer

mit den übrigen Verfügungsadressaten aufsichtsrechtlich keine Gruppe bilde.

### **C.**

Am 12. Dezember 2008 schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (B-5163/2008) infolge Gegenstandslosigkeit ab (Dispositiv Ziffer 3) und hielt fest, über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteient-schädigung werde im Rahmen des vom Beschwerdeführer mit Be-schwerde vom 2. Dezember 2008 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig gemachten Verfahrens entschieden (Dispositiv Ziffer 4).

Mit Zwischenverfügung vom 22. Januar 2009 ersuchte das Bundes-verwaltungsgericht die Vorinstanz, dem Gericht bis am 27. Februar 2009 den Entwurf vom 16. Juni 2008 zum Untersuchungsbericht 1 sowie die bisher noch nicht zur Einsicht freigegebenen Akten der Untersuchungsbeauftragten 2 zuzustellen. Weitergehend, ins-besondere bezüglich der Rückerstattung der bezogenen Kostenvor-schüsse, wies es das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass vor-sorglicher Massnahmen ab.

Mit Zwischenverfügung vom 23. März 2009 gewährte das Bundesver-waltungsgericht dem Beschwerdeführer Einsicht in die Ordner 1, 2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 8, 11 und 12. Hinsichtlich der übrigen Ordner und des Entwurfs vom 16. Juni 2008 zum Untersuchungsbericht wies es das Gesuch ab.

### **D.**

Mit Vernehmlassung vom 27. Februar 2009 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei - unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerde-führers - vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei und die Rechtsbegehren inzwischen nicht hinfällig geworden seien. Sie führte aus, auf Ziffer 1, 3, 7 und 8 der Rechtsbegehren betreffend die (nicht anfechtbare) superprovisorische Verfügung vom 1. Juli 2008 und die Zwischenverfügung vom 19. August 2008 sei mangels Fest-stellungsinteresse nicht einzutreten, soweit diese Fragen und Mass-nahmen beträfen, die sich nicht auf den Kostenentscheid auswirkten. Auch habe das Bundesverwaltungsgericht bereits entschieden, dass die solidarische Auferlegung der Kosten der Untersuchungsbeauf-tragten ebenso wie der Bezug der Kostenvorschüsse zu Recht erfolgt sei. Daher sei auf Ziffer 2 und 4 der Rechtsbegehren nicht mehr erneut einzutreten. Hingegen könne vorfrageweise geprüft werden, ob die

Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten 2 zulässig gewesen sei. Im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügungen vom 1. Juli 2008 und vom 19. August 2008 seien die Gläubiger- und Anlegerinteressen gefährdet gewesen. Die Einsetzung von Untersuchungsbeauftragten habe sich gerechtfertigt, da der Sachverhalt sich nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend klären lassen. Eine reine Befragung des Beschwerdeführers hätte dafür nicht ausgereicht. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers habe auch nicht gestützt auf den Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1 beurteilt werden können. Die Informationen zum Hintergrund der bis anhin völlig unklaren Transaktionen von insgesamt Fr. 1'506'000.-, welche über die Konten des Beschwerdeführers und/oder seines Sohnes erfolgten, hätten nämlich erst nach einer erneuten Befragung des Sohnes des Beschwerdeführers am 13. Oktober 2008 vorgelegen. Gemäss diesem handle es sich dabei um Provisionszahlungen an den Beschwerdeführer sowie um Zahlungen vom Beschwerdeführer an seinen Sohn für die von diesem erbrachten Dienstleistungen. Von der B.-Gruppe visierte Abrechnungen oder eine schriftliche Ermächtigung zur Belastung dieser Provisionen fehlten jedoch. Auch sei die Verwendung der von den Anlegern auf den Konten des Beschwerdeführers oder seines Sohnes einbezahlten Gelder nicht vollständig geklärt gewesen. Es habe in dem Sinne Gefahr im Verzug bestanden, als nicht habe ausgeschlossen werden können, dass nach wie vor Anleger durch die Verfügungsadressaten angeworben würden.

Der Beschwerdeführer habe eine über die reine Vermittlung hinausgehende Tätigkeit ausgeübt und sei somit Teil der B.-Gruppe gewesen. Aber auch bei einer individuellen Betrachtung der Tätigkeiten hätten er und sein Sohn durch das Poolen von Geldern ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen. Es beständen zudem erhebliche Zweifel, ob die vom Beschwerdeführer bezogenen Provisionen zu Recht bezogen worden seien. Aufgrund des Poolings und Verrechnungsvorgangs sowie der fehlenden Provisionsabrechnungen lasse sich heute nicht verlässlich nachweisen, ob, wann und in welcher Höhe B. den Bezug von Provisionszahlungen bewilligt habe. Im Weiteren sei die Tätigkeit des Beschwerdeführers und seines Sohnes durch eine genaue Arbeitsaufteilung, eine enge Zusammenarbeit sowie finanzielle Verflechtungen gekennzeichnet gewesen. Die Verbindung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn habe die Verbindung zur B.-Gruppe zusätzlich verstärkt.

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers habe dieser sehr wohl Kundengespräche geführt und die Anlagemöglichkeiten in den M. Fund erläutert. An der Befragung vom 13. Oktober 2008 habe sein Sohn angegeben, dass der Beschwerdeführer den meisten Anlegern die Anlagemöglichkeit erklärt habe. Auch seien dem Beschwerdeführer die Anleger, die in den M. Fund investiert hätten, bekannt. Es sei offensichtlich, dass diese Anleger durch den Beschwerdeführer und seinen Sohn über die entsprechende Investitionsmöglichkeit informiert worden seien. Zudem hätten drei Anleger keine zusätzlichen Mittel in den M. Fund investiert, sondern lediglich von Positionen der A. Fund Ltd., einer inzwischen aufgelösten Gesellschaft der B.-Gruppe, in solche des M. Fund gewechselt. Auch dies wäre ohne Information durch den Beschwerdeführer oder seinen Sohn kaum erfolgt.

Betreffend die Effektenhändlerstätigkeit wiederholte die Vorinstanz ihre in der angefochtenen Verfügung gemachten Ausführungen und fügte ergänzend an, der Beschwerdeführer hätte bei Bedarf zusätzliche Konten lautend auf seinen Namen mit Unterkonten und Unterdepots für weitere Anleger eröffnen können. Nicht massgeblich sei ferner, dass die vier Anleger Familienangehörige oder nahestehende Dritte seien.

#### **E.**

Am 22. April 2009 liess die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht die Rechnung der Untersuchungsbeauftragten 2 vom 3. April 2009 bezüglich Aktenübergabe zukommen und stellte den Antrag, die Kosten von Fr. 2726.60 im Zusammenhang mit der Einreichung der Unterlagen der Untersuchungsbeauftragten 2 an das Bundesverwaltungsgericht seien dem Beschwerdeführer und seinem Sohn in solidarischer Haftung aufzuerlegen. Diese Eingabe wurde dem Beschwerdeführer am 29. April 2009 zur Kenntnis gebracht.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

#### **1.1**

Am 1. Januar 2009 trat das Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) vollständig in Kraft, welches Änderungen des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1), des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) sowie weiterer finanzmarktrechtlicher Erlasse bewirkte. Auch trat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA an die Stelle der EBK (Art. 58 Abs. 1 FINMAG).

Ändert das anwendbare Recht während eines hängigen Beschwerdeverfahrens, so sind bei Fehlen ausdrücklicher Übergangsbestimmungen - wie hier - die von der Rechtsprechung entwickelten Prinzipien heranzuziehen (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 24 Rz. 20). Die Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer derartigen Änderung Anwendbarkeit findet, richtet sich nach dem Grundsatz, dass diejenigen materiellen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, wogegen neue verfahrensrechtliche Regeln grundsätzlich sofort zur Anwendung gelangen (vgl. RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Ergänzungsband, Nr. 15, S. 44; BGE 126 III 431 E. 2a und 2b). Etwas anderes gilt, wenn eine abweichende übergangsrechtliche Regelung besteht (vgl. BGE 107 Ib 133 E. 2b), was vorliegend jedoch nicht der Fall ist.

Bezüglich der Prozessvoraussetzungen ist somit jenes Recht massgebend, welches im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung in Kraft war (vgl. MICHAEL DAUM, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], VwVG - Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N. 11 zu Art. 7). Auch für die Beurteilung der materiellrechtlichen Fragen, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Recht eine Verletzung finanzmarktaufsichtsrechtlicher Normen vorgeworfen und ob sie die richtigen Konsequenzen daraus gezogen hat, finden die per 1. Januar 2009

geänderten Erlasse ebensowenig Anwendung wie das FINMAG; vielmehr sind das Banken- und das Börsengesetz bzw. die entsprechenden Verordnungen in der bis Ende 2008 gültigen Fassung anwendbar (in der Folge wird die zugehörige Fundstelle in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts [AS] zitiert, sofern Bestimmungen per 1. Januar 2009 geändert wurden, ansonsten die [unveränderte] Fassung der Systematischen Sammlung des Bundesrechts [SR]). Die erfolgten Gesetzesänderungen sind, soweit den vorliegenden Fall betreffend, ohnehin weitgehend formaler Natur (vgl. BBl 2006 2829, 2895).

**1.2** Die Verfügung der Vorinstanz vom 29. Oktober 2008 stellt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den eidgenössischen Kommissionen erlassen werden (vgl. Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der Vorgängerorganisation der FINMA, der EBK, erlassene Verfügung (vgl. Art. 24 Abs. 1 BankG [AS 2006 2287], Art. 34 BEHG [AS 1997 78] sowie Art. 141 KAG [AS 2006 5418]). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 29. Oktober 2008 zuständig.

Der Beschwerdeführer hat vor der Vorinstanz am Verwaltungsverfahren teilgenommen und ist Adressat der angefochtenen Verfügung. Er ist durch die ihn selbst betreffenden Ziffern besonders berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Er ist zur Beschwerdeführung legitimiert.

Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG), es liegt eine rechtsgültige Vollmacht des Rechtsvertreters vor. Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (vgl. Art. 47 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit, soweit sie sich gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 29. Oktober 2008 richtet (Ziffern 5 und 6 der Rechtsbegehrens), einzutreten.

**1.3** Soweit der Beschwerdeführer die Zwischenverfügungen der Vorinstanz vom 1. Juli 2008 und 19. August 2008 anfecht (Ziff. 1c, 3, 7 und 8 des Rechtsbegehrens), ist auf seine Beschwerde aus folgenden Gründen nicht einzutreten:

Nach Art. 46 Abs. 2 VwVG sind Zwischenverfügungen, welche nicht angefochten wurden oder werden konnten, durch Beschwerde gegen die Endverfügung anfechtbar, soweit sie sich auf den Inhalt der Endverfügung auswirken. Diese Bestimmung ist auch vorliegend anwendbar - die Verfügung der Vorinstanz vom 1. Juli 2008 wurde vom Beschwerdeführer nicht angefochten; die Verfügung vom 19. August 2008 wurde angefochten, aufgrund des Erlasses der Endverfügung konnte aber nicht darüber entschieden werden.

Eine Auswirkung auf den Inhalt der Endverfügung ist bei einer vorsorglichen Massnahme, welche durch die Endverfügung wegfällt, zu verneinen (FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 46 N. 27, mit Verweis auf die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4334; NICOLAS VON WERDT in: Seiler/von Werdt/Güngerich, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, N. 18 zu Art. 93). Hat die mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochtene prozessleitende Verfügung ihre Wirkung infolge des zwischenzeitlich von der Vorinstanz in der Hauptsache gefällten Entscheids verloren, so entfällt das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers an einem diesbezüglichen Entscheid (vgl. BGE 111 Ib 182 E. 2b).

