

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C 92/2019

Urteil vom 31. Januar 2020

## II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Seiler, Präsident,  
Bundesrichter Zünd,  
Bundesrichterin Aubry Girardin,  
Bundesrichter Donzallaz,  
Bundesrichterin Hänni,  
Gerichtsschreiberin Mayhall.

### Verfahrensbeteiligte

A.\_\_\_\_\_, Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Florian Baumann und/oder Dr. Omar AboYoussef,  
Kellerhals Carrard,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA.

### Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen / Unterlassungsanweisung / Publikation,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2018  
(B-5737/2017).

### Sachverhalt:

A.

Zur kommerziellen Nutzung von Lizenzrechten und Technologien zwecks Betrieb von Recyclinganlagen übernahm B.\_\_\_\_\_ Co Limited, Limassol, Zypern, im Jahr 2012 sämtliche Aktien der C.\_\_\_\_\_ SA, Luxemburg. Die C.\_\_\_\_\_ SA, deren Zweck aus dem Erwerb und dem Halten von Beteiligungen an in- und ausländischen Unternehmen und aller anderen Formen von Investitionen besteht, hielt ihrerseits zwischen 2012 und 2015 100 % der Aktien der D.\_\_\_\_\_ AG. A.\_\_\_\_\_ übte ab 2012 als Alleinaktionär auch die Funktion des Geschäftsführers der B.\_\_\_\_\_ Co Limited aus, gehörte ab 7. Mai 2012 als kollektivzeichnungsberechtigtes Mitglied dem Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ SA an und war von Juni 2012 bis Juli 2015 alleiniger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift der D.\_\_\_\_\_ AG. Im Rahmen dieser Tätigkeiten verfügte A.\_\_\_\_\_ über unbeschränkten Zugang zu den Bankkonten der B.\_\_\_\_\_ Co Limited, der C.\_\_\_\_\_ SA und der D.\_\_\_\_\_ AG und unterzeichnete für diese Gesellschaften diverse Verträge.

Mit Schreiben vom 4. März 2016 zeigte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA der B.\_\_\_\_\_ Co Limited, der C.\_\_\_\_\_ SA und der D.\_\_\_\_\_ AG die Eröffnung eines Enforcementverfahrens wegen Verdachts der unerlaubten Emissionshaustätigkeit und der unerlaubten Entgegennahme von Publikumsgeldern an. Während den laufenden Vorabklärungen verkaufte A.\_\_\_\_\_ im Jahr 2015 als Bevollmächtigter der C.\_\_\_\_\_ SA, deren Tochtergesellschaft D.\_\_\_\_\_ AG an einen türkischen Investor, woraufhin die Gesellschaft mit Handelsregistereintrag vom 22. Januar 2016 in E.\_\_\_\_\_ AG umfirmiert, mit Urteil vom 25. Juli 2016 des Handelsgerichts des Kantons Zürich aufgelöst, in Liquidation versetzt und ihre Auflösung auf dem Wege des Konkurs angeordnet wurde. Nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven wurde die E.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation am 27. Januar 2017 aus dem Handelsregister gelöscht.

Mit Verfügung vom 7. September 2017 (nachfolgend: FINMA-Verfügung) schrieb die FINMA das Verfahren gegen die E.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation als gegenstandslos ab (Dispositivziffer 1) und stellte das Verfahren gegen die B.\_\_\_\_\_ Co Limited ein (Dispositivziffer 2). Des Weiteren stellte die FINMA fest, dass die C.\_\_\_\_\_ SA, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen

entgegen genommen und dadurch aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [BankG; SR 952.0]) schwer verletzt hatte (Dispositivziffer 3). Die FINMA stellte fest, dass C. \_\_\_\_\_ SA, die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Bankbewilligung nicht erfülle und ihr auch nachträglich die Bewilligung nicht erteilt werden könne (Dispositivziffer 4). Aufgrund seines massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit stellte die FINMA auch fest, dass A. \_\_\_\_\_ ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hatte (Dispositivziffer 5). A. \_\_\_\_\_ wurde angewiesen, jegliche finanzmarktrechtliche bewilligungspflichtige Tätigkeit unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte sowie die entsprechende Werbung in irgendwelcher Form zu unterlassen (Dispositivziffer 6) und wurde für den Fall der Widerhandlung gegen diese Unterlassungsanweisung auf Art. 48 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) hingewiesen (Dispositivziffer 7). Die FINMA ordnete die Veröffentlichung von Dispositivziffer 6 und 7 des Verfügungsdispositivs nach dessen Eintritt in Rechtskraft für die Dauer von zwei Jahren an (Dispositivziffer 8).

#### B.

Mit Beschwerde vom 9. Oktober 2017 an das Bundesverwaltungsgericht gegen die FINMA-Verfügung vom 7. September 2017 beantragten C. \_\_\_\_\_ SA, und A. \_\_\_\_\_, Dispositivziffern 3 bis 9 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben. Eventualiter seien die Dispositivziffern 6, 8 und 9 der angefochtenen FINMA-Verfügung aufzuheben, Dispositivziffer 6 sei durch den Wortlaut zu ersetzen "A. \_\_\_\_\_ [...] wird angewiesen, eine finanzmarktrechtliche Tätigkeit, insbesondere die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen, ohne Bewilligung unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte sowie entsprechende Werbung in irgendeiner Form zu unterlassen.". Auf die Veröffentlichung der Dispositivziffern 6 und 7 der FINMA-Verfügung sei zu verzichten, eventualiter sei Dispositivziffer 6 mit dem zitierten Wortlaut zu veröffentlichen. Die Verfahrenskosten seien angemessen zu reduzieren und auf einen Betrag von maximal Fr. 15'000.-- festzusetzen.

Mit Urteil vom 28. November 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

#### C.

Mit Beschwerde vom 21. Januar 2019 an das Bundesgericht beantragt A. \_\_\_\_\_, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2018 sei aufzuheben. Dispositivziffer 6 der Verfügung der FINMA vom 7. September 2017 sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "A. \_\_\_\_\_, geb. xxx, von Neuhausen am Rheinfall (SH), in Zürich, wird angewiesen, eine finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit, insbesondere die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen, ohne Bewilligung unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte sowie entsprechende Werbung in irgendeiner Form zu unterlassen". Des Weiteren sei Dispositivziffer 8 (der Verfügung der FINMA vom 7. September 2017) aufzuheben und auf die Veröffentlichung der Dispositivziffern 6 und 7 sei zu verzichten, eventualiter sei eine entsprechende Veröffentlichung lediglich für den Fall anzudrohen, dass der Beschwerdeführer Dispositivziffer 6 (der Verfügung der FINMA vom 7. September 2017) zuwiderhandeln sollte. Die Kosten des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens seien angemessen auf maximal Fr. 1'000.-- zu reduzieren.

Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die FINMA beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, hält vollumfänglich an ihren Anträgen fest und verzichtet im Übrigen unter Verweis auf die FINMA-Verfügung und das angefochtene Urteil auf eine weitergehende Vernehmlassung.

#### Erwägungen:

##### 1.

1.1. Der Beschwerdeführer hat frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Sie richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG).

1.2. Die Beschwerde hat einen Antrag zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG).

1.2.1. Mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils hat der Beschwerdeführer

hinsichtlich der vorinstanzlich bestätigten Unterlassungsanweisung und Publikationsanordnung einen rechtsgenügenden (Art. 107 Abs. 2 BGG) Antrag in der Sache (im Sinne einer Aufhebung der auferlegten Verpflichtung) gestellt; nicht erforderlich ist in dieser Konstellation ein zusätzlicher Antrag, von der Auferlegung einer Unterlassungsanweisung und Publikationsanordnung sei abzusehen (Urteile 2C 571/2018 vom 30. April 2019 E. 1.2.3; 2C 444/2015 vom 4. November 2015 E. 1.2, mit zahlreichen Hinweisen).

