



## Urteil vom 16. März 2016

---

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),  
Eva Schneeberger und Philippe Weissenberger;  
Gerichtsschreiberin Kinga Jonas.

---

Parteien

1. **A.** \_\_\_\_\_,  
2. **B.** \_\_\_\_\_ **AG in Liquidation**,  
Beschwerdeführende,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA**,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen /  
Liquidation und Konkurs / Werbeverbot und Publikation.

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

Der Beschwerdeführer war ab dem 30. August 2011 Verwaltungsrat und ab dem 8. August 2014 einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident der B.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation mit Sitz in St. Gallen.

Die Vorinstanz wurde im Dezember 2013 durch Hinweise von Privatpersonen darauf aufmerksam gemacht, dass die B.\_\_\_\_\_ AG gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehme.

Mit Verfügung vom 26. Februar 2015 stellte die Vorinstanz fest, dass die B.\_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdeführer – aufgrund seines massgeblichen Beitrags – ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen des Bankengesetzes schwer verletzt hätten. Die Vorinstanz ordnete die Liquidation der B.\_\_\_\_\_ AG auf dem Weg des Konkurses an. Als Zeitpunkt der Konkursöffnung setzte sie den 2. März 2015 fest. Des Weiteren belegte die Vorinstanz den Beschwerdeführer unter Strafandrohung mit einem Tätigkeits- und Werbeverbot. Schliesslich verfügte die Vorinstanz die Veröffentlichung dieser Massnahmen nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung für die Dauer von drei Jahren auf ihrer Internetseite. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 18'000.– auferlegte die Vorinstanz solidarisch der B.\_\_\_\_\_ AG und dem Beschwerdeführer.

**B.**

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 23. März 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, ihm sei auf Grund seines Gesundheitszustands sowie der deshalb erforderlichen ambulanten bzw. stationären Behandlung eine angemessene Nachfrist von ungefähr vier Wochen zur Ergänzung seiner Beschwerde einzuräumen. Er sei dabei, Kontakt zu einem Rechtsvertreter aufzunehmen. In der Sache bringt er vor, die Vorinstanz habe den Konkurs über die B.\_\_\_\_\_ AG lediglich neun Arbeitstage nach Erhalt seiner abschliessenden Stellungnahme verfügt, ohne "beweiserhebliche Faktoren" zu berücksichtigen.

**C.**

Mit Zwischenverfügung vom 26. März 2015 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, seine Beschwerde bis zum 24. April 2015 zu ergänzen.

Mit Eingabe vom 18. April 2015 ersuchte der Beschwerdeführer um eine Erstreckung der Frist zur Beschwerdeergänzung bis zum 22. Mai 2015. Zur

Begründung verwies er auf seinen Gesundheitszustand und den damit verbundenen internistischen Behandlungen.

Mit Verfügung vom 23. April 2015 erstreckte das Bundesverwaltungsgericht die Frist zur Beschwerdeergänzung bis zum 22. Mai 2015.

Mit Eingabe vom 20. Mai 2015 beantragte der Beschwerdeführer, ihm sei auf Grund verschiedener ambulanter, ärztlicher Behandlungstermine eine weitere Frist zur Ergänzung seiner Beschwerde einzuräumen.

Mit Verfügung vom 26. Mai erstreckte das Bundesverwaltungsgericht die Frist zur Beschwerdeergänzung letztmals bis zum 19. Juni 2015 mit dem Hinweis, dass bei ungenutztem Fristablauf auf die Beschwerde unter Kostenfolge nicht eingetreten werde.

Mit Eingabe vom 18. Juni 2015 erklärte der Beschwerdeführer, er habe noch keinen Schweizerischen Rechtsanwalt mandatieren können. Er macht geltend, der Umstand, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung bereits am 26. Februar 2015 erlassen habe, obwohl ihr seine Stellungnahme vom 15. Februar 2015 erst am 19. Februar 2015 zugegangen sein dürfte, deute auf deren Voreingenommenheit hin. Der Umstand, dass die Vorinstanz die Rolle von C. \_\_\_\_\_ bei ihrem Entscheid nicht berücksichtigt habe, deute ebenfalls auf deren Voreingenommenheit hin. Eine der Vorinstanz eingereichte Kundenliste zeige, dass die B. \_\_\_\_\_ AG weniger als 19 Publikumseinlagen entgegengenommen habe. Des Weiteren habe die B. \_\_\_\_\_ AG keinerlei (Steuer-)Schulden gehabt, das Unternehmenskonto sei vielmehr im Plus gewesen. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass das in X. \_\_\_\_\_ wegen Betrugs gegen ihn laufende Ermittlungsverfahren eingestellt worden sei.