Mit dem Erlass des Entscheids der Vorinstanz vom 29. Oktober 2008 wurde das Mandat der Untersuchungsbeauftragten beendet, deren Befugnisse, für den Beschwerdeführer zu handeln, über dessen Vermögenswerte zu verfügen und Kostenvorschüsse zu beziehen, sind weggefallen und die Sperre der Konten und Depots wurde aufgehoben. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ist daher auf die Rechtsbegehren betreffend die beiden Verfügungen der Vorinstanz vom 1. Juli 2008 und vom 19. August 2008 nicht einzutreten, soweit diese die genannten, nun aufgehobenen Massnahmen betreffen.

Im Übrigen kann die Frage der Rechtmässigkeit bzw. Verhältnismässigkeit der Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten 2 überprüft werden, da sich diese Anordnung auf den Kostenentscheid auswirkt (vgl. nachfolgende E. 10.1). Diese Frage ist eng verknüpft mit der in

diesem Verfahren zu beantwortenden Hauptfrage, ob der angefochtene Entscheid (und damit das Verfahren, das zu diesem führte) Bundesrecht verletzt oder nicht. Weiter ist die Regelung der Kosten der Untersuchungsbeauftragten und der Verfahrenskosten Gegenstand des Endentscheids der Vorinstanz vom 29. Oktober 2008 und ist daher im Rahmen der Beschwerde gegen diese Verfügung, also im vorliegenden Urteil, abzuhandeln (vgl. nachfolgende E. 10.2, 10.3 und 11).

**1.4** Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die Begehren des Beschwerdeführers, es sei bezüglich der superprovisorischen Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 1. Juli 2008 festzustellen, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer superprovisorischen Verfügung nicht gegeben waren und durch deren Erlass Bundesrecht verletzt worden sei (Rechtsbegehren Ziff. 1a), und dass diesbezüglich die ordentliche Beschwerde gegen Zwischenverfügungen gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG zulässig gewesen wäre (Rechtsbegehren Ziff. 1b).

Nach Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Das Rechtsschutzinteresse besteht darin, dass ein Nachteil abgewendet werden kann, wenn die Feststellungsverfügung erlassen wird. Insofern ist der praktische Nutzen einer Feststellungsverfügung nachzuweisen (ISABELLE HÄNER, in Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 25 N. 16).

Vorliegend ist nicht ersichtlich, worin der praktische Nutzen der beantragten Feststellung liegen würde, zumal die mit der superprovisorischen Verfügung getroffenen Massnahmen mit dem Erlass der Endverfügung wieder aufgehoben wurden und die Frage der Rechtmässigkeit der Einsetzung von Untersuchungsbeauftragten und des Kostenentscheids, wie oben dargelegt, im vorliegenden Entscheid noch überprüft werden kann.

**1.5** Mit Zwischenverfügung vom 22. Januar 2009 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag des Beschwerdeführers auf Rückerstattung der bezogenen Kostenvorschüsse ab. Es hielt fest, der Entzug der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der Pflicht zur Zahlung eines Kostenvorschusses für die Untersuchungskosten sei zulässig. Im Weiteren sei die Vorinstanz auch ermächtigt, gestützt auf die entsprechenden sofort vollziehbaren Anordnungen die gesamten

Kosten oder einen Grossteil davon beim Beschwerdeführer einzuverlangen bzw. zu beziehen.

Auf die Feststellungsbegehren Ziff. 2 und 4 des Beschwerdeführers, der Bezug von Kostenvorschüssen durch die Untersuchungsbeauftragten 2 verletze Bundesrecht, ist daher nicht erneut einzutreten. Die Frage, ob die solidarische Kostenverteilung und Haftung im vorliegenden Fall von der Vorinstanz zu Recht verfügt wurde, ist hingegen in vorliegendem Entscheid zu untersuchen (vgl. E. 10.2).

**1.6** Somit ist auf die Ziffern 5 und 6 des Rechtsbegehrens des Beschwerdeführers einzutreten, nicht hingegen auf die Ziffern 1, 2, 3, 4, 7 und 8 des Rechtsbegehrens.

## **2.**

Die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde über das Banken-, Börsen- und Effektenhandelswesen trifft die zum Vollzug von Banken- und Börsengesetz bzw. von deren Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (vgl. Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG [AS 1971 815], Art. 35 Abs. 1 BEHG [AS 1997 78], Art. 132 Abs. 2 KAG [AS 2006 5416]).

Erhält sie von Verstössen gegen die Gesetze oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (vgl. Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG [AS 1997 82], Art. 35 Abs. 3 BEHG [AS 1997 78], Art. 133 Abs. 1 KAG [AS 2006 5416]). Da die Aufsichtsbehörde allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr bereits unterstellten Betriebe (insbesondere Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen bzw. Börsen und Effektenhändler) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der in Frage stehenden banken- bzw. börsenrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft oder Person (vgl. Art. 1 und 3 ff. BankG, Art. 3 und 10 BEHG sowie Art. 13 und 120 KAG). Praxisgemäss kann sie daher die in den Gesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. Personen einsetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.1).

Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die

Vorinstanz von Gesetzes wegen befugt und verpflichtet, die zur Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Erweist sich, dass die in Frage stehende natürliche oder juristische Person unbewilligt unterstellungspflichtige Aktivitäten ausgeübt hat und ihre Tätigkeit nicht bewilligungsfähig ist, so können diese Anordnungen bis zum Verbot der betreffenden Tätigkeit bzw. zur Liquidation und - bei Überschuldung - zur Konkureröffnung reichen (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.2).

Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Vorinstanz im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits, Rechnung zu tragen (Anleger- und Funktionsschutz; BGE 130 II 351 E. 2.2; BGE 126 II 111 E. 3b; BGE 121 II 147 E. 3a). Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem "technischen Ermessen" anheim gestellt (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1.2, BGE 126 II 111 E. 3b).

### **3.**

Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung fest, dass der Beschwerdeführer ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe (Ziff. 1). Er sei als Vermittler der B.-Gruppe tätig und in die Abwicklung der Anlagegeschäfte involviert gewesen. Zwischen ihm und der B.-Gruppe bestünden genügend enge Verflechtungen, um ihn als Teil dieser Gruppe zu qualifizieren.

Der Beschwerdeführer beantragt, es sei Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 29. Oktober 2008 soweit ihn selber betreffend aufzuheben und es sei festzustellen, dass er nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit nicht gegen das Bankengesetz verstossen habe. Der rechtsrelevante Sachverhalt sei in dieser Hinsicht unrichtig, unvollständig und irreführend festgestellt worden. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz verletze Bundesrecht, weil der Beschwerdeführer weder gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen noch aufsichtsrechtlich zur B.-Gruppe gehört habe.

#### **3.1** In sachverhaltlicher Hinsicht ist folgendes festzuhalten:

**3.1.1** Aus dem Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1 vom 30. Juni 2008 (Untersuchungsbericht 1, Akten p. H01 049 bis H01 001) geht hervor, dass die verschiedenen Gesellschaften der B.-Gruppe eng zusammenarbeiteten und über zahlreiche Vermittler operierten. Das Geschäftssystem der B.-Gruppe bestand darin, teilweise mit Rendite-Garantie Gelder von Anlegern entgegen zu nehmen, mit der Zusicherung, die entsprechenden Mittel in Börsentermingeschäfte, Börsenkassageschäfte und im Devisen- und Derivathandel zu investieren. Zu diesem Zweck wurden sog. Treuhandvereinbarungen mit den Anlegern abgeschlossen. Die Anleger zahlten die Gelder in der Regel auf Konten der B.-Gruppe oder auf Konten von deren Vermittlern. Die Gruppe leitete einen Teil dieser Investitionen auf eigene Konten bei anderen Banken bzw. Brokern weiter und investierte dort in Wertschriften. Sie investierte zudem in Firmen, welche in der Folge mehrheitlich in Konkurs gingen und die in keinem Zusammenhang mit dem seitens der B.-Gruppe vorgegebenen Geschäftszweck standen. Ein nicht unwesentlicher Teil der Gelder floss an die Vermittler oder direkt an die Anleger zurück. Es bestehen klare Hinweise dafür, dass die B.-Gruppe die Anlagegelder in eigenem Namen anlegte und mit diesen Handelsgeschäfte in eigenem Namen tätigte. Die mit den Anlegern vereinbarten Renditeziele wurden nie erwirtschaftet. Am 27. August 2008 stellte die Vorinstanz fest, dass die B.-Gruppe gewerbmässig Publikumseinlagen entgegen genommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe und eröffnete über diese den Konkurs.

Gemäss dem Bericht der Untersuchungsbeauftragten 2 vom 14. Oktober 2008 (S. 10, Akten p. J00 042) sind die Gläubiger- und Anlegerinteressen der zugeführten Kunden insofern gefährdet, als die entsprechenden Guthaben der Investoren aufgrund der Überschuldung der B.-Gruppe nicht gedeckt sind (vgl. dazu auch Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1, nach welchem die B.-Gruppe über Aktiven von Fr. 6'565'000.- verfügt, denen Ansprüche der Investoren von mind. Fr. 23'278'505.- gegenüberstehen, Akten p. H01 006 und H01 008).

Das Ausmass und der Umfang der Tätigkeiten der einzelnen für die B.-Gruppe tätigen Vermittler war unterschiedlich (vgl. Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1 vom 30. Juni 2008, Akten p. H01 019). Fünf Vermittler, nämlich Y., X., W., V. sowie der Beschwerdeführer waren indessen in einem Masse in die Tätigkeit der B.-Gruppe involviert, das gemäss der Auffassung der Vorinstanz über jenes eines reinen Vermittlers hinausgeht. Diesen fünf Personen wurde in der Folge mit

superprovisorischer Verfügung jegliche Entgegennahme von Publikumseinlagen und jegliche Effektenhandelstätigkeit in der Schweiz oder von der Schweiz aus verboten.

**3.1.2** Hinsichtlich des Beschwerdeführers ist dem Bericht der Untersuchungsbeauftragten 2 zu entnehmen, dass dieser ab 1999 begann, für B. Kunden zum Abschluss von Treuhandverträgen zu vermitteln (vgl. hierzu und zum Folgenden: Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 13 und S. 22 ff., Akten p. J00 039, J00 030 ff.). Gemäss seinen Aussagen anlässlich der Schlussbefragung vom 3. Oktober 2008 wurden zwei Drittel der Kunden durch Mund-zu-Mund-Propaganda akquiriert; die übrigen waren Personen, welche der Beschwerdeführer bereits als Versicherungsagent bei der H. Versicherung betreut hatte (Befragungsprotokoll S. 5; Beilagenkonvolut 1 zum Untersuchungsbericht 2).

Der Beschwerdeführer vermittelte der B.-Gruppe 74 Kunden mit einem Investitionsvolumen von Fr. 19'902'889.- (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 15, Akten p. J00 037). Zusammen mit seinem Sohn Y. betreute er diese Anleger und erledigte administrative Arbeiten, welche sie betrafen. Diesbezüglich führte der Beschwerdeführer anlässlich der Schlussbefragung vom 3. Oktober 2008 aus, für B. habe es quasi nur eine Treuhandeinlage über rund Fr. 20 Mio. gegenüber ihm und seinen Kunden gegeben. Er (der Beschwerdeführer) sei dann für die interne Aufteilung für seine Kunden verantwortlich gewesen (Befragungsprotokoll S. 3 unten).

Zu den Aufgaben des Beschwerdeführers gehörten im Weiteren z.B. folgende Tätigkeiten: Kundengespräche, Abschluss der Verträge, Entgegennahme von Vermögenswerten von Anlegern in bar oder auf seine Konten sowie Weiterleitung der Zahlungen an Unternehmen der B.-Gruppe.

Der Beschwerdeführer pflegte engen Kontakt mit B. Gemäss seinen Aussagen (S. 5 ff. des Protokolls der Schlussbefragung vom 3. Oktober 2008) ging er mindestens einmal wöchentlich zu ihm, um ihm Neukunden vorzustellen sowie Kunden-Dossiers zu überbringen, in welchen es Änderungen gab. Für die Vertragsabschlüsse holte er die Unterschriften von B. ein. Der Beschwerdeführer erklärte weiter, jeweils im Dezember habe B. die Rendite jedes Kunden im Rahmen eines Gespräches mit ihm und seinem Sohn bekannt gegeben. B.

habe dabei am Computer die einzelnen Kunden geprüft und dann eine Rendite festgelegt.