1.2.2. Nicht eingetreten werden kann auf die Beschwerde insofern, als der Beschwerdeführer die Aufhebung und Änderung der erstinstanzlichen Verfügung der FINMA-Verfügung vom 7. September 2017 beantragt, die durch das angefochtene vorinstanzliche Urteil ersetzt worden ist (zum Devolutiveffekt BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; 129 II 438 E. 1 S. 441). Anfechtungsobjekt der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist einzig das angefochtene vorinstanzliche Urteil (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG; Urteil 2C 903/2010 vom 6. Juni 2011 E. 1, nicht publiziert in BGE 137 II 233). Die Anträge auf Aufhebung bzw. Abänderung von Dispositivziffer 6 und 8 der Verfügung der FINMA vom 7. September 2017 können nach Treu und Glauben jedoch dahingehend ausgelegt werden, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, die Unterlassungsanweisung sei antragsgemäss zu korrigieren und auf deren Publikation sei zu verzichten. In diesem Sinne kann auf die Beschwerdeanträge eingetreten werden.

1.3. Der Beschwerdeführer, der am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und mit seinen Anträgen unterlegen ist, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges, aktuelles und praktisches Interesse (Art. 89 Abs. 1 BGG) an der inhaltlichen Überprüfung der Unterlassungsanweisung und der Publikationsanordnung, die ab Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils (Art. 61 BGG) ihre Wirkung entfalten wird. In diesem Umfang ist er zur Beschwerdeführung legitimiert und es ist darauf einzutreten.

1.4. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f. mit Hinweis). Die Verletzung von Grundrechten untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Das so genannte Rügeprinzip verlangt, dass der Beschwerdeführer in seiner Eingabe dartut, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind (BGE 133 II 396 E. 3.2 S. 399). Eine Überprüfung von Amtes wegen, wie sie dem Bundesgericht hinsichtlich des Gesetzes- und Verordnungsrechts des Bundes zusteht (vgl. Art. 106 Abs. 1 BGG), findet nicht statt.

## 2.

Der Beschwerdeführer stellt in seiner dem Bundesgericht eingereichten Beschwerdeschrift nicht mehr in Abrede, dass C.\_\_\_\_\_ SA, ohne Bewilligung gewerbmässig Publikumseinlagen entgegen genommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG) schwer verletzt hat. Ebensovienig macht er geltend, nicht einen massgeblichen Beitrag zu dieser unerlaubten Tätigkeit geleistet zu haben. Der Beschwerdeführer rügt jedoch, die Unterlassungsanweisung sei falsch und irreführend formuliert worden. Des Weiteren habe die vorinstanzlich bestätigte Publikationsanordnung gemäss Art. 34 FINMAG schon aufgrund ihrer repressiven Wirkung Strafcharakter, weshalb die Aufforderung der FINMA an den Beschwerdeführer zur Kooperation, zur Beantwortung von Fragen und zur Edition von Unterlagen unter Hinweis auf die Auskunftspflicht von Art. 29 FINMAG und die Strafandrohung von Art. 45 FINMAG den nemo-tenetur Grundsatz von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) sowie Art. 32 BV, Art. 1 und Art. 333 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) und Art. 34 FINMAG verletze.

2.1. Die Reputationssanktion des 'naming and shaming' wurde anlässlich der Inkraftsetzung des FINMAG (vgl. Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, gesetzgeberische Folgearbeiten zum Schlussbericht der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht; Bericht Zuferey, II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission [nachfolgend: Sanktionenbericht Zimmerli], August 2004, S. 34; Botschaft vom 1. Februar 2006 zum FINMAG; nachfolgend: Botschaft FINMAG], BBl 2006 2875, 2883) in der Schweiz eingeführt.