#### **D.**

Mit Vernehmlassung vom 5. August 2015 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie verzichtet auf weitergehende Ausführungen und verweist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf die angefochtene Verfügung.

Mit Verfügung vom 6. August 2015 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführer, angesichts der knappen Begründung seiner Beschwerde erneut zu der angefochtenen Verfügung Stellung zu nehmen. Zudem forderte das Gericht den Beschwerdeführer auf, mitzuteilen, ob er – wie in Aussicht gestellt – einen Rechtsvertreter mandatiert habe.

Mit Eingabe vom 25. August 2015 beantragte der Beschwerdeführer unter Verweis auf seinen Krankheitszustand eine weitere Fristerstreckung zur Einreichung einer Stellungnahme bis zum 16. September 2015. Er gehe davon aus, dass er bald ein erstes Beratungsgespräch mit einem Rechtsvertreter haben werde. In der Sache macht er geltend, es bestünden Zweifel an der Glaubhaftigkeit von D.\_\_\_\_\_, die die Vorinstanz im Dezember 2013 darum ersucht habe, die Tätigkeiten der B.\_\_\_\_\_ AG zu überprüfen.

Mit Verfügung vom 3. September 2015 gewährte das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer eine letztmalige Fristerstreckung bis zum 16. September 2015 mit dem Hinweis, dass bei ungenutztem Fristablauf auf Grund der Akten entschieden werde.

Mit Eingabe vom 14. September 2015 wiederholt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe seine Stellungnahme vom 15. Februar 2015 nur formhalber entgegengenommen und fügt diese unverändert in seine Eingabe ein. Mit Bezug auf C.\_\_\_\_\_ wiederholt er, dass die Vorinstanz dessen Rolle zu Unrecht ignoriert habe. Dieser sei massgeblich beim Erwerb der B.\_\_\_\_\_ AG eingebunden gewesen, habe auch Geschäfte besorgt und zweckbestimmt Gelder für seine Firmen entgegengenommen. Als erfahrener Finanzintermediär habe ihm C.\_\_\_\_\_ gesagt, dass pro Geschäftsfall jeweils 19 Publikationen getätigt werden dürften, weshalb die Einteilung der Invest-Darlehen in "Vorgänge in Ost und Süd" in Ordnung sei. Die Kontosaldi der B.\_\_\_\_\_ AG zeigten, dass die Vorinstanz den Konkurs über die Gesellschaft übereilt eröffnet habe.

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

#### **1.**

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

**1.1** Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 26. Februar 2015 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG), worunter die Vorinstanz fällt (Art. 4 i.V.m. Art. 54 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]).

Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung zuständig.

**1.2** Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressat der angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Damit ist er mit Bezug auf die ihn selbst betreffenden Punkte des Dispositivs der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert.

Der Beschwerdeführer hat die vorliegend zu beurteilende Beschwerde zwar ausschliesslich im eigenen Namen und nicht im Namen der B.\_\_\_\_\_ AG, dessen Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift er war, eingereicht. Da es sich vorliegend um eine Laienbeschwerde handelt, wäre es jedoch überspitzt formalistisch, nur insoweit auf die Beschwerde einzutreten, als sie sich gegen diejenigen Teile der angefochtenen Verfügung richtet, die den Beschwerdeführer direkt und persönlich betreffen (vgl. Urteil des BVGer B-1617/2013 vom 3. März 2015 E. 1.2.7, m.w.H.). Deshalb ist, soweit der Beschwerdeführer – sinngemäss – auch die Aufhebung derjenigen Teile der angefochtenen Verfügung beantragt, welche sich gegen die B.\_\_\_\_\_ AG richten, davon auszugehen, dass er auch im Namen der Gesellschaft, der Beschwerdeführerin, Beschwerde erheben möchte. Als Organ der B.\_\_\_\_\_ AG ist der Beschwerdeführer gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zur Beschwerdeführung im Namen der Gesellschaft berechtigt (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.1; Urteil B-1617/2013 E. 1.2.7, m.w.H.).

**1.3** Die Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 49 VwVG).

**1.4** Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## **2.**

Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt hat sich in den Jahren 2012 bis 2014 (vgl. Rz. 21 ang. Verfügung) ereignet. Damit sind gemäss ständiger Rechtsprechung die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, insbesondere die alte Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, in Kraft bis zum 31. Dezember 2014 (aBankV, AS 1972 821) in ihrer Fassung vom 12. Dezember 1994 (AS 1995 253). Die am 1. Januar 2015 in Kraft

getretene, vollständig revidierte Bankenverordnung vom 30. April 2014 (BankV, SR 952.02) ist demgegenüber noch nicht anwendbar (vgl. Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 2, m.w.H.).