Der Beschwerdeführer erstellte in der Folge gestützt auf die Renditevorgaben von B. mit Unterstützung durch Y. Abrechnungen für die Kunden.

Einige Kunden räumten dem Beschwerdeführer Vollmachten über ihre Konten ein (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 27, Akten p. J00 025).

**3.1.3** Der Beschwerdeführer hielt zunächst alleine und ab 2006 gemeinsam mit seinem Sohn ein Konto bei der Kantonalbank des Kantons D., welches als Pool für Ein- und Auszahlungen von Anlegern verwendet wurde. Auf diesem Konto wurden Einzahlungen von Kunden und Auszahlungen an Kunden sowie Provisionen an den Beschwerdeführer und seinen Sohn miteinander verrechnet. Im Untersuchungszeitraum von 1. Januar 2006 bis 31. Dezember 2007 gingen auf diesem Konto folgende Zahlungen ein: von Investoren: Fr. 2'802'000.-, von B. & Partner: Fr. 1'485'000.-, vom Beschwerdeführer: 145'000.-. Davon wurden nur Fr. 840'000.- an B. & Partner weitergeleitet, der Rest des Betrags wurde im Rahmen der Verrechnungen für Rückzahlungen an Investoren (Fr. 2'139'000.-) sowie für Provisionszahlungen an den Beschwerdeführer und seinen Sohn verwendet (Fr. 1'506'000.-; vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 17, 25 f. und 32, Akten p. J00 035, J00 027 f. und J00 020).

**3.1.4** Der Beschwerdeführer erhielt gemäss eigenen Aussagen eine Provision von 20-50 Promillen, basierend auf den verwalteten Vermögen, was Fr. 400'000.- bis 1'000'000 pro Jahr entspricht. Die Provision wurde jeweils im Januar für das abgelaufene Jahr ausbezahlt. Es bestanden keine schriftlichen Provisionsabrechnungen, die Höhe der Provision wurde von B. – gemäss Aussage des Beschwerdeführers - mündlich mitgeteilt. Die Provisionszahlungen wurden direkt den Konten des Beschwerdeführers und seines Sohnes bei der Kantonalbank des Kantons D. belastet, auf welche B. keinen Zugriff hatte (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 17 und 29, Akten p. J00 035 und J00 023).

Teilweise bezog der Beschwerdeführer die Provisionen nicht, sondern tätigte sie als Investment in die B.-Gruppe. Zusätzlich zur Provision erhielt der Beschwerdeführer für sich und seine Familie eine höhere

Rendite als der durchschnittliche Investor auf den investierten Beträgen (Untersuchungsbericht 2 S. 17, Akten p. J00 035).

Die Provisionszahlungen an den Beschwerdeführer in den Jahren 2004 bis 2007 setzten sich gemäss einer von Y. erstellten Tabelle (Beilage 5.2 zum Untersuchungsbericht 2 sowie Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 17 f., Akten p. J00 035 f.) wie folgt zusammen:

2004/2005: Fr. 845'000.- (gemäss Aussagen von Y. sind die Zahlungen 04/05 wegen einem Computerabsturz nicht komplett)

2006: ca. Fr. 828'000.- (davon wurden je Fr. 100'000.- an die Ehefrau und die Tochter weitergeleitet)

2007: Fr. 45'000.-.

**3.1.5** Der Beschwerdeführer trat gegen aussen für die B.-Gruppe auf. Er unterschrieb allein oder zusammen mit seinem Sohn Korrespondenz an die Anleger. Diese erfolgte in der Regel unter Verwendung von Briefpapier, das auf B. & Partners Ltd. lautete, und umfasste bspw. Bestätigungen für Ertrag und Kapital aus der Treuhandeinlage für die Steuererklärung, Schreiben bezüglich Gewinnausschüttung sowie betreffend Auszahlung von Kapitalgewinn (vgl. Beilage 3 S. 7 - 12 sowie Beilage 3b zur Schlussbefragung des Beschwerdeführers vom 3. Oktober 2008).

Die abgeschlossenen Treuhandverträge tragen die Unterschrift des Beschwerdeführers als Vermittler sowie jene von B. als Vermögensverwalter.

Es bestanden im Weiteren Visitenkarten lautend auf die B. & Partners Ltd., auf welchen der Beschwerdeführer als "Executive Director" bezeichnet wird (vgl. Beilage 22 zum Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008).

**3.1.6** Der Beschwerdeführer arbeitete eng mit seinem Sohn Y. zusammen. Während ersterer primär für die Kundenkontakte zuständig war, erledigte letzterer vorwiegend administrative und organisatorische Aufgaben. Gemäss einem nicht unterzeichneten Entwurf zu einem Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn erhielt Y. vom Beschwerdeführer einen fixen Lohn von Fr. 120'000.- pro Jahr sowie einen variablen, erfolgsbezogenen Lohn, der jährlich neu

festgelegt wurde (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 17, Akten p. J00 035).

Der Beschwerdeführer hatte keine näheren Kontakte zu den anderen Vermittlern der B.-Gruppe.

Der Beschwerdeführer investierte selber namhafte Beträge bei der B.-Gruppe; gemäss dem Dokument "Anlagestand" betrug sein Guthaben im Januar 2007 Fr. 161'430.- und Fr. 333'317.- (zwei Verträge, vgl. Beilage 8 zum Untersuchungsbericht 2, S. 3). Der akkumulierte und noch nicht ausbezahlte Provisionsanspruch betrug gemäss Angaben von Y. per Ende September 2007 rund Fr. 1.5 Mio.

Neben seiner Tätigkeit für B. betätigte sich der Beschwerdeführer auch als freier Mitarbeiter bei der H. Versicherung.

**3.1.7** Im Jahr 2007 gründete der Beschwerdeführer zusammen mit seinem Sohn einen eigenen, nicht zum öffentlichen Vertrieb in der Schweiz zugelassenen Fonds, die M. Fund Ltd. (M. Fund) mit Sitz auf den Cayman Islands (vgl. hierzu und zum Folgenden: Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 19 ff., Akten p. J00 033 ff.). Gemäss Aussagen von Y. wurde der M. Fund gegründet, um Anlegern eine Alternative zur Anlage in Unternehmen der B.-Gruppe zu geben. B. sei aufgrund seines Know-hows an der Planung und am Aufbau der Struktur sowie an einzelnen Gesellschaften beteiligt gewesen.

Die M. Holding AG mit Sitz in J. unterzeichnete am 13. August 2007 mit dem M. Fund ein Investment Services Agreement. Der Sohn des Beschwerdeführers ist als Angestellter und Verwaltungsrat der M. Holding AG für das Investment Management des M. Fund verantwortlich. Der Beschwerdeführer und sein Sohn sind zusammen Inhaber sämtlicher Aktien der M. Holding AG.

Am M. Fund sind - soweit bekannt - 14 Personen mit einem Bankdepot bei der Bank Julius Bär und einem Investitionsvolumen von total rund Fr. 6 Mio. beteiligt.

**3.1.8** Für die Zeichnung von Anteilen des M. Fund wurden zusätzlich zu dem vom Beschwerdeführer eröffneten Stammkonto bei der Bank Julius Bär insgesamt vier Unterkonten auf weitere Personen eröffnet (E., F., G., K.). Über diese vier Unterkonten, für welche der Beschwerdeführer das Formular A ("Feststellung des wirtschaftlich Be-

rechtigten") unterzeichnete und welche auf ihn lauten, wurden diverse Transaktionen (Verkauf von Anteilen A. Fund und Kauf von Anteilen M. Fund) getätigt. Nach Angaben von Y. wurden diese Unterkonten vom Beschwerdeführer deshalb organisiert, um die erheblichen Kontoführungskosten der Bank Z. einzusparen bzw. um nicht an Vorgaben der Bank betreffend Minimaleinlagen bei Konteneröffnungen gebunden zu sein (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 20 f., Akten p. J00 032 f., sowie Beilage 19 zum Untersuchungsbericht 2).

**3.1.9** Die genannten Fakten, Zahlen und Umstände (E. 3.1.1 bis E. 3.1.8) ergeben sich aus den Sachverhaltsdarstellungen der Untersuchungsbeauftragten 1 und 2 und finden in den Akten ihre Bestätigung. Sie werden vom Beschwerdeführer nicht bestritten.

**3.2** Der Beschwerdeführer erhebt in seiner Beschwerdeschrift einige sachverhaltliche Einwände, mit welchen er das oben Genannte aber eher präzisiert als bestreitet. Im Folgenden ist kurz darauf einzugehen.

**3.2.1** Der Beschwerdeführer führt an, das auf ihn und seinen Sohn lautende Konto bei der Kantonalbank des Kantons D. trage die Rubrik "B. & Partner London" und die Gelder seien lediglich treuhänderisch entgegen genommen und weitergeleitet worden. Das Konto sei am 14. Januar 2008 saldiert worden.

Es treffe zu, dass Einzahlungen von einzelnen Kunden auf dem Konto bei der Kantonalbank des Kantons B. teilweise für Auszahlungen an andere Kunden verwendet worden seien. Dies sei einzig zur Vereinfachung des Zahlungsverkehrs zwischen Z. und den B.-Unternehmungen erfolgt, weil sonst dauernd Zahlungen hin und am selben Tag oder nur wenige Tage später wieder zurück hätten übertragen werden müssen. Für die Kunden sei dadurch kein Nachteil entstanden, weil ihre Einzahlung auf dem Kundendatenblatt verbucht und B. mitgeteilt worden sei. Aufgrund der von B. unterzeichneten Quartalsabrechnungen und dem jeweiligen Anlagestand aus den Kundendatenblättern lasse sich nachweisen, dass zu jeder Zeit sämtliche durch den Beschwerdeführer vermittelten Vermögenswerte bei diesem verbucht und - jedenfalls auf dem Papier - auch vorhanden gewesen seien. Richtig sei auch, dass dieses Konto für den Verrechnungsverkehr zwischen dem Beschwerdeführer und B. verwendet worden sei. Bei Auszahlung einer Provision an den Beschwerdeführer sei der entsprechende Betrag von seinem Guthaben in der Buchhaltung von B. abgezogen worden.

Die Vorinstanz habe keine Informationen oder Unterlagen betreffend die Person des Beschwerdeführers, dessen Ausbildung und beruflichen Werdegang erhoben und es bleibe unerwähnt, dass der Beschwerdeführer bereits 58-jährig sei, ca. 20 Jahre erfolgreich als Agent für eine grosse Schweizer Versicherung gearbeitet habe und nicht vorbestraft sei.

**3.2.2** Soweit diese Ausführungen nicht lediglich Präzisierungen des oben dargelegten Sachverhalts darstellen, ist dazu folgendes anzumerken:

Es ist für die Frage der Unterstellung nicht massgebend, dass den Anlegern, welche der Beschwerdeführer und sein Sohn der B.-Gruppe vermittelte, durch das Pooling angeblich kein Nachteil entstanden ist. Festzustellen ist jedoch diesbezüglich, dass ein Grossteil des Vermögens der Anleger *nur* noch auf dem Papier vorhanden war, nicht aber in Wirklichkeit: gemäss dem Dokument "Anlagestand per 31. Dezember 2007" betrug der Wert der Kundenguthaben nämlich Fr. 19'902'889.- (Beilage 6 zur Schlussbefragung des Beschwerdeführers vom 3. Oktober 2008), die Aktiven der B.-Gruppe beliefen sich indes nach den Feststellungen der Untersuchungsbeauftragten 1 insgesamt nur noch auf rund Fr. 6.5 Mio. (vgl. E. 3.1.1).