2.2. Vorbild der Reputationssanktion von Art. 34 FINMAG waren insbesondere die public censure der vormaligen Financial Services Authority (FSA; mittlerweile Financial Conduct Authority) in Grossbritannien (URSZULA NARTOWSKA/MICHAEL KNIERBEIN, Ausgewählte Aspekte des 'naming and shaming' nach § 40c WpHG, NZG 7/2016 S. 257; FRANCA CONTRATTO, Die expansive Wirkung des Effektivitätsgebots beim Vollzug des EU-Kapitalmarktrechts, EuZ 2016 S. 42 f.; PHILIPP IRMSCHER, Rechtsschutz gegen 'naming and shaming' im EU-Rechtssystem - eine Analyse anhand des Single Supervisory Mechanism [SSM], EWS 2016 S. 318) und ältere Vorschriften der EU, nach denen unbeschadet der Verfahren für den Entzug der Zulassung oder des Rechts der Mitgliedstaaten, strafrechtliche Sanktionen zu verhängen, die Mitgliedstaaten entsprechend ihrem nationalen Recht dafür zu sorgen hatten, dass bei Verstössen gegen die verantwortlichen Personen geeignete Verwaltungsmassnahmen zu ergreifen oder im Verwaltungsverfahren zu erlassende Sanktionen zu verhängen waren sowie die Mitgliedstaaten vorzusehen hatten, dass die zuständige Behörde jede Massnahme oder Sanktion bekannt machen konnte, sofern eine solche Bekanntgabe die Stabilität der Finanzmärkte nicht ernstlich gefährdete oder den Beteiligten keinen unverhältnismässig hohen Schaden zufügte (Sanktionenbericht Zimmerli, S. 17 ff.; Botschaft FINMAG, BBl 2006 2855 f., vgl. anstatt vieler Art. 14 Ziff. 1 und Ziff. 4 der vormaligen Marktmissbrauchsrichtlinie [Richtlinie 2003/6/EG]; ausführlich FABIO PASCUA MATEO, Harmonising national sanctioning administrative law: An alternative to a single capital-markets supervisor, European Law Journal, Vol. 24, Issue 4-5 September 2018, S. 328).

2.3. Des Weiteren fand die Reputationssanktion des 'naming and shaming' im Zuge der Reform der Europäischen Finanzaufsichtsarchitektur zur Förderung von Konvergenz in der Aufsichtspraxis sowie zur Effektivierung und Harmonisierung der Sanktionsregelungen (weiterführend MATEO, a.a.O., S. 337 ff.) Eingang in zahlreiche neuere Richtlinien der EU (Art. 28b Ziff. 1 lit. a) und lit. b), Art. 29 Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie [Richtlinie 2013/50/EU]; Art. 34 Satz 1 und 2 Marktmissbrauchsverordnung [Verordnung [EU] Nr. 596/2014]; Art. 70 Ziff. 6 lit. a, Art. 71 MiFID II [Richtlinie 2014/65/EU]; Art. 12 Ziff. 2 EMIR [Verordnung [EU] Nr. 648/2012]; Art. 99 Ziff. 6 lit. a OGAW V [Richtlinie 2014/91/EU]; Art. 24 Ziff. 2 lit. c PRIIP [Verordnung [EU] Nr. 1286/2014]; Art. 42 Ziff. 1 Prospektverordnung [Verordnung [EU] Nr. 2017/1129]). Eine Ausnahme von der Veröffentlichungspflicht sehen die zitierten Bestimmungen regelmässig für den Fall vor, dass sich die Bekanntgabe von Personendaten im Einzelfall als unverhältnismässig erweisen oder laufende Ermittlungen oder die Stabilität des Finanzmarktes gefährden würde (Art. 34 Ziff. 1 Satz 4 Marktmissbrauchsverordnung, Art. 29 Ziff. 1 lit. a-c der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie, Art. 71 Ziff. 1 Satz 4 MiFID II, Art. 12 Ziff. 2 EMIR, Art. 42 Ziff. 2 Prospektverordnung).