### 3.

In formeller Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, der Umstand, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung bereits am 26. Februar 2015 erlassen habe, obwohl ihr seine Stellungnahme vom 15. Februar 2015 erst am 19. Februar 2015 zugegangen sein dürfte, deute auf deren Voreingenommenheit hin. Es entstehe der Eindruck, die Vorinstanz habe seine Stellungnahme nur formhalber entgegen genommen, ohne "beweis-erhebliche Faktoren" zu berücksichtigen, da sie sich innerhalb der kurzen Zeitspanne zwischen der Zustellung seiner Stellungnahme und dem Erlass ihrer Verfügung nicht ausreichend mit seiner Stellungnahme habe auseinandersetzen können.

Des Weiteren habe die Vorinstanz die Rolle von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in ihrem Entscheid zu Unrecht nicht berücksichtigt.

**3.1** Mit Bezug auf die Rüge, die Vorinstanz habe seine Stellungnahme vom 15. Februar 2015 in der angefochtenen Verfügung nicht (genügend) gewürdigt, lässt sich den Vorakten entnehmen, dass die Vorinstanz diese Stellungnahme am Mittwoch, dem 18. Februar 2015, per Einschreiben erhalten hat. Zudem hat der Beschwerdeführer der Vorinstanz diese Eingabe bereits am Sonntag, den 15. Februar 2015, vorab per E-Mail zukommen lassen. Es trifft zwar zu, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung bereits neun Arbeitstage nach Erhalt der E-Mail bzw. sechs Arbeitstage nach Erhalt des Einschreibens des Beschwerdeführers erlassen hat. Es deutet jedoch nichts darauf hin, dass bzw. weshalb es der Vorinstanz nicht ohne Weiteres möglich gewesen sein soll, die Argumente des Beschwerdeführers innerhalb dieses Zeitraums zu Kenntnis zu nehmen und in ihrem Entscheid zu berücksichtigen. Die angefochtene Verfügung enthält denn auch eine korrekte Zusammenfassung der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 15. Februar 2015 (vgl. Rz. 34 ff. ang. Verfügung).

Damit kann im Vorgehen der Vorinstanz keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) erblickt werden, und der Beschwerdeführer kann aus seiner – sinngemässen – dahingehenden Rüge nichts zu seinen Gunsten ableiten.

**3.2** Was C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ angeht, so werden diese beiden Personen in der angefochtenen Verfügung in der Tat nicht namentlich erwähnt.

Ob diese Personen für die aufsichtsrechtliche Qualifikation des Sachverhalts bzw. der Tätigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG und des Beschwerdeführers von Bedeutung sind, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung der Beschwerde zu beantworten sein. Was rechtserheblich ist, bestimmt das materielle Recht; eine in Verkennung der Rechtserheblichkeit unvollständige Erstellung der für die rechtliche Beurteilung massgeblichen Tatsachen würde deshalb eine Verletzung materiellen Rechts darstellen (vgl. Urteil des BGer 2C\_345/2015 vom 24. November 2015 E. 1.3).

**3.3** Der Beschwerdeführer ist mit Bezug auf seine (formellen) Rügen an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass aus dem Umstand, dass die Behörde eine andere Rechtsauffassung vertritt als er selbst, nicht auf deren Voreingenommenheit oder einen Verfahrensfehler geschlossen werden kann.

#### **4.**

Die Vorinstanz gelangt in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, der Beschwerdeführer habe auf Grund seines massgeblichen Beitrags zu der Tätigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG von mindestens 35 Kunden und damit gewerbsmässig Publikumsseinlagen in der Höhe von mindestens EUR 400'000.– ohne Bewilligung entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.

**4.1** Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, es bestünden Zweifel an der Glaubhaftigkeit von D.\_\_\_\_\_, die die Vorinstanz am 11. Dezember 2013 darum ersucht habe, die Tätigkeiten der B.\_\_\_\_\_ AG zu überprüfen. Es sei zu beachten, dass Frau D.\_\_\_\_\_ als ausgebildete Krankenschwester in Y.\_\_\_\_\_ regelmässig Kunden für Darlehensgeschäfte und Ähnliches anwerbe. Frau D.\_\_\_\_\_ sei bereits vor ihrem Hinweis an die Vorinstanz darüber informiert gewesen, dass die B.\_\_\_\_\_ AG die Gelder ihrer Kunden nebst Zinsen bereits zurückerstattet habe bzw. dies bis zum Jahr 2014 tun werde. Sie sei nur darüber verärgert gewesen, dass sie keine Provision habe geltend machen können.