Für die durch das Bundesverwaltungsgericht vorzunehmende rechtliche Würdigung (vgl. E. 5.2) nicht relevant ist ferner, zu welchem Zweck das Pooling erfolgte, wie die Kundenanlagen verbucht worden sind sowie ob und in welchem Umfang die Provisionen zu Recht bezogen wurden. Ebenso wenig massgebend in diesem Zusammenhang sind die Vorbringen des Beschwerdeführers zu seiner Person und seiner Tätigkeit als Versicherungsagent.

**3.3** Nach dem Gesagten erweist sich der in E. 3.1.1. bis 3.1.7. dargestellte, im Wesentlichen von der Vorinstanz erhobene Sachverhalt als korrekt, weshalb das Bundesverwaltungsgericht in der Folge darauf abstützt.

#### **4.**

Gemäss Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG ist es natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, verboten, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen.

**4.1** Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 132 II 382 E. 6.3.1, m.w.H.). Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen (EBK-Rundschreiben 96/4: Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes [EBK-RS 96/4], Rz. 10).

Nach Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG kann der Bundesrat Ausnahmen vom Verbot vorsehen, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist. Solche Ausnahmen hat der Bundesrat in Art. 3a der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 (BankV, SR 952.02) festgesetzt (im vorliegenden Fall nicht massgebend; vgl. zum Ganzen BGE 131 II 306 E. 3.2.1).

**4.2** Gewerbsmässig im Sinne des Bankengesetzes handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen hält (Art. 3a Abs. 2 BankV) oder in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (Art. 3 Abs. 1 BankV; BGE 132 II 382 E. 6.3.1).

**4.3** Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der Vorinstanz sind verschiedene natürliche und juristische Personen in Bezug auf die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit dann aufsichtsrechtlich als Gesamtheit zu betrachten, wenn eine derart enge wirtschaftliche Verflechtung besteht, dass die Gruppe als eine wirtschaftliche Einheit behandelt werden muss (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8227/2007 vom 20. März 2009 E. 8.2 sowie B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 5.2, je mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2.4 sowie 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000 E. 3b/cc).

Von einer Gruppe in diesem Sinn ist dann auszugehen, wenn die finanziellen und personellen Verflechtungen zwischen zwei oder mehreren Gesellschaften oder zwischen natürlichen und juristischen Personen derart intensiv sind, dass nur eine gesamthafte Betrachtungsweise den faktischen Gegebenheiten gerecht wird und Gesetzesumgehungen verhindern kann (vgl. neuestens: Urteil des Bundesgerichts 2C\_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2; ferner: Urteil

des Bundesverwaltungsgerichts B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2). Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn die Akteure im Hinblick auf die in Frage stehende bewilligungspflichtige Tätigkeit gegenüber dem Publikum einheitlich auftreten, indem sie sich etwa gemäss den eigenen Unterlagen gegen aussen als "Unternehmensgruppe" darstellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000 E. 2e und E. 3b/dd). Ein gruppenartiges Zusammenwirken muss sich aber nicht zwingend derart öffentlich manifestieren; auch bloss intern wahrnehmbare personelle, wirtschaftliche und organisatorische Verflechtungen von Gesellschaften oder natürlichen Personen untereinander können derart intensiv sein, dass eine Gruppenbetrachtung angezeigt ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die verschiedenen Akteure im Hinblick auf die bewilligungspflichtige Tätigkeit koordiniert - ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet - zusammenwirken (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6715/2007 vom 3. September 2008 E. 4.2.2, Urteil des Bundesgerichts 2C\_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2).

Die Annahme einer Gruppe hat zur Folge, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Mitglieder treffen, selbst wenn in Bezug auf einzelne davon - isoliert betrachtet - nicht alle Tatbestandselemente erfüllt sind oder sie selbst überhaupt keine finanzmarktrechtlich relevanten Tätigkeiten ausgeübt haben (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6715/2007 vom 3. September 2008 E. 6.2 sowie B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2).

## 5.

Unbestritten ist - wie in E. 3.1.1. dargelegt -, dass die B.-Gruppe gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen hat (Verfügung der Vorinstanz vom 27. August 2008).

Wie aus dem Sachverhalt ersichtlich ist (vgl. E. 3), war der Beschwerdeführer in erheblichem Umfang für die B.-Gruppe tätig. In seiner Funktion als Vermittler der B.-Gruppe führte er dieser mindestens 74 Anleger mit Einlagen in der Höhe von rund 20 Mio. Franken zu. Zusammen mit seinem Sohn betreute er diese Kunden umfassend und erledigte administrative Arbeiten. Der Beschwerdeführer nahm die Kundengelder zwar nicht in eigenem Namen, aber auf ein Konto lautend unter anderem auf seinen Namen entgegen. Rückzahlungsschuldnerin der jeweiligen Leistung war die B.-Gruppe.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob der Beschwerdeführer als Mitglied der B.-Gruppe im banken- und börsenrechtlichen Sinn zu qualifizieren ist und er in dieser Eigenschaft als Gruppenmitglied im Sinne der vorstehend dargelegten Rechtsprechung (E. 4.3) aufsichtsrechtlich belangt werden kann.

**5.1** Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Praxis der Vorinstanz zur Anwendung der Aufsichtsgesetze auf eine Gruppe sei nur bei Gesellschaften anwendbar, nicht aber bei natürlichen Personen. Zwischen den vorliegend involvierten Personen bestünden weder gesellschaftliche noch vertragliche Verbindungen, wie sie bei Gruppengesellschaften aufgrund der Beteiligungs- und Beherrschungsverhältnisse regelmässig vorlägen.

Diese Rüge ist unbegründet: Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts können auch natürliche Personen Teil einer aufsichtsrechtlich als Einheit zu behandelnden Gruppe sein (vgl. etwa Urteil des BGer vom 16. Juni 2009 [2C\_749/2008] E. 4; Urteile des BVGer vom 3. September 2008 [B-6715/2007] E. 5, vom 20. März 2009 [B-8227/2007] E. 8.2 sowie vom 4. Dezember 2007 [B-2474/2007] E. 3.2). Es ist denn auch nicht einsehbar und wird vom Beschwerdeführer ebenso wenig dargetan, weshalb für natürliche Personen diesbezüglich eine andere Regelung gelten sollte als für Gesellschaften. Würde man eine natürliche Person von vornherein von der Gruppenbetrachtung ausschliessen, hiesse dies, sie gegenüber einer ebenfalls in unbewilligte Finanzmarktgeschäfte involvierten Gesellschaft besser zu stellen, wofür kein Grund besteht. Im Übrigen können auch zwischen mehreren natürlichen Personen oder zwischen einer natürlichen Person und einer Gesellschaft ohne Weiteres vertragliche Verbindungen oder sonstige Verflechtungen (finanzieller oder organisatorischer Art) vorliegen, welche es rechtfertigen, sie aufsichtsrechtlich als Gesamtheit zu betrachten und zu beurteilen.

Die (aufsichtsrechtliche) Gruppenbetrachtung ist somit grundsätzlich auch gegenüber natürlichen Personen zulässig.

## **5.2**

**5.2.1** Gemäss dem Ergebnis des Beweisverfahrens (vgl. vorne E. 3) betreute der Beschwerdeführer - in arbeitsteiliger Weise zusammen mit seinem Sohn - einen Stamm von ca. 74 Anlegern mit einem In-

vestitionsvolumen von insgesamt Fr. 19'902'889.-. Er nahm umfassende Aufgaben wahr: Er informierte potentielle Anleger über die Anlagemöglichkeit, bereitete die Treuhandverträge vor, unterschrieb diese als Vermittler, nahm Anlagegelder bar oder auf Konten lautend auf seinen Namen entgegen, leitete das Geld weiter oder verrechnete dieses mit Guthaben von anderen Kunden, zahlte Renditen aus, erstellte Abrechnungen und Belege und versandte Schreiben an die Anleger.

Der Beschwerdeführer stand in ständigem Kontakt zu B.: Er stellte diesem neue Kunden vor, überbrachte ihm die Treuhandverträge zur Unterschrift und informierte ihn über Änderungen bezüglich bestehender Verträge. Jährlich fand ein längeres Gespräch zwischen B., dem Beschwerdeführer und Y. statt zum Zweck der Bestimmung bzw. Mitteilung der jeweiligen Renditen der Kunden.

Es lag somit eine arbeitsteilige und koordinierte Tätigkeit zwischen dem Beschwerdeführer und B. vor, mit dem Zweck der Gewinnung von Kunden zur Entgegennahme von Publikumseinlagen und ihrer umfassenden Betreuung.

**5.2.2** Die Tätigkeit des Beschwerdeführers trug massgebend dazu bei, dass die B.-Gruppe ihre Ziele erreichte, d.h. das ständige Gewinnen von neuen Anlegern und Anlagegeldern, ohne welche das Geschäftssystem nicht funktionierte (vgl. Bericht der Untersuchungsbeauftragten 1 vom 30. Juni 2008, Akten p. H01 042). Seine Aktivitäten waren in diesem Sinne darauf ausgerichtet, den Erfolg der B.-Gruppe zu ermöglichen (Urteile des BVGer vom 5. Dezember 2007 [B-8228/2007] E. 7.4 sowie vom 3. September 2008 [B-6715/2007] E. 6.2).

**5.2.3** Der Beschwerdeführer war innerhalb der B.-Gruppe mit grosser Autonomie tätig, wie die von ihm verfasste und (mit-)unterschriebene Korrespondenz an die Anleger beweist. Die Vertrauensposition, die er innehatte, zeigt sich auch in der Höhe der von ihm bezogenen Provisionen und der Tatsache, dass diese von B. unsystematisch und anscheinend ohne Kontrolle gewährt wurden.

Aufgrund der beschriebenen, weitgehend autonomen Handlungsweise und der verantwortungsvollen Position des Beschwerdeführers innerhalb der B.-Gruppe ist nicht davon auszugehen, dass er nur im Rahmen einer untergeordneten Tätigkeit im Auftrag von B. handelte. Sein Wirken ging, wie oben dargelegt, weit darüber hinaus und er-

öffnete ihm grossen Spielraum für selbständiges Handeln. Dieser Schluss wird auch gestützt durch die von der Untersuchungsbeauftragten 2 sichergestellten Visitenkarten lautend auf die B. & Partners Ltd., auf welchen der Beschwerdeführer als "Executive Director" bezeichnet wird.

**5.2.4** Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, es bestünden - ausser zu seinem Sohn - keine finanziellen Verflechtungen zwischen ihm und den anderen Verfügungsadressaten und von einem gemeinsamen Auftreten und gemeinsamen Handeln könne keine Rede sein, stösst er demnach aus allen diesen Gründen ins Leere. Dies umso mehr, als für die Annahme einer Gruppe nicht alle Gruppenmitglieder in nach aussen hin erkennbarer Weise koordiniert auftreten müssen; genauso wenig ist es begriffsnotwendig, dass zwischen allen Mitgliedern Verbindungen und Verflechtungen bestehen (vgl. vorne E. 4.3). Ausschlaggebend ist, dass zwischen dem Beschwerdeführer und der B.-Gruppe, wie dargelegt, genügend intensive und enge Verbindungen bestanden, um ihn als Teil dieser Gruppe zu qualifizieren. Im Übrigen arbeitete der Beschwerdeführer eng mit seinem Sohn zusammen; die beiden bildeten im Rahmen ihrer Tätigkeit für die B.-Gruppe ein eigentliches Arbeitsteam, dem eine wichtige und verantwortungsvolle Funktion zukam.

**5.2.5** Somit bestand zwischen dem Beschwerdeführer und der B.-Gruppe eine enge wirtschaftliche und organisatorische Verflechtung. Der Beschwerdeführer bildet in Bezug auf die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen zusammen mit der B.-Gruppe eine wirtschaftliche Einheit, die aufsichtsrechtlich als Gesamtheit betrachtet werden muss. Die Vorinstanz hat demnach seine Gruppenzugehörigkeit zu Recht bejaht. Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, dass er nicht in seinem eigenen Namen Publikumseinlagen entgegengenommen hat und weder Organstellung in Unternehmen der B.-Gruppe gehabt noch Vollmachten für deren Konten besessen hat.