2.4. Die Überprüfung der nationalen Regelungen zu verwaltungsrechtlichen Sanktionen im Rahmen der vormaligen Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG, die in Art. 14 Ziff. 4 die als verwaltungsrechtliche Sanktion qualifizierte Reputationsstrafe des 'naming and shaming' enthielt, ergab nach Auffassung des Europäischen Parlaments und des Rates jedoch auch, dass sich die Einführung verwaltungsrechtlicher Sanktionen durch die Mitgliedstaaten (vgl. dazu die Zusammenstellung in European Securities and Markets Authority [ESMA], Actual use of sanctioning powers under MAD, ESMA Report of 26 April 2012, S. 5 N. 2; <https://www.esma.europa.eu/document/actualuse-sanctioning-powers-under-mad>) bislang nicht als ausreichend erwiesen hatte, um die Einhaltung der Vorschriften zur Verhinderung und Bekämpfung von Marktmissbrauch sicherzustellen (Ingress Ziff. 4 und Ziff. 5 der Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation [Marktmissbrauchsrichtlinie], ABI 173 vom 12. Juni 2014 S. 179-189). Mit dem Vertrag von Lissabon wurde in Art. 83 Abs. 2 AEUV eine Rechtsgrundlage für die Angleichung der Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen materiellen Strafrechts geschaffen, wenn sich dies als unerlässlich für die wirksame Durchsetzung der Politik auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmassnahmen erfolgt sind, erweist (JULIA VON BUTTLAR, Die Stärkung der Aufsichts- und Sanktionsbefugnisse im EU-Kapitalmarktrecht: ein neues "field of dreams" für Regulierer?, BetriebsBerater 9/2014, S. 453). Über die neue Marktmissbrauchsverordnung [Verordnung [EU] Nr. 596/2014] hinaus, welche die verwaltungsrechtliche Sanktion der Publikation in Art. 34 Ziff. 1 weiterhin enthält (CHRISTOPH H. SEIBT/BERNWARD WOLLENSCHLÄGER, Revision des Marktmissbrauchsrechts durch Marktmissbrauchsverordnung und Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Marktmanipulation, AG 17/2014, S. 605), wurde die Einführung von strafrechtlichen Sanktionen (Geldstrafen und Freiheitsstrafen, vgl. Art. 7-9 der Marktmissbrauchsrichtlinie) als unumgänglich erachtet und die Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation eingeführt (vgl. ausführlich MATEO, a.a.O., S. 324

ff.; VON BUTTLAR, a.a.O., S. 452 ff.).

3.

Nach ihrem Vorbild, der public censure der FCA (URSZULA NARTOWSKA/ FABIAN WALLA, Das Sanktionsregime für Verstösse gegen die Beteiligungstransparenz nach der Transparenzrichtlinie 2013, AG 24/2014, S. 898), sollte die Reputationsstrafe des 'naming and shaming' ursprünglich vorab Personen, die Verletzungen des Aufsichtsrechts begangen haben, davon abhalten, weitere Verstösse zu begehen, andere Personen warnend in präventiver Hinsicht davon abschrecken, ähnliche Verstösse zu begehen, und in allgemeiner Hinsicht die Vorteile rechtskonformen Verhaltens herausstreichen (FCA Handbook, The Decision Procedure and Penalties manual [DEPP], Release 42, September 2019, DEPP 6.1.2, <https://www.handbook.fca.org.uk/hand-book/DEPP/6/?view=chapter>). Zu Art. 28b und Art. 29 Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie wird in der Lehre die Auffassung vertreten, der Gesetzeszweck lasse einen präventiven Charakter erkennen, eine repressive Wirkung könne aber angesichts des mit der Publikation verbundenen Ansehensverlusts und der regelmässigen entstehenden wirtschaftlichen Nachteile nicht ausgeschlossen werden (NARTOWSKA/ KNIERBEIN, a.a.O., S. 259 f.; VON BUTTLAR, a.a.O., S. 457). Angesichts dessen, dass die neueren Vorschriften der EU über die