Aus den vorinstanzlichen Verfahrensakten geht hervor, dass D.\_\_\_\_\_ als Vertreterin von Z.\_\_\_\_\_ mit der B.\_\_\_\_\_ AG in Kontakt stand. Die B.\_\_\_\_\_ AG hatte von Z.\_\_\_\_\_ eine Zahlung in der Höhe von EUR 2'750.– entgegengenommen, um dieser in der Folge ein Darlehen zu

gewähren, das wohl durch ein übergeordnetes Kreditgeschäft hätte beschafft werden sollen. Da das Darlehen an Z. \_\_\_\_\_ nicht zustande kam, forderte D. \_\_\_\_\_ in deren Namen die Rückzahlung der EUR 2'750.- von der B. \_\_\_\_\_ AG. Als die entsprechende Rückzahlung ausblieb, machte D. \_\_\_\_\_ per E-Mail eine Meldung betreffend die B. \_\_\_\_\_ AG bei der Vorinstanz (vgl. act. 1 001 – 1 028).

Der Beschwerdeführer ist zunächst darauf hinzuweisen, dass aus den Akten hervorgeht, dass die Vorinstanz das Verfahren gegen ihn bzw. die B. \_\_\_\_\_ AG wegen Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen nicht einzig auf Grund des Hinweises von D. \_\_\_\_\_, sondern auch aufgrund der Anzeige von M. \_\_\_\_\_ und damit gestützt auf verschiedene Hinweise und Anhaltspunkte eröffnet hat (vgl. act. 1 031- 1 048). Im angefochtenen Entscheid wird D. \_\_\_\_\_ nicht erwähnt. Ihre Geschäftstätigkeit als Finanzintermediärin hat keinen Einfluss auf die Beurteilung der Tätigkeit der B. \_\_\_\_\_ AG, womit die Glaubwürdigkeit ihrer Person für die von der Vorinstanz getroffene aufsichtsrechtliche Qualifikation des Sachverhalts nicht von Bedeutung ist. Damit vermag der Beschwerdeführer aus seinen diesbezüglichen Vorbringen nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.

**4.2** Mit Bezug auf die Feststellung der Vorinstanz, die B. \_\_\_\_\_ AG habe Publikumseinlagen entgegengenommen, weist der Beschwerdeführer einzig darauf hin, dass sich die B. \_\_\_\_\_ AG nur als Vermittlerin der Kreditgeschäfte gesehen habe, weshalb sie keiner bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sei.

**4.2.1** Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG).

Die Entgegennahme von Publikumseinlagen besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig für eigene Rechnung Fremdgelder entgegennimmt bzw. Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht und dabei selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird. Die Rückzahlungssumme muss dabei nicht zwingend mit der zuerst überwiesenen Summe übereinstimmen; oft unterscheiden sich die Summen aufgrund aufgelaufener Zinsen, Kursschwankungen oder andere Gewinne oder Verluste. Publikumseinlagen sind im Gesetz nicht positiv definiert. Grundsätzlich kommt allen gegenüber Dritten eingegangenen Verbindlichkeiten Einlagecharakter zu. Nur die in Art. 3a Abs. 3 aBankV abschliessend – als Ausnahmen – aufgezählten Verbindlichkeiten stellen keine Einlagen i.S.v.

Art. 1 Abs. 2 BankG dar (vgl. Urteil des BVGer B-3100/2013 E. 5.3 vom 30. Juni 2015; BGE 136 II 43 E. 4.2, m.w.H.).

**4.2.2** Der Beschwerdeführer bestreitet die Feststellungen der Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht in den Rz. 21 bis 28 der angefochtenen Verfügung nicht, weshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen abgestellt und verwiesen werden kann.

Aus den Akten geht hervor, dass die B. \_\_\_\_\_ AG von Privatpersonen gestützt auf "Invest-Kreditverträge" sog. "Invest-Einlagen" in der Höhe von insgesamt EUR 400'000.– entgegengenommen hat. Diese Einlagen unterlagen einer einheitlichen Verzinsung von 4% p.a. sowie einer bedingten Rückzahlungsverpflichtung für den Fall, dass ein übergeordnetes Kreditgeschäft zwischen dem Kreditnehmer, dem Kunden der B. \_\_\_\_\_ AG und einem Dritten als Kreditgeber nicht zustande kommen sollte.