## **6.**

Es ist ferner zu prüfen, ob die Tätigkeit des Beschwerdeführers in gewerbsmässiger Art erfolgte (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG, Art. 3a Abs. 2 BankV).

Der Beschwerdeführer hat als Teil der B.-Gruppe dazu beigetragen, dass diese Publikumseinlagen von Hunderten von Anlegern entgegennehmen und halten konnte. Wie oben dargestellt, betreute der Be-

schwerdeführer - zusammen mit seinem Sohn - einen grossen Stamm von 74 Anlegern mit Einlagen in 20facher Millionenhöhe. Die in Art. 3a Abs. 2 BankV festgelegte Zahl von 20 Publikumseinlagen, bei deren Erreichen eine Gewerbsmässigkeit vorliegt, ist demnach bei weitem überschritten.

Der Beschwerdeführer erzielte mit seinen Aktivitäten im Rahmen der B.-Gruppe bis zum Jahr 2007 (Provisions-)Einnahmen von mindestens 1.7 Mio Franken.

Die Tätigkeit des Beschwerdeführers, welcher er im Rahmen der B.-Gruppe und als Teil dieser nachging, erfolgte somit in gewerbsmässiger Art.

#### **7.**

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen habe.

#### **8.**

In der angefochtenen Verfügung stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschwerdeführer eine kollektive Kapitalanlage öffentlich anbietet und vertreibt, ohne über die notwendigen diesbezüglichen Bewilligungen zu verfügen, und dass er damit gegen das Kollektivanlagengesetz verstösst (Dispositiv Ziff. 2).

Der Beschwerdeführer beantragt, diese Feststellung sei aufzuheben. Er bestreitet diesbezüglich nicht, dass es sich beim M. Fund um eine ausländische kollektive Kapitalanlage handelt (vgl. E. 3.1.7). Er macht vielmehr geltend, er habe nie Kundengespräche geführt und den Anlegern auch nicht die Anlagemöglichkeit in den M. Fund erläutert. Er habe nie öffentlich Werbung für den M. Fund betrieben.

Im Folgenden ist somit zu untersuchen, ob der Beschwerdeführer Anteile des M. Fund öffentlich angeboten und/oder vertrieben hat.

**8.1** Wer öffentlich Anteile einer kollektiven Kapitalanlage anbietet oder vertreibt, bedarf dazu einer Bewilligung der Vorinstanz (Art. 19 Abs. 1 KAG).

Ausländische kollektive Kapitalanlagen, für die in oder von der Schweiz aus öffentlich geworben wird, sind, unabhängig von ihrer Rechtsform, den einschlägigen Bestimmungen dieses Gesetzes (Art. 119 ff.) unterstellt (Art. 2 Abs. 4 KAG).

Werden ausländische kollektive Kapitalanlagen in oder von der Schweiz aus öffentlich vertrieben, so bedürfen deren massgebende Dokumente wie Verkaufsprospekt, Statuten oder Fondsvertrag der Genehmigung der FINMA (Art. 120 Abs. 1 KAG).

Der Begriff der öffentlichen Werbung dient demnach als Unterstellungskriterium für Vertriebsträger (Art. 19 KAG) und ausländische Kapitalanlagen (Art. 2 Abs. 4 und Art. 120 Abs. 1 KAG).

Als öffentliche Werbung im Sinne dieses Gesetzes gilt jede Werbung, die sich an das Publikum richtet. Nicht als Werbung zu qualifizieren ist namentlich die von beaufsichtigten Finanzintermediären erstellte Publikation von Preisen, Kursen und Inventarwerten. Die Werbung gilt als nicht öffentlich, wenn sie sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Artikel 10 Absatz 3 KAG richtet (Art. 3 KAG). Dieser Artikel gilt ebenfalls für das öffentliche Anbieten oder Vertrieben von Anteilen von kollektiven Kapitalanlagen durch Vertriebsträger gemäss Artikel 19 KAG (Art. 3 Abs. 3 der Kollektivanlagenverordnung vom 22. November 2006 [KKV, SR 951.311]).

Als qualifizierte Anlegerinnen und Anleger im Sinne dieses Gesetzes gelten namentlich: a. beaufsichtigte Finanzintermediäre wie Banken, Effekthändler und Fondsleitungen; b. beaufsichtigte Versicherungseinrichtungen; c. öffentlich-rechtliche Körperschaften und Vorsorgeeinrichtungen mit professioneller Tresorerie; d. Unternehmen mit professioneller Tresorerie; e. vermögende Privatpersonen; f. Anlegerinnen und Anleger, die mit einem Finanzintermediär gemäss Buchstabe a einen schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen haben. Der Bundesrat kann weitere Anlegerkategorien als qualifiziert bezeichnen (Art. 10 Abs. 3 und 4 KAG).

**8.2** Vorliegend geht aus den Akten hervor, dass 14 Personen mit einem Bankdepot bei der Bank Z. und einem Investitionsvolumen von total rund Fr. 6 Mio. am M. Fund beteiligt sind. Unter den Investoren sind der Beschwerdeführer und sein Sohn, B./B. Partner sowie ein Kunde von B., die Schwester und einige weitere Verwandte bzw. Bekannte des Beschwerdeführers und seines Sohnes, schliesslich die

Firma G. und Herr K. Zudem investierte eine Person, die dem Beschwerdeführer und seinem Sohn nicht bekannt ist (vgl. Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 19 ff., Akten p. J00 033 ff.).

In der Befragung vom 4. Juli 2008 (vgl. Befragungsprotokoll S. 2, Beilagenkonvolut 2 zum Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008) sowie in der Schlussbefragung vom 13. Oktober 2008 (Befragungsprotokoll S. 2 und 11, Beilagenkonvolut 2 zum Untersuchungsbericht 2) führte der Sohn des Beschwerdeführers aus, der Beschwerdeführer habe den meisten Kunden das Produkt erklärt. Er (Y.) habe die Firma G. und Herrn K. mündlich über den Fund informiert. Der Kontakt zu G. sei über deren Revisor entstanden. Die Firma sei mit dem ursprünglichen Investment nicht glücklich gewesen. Zunächst habe sie einen Treuhandvertrag mit B. aushandeln wollen. Er (Y.) und sein Vater hätten G. und Herrn K. dann über ihren Plan, den Fund zu gründen, informiert, worauf sich G. dafür entschieden habe.

Gemäss dem Untersuchungsbericht 2 (S. 20, Akten p. J00 032, mit Verweis auf Beilage 17 zum Untersuchungsbericht) waren gewisse Angaben zur Struktur des M. Fund (Valorenummer), namentlich zum Domizil und zur Angabe der Fondsleitung und Depotbank, für Berechtigte auf Telekurs abrufbar (vgl. auch S. 11, Ziff. 33 der angefochtenen Verfügung).

**8.3** Werbung liegt dann vor, wenn eine Tätigkeit darauf abzielt, direkt oder indirekt auf eine kollektive Kapitalanlage aufmerksam zu machen und diese abzusetzen und zu vertreiben (RENÉ BÖSCH, in: Watter/Vogt/Bösch/Rayroux/Winzeler, Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, Basel 2009, N. 12 zu Art. 3 KAG).

Der Beschwerdeführer hat – zusammen mit seinem Sohn - die Firma G. sowie Herrn K. über den M. Fund informiert und als Kunden gewonnen. In diesem Sinne hat er Werbung für den Fund betrieben.

Im Weiteren hat der Beschwerdeführer auch bei jenen Anlegern, welche seine Bekannten oder Verwandten sind, für den M. Fund geworben. Es ist nämlich - wie auch die Vorinstanz zu Recht ausführt - höchst unwahrscheinlich und wurde vom Beschwerdeführer auch in keiner Weise dargetan, dass diese Personen durch reinen Zufall und ohne vorherige Information durch ihn oder seinen Sohn in den M. Fund zu investieren begannen.

Das Kriterium der Werbung ist somit erfüllt.

**8.4** Es fragt sich weiter, ob das Kriterium der Öffentlichkeit zu bejahen ist bzw. ob die Werbung, welche der Beschwerdeführer für den M. Fund betrieb, sich an das "Publikum" richtete (Art. 3 KAG).

**8.4.1** Die Vorinstanz bejaht diese Frage. Sie verweist hierzu auf ihr Rundschreiben (FINMA-RS 2008/8 Ziff. 9, entspricht EBK-RS 03/1), wonach jede Werbung, welche sich nicht ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 und 4 KAG richte, als öffentlich gelte.

Beim Rundschreiben der Vorinstanz handelt es sich um eine Verwaltungsverordnung. Verwaltungsverordnungen statuieren im Gegensatz zu Rechtsverordnungen keine neuen Rechte und Pflichten für Private, sind aber insofern von Bedeutung, als sie Gewähr für eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis - insbesondere im Ermessensbereich der Behörde – bieten.

Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Instanz (Art. 2 VGG) an Verwaltungsverordnungen nicht gebunden, sondern bei deren Anwendung frei. Sofern Verwaltungsverordnungen aber eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen, werden sie von den Gerichten bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt (BVG 2008/22 E. 3.1.1, mit weiteren Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 123 ff., TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 14 Rz. 10 f., § 41 Rz. 11 ff.).

**8.4.2** Der von der Vorinstanz in ihrem Rundschreiben vertretenen Auslegung des Begriffs der öffentlichen Werbung wird in der Literatur zum Teil widersprochen.

Im Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz (RENÉ BÖSCH, a. a. O., N. 22 f. zu Art. 3 KAG) wird diesbezüglich ausgeführt, die Auslegung der Vorinstanz widerspreche dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzessystematik. Aus dem in Art. 3 Abs. 1 genannten Grundsatz "als öffentliche Werbung im Sinne dieses Gesetzes gilt jede Werbung, die sich an das Publikum richtet" lasse sich ableiten, dass Werbung, die sich an einen eng umschriebenen Personenkreis richte, nicht öffentlich sei (gleicher Meinung: MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & Mc

Kenzie Zürich [Hrsg.], *Recht der kollektiven Kapitalanlagen*, Bern 2007, C.5., S. 28, sowie PHILIPPE WEBER, *The Offering of Foreign Securities in Switzerland*, in: Thomas U. Reutter/Thomas Werlen [Hrsg.], *Kapitalmarkttransaktionen III*, Zürich 2008, S. 9 f.). Nach der Gesetzessystematik statuiere Art. 3 Satz 1 KAG einen Grundsatz, von welchem in den Sätzen 2 und 3 Ausnahmen gemacht würden. Wenn die von der Vorinstanz im Rundschreiben vertretene Auffassung stimmen würde, hätte es des ersten, den Grundsatz aufstellenden Satzes gar nicht bedurft.

Auch in der Botschaft vom 23. September 2005 zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (BBI 2005 6438) wird festgehalten, als öffentliche Werbung gelte, ohne Rücksicht auf die Form, jede Werbung, die sich nicht an einen eng umschriebenen Kreis von Personen richte.

**8.4.3** Die Auslegung der Vorinstanz, wonach jede Werbung, welche sich nicht ausschliesslich an qualifizierte Anleger richtet, als öffentlich zu betrachten ist, erweist sich als zu pauschal. Hätte der Gesetzgeber eine solche Rechtsfolge gewollt, so hätte er dies ausdrücklich so festlegen müssen. Der Begriff "Publikum" in Art. 3 Satz 1 KAG deutet auf eine grössere Zahl von Adressaten hin. Anhand des Umkehrschlusses kann daraus abgeleitet werden, dass Werbung, die sich an eine Person oder an wenige Personen richtet, nicht als "öffentliche Werbung" qualifiziert werden kann. Das Vorliegen von öffentlicher Werbung ist daher nur zu bejahen, wenn sich die Werbung nicht an einen *eng umschriebenen Kreis von Personen* richtet.