Veröffentlichungen von Verstössen oder von Entscheiden über die ergriffenen verwaltungsrechtlichen Sanktionen grundsätzlich auf Art. 28b und Art. 29 Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie (Richtlinie 2013/50/EU) basieren (MATEO, a.a.O., S. 337 f.), wird der vorwiegende Zweck der Publikationsanordnung nach einem modernen Gesetzesverständnis in der Schaffung von Markttransparenz im Sinne einer (warnenden) Information von (potentiellen) Marktteilnehmern erblickt (MATEO, a.a.O., S. 345 f.; FRANZ REIMER, Adverse Publizität: der Pranger im Verwaltungsrecht, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge/Band 58 2010, S. 278; zum fehlenden Sanktionscharakter bei Verfolgung reiner Transparenzzwecken im Lebensmittelrecht CHRISTOPH DANNECKER, Internet-Pranger auf Verdacht: Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung für die Information der Öffentlichkeit über lebensmittelrechtliche Verstösse nach § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB, Juristen Zeitung 19/2013, S. 928), wobei zu berücksichtigen ist, dass mit zunehmend zeitlichem Abstand der Veröffentlichung vom Zeitpunkt des Verstosses der Sanktionscharakter in den Vordergrund treten kann (zu Verbraucherinformationen ELKE GURLIT, Zeitwert von Verbraucherinformationen und Rechtsschutzanforderungen, NVwZ 17/2011, S. 1052, 1054).

4.

4.1. Der Beschwerdeführer rügt, die Publikationsanordnung im Sinne von Art. 34 FINMAG müsse schon aufgrund ihrer repressiven Wirkung als strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK qualifiziert werden. Die "Engel-Kriterien" seien für deren Einordnung untauglich.

4.2. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis ist die Publikationsanordnung im Sinne von Art. 34 FINMAG eine repressive verwaltungsrechtliche Sanktion und eine präventive Massnahme zum Schutz des Publikums (Urteile 2C 122/2014 vom 19. Juli 2014 E. 6.1; 2C 71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5; 2C 30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2), der nicht die Wirkung einer strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK zukommt (Urteil 2C 177/2019 vom 22. Juli 2019 E. 5.1, unter Verweis auf die Urteile 2C 860/2017 vom 5. März 2018 E. 8.2.1; 2C 929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1).

Die unter dem Oberbegriff verwaltungsrechtliche Sanktionen zusammengefassten Instrumente dienen dem Staat zur Realdurchsetzung der verwaltungsrechtlichen Ordnung, woran ein erhebliches öffentliches Interesse besteht (FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, 1986, S. 318 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, S. 321 N. 1440; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl. 2011, S. 113; BERNHARD WALDMANN, Das Disziplinarwesen, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 104 f.; TOBIAS JAAG/RETO HÄGGI FURRER, Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 41 VwVG; ALEXANDER LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Diss. Zürich 2013, S. 1; TOBIAS JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Eine Einführung, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 2; ISABELLE HÄNER, Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 1). Die repressiven verwaltungsrechtlichen Sanktionen sind als eigene Kategorie von verwaltungsrechtlichen Sanktionen in der Lehre zum schweizerischen Allgemeinen Verwaltungsrecht fest etabliert (GYGI, a.a.O., S. 318 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 322 N. 1444, S. 330 N. 1484 ff.; MOOR/POLTIER, a.a.O., S. 114 f.; WALDMANN, a.a.O., S. 107 ff.; LOCHER,

a.a.O., S. 119; JAAG/HÄGGI FURRER, a.a.O., N. 5 zu Art. 41 VwVG; JAAG, a.a.O., S. 10 ff.; HÄNER, a.a.O., S. 37 ff.; MARCEL OGG, Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen, Diss. Zürich 2002, S. 40 ff.) und sind auch in rechtsvergleichender Hinsicht (siehe dazu unten, E. 5.3.2) keine Ausnahmerecheinung.