Der Beschwerdeführer übersieht, dass der Einwand, die B. \_\_\_\_\_ AG habe sich lediglich in einer Vermittlerfunktion gesehen, nichts an der Tatsache ändert, dass die Gesellschaft im Verhältnis zu ihren eigenen Kunden, den Kreditnehmern, "Invest-Einlagen" und damit Fremdmittel mit Darlehenscharakter entgegengenommen hat. Dies wird bereits durch den in den Kreditverträgen verwendeten Begriff "Invest-Einlage" nahegelegt. Durch die Annahme der Gelder wurde die B. \_\_\_\_\_ AG zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Fremdmittel, mit denen sie grössere Kredite beschaffen wollte. Dass die zu beurteilenden Verbindlichkeiten unter eine der Ausnahmen i.S.v. Art. 3a aBankV fielen, macht der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend.

Damit ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass den von der B. \_\_\_\_\_ AG entgegengenommenen "Invest-Einlagen" Einlagecharakter zukommt und diese als Publikumseinlagen i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG zu qualifizieren sind.

**4.3** Der Beschwerdeführer macht des Weiteren geltend, ihm sei von C. \_\_\_\_\_, einem erfahrenen Finanzintermediär und Mitglied einer Selbstregulierungsorganisation, gesagt worden, dass "pro Geschäftsfall 19 Publikationen" durch die B. \_\_\_\_\_ AG getätigt werden dürften. Er reiche eine Kundenliste zu den Akten, die belege, dass die Gesellschaft weniger als 19 Einlagen entgegengenommen habe, womit es an der Gewerbemässigkeit der Entgegennahme fehle. Die Vorinstanz habe die Rolle von C. \_\_\_\_\_ zu Unrecht ignoriert.

**4.3.1** Gewerbsmässig i.S. des BankG handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 aBankV).

Die vom Beschwerdeführer vorliegend zu den Akten gereichte Kundenliste enthält 16 Namen unter "Geschäftsfall Osteuropa" und 18 Personen unter "Geschäftsfall Südeuropa". Der Beschwerdeführer hatte der Vorinstanz diese Liste bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingereicht (vgl. act. 6 056).

Der Beschwerdeführer geht fehl, wenn er davon ausgeht, dass die Aufteilung der in Frage stehenden Invest-Darlehen in zwei "Geschäftsfälle" etwas an der gesamten Anzahl der von der B.\_\_\_\_\_ AG entgegengenommenen Publikumseinlagen zu ändern vermag, nur weil keine der beiden "Geschäftsfälle" mehr als 20 Einlagen enthält. Aufsichtsrechtlich können diese Geschäftsfälle nicht isoliert betrachtet werden. Es ist aktenkundig (vgl. act. 1 053-055), dass die B.\_\_\_\_\_ AG insgesamt von (mindestens) 35 Privatpersonen Invest-Einlagen entgegengenommen hat, womit der Vorinstanz darin beizupflichten ist, dass die Gewerbmässigkeit bereits aufgrund der Anzahl der Einlagen gegeben ist.

Der Beschwerdeführer ist darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass ein Teil der Gelder zwischenzeitlich an die Anleger zurückerstattet worden ist, für die aufsichtsrechtliche Qualifikation des Sachverhalts keine Rolle spielt.

**4.3.2** Der Beschwerdeführer weist die Verantwortung für die gewerbsmässige Entgegennahme der Publikumseinlagen sinngemäss damit von sich, dass er auf die Informationen von C.\_\_\_\_\_, eines Finanzintermediärs und Mitglieds einer Selbstregulierungsorganisation, vertraut habe. Ihm sei von C.\_\_\_\_\_ gesagt worden, dass "pro Geschäftsfall 19 Publikationen" von Seiten der B.\_\_\_\_\_ AG getätigt werden dürften, dass die Einteilung der Investdarlehen "Vorgänge in Ost und Süd" in Ordnung sei. C.\_\_\_\_\_s Kompetenz sei an verschiedenen geschäftlichen Treffen zum Ausdruck gekommen, und jener habe immer wieder erwähnt, dass er aufgrund seiner Mitgliedschaft in einer Selbstregulierungsorganisation mit der Vorinstanz "im Reinen" sei. C.\_\_\_\_\_ habe ihn schlecht beraten und finanziell geschädigt. Die Vorinstanz habe dessen Beitrag jedoch ignoriert.

Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört neben der Oberleitung der Gesellschaft unter anderem die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze (Art. 716a Abs. 1

Ziff. 1 und 5 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident der B.\_\_\_\_\_ AG hatte der Beschwerdeführer die Verantwortung, die erforderlichen Abklärungen vorzunehmen, um zu gewährleisten, dass die Tätigkeit der Gesellschaft sich im gesetzlichen Rahmen bewegt. Als Alleineigentümer und operationeller Geschäftsführer der B.\_\_\_\_\_ AG konnte von ihm erwartet werden, dass er bei pflichtgemässer Wahrnehmung seiner Obliegenheiten insbesondere auch den rechtlichen Bereich der Geschäftstätigkeit einzuordnen vermochte. Dieser Verantwortung konnte er sich auch nicht im Vertrauen auf die Kompetenz und Aufrichtigkeit seines Geschäftspartners C.\_\_\_\_\_ entziehen (vgl. Urteile des BVGer B-3902/2013 vom 12. August 2014 E. 4.5.2, B-4094/2012 vom 11. Juni 2013 E. 3.1.3 ff., m.w.H.).

Gemäss seinen Angaben war der Beschwerdeführer von C.\_\_\_\_\_ (fälschlicherweise) informiert worden, dass die Geschäftstätigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG gesetzeskonform sei. Dies vermag jedoch nichts an der aufsichtsrechtlichen Beurteilung des Sachverhalts zu ändern. Die alleinige Verantwortung für die Entgegennahme der Publikumseinlagen lag beim Beschwerdeführer; C.\_\_\_\_\_ hatte formell keine Funktion bei der B.\_\_\_\_\_ AG inne. Insofern spielt es auch keine Rolle, ob jener, wie der Beschwerdeführer geltend macht, Finanzintermediär und Mitglied einer Selbstregulierungsorganisation war bzw. ob er den Beschwerdeführer falsch informiert hat. Denn es hätte auch einem Laien bewusst sein müssen, dass die für die Gewerbmässigkeit geltende Grenze von 20 Publikumseinlagen sich nicht auf einzelne Länder(-Gruppen) bezieht, sondern insgesamt gilt.

Aus diesen Gründen vermag der Beschwerdeführer aus seinen diesbezüglichen Vorbringen nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Es ist zudem auch nicht zu beanstanden, dass C.\_\_\_\_\_ in der angefochtenen Verfügung keine Erwähnung findet.

**4.4** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass die B.\_\_\_\_\_ AG gewerbmässig Publikumseinlagen i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG entgegengenommen hat.

Der Beschwerdeführer ist auf Grund der vorangehenden Erwägungen darauf hinzuweisen, dass weder C.\_\_\_\_\_ noch D.\_\_\_\_\_ einen Einfluss auf die aufsichtsrechtliche Qualifikation der Tätigkeiten der B.\_\_\_\_\_ AG haben. Auch die Hinweise des Beschwerdeführers, dass das in X.\_\_\_\_\_

wegen Betrugs gegen ihn laufende Ermittlungsverfahren eingestellt worden sei und die Geschäfte mit den Kunden der B.\_\_\_\_\_ AG rückabgewickelt worden seien bzw. würden, ändern nichts an der Qualifikation des Sachverhalts. Auch fehlen – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – Hinweise darauf, dass die Vorinstanz der angefochtenen Verfügung nicht alle entscheiderelevanten, falsche oder aktenwidrige Tatsachen zugrunde gelegt, rechtserhebliche Umstände nicht geprüft oder Beweise unzutreffend gewürdigt hätte. Somit ist ihr keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung im Zusammenhang mit der Tätigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG bzw. der Beteiligung des Beschwerdeführers daran vorzuwerfen (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 1595 f.).

## 5.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die von der Vorinstanz angeordnete, aufsichtsrechtliche Liquidation der B.\_\_\_\_\_ AG auf dem Wege des Konkurses rechtmässig ist.

Der Beschwerdeführer bringt vor, die B.\_\_\_\_\_ AG habe keinerlei (Steuer-)Schulden gehabt, die Vorinstanz habe den Konkurs über die Gesellschaft übereilt eröffnet. Dem Vorwurf der Überschuldung sei zudem eine Mahnung der B.\_\_\_\_\_ AG vom April 2014 entgegen zu halten, das "ein Saldo der Firmierungen vertreten durch Herrn C.\_\_\_\_\_ von insgesamt EUR 1'183'675.-" ausweise. Dieses Schreiben liege der Vorinstanz vor, doch sei es nicht gewürdigt worden. In Zukunft wolle er bzw. die B.\_\_\_\_\_ AG schwerpunktmässig nur noch im Immobilienbereich tätig sein.