**8.4.4** Ein eng begrenzter Personenkreis liegt nach herrschender Lehre und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn einerseits das Publikum bestimmt ist (z.B. aufgrund vorbestehender Beziehungen), und andererseits dieses auch zahlenmässig klein ist (vgl. z.B. BGE 107 Ib 358 E. 3b/bb; vgl. MATTHIAS KUSTER, *Zum Begriff der Öffentlichkeit und Gewerbmässigkeit im Kapitalmarktrecht*, in: SZW 1997 S. 15 f.). Der Begriff der Öffentlichkeit beinhaltet daher ein qualitatives und ein quantitatives Element.

Diese Auslegung entsprach offenbar auch der Praxis der Vorinstanz zum Anlagefondsgesetz vom 18. März 1994 (AS 1994 2523), wurde doch im Rundschreiben der EBK "Öffentliche Werbung im Sinne der Anlagefondsgesetzgebung" (frühere Fassung des EBK-RS 03/1, Rz. 8) festgehalten, zur Abklärung der Frage, ob öffentliche Werbung vor-

liege, sei ein quantitatives und ein qualitatives Element zu prüfen (vgl. hierzu auch: FRANZ HASENBÖHLER [Hrsg.], Recht der kollektiven Kapitalanlagen unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Aspekte, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 121 f.).

Das qualitative Element steht im Zusammenhang mit dem Schutzzweck des KAG, dem Anlegerschutz. Das KAG gestaltet den Anlegerschutz je nach Schutzbedürftigkeit der Anleger differenziert aus und stuft diesen ab. Aufgrund eines besonderen Verhältnisses zwischen Werbendem und Beworbenem, z.B. eines Vertrauensverhältnisses, kann das Schutzbedürfnis beim Beworbenen so vermindert sein, dass sich aus Gründen des Anlegerschutzes eine Unterstellung unter das KAG nicht rechtfertigt. Eine besondere Beziehung kann sich aber auch aufgrund der Nähe des Anlegers zum Produkt ergeben. Im Zweifelsfall hat der Anbieter den Bestand einer solchen qualifizierten Beziehung nachzuweisen (vgl. BÖSCH, a. a. O., N. 6 ff., insbes. N. 6, 8, 22 f., 26-30 zu Art. 3 KAG; vgl. auch BEAT D. SPECK, Privatplatzierungen im Schweizerischen Primärkapitalmarktrecht, Diss. 2006, S. 87 f.).

In quantitativer Hinsicht besteht keine festgesetzte numerische Freigrenze von Beworbenen, damit eine Werbung nicht als öffentlich gilt. Aufgrund des Begriffes "Publikum" ist jedoch eine Werbung, die sich nur an einen oder ganz wenige potentielle Anleger richtet, nicht als öffentlich zu qualifizieren (vgl. BÖSCH, a.a.O., N. 32 zu Art. 3 KAG).

**8.4.5** Die Frage, ob für eine kollektive Kapitalanlage öffentlich geworben wurde, ist im Einzelfall auf Grund der jeweiligen Umstände und der vorstehend (E. 8.4.4) genannten Elemente zu prüfen.

Am M. Fund beteiligen sich, neben dem Beschwerdeführer, seinem Sohn und B., wie erwähnt, 11 weitere Investoren. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend und es wird auch aus den Akten nicht ersichtlich, dass es sich bei diesen Anlegern ausschliesslich um qualifizierte Anleger nach Art. 10 Abs. 3 KAG handelt.

Indessen war einer der Investoren dem Beschwerdeführer bzw. seinem Sohn gar nicht bekannt; ein weiterer habe sich nach Aussagen von Y. erst nach dem Tod von B. bei ihm gemeldet und erklärt, dass er Investor sei (vgl. Schlussbefragung von Y. vom 13. Oktober 2008, S. 3 oben). Es ist daher nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer gegenüber diesen beiden Personen Werbung betrieben hat.

Die übrigen Anleger in den M. Fund sind zum grossen Teil Verwandte oder Bekannte des Beschwerdeführers und seines Sohnes. Sie stehen in einer besonderen Beziehung zum Beschwerdeführer, weshalb in qualitativer Hinsicht von einem eng begrenzten Personenkreis gesprochen werden kann (vgl. SPECK, a. a. O., S. 88 oben).

In zwei (mit einander verbundenen) Fällen fand ein eigentliches Informations- bzw. Beratungsgespräch mit einer "ausserstehenden" Person bzw. Firma (G. und Herr K.) über die Anlagemöglichkeit in den M. Fund statt. Dieses Gespräch ergab sich indessen nach den unwiderlegten Aussagen des Beschwerdeführers eher zufällig, da die Firma G. mit ihrem ursprünglichen Investment nicht zufrieden gewesen sei und im Rahmen der Abklärungen betreffend eine Investition in die B.-Gruppe sich für den M. Fund zu interessieren begonnen habe. Herr K. sei über einen Freund oder Familienangehörigen, der bei der Firma G. arbeite, zum M. Fund gestossen. Ein Informationsgespräch gegenüber einem bzw. zwei Interessenten, reicht im Übrigen bereits in quantitativer Hinsicht nicht aus, um die Werbung als öffentlich bzw. "an das Publikum gerichtet" zu qualifizieren.

Insofern ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer lediglich gegenüber einem in - qualitativer wie auch quantitativer Hinsicht - eng begrenzten Personenkreis Werbung betrieben hat. Das Kriterium der öffentlichen Werbung ist daher nicht erfüllt.

**8.4.6** Anzumerken bleibt, dass auch durch die Publikation einiger Angaben über den M. Fund im Teletext (vgl. E. 8.2) das Kriterium der öffentlichen Werbung vorliegend nicht erfüllt wird. Denn zum einen wurden weder eigentliche Kontaktdaten (Telefonnummer, [Mail-]Adresse) veröffentlicht, noch ist der Informationsgehalt der übrigen publizierten Angaben hoch genug, als dass ein potentieller Anleger ohne grossen Aufwand eine Zeichnung oder einen Erwerb von Fondsanteilen hätte vornehmen können (Art. 3 Satz 2 KAG, Art. 3 Abs. 2 KKV; vgl. BÖSCH, a.a.O., N. 18 f. zu Art. 3 KAG; COURVOISIER, a.a.O., S. 27 f.). Zum anderen wird mit der Publikation auf Telekurs - anders als bei Veröffentlichung in einer Zeitung - von vornherein nur ein beschränkter Kreis von professionellen Anlegern erreicht (vgl. EBK-JB 1996 S. 53 f.).

**8.5** Somit hat die Vorinstanz zu Unrecht festgestellt, der Beschwerdeführer habe öffentlich Anteile einer kollektiven Kapitalanlage an-

geboten und damit gegen das Kollektivanlagengesetz verstossen. Dispositiv Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist daher aufzuheben.

#### 9.

Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer schliesslich vor, dass er gewerbsmässig eine Effektenhändlerstätigkeit ausübe und damit gegen das Börsengesetz verstosse (Dispositiv Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung). In Dispositiv Ziffer 4 hält sie des Weiteren fest, die vier bestehenden Unterkonten und Unterdepots bei der Bank Z. seien innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieser Verfügung aufzuheben und die Guthaben an die wirtschaftlich Berechtigten zurückzuführen.

Der Beschwerdeführer habe für vier Anleger ein Unterkonto bzw. ein Unterdepot lautend auf seinen Namen zu seinem Konto und Depot eröffnet. Für diese Anleger habe er über diese Unterkonten bzw. Unterdepots Anteile des M. Fund erworben. Die Anleger seien mit dem Argument gewonnen worden, durch das System mit Unterkonten und Unterdepots würden sie Depotgebühren sparen bzw. seien sie nicht an die Vorgaben der Bank betreffend Minimaleinlagen bei Konteneröffnungen gebunden. Dies und der Umstand, dass der M. Fund als Alternative zur Anlage in Unternehmen der B.-Gruppe gedient habe und dass bei drei dieser Unterkonten und Unterdepots keine zusätzlichen Mittel in den Fund investiert, sondern lediglich Positionen der A. Fund Ltd. in solche des Fund gewechselt worden seien, stellten ein Indiz für die Absicht des Beschwerdeführers dar, gegebenenfalls für weitere Anleger Unterkonten und Unterdepots zu seinem Konto zu eröffnen. Damit habe er gewerbsmässig gehandelt und sei als Kundenhändler in Sinne der Börsenverordnung tätig. Nicht massgeblich sei weiter, dass die vier Anleger Familienangehörige oder nahe-stehende Dritte seien.

Der Beschwerdeführer bestreitet, als Kundenhändler gewerbsmässig in eigenem Namen für Rechnung von Kunden mit Effekten gehandelt zu haben. Er habe die vier Unterkonten eröffnet, weil die Eröffnung von eigenen Konten bei der Bank für die betroffenen vier Personen nicht möglich gewesen wäre. Er habe keine Verwaltungshandlungen für diese Konten vorgenommen und auch kein Geld davon erhalten. Es sei auch nicht beabsichtigt gewesen, Erträge zu generieren. Er habe bezüglich der Unterkonten gar nie mit Effekten gehandelt, weder solche erworben noch verkauft. Die Handelstätigkeit und die Transaktionen auf diesen Unterkonten bzw. -depots sei ausschliesslich von

der Bank Z. abgewickelt worden. Die Unterkonten seien durch die Bezeichnung und die offen gelegten wirtschaftlich Berechtigten gegenüber der Bank klar von seinem eigenen Depot getrennt. Daher erübrige sich auch die Prüfung der Gewerbsmässigkeit, welche ohnehin nicht gegeben wäre. Weil der Beschwerdeführer keinen gewerbsmässigen Effektenhandel betrieben habe, seien bezüglich der Unterkonten und -depots aufsichtsrechtliche Massnahmen weder erforderlich noch zulässig. Die Anordnung der Auflösung der Unterkonten und -depots verletze somit Bundesrecht und sei aufzuheben.

**9.1** Wer als Effektenhändler tätig werden will, bedarf einer Bewilligung der Vorinstanz (Art. 10 Abs. 1 BEHG).

Effektenhändler sind natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, die gewerbsmässig für eigene Rechnung zum kurzfristigen Wiederverkauf oder für Rechnung Dritter Effekten auf dem Sekundärmarkt kaufen und verkaufen, auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten oder selbst Derivate schaffen und öffentlich anbieten (Art. 2 Bst. d BEHG).

Kundenhändler sind Effektenhändler, die gewerbsmässig in eigenem Namen für Rechnung von Kunden mit Effekten handeln und:

- a. selber oder bei Dritten für diese Kunden Konten zur Abwicklung des Effektenhandels führen; oder
- b. Effekten dieser Kunden bei sich oder in eigenem Namen bei Dritten aufbewahren (Art. 3 Abs. 5 der Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996 [BEHV, SR 954.11]).

Im Unterschied zu Eigenhändlern, Emissionshäusern und Derivathäusern sind Kundenhändler auch dann Effektenhändler im Sinne des Gesetzes, wenn sie nicht hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind (Art. 2 Abs. 1 und 2 BEHV).

**9.2** Im Rundschreiben der Vorinstanz "Erläuterungen zum Begriff Effektenhändler" (EBK-RS 98/2, entspricht FINMA Rundschreiben 2008/5, Rz. 50 und 51) wird ausgeführt, der Kundenhändler trete gegenüber Dritten (Banken, Effektenhändlern, Brokern, Börsen etc.) in eigenem Namen auf, das wirtschaftliche Risiko der von ihm getätigten oder in Auftrag gegebenen Effektengeschäfte trage jedoch sein Kunde. Der Kundenhändler handle insbesondere auch in eigenem Namen, wenn er bei Dritten für jeden seiner Kunden je einzeln ein Konto oder Depot ("comptes miroirs") führe. Kundenhändler sei ebenfalls, wer

über sein eigenes Konto oder Depot gestützt auf entsprechende Vollmachten Effekten für Kunden kaufe oder verkaufe.