4.3. Mit der allgemein gehaltenen Rüge, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Einordnung von repressiven verwaltungsrechtlichen Sanktionen übergehe deren repressives Element, weshalb diese Sanktionen zutreffenderweise als Strafrecht qualifiziert werden müssten, übersieht der Beschwerdeführer, dass die repressiven verwaltungsrechtlichen Sanktionen hinsichtlich ihrer repressiven Wirkung denselben Zweck wie das Strafrecht verfolgen (LOCHER, a.a.O., S. 170; JAAG/HÄGGI FURRER, a.a.O., N. 5 zu Art. 41 VwVG; JAAG, a.a.O., S. 15 ff.; HÄNER, a.a.O., S. 29, S. 37 f.; WALDMANN, a.a.O., S. 109; OGG, a.a.O., S. 40 ff.).

Nicht jede Sanktion, die nicht exekutorisch oder restitutorisch wirkt, muss deswegen jedoch zwingend als strafrechtliche Sanktion qualifiziert werden (LOCHER, a.a.O., S. 185, unter Verweis auf RIEDO/NIGGLI, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 45; a.A. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Strafrecht und strafrechtliche Anklagen - Kann der Begriff der strafrechtlichen Anklage [Art. 6 EMRK] definieren, was Strafrecht ist [am Beispiel BGE 142 II 243 zum FINMAG-Berufsverbot]?, in: ContraLegem 2018/2, S. 51 f.; DERS., Höchstrichterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot 2, ContraLegem 2018/2, S. 62 ff.). Die in Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 6 EMRK (in seiner Ausprägung als Garantie eines fairen Verfahrens, siehe BGE 144 I 242 E. 1.2.1 S. 244 f.) und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II verankerte Unschuldsvermutung knüpft an das Schuldstrafrecht an und statuiert als Regel für die Verteilung der Beweislast, dass es Sache der Strafverfolgungsbehörden ist, dem Beschuldigten seine Täterschaft nachzuweisen (ausführlich unten, E. 5.1). Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung und Interessenlage wird deutlich, dass die besonderen, auf das Strafrecht zugeschnittenen

Garantien nicht einfach unbesehen auf die Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Ordnung übertragen werden können (HÄNER, a.a.O., S. 29; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 338 f. N. 1540). Die auf diese gegenläufige Interessenlage zugeschnittenen "Engel-Kriterien" (unten, E. 5.2) entsprechen der ständigen Praxis des EGMR (letztmals bestätigt im Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) Rola gegen Slowenien vom 4. Juni 2019, Nr. 12096/14, 39335/16, § 54). Der Beschwerdeschrift lassen sich keine fundierten Argumente dazu entnehmen, inwiefern die "Engel-Kriterien" für die Beurteilung dazu, ob eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vorliegt, ungeeignet sein sollten. Entsprechend wird nachfolgend auf diese Kriterien abgestellt.

## 5.

Der Beschwerdeführer rügt insbesondere, die Aufforderung der FINMA an den Beschwerdeführer zur Kooperation, zur Beantwortung von Fragen und zur Edition von Unterlagen unter Hinweis auf die Auskunftspflicht von Art. 29 FINMAG und die Strafandrohung von Art. 45 FINMAG verletze angesichts dessen, dass Art. 34 FINMAG Strafcharakter zukomme, die Unschuldesvermutung bzw. den nemo-tenetur Grundsatz von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II sowie Art. 32 BV, Art. 1 und Art. 333 StGB. Die Vorinstanz habe dadurch, dass sie seine Beschwerde gegen die Verfügung der FINMA vom 7. September 2017 abgewiesen habe, diese konventions- und verfassungsrechtlich geschützten Garantien verletzt.