**5.1** Gemäss Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG bewirkt der Entzug der Bankbewilligung bei juristischen Personen die Auflösung der Gesellschaft. Die FINMA setzt die aus dem Gesetz fliessenden Pflichten nicht nur gegenüber den formell unterstellten, sondern auch solchen Akteuren gegenüber durch, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen ohne Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung tätig sind (Art. 37 Abs. 2 und 3 FINMAG). Mit der nachträglichen Verweigerung der erforderlichen Bewilligung und der Anordnung der Liquidation ist eine Fortführung als unterstellter Betrieb ausgeschlossen (vgl. Urteil des BVGer B-1617/2013 vom 3. März 2015 E. 2.1.1, m.w.H.).

Erweist sich ein zu liquidierendes Unternehmen als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, so ordnet die Vorinstanz über den unbewilligt auftretenden Finanzintermediär in analoger Anwendung der Art. 33 ff. BankG die Eröffnung und Durchführung des Bankenkurses an. Dabei braucht die Sanierungsfähigkeit (Art. 28 ff. BankG) in der Regel nicht mehr gesondert geprüft zu werden.

Der Nachweis einer formellen Überschuldung ist im Rahmen der Finanzmarktaufsicht nicht nötig. Das Vorliegen vernünftiger, nachvollziehbarer Umstände, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen, genügt hierfür. Ernsthafte Liquiditätsprobleme liegen vor, wenn der Finanzintermediär nicht mehr in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen; die bestehende Liquidität die fällig gewordenen oder in Kürze fällig werdenden Forderungen nicht mehr deckt. Wann der kritische Punkt zur Besorgnis einer Überschuldung erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen, weshalb der FINMA als Fachbehörde diesbezüglich ein nicht unerheblicher (technischer) Ermessensspielraum zukommt; sie muss ihren Entscheid aber im Einzelfall rechtsgenügend gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG begründen; die blosse abstrakte Vermutung einer Überschuldung genügt nicht (vgl. B-1617/2013 E. 2.1.1, Urteil des BGer 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1, m.w.H.).

**5.2** Wie oben dargelegt, bestand die Tätigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG in der unerlaubten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen. Die Gesellschaft darf ihre bisherige Tätigkeit mangels Mindestkapitals (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BankG) und adäquater Organisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG) nicht weiter ausüben. Damit ist die Anordnung der Liquidation der Gesellschaft durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden.

**5.3** Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung festhält, liegen mit Bezug auf die B.\_\_\_\_\_ AG keine aussagekräftigen Finanzunterlagen vor. Aus den Akten geht aber hervor, dass der Beschwerdeführer selbst anlässlich der Befragung durch die Vorinstanz am 3. September 2014 (vgl. act. 6 058 und 6 059) eingeräumt hat, dass die B.\_\_\_\_\_ AG in den Jahren 2012 bis 2014 keine Erträge erwirtschaftet und nur Verluste gemacht habe. Per 2. Februar 2014 beliefen sich die Saldi der aktiven Konten der B.\_\_\_\_\_ AG auf Fr. 22'054.52 bzw. EUR 14.94. Der Beschwerdeführer hat erklärt, dass in der Schweiz keine weiteren Bankbeziehungen bestünden. Es sind zudem keine weiteren Vermögenswerte bekannt. Die Rückabwicklungen der Invest-Einlagen seien hauptsächlich aus privaten Mitteln des Beschwerdeführers getätigt worden. 20 - 25 Invest-Kreditverträge

seien noch nicht rückabgewickelt worden. Zudem hat die B.\_\_\_\_\_ AG einem Grossteil der Kreditnehmer ihre Invest-Einlage und insbesondere die vereinbarten Zinsen in der Höhe von mindestens Fr. 120'000.– noch nicht zurückerstattet. Die Vorinstanz hält zu Recht fest, dass diese Verbindlichkeiten die Passiven der Gesellschaft belasten würden. Ferner kann der Vorinstanz darin gefolgt werden, dass bei einer Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven der B.\_\_\_\_\_ AG der begründete Verdacht einer Überschuldung besteht. Die Gesellschaft ist offensichtlich nicht mehr in der Lage, ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen.