Die Anforderungen der Kontoführung oder Aufbewahrung von Effekten seien erfüllt, wenn der Kundenhändler und sein Kunde einen Depotvertrag, einen Kontovertrag oder einen Treuhandvertrag abgeschlossen hätten und der Kundenhändler dadurch Aufbewahrer oder treuhänderischer Eigentümer der entsprechenden Vermögenswerte werde bzw. aufgrund der tatsächlichen Tätigkeit eine entsprechende Rechtslage gegeben sei. Gestützt auf diese vertraglichen bzw. tatsächlichen Beziehungen führe der Kundenhändler selber oder bei Dritten für den Kunden Konten oder bewahre für diesen Effekten selber oder bei Dritten auf.

**9.3** Der Begriff der Gewerbsmässigkeit wird im BEHG nicht definiert (vgl. zum Ganzen: KUSTER, a.a.O., S. 14).

Hinsichtlich der Betätigung als Bank bestimmt Art. 3a Abs. 2 der Bankenverordnung, dass gewerbsmässig im Sinne des Gesetzes handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegen nimmt (vgl. E. 4.2 hiervoor).

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 (BBI 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).

In EBK-RS 98/2 wird ebenfalls auf die Handelsregisterverordnung verwiesen und festgehalten, Gewerbsmässigkeit bedeute, dass das Effektengeschäft eine selbständige und unabhängige wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die darauf ausgerichtet ist, regelmässige Erträge zu erzielen (Rz. 12). Für Kundenhändler sei ein zusätzliches Kriterium anwendbar, er handle dann gewerbsmässig, wenn er direkt oder indirekt für mehr als 20 Kunden Konten führe oder Effekten aufbewahre (Rz 13. und Rz. 49). Dieses Kriterium besteht, um Kohärenz mit der Bankengesetzgebung zu gewährleisten (PHILIPPE A. HUBER, a.a.O., N. 54 zu Art. 2 Bst. d BEHG).

**9.4** Vorliegend ist erstellt, dass der Beschwerdeführer für vier Anleger die Anteile des Fund über ein Unterkonto und Unterdepot zu seinem Konto und Depot erworben hat, welches für jeden dieser vier Anleger eröffnet wurde und auf seinen Namen lautete. Über diese Unterkonten und Unterdepots wurden auch Anteile der (inzwischen liquidierten) A. Fund Ltd. verkauft. Bei drei dieser vier Unterkonten wurden keine zusätzlichen Mittel in den Fund investiert, sondern es wurde lediglich von Positionen der A. Fund Ltd. in solche des M. Fund gewechselt (vgl. Beilage 19 zum Untersuchungsbericht 2).

Gemäss den Aussagen von Y. wurden die Unterkonten und Unterdepots von seinem Vater deshalb organisiert, um die erheblichen Kontoführungskosten der Bank Z. einzusparen bzw. um nicht an die Vorgaben der Bank betreffend Minimaleinlagen bei Konteneröffnungen gebunden zu sein. Bei den wirtschaftlich Berechtigten an den Unterkonten und -depots handelt es sich um die Tochter des Beschwerdeführers, sein Patenkind, eine langjährige Bekannte der Familie und eine nicht nahestehende Person, welche dem Beschwerdeführer von einem Bekannten vorgestellt worden sei.

**9.5** Der Beschwerdeführer betätigte sich, indem er für Rechnung von Kunden in eigenem Namen Anteile des A. Fund Ltd. verkauft sowie Anteile des M. Fund gekauft und zu diesem Zweck für diese Personen Konten bei der Bank Z. geführt hat, als Kundenhändler (Art. 2 Bst. d BEHG sowie Art. 3 Abs. 5 BEHV).

Der Beschwerdeführer hat indessen nur für vier Personen Konten geführt bzw. Effekten aufbewahrt, womit die für das Bejahen der Gewerbsmässigkeit erforderliche Anzahl von 20 Kunden bei Weitem nicht erreicht ist (vgl. E. 9.3 hiavor).

Die Vorinstanz bejaht die Gewerbsmässigkeit des Effektenhandels anhand von Vermutungen, die sich vorliegend nicht nachweisen lassen. So ist nicht erstellt, dass der Beschwerdeführer beabsichtigte, zusätzliche Unterkonten und Unterdepots zu eröffnen und anhand dieser für Rechnung von weiteren Personen Effektenhandel zu betreiben. Als Indiz gegen diese Vermutung lässt sich immerhin anführen, dass drei der vier wirtschaftlich Berechtigten an den bestehenden Unterkonten und Unterdepots Verwandte und (enge) Bekannte des Beschwerdeführers sind, der Beschwerdeführer die Möglichkeit des Anlegens von Unterkonten somit nicht gegenüber Unbekannten oder einer Mehrzahl von Personen angeboten hat. Die

Vorinstanz hat auch in keiner Weise dargelegt, inwiefern es sich bei dem vom Beschwerdeführer betriebenen Effektenhandel um eine selbständige und unabhängige wirtschaftliche Tätigkeit handelt, die darauf ausgerichtet ist, regelmässige Erträge zu erzielen. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass er überhaupt Einkünfte bzw. Erträge aus der Tätigkeit im Zusammenhang mit den vier Unterkonten generiert hat. Hierzu wird von den Untersuchungsbeauftragten in einer internen Mitteilung (Beilage 28 S. 3 zum Untersuchungsbericht 2) festgehalten, bezüglich der Unterkonten und -depots könne aufgrund mangelnder Nachweise bzw. Belege und Buchungstexte keine Aussage über das Einbehalten bzw. eine allfällige Privatverwendung von Kundengeldern gemacht werden; das Provisionierungssystem und die Entlohnung seien unklar.

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer nur für vier Personen Effektenhandel betrieben hat und hinreichende Indizien fehlen, welche auf eine geplante Ausweitung dieses engen, überwiegend privaten Kundenkreises hindeuten, führt zum Schluss, dass das Kriterium der Gewerbsmässigkeit zu verneinen ist.

Die Feststellung der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (Dispositiv Ziffer 3), der Beschwerdeführer habe gewerbsmässig eine Effektenhändler-tätigkeit ausgeführt, ist somit aufzuheben. Desgleichen ist Dispositiv Ziffer 4 der Verfügung vom 29. Oktober 2008 aufzuheben, welche eine Auflösung der betroffenen vier Unterkonten und Unterdepots anordnet.

## **10.**

Der Beschwerdeführer beantragt, die angefochtene Verfügung sei bezüglich der Kosten der Untersuchungsbeauftragten 2 aufzuheben. Da bereits die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten 2 rechtswidrig erfolgt sei, könnten dem Beschwerdeführer auch deren Kosten nicht auferlegt werden. Auch die solidarische Haftung sei nicht zulässig, zumal der Beschwerdeführer mit den anderen Verfügungsadressaten keine Gruppe bilde.

**10.1** Im Zusammenhang mit der Rüge bezüglich der Höhe der Untersuchungskosten ist zunächst vorfrageweise abzuklären, ob die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten 2 rechtmässig und verhältnismässig war.

Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich insbesondere geltend, bereits die Abklärungen der Untersuchungsbeauftragten 1 hätten klar aufgezeigt, dass keine Vermögenswerte von Anlegern der B.-Gruppe beim Beschwerdeführer sicherzustellen seien. Mit dem Tod von B. sei seine Tätigkeit für die B.-Gruppe vollständig eingestellt worden. Bereits seit Februar 2008 hätten der Beschwerdeinstanz andere, weniger eingreifende Massnahmen zur Klärung des Sachverhalts wie die Befragung des Beschwerdeführers und die Einforderung von Unterlagen zur Verfügung gestanden. Es habe keine Kollusionsgefahr zwischen den Verfügungsadressaten der superprovisorischen Verfügung bestanden, da der Sachverhalt zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung bereits während sieben Monaten ermittelt worden sei.

**10.1.1** Nach Art. 23<sup>quater</sup> BankG (vgl. AS 1971 816) kann die Vorinstanz eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragter). Die Berichterstattung des Untersuchungsbeauftragten hat keinen zwingenden Charakter; hoheitlich entscheidende Behörde ist und bleibt die Vorinstanz. Die abschliessende Würdigung bzw. Bewertung des von den Untersuchungsbeauftragten zusammengetragenen Materials obliegt der Aufsichtsbehörde (BGE 130 II 351 E. 3.3.2). Die Kosten für die Dienstleistungen des Untersuchungsbeauftragten gehen zu Lasten des betroffenen Institutes resp. der betroffenen Gesellschaft oder Person, welche auf Anordnung der Vorinstanz einen Kostenvorschuss zu leisten hat (THOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, in: Watter/ Vogt/Bauer/Winzeler, Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, N. 14 ff. zu Art. 23<sup>quater</sup>; DIETER ZOBL, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2005, N. 35 ff. zu Art. 23<sup>quater</sup>; Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8074 f.)

Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststünde; es genügt, dass aufgrund der konkreten Umstände hierfür objektive Anhaltspunkte bestehen, wobei sich der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend klären lässt. Der zu beseitigende Missstand liegt in diesem Fall in der unklaren Ausgangslage, die es zu bereinigen gilt (BGE 130 II 351 E. 2.2, BGE 126 II 111 E. 4c).

**10.1.2** Zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 1. Juli 2008 wie auch der Verfügung vom 19. August 2008 bestand der dringende Verdacht, dass der Beschwerdeführer ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegen genommen hatte. Dieser Verdacht hat sich, wie vorstehend aufgezeigt wurde, bestätigt.

Die Untersuchungsbeauftragte 1 hatte die Aufgabe, die Geschäftstätigkeit der B.-Gruppe abzuklären und darüber einen Bericht zu erstatten. Die Untersuchung ergab, dass die Anleger- und Gläubigerinteressen massiv gefährdet waren, da die B.-Gruppe nur noch über Aktiven von etwas mehr als einem Viertel des Betrags verfügte, welchen die Anleger insgesamt investiert hatten (vgl. Untersuchungsbericht 1 vom 30. Juni 2008 S. 44 ff., Akten p. H01 008 ff.).

Im Rahmen ihrer Untersuchung stiess die Untersuchungsbeauftragte 1 auf die Namen von Vermittlern, zu denen sie erste Informationen sammelte. So führte sie in den "Ergebnissen der Kontenanalyse", S. 3 (Beilage 35 zum Untersuchungsbericht 1) an, auf dem Konto bei der Kantonalbank des Kantons D. lautend auf den Beschwerdeführer und seinen Sohn seien in den Jahren 2006 und 2007 Gutschriften in der Höhe von rund Fr. 4.65 Mio. eingegangen. Diesen Gutschriften stünden Belastungen von ca. Fr. 4.4 Mio. gegenüber. Um die jeweiligen Empfänger dieser Zahlungen zu identifizieren, müssten jeweils die einzelnen Buchungsbelege eingesehen werden.

Die Rolle der jeweiligen Vermittler und die Detailanalyse ihrer Tätigkeit war nicht Bestandteil des Auftrags der Untersuchungsbeauftragten 1. Sie hielt denn auch fest, dass keine verlässlichen Aussagen darüber gemacht werden könnten, ob bzw. in welchem Umfang die Vermittler nach wie vor tätig seien (Untersuchungsbericht 1, S. 42, Akten p. H01 010).

**10.1.3** Im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Vermittler bestanden demnach viele offene Fragen, welche einer eingehenden Untersuchung bedurften. Unklar war bspw., wer die Empfänger von Zahlungen vom Konto des Beschwerdeführers und seines Sohnes bei der Kantonalbank des Kantons D. waren, wie die von den Anlegern auf die Konten einbezahlten Beträge verwendet wurden und ob der Beschwerdeführer weiterhin als Vermittler tätig war.

Noch während der Tätigkeit der Untersuchungsbeauftragten 2 blieb lange ungeklärt, worin der Rechtsgrund für verschiedene Über-

weisungen in der Höhe von insgesamt rund Fr. 1.5 Mio. vom fraglichen Konto bei der Kantonalbank des Kantons D. auf diverse Konten des Beschwerdeführers und seines Sohnes lag (Beilage 14 zum Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008).