Der Beschwerdeführer hält der Feststellung der Überschuldung ein Schreiben der B.\_\_\_\_\_ AG vom April 2014 entgegen, die "ein Saldo der Firmierungen vertreten durch Herrn C.\_\_\_\_\_ von insgesamt EUR 1'183'675.– ausweise". Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer hiermit auf die in den Vorakten zu findende "Gesamtaufstellung der Kostenforderung an F.\_\_\_\_\_ AG C.\_\_\_\_\_" vom 11. Juni 2014 (act. 6 017) Bezug nimmt, da das von ihm erwähnte Schriftstück sich nicht in den Akten befindet. Die Höhe der in diesem Schreiben aufgelisteten Forderungen beläuft sich insgesamt auf EUR 1'165'167.62. Dieses Schreiben könnte höchstens als Indiz dafür gelten, dass die B.\_\_\_\_\_ AG Forderungen unbestimmter Art und Höhe gegenüber der F.\_\_\_\_\_ AG bzw. C.\_\_\_\_\_ haben könnte; als rechtsgenügender Beweis für den Bestand, Grund und die genaue Höhe allfälliger Forderungen genügt es jedoch nicht, wobei der Bestand solcher – rechtmässiger – Forderungen mehr als zweifelhaft erscheint. Damit können keine entsprechenden Forderungen zu den Aktiven der Gesellschaft gezahlt werden, und der Beschwerdeführer vermag aus seinem diesbezüglichen Vorbringen nichts abzuleiten.

Aus diesen Gründen ist es nicht beanstanden, dass die Vorinstanz von einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG ausgegangen ist und die Liquidation der Gesellschaft auf dem Weg des Konkurses verfügt hat.

## **6.**

Der Beschwerdeführer bringt gegen das gegen ihn ausgesprochene Tätigkeits- und Werbeverbot sowie deren Veröffentlichung nichts vor.

**6.1** Mit den in Ziff. 11 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ausgesprochenen Verboten, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte ohne Bewilligung eine finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit

auszuüben oder in irgendeiner Form entsprechende Werbung zu betreiben, wurde dem Beschwerdeführer lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich hierbei nicht um eine eigenständige Massnahme, sondern lediglich um eine Warnung bzw. Ermahnung. Das Bundesgericht erachtet ein Werbeverbot gegenüber den verantwortlichen Organen einer juristischen Person, bezüglich welcher rechtskräftig festgestellt wurde, dass sie unbewilligt einer nach einem Finanzmarktgesetz bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sind, als reine "Reflexwirkung" der illegalen Aktivität. Die Anforderungen an die Anordnung eines derartigen Verbots sind deshalb gering (vgl. Urteile des BGer 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.2 und 2C\_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.1; BGE 135 II 356 E. 5.1; Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 7.1, m.w.H.).

**6.2** In Ziff. 13 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung verfügt die Vorinstanz die Veröffentlichung von Ziff. 11 und 12 des Dispositivs (Tätigkeits- und Werbeverbot sowie Strafandrohung bei Wiederhandlung).

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

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, handelt es im vorliegenden Fall nicht um eine einmalige und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten durch den Beschwerdeführer, sondern um eine wiederholte Verletzung derselben in erheblichem Umfang. Ferner kann der Vorinstanz darin beigepflichtet werden, dass die Gefahr der neuerlichen Entgegennahme von Publikumseinlagen durch den Beschwerdeführer besteht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieser die von ihm ausgeübte Tätigkeit auf dem Finanzmarkt in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft erneut in ähnlicher Art und Weise wieder aufnehmen und dadurch weitere Anleger schädigen könnte. Der Beschwerdeführer ist aufgrund seiner Organstellung der Hauptverantwortliche für die unerlaubte Tätigkeit. Der Beschwerdeführer macht zwar geltend, er bzw. die B.\_\_\_\_\_ AG wolle in Zukunft schwerpunktmässig lediglich im Immobilienbereich tätig sein. Dies schliesst jedoch die Ausübung einer unerlaubten Tätigkeit nicht aus, widerspricht doch der Zweck der B.\_\_\_\_\_ AG gemäss Handelsregister (Durchführung von Ingenieur- und Planungsarbeiten

auf den Gebieten des allgemeinen Maschinenbaus, Generalunternehmung, Beratung im Immobilienberatung usw.) auch nicht der effektiv ausgeübten unerlaubten Tätigkeit. Damit wiegt das öffentliche Interesse daran, potentielle Anleger vor einem erneuten unerlaubten Tätigwerden des Beschwerdeführers zu warnen und damit erneute Schädigungen zu verhindern, schwer. Deshalb erscheint die von der Vorinstanz angeordnete Veröffentlichung des Werbeverbots für die Dauer von 3 Jahren im Interesse des Anlegerschutzes als verhältnismässig.

**7.**

Die Beschwerden erweisen sich damit als insgesamt unbegründet und sind abzuweisen.

**8.**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.– den unterliegenden Beschwerdeführenden aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag ist dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 2'500.– ist dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

**9.**

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

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerden werden abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.– werden den Beschwerdeführenden auferlegt. Dieser Betrag wird dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'500.– wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Breitenmoser

Kinga Jonas

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 22. März 2016