Bei dieser Sachlage war es ohne Weiteres gerechtfertigt, zusätzliche Abklärungen betreffend die Person und Tätigkeit des Beschwerdeführers (wie auch der anderen in grossem Umfang tätigen Vermittler) sowie die über seine Konten geflossenen Geldflüsse zu veranlassen.

Anzumerken ist im Übrigen, dass auch die Untersuchungen betreffend den M. Fund gerechtfertigt waren. Aufgrund der Ähnlichkeit der Struktur des M. Fund mit jener des A. Fund sowie aufgrund des Mitwirkens von B. im M. Fund und der Zugehörigkeit des Beschwerdeführers zur B.-Gruppe war es notwendig zu klären, welche Rolle dem M. Fund innerhalb der Unternehmen der B.-Gruppe zukam, welche Verknüpfungen bestanden und ob bzw. inwiefern der Beschwerdeführer im Rahmen dieses Anlagevehikels unbewilligten Tätigkeiten nachging.

Es ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer nicht dargetan, wie der Sachverhalt auf andere Weise als vor Ort durch den Beizug von Untersuchungsbeauftragten auf befriedigende Art hätte abgeklärt werden können. Es standen mithin keine "milderen Massnahmen" zur Klärung des Sachverhalts zur Verfügung. Insbesondere hätte es nicht genügt, sich allein auf die Äusserungen und Auskünfte der vom Verfahren betroffenen Personen, z. B. des Beschwerdeführers, zu verlassen.

Die Untersuchungsbeauftragten 2 klärten die Rolle des Beschwerdeführers innerhalb der B.-Gruppe und im Rahmen des M. Fund eingehend ab und stellten sie in ihrem Untersuchungsbericht detailliert dar (Untersuchungsbericht 2 vom 14. Oktober 2008 S. 13, 17, 19 f., 22 - 29).

Gestützt auf die genannten Umstände und offenen Fragen war die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten 2 sowohl als supervisorische wie auch als eigentliche vorsorgliche Massnahme verhältnismässig und nicht bundesrechtswidrig.

**10.2** Die Untersuchungskosten fallen im Rahmen von direkten Aufsichtshandlungen an. Sie wurden somit zu Recht gestützt auf Art. 13

Abs. 1 Bst. a der EBK-Gebührenverordnung vom 2. Dezember 1996 (EBK-GebV, AS 2003 3703) erhoben und direkt vom Beschwerdeführer als beaufsichtigter Person einverlangt.

Art. 11 EBK-GebV (AS 1997 41) legt fest, dass sich die Erhebung von Gebühren zur Deckung von Verfahrenskosten nach der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (Kostenverordnung VwV; SR 172.041.0) richtet. Gemäss Art. 7 Kostenverordnung VwV tragen mehrere Parteien ihre gemeinsamen Verfahrenskosten zu gleichen Teilen und haften dafür solidarisch, soweit die Beschwerdeinstanz in der Entscheidungsformel nichts anderes verfügt.

Wie vorstehend dargelegt (E. 5.2), hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer zu Recht als Teil der B.-Gruppe betrachtet; dieser bildet - zusammen mit den übrigen Verfügungsadressaten - eine Gruppe, die aufsichtsrechtlich als Einheit behandelt werden muss.

Somit hat die Vorinstanz die Untersuchungskosten zu Recht solidarisch auferlegt (vgl. hierzu etwa das Urteil des BGer 2C\_324/2009 vom 9. November 2009 E. 4.2).

**10.3** Die Höhe der Untersuchungskosten wird vom Beschwerdeführer nicht beanstandet, weshalb sich Weiterungen hierzu erübrigen.

**10.4** In Gutheissung eines entsprechenden Verfahrensantrags des Beschwerdeführers edierte das Bundesverwaltungsgericht bei der Vorinstanz umfangreiche weitere Aktenbestände, welche sich indessen bei den Untersuchungsbeauftragten 2 befanden und aus den übrigen Aktenbeständen ausgeschieden bzw. speziell erfasst werden mussten. Der entsprechende Aufwand wurde von den Untersuchungsbeauftragten 2 in der Abrechnung vom 3. April 2009 dokumentiert und begründet. Er beläuft sich auf Fr. 2726.60.

Bei diesem Aufwand handelt es sich um Kosten, welche den Untersuchungsbeauftragten 2, bzw. der Vorinstanz als deren Auftraggeberin, entstanden sind (Art. 23<sup>quater</sup> BankG). Es liegt daher im Zuständigkeitsbereich der Vorinstanz, in einer anfechtbaren Verfügung über die Verlegung der Kosten der Untersuchungsbeauftragten zu entscheiden, wobei diese in der Regel von den untersuchten Gesellschaften bzw. Personen zu begleichen sind (vgl. E. 10.1.1).

Der Antrag der Vorinstanz, das Bundesverwaltungsgericht habe die Kosten in der Höhe von Fr. 2726.60 im Zusammenhang mit der Einreichung der Unterlagen der Untersuchungsbeauftragten 2 dem Beschwerdeführer und seinem Sohn aufzuerlegen, ist daher abzuweisen und die Sache ist zuständigkeitshalber an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **11.**

Der Beschwerdeführer rügt, die von der Vorinstanz auf Fr. 10'000.- festgesetzten sowie ihm und seinem Sohn solidarisch auferlegten Verfahrenskosten für die Zwischenverfügung vom 19. August 2008 seien masslos überrissen und stünden in keinem Zusammenhang mit dem effektiven Zeitaufwand für die Abfassung dieser Verfügung, zumal sie weitgehend der Verfügung vom 1. Juli 2008 entspreche und diese Verfügung nicht kostenpflichtig sei.

Die Vorinstanz ist demgegenüber der Meinung, die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- seien verhältnismässig.

**11.1** Die Vorinstanz stützt sich bei der Auferlegung der Verfahrenskosten auf Art. 11 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 der EBK-GebV.

Nach der EBK-Gebührenverordnung sind für die Bemessung der Gebühren insbesondere der Zeitaufwand, die erforderliche Sachkenntnis, die Behandlung eines Geschäfts durch die Vorinstanz oder ihr Sekretariat sowie das Interesse des Gebührenpflichtigen an einer Dienstleistung massgebend (Art. 10 EBK-GebV, AS 1997 41).

Nach Art. 11 EBK-GebV richtet sich die Erhebung von Gebühren zur Deckung von Verfahrenskosten nach der Kostenverordnung VwV. Die Spruchgebühren werden im Rahmen der Ansätze nach Artikel 12 festgelegt. Die Schreibgebühren sind in den Spruchgebühren enthalten (AS 1997 41, AS 2003 3701).

Die EBK erhebt für ihre Verfügungen von natürlichen oder juristischen Personen Spruchgebühren in der Höhe von bis zu 30'000.- Franken je Partei für den Entscheid über eine Zwangsunterstellung unter ein Aufsichtsgesetz und bis zu 10'000.- Franken je Partei in jedem anderen Verfahren auf Erlass einer Verfügung (Art. 12 Abs. 1 Bst. h EBK-GebV, AS 2006 5346).

Die Bestimmung der Höhe der Verfahrenskosten im Einzelfall liegt im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz. Die von der Vorinstanz erhobenen Verfahrenskosten haben in einem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand zu stehen (Urteil des BVGer B-7734/2008 vom 30. März 2009 E. 6.2).

**11.2** Der Beschwerdeführer übersieht, dass die Vorinstanz nicht nur die Verfügung verfassen, sondern auch die umfangreichen Beschwerdeschriften des Beschwerdeführers und seines Sohnes lesen, deren Argumente untersuchen und abwägen sowie die Akten im Hinblick auf die gemachten Einwände erneut studieren musste.

Zudem fällt auf, dass die Vorinstanz im angefochtenen, gegen fünf Verfügungsadressaten gerichteten Entscheid vom 29. Oktober 2008 trotz vergleichsweise aufwändigem Verfahren mit Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 35'000.- weit unter der oberen Kostengrenze blieb (vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. h EBK-GebV). Insgesamt erscheint ihr Kostenentscheid daher vertretbar.

## **12.**

Der Beschwerdeführer rügt, die Verfahrenskosten für die Verfügung vom 29. Oktober 2008 könnten ihm nicht auferlegt werden, weil die Vorinstanz aufgrund seiner dokumentierten Mitwirkungsbereitschaft gar nie eine Verfügung hätte erlassen müssen. Auch die solidarische Haftung des Beschwerdeführers für die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 35'000.- verletze Bundesrecht, da er mit den anderen Adressaten der Verfügung aufsichtsrechtlich keine Gruppe gebildet habe.

Wie oben aufgezeigt, erweist sich die angefochtene Verfügung, soweit sie den Beschwerdeführer betrifft, als erforderlich und rechtmässig. Somit ist es gemäss Art. 11 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Bst. h EBK-GebV (AS 1997 41 und AS 2006 5346) ohne Weiteres zulässig, dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten dafür aufzuerlegen. Auch das Prinzip der solidarischen Kostenauflegung lässt sich nicht beanzweifeln und rechtfertigt sich, wie vorstehend dargelegt wurde, auch in der hier zu beurteilenden Konstellation.

Die Rüge des Beschwerdeführers ist somit auch diesbezüglich abzuweisen.

**13.**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als der Beschwerdeführer die Aufhebung von Dispositiv Ziffer 2, Dispositiv Ziffer 3 und Dispositiv Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung beantragt. Weitergehend erweist sich die Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann, als unbegründet und ist abzuweisen.

**13.1** Die Beschwerdeinstanz auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Da auf acht der zwölf Beschwerdeanträge (vgl. Sachverhalt Bst. B) nicht eingetreten werden konnte (Antrag 1a, 1b, 1c, 2, 3, 4, 7 und 8, vgl. E. 1.3. bis 1.5) und die Beschwerde im Übrigen zum grossen Teil abgewiesen wurde (insbesondere keine Aufhebung der Dispositiv Ziffern 1, 11 und 12 der angefochtenen Verfügung), rechtfertigt sich lediglich eine geringe Ermässigung der dem Beschwerdeführer aufzuerlegenden Verfahrenskosten.

Zu berücksichtigen ist im Weiteren, dass dem Beschwerdeführer auch die Kosten des Abschreibungsentscheides vom 12. Dezember 2008 zu einem grossen Teil zu überbinden sind, weil das damalige Verfahren (B-5163/2008) - wie das Ergebnis des vorliegenden Verfahrens zeigt - für den Beschwerdeführer negativ ausgegangen wäre (Art. 5 VGKE).

Das Gericht erachtet demnach Verfahrenskosten von Fr. 3000.- für das vorliegende Verfahren und Fr. 1000.- für das Verfahren B-5163/2008, insgesamt also Fr. 4000.- (inkl. MwSt.), als angemessen (vgl. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für die Zwischenverfügungen werden keine zusätzlichen Kosten veranschlagt.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4000.- werden mit dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4000.- verrechnet.

**13.2** Für ihm erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten ist dem Beschwerdeführer, da er teilweise obsiegt, eine ge-

kürzte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE).

Da der Beschwerdeführer keine Kostennote eingereicht hat, ist die Entschädigung auf Grund der Akten zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Auf Grund der Akten ist dem teilweise obsiegenden Beschwerdeführer zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von total Fr. 1'000.- zuzusprechen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv Ziffern 2, 3 und 4 der Verfügung vom 29. Oktober 2008 werden aufgehoben. Weitergehend wird die Beschwerde - soweit darauf einzutreten ist - abgewiesen.

#### **2.**

Die Rechnung der Untersuchungsbeauftragten 2 vom 3. April 2009 wird zuständigkeitshalber an die Vorinstanz überwiesen, damit sie über die Verlegung dieser Kosten entscheide.

#### **3.**

Dem Beschwerdeführer werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- für die Verfahren B- 7765/2008 und B-5163/2008 auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- verrechnet.

#### **4.**

Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1000.- (inkl. MwSt.) zugesprochen.

#### **5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2008-10-20/237/25354; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler

Marion Spori Fedail

**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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 17. Dezember 2009