5.1. Die Unschuldsvermutung ist in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankert. Demnach ist es als Regel für die Verteilung der Beweislast Sache der Strafverfolgungsbehörden, dem Beschuldigten seine Täterschaft nachzuweisen. Obwohl in der Konvention nicht eigens erwähnt, gehört das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten, zum allgemein anerkannten internationalen Standard eines fairen Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK. Das Recht soll den Beschuldigten vor Pressionen schützen und hängt mit der Unschuldsvermutung zusammen. Die Anklage soll gezwungen sein, die notwendigen Beweise ohne Rückgriff auf Beweismittel zu erbringen, die gegen den Willen des Beschuldigten durch ungerechtfertigten Zwang erlangt wurden (BGE 144 I 242 E. 1.2.1 S. 244 f.; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK, Handkommentar, Meyer-Ladewig und andere [Hrsg.], 4. Aufl. 2017, N. 131 zu Art. 6 EMRK). Das Recht zu schweigen ist indes kein absolutes Recht. Es ist im Rahmen des Verhältnismässigen beschränkbar, solange sein Wesensgehalt intakt bleibt (BGE 144 I 242 E. 1.2.1 S. 245; FRANK MEYER, in: Konvention zum Schutz der Menschenrechte [...], Kommentar, Karpenstein/Mayer [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, N. 130 zu Art. 6 EMRK).

5.2. Eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK liegt gemäss der Rechtsprechung des

EGMR vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (vgl. zu den "Engel-Kriterien" ausführlich BGE 140 II 384 E. 3.2.1 S. 388 f.; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 ff.; 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff.; grundlegend Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22; vgl. die Zusammenfassung der jüngsten Rechtsprechung im zit. Urteil des EGMR Rola, §§ 56-59 ff.; zur Übereinstimmung der Kriterien, nach welchen sich das Vorliegen einer Strafe im Sinne von Art. 7 Ziff. 1 EMRK beurteilt, mit den "Engel-Kriterien" siehe zit. Urteil des EGMR Rola, § 54).

### 5.3.

5.3.1. Die gegen den Beschwerdeführer angeordnete Publikation der Unterlassungsanweisung hat ihre Rechtsgrundlage in Art. 34 FINMAG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses (a Art. 5 FINMAG; BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252). Das erste "Engel-Kriterium", die Zuordnung einer Massnahme zum Strafrecht nach nationalem Recht, ist somit nicht erfüllt.

5.3.2. In rechtsvergleichender Hinsicht (vgl. zur Rechtsvergleichung als ein bei der historischen Auslegung mitzubehütendes Element BGE 133 III 180 E. 3.5 S. 184; Urteile 2C 586/2015 vom 9. Mai 2016 E. 2.1, nicht publ. in BGE 142 II 307; 2C 150/2016 vom 22. Mai 2017 E. 2.2 in fine; BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosser Inspirationsquelle?, in: Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung: Praxis, Legitimität und Methodik - Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, 2014, S. 13) kann auf die Publikationsanordnungen im Regelwerk der EU verwiesen werden. Aus den Vorarbeiten zu den neuen Richtlinien über die Bekämpfung des Marktmissbrauchs (oben, E. 2.4) geht hervor, dass Anordnungen zur Publikation zumindest von verwaltungsrechtlichen Sanktionen von den zuständigen Organen der EU als harmonisierte verwaltungsrechtliche Sanktionen qualifiziert werden (ebenso VON BUTTLAR, a.a.O., S. 454, 457; a.A., jedoch ohne Berücksichtigung des ESMA Report of 26 April 2012, S. 5 N. 2, und der eingangs zitierten Art. 99 Ziff. 1 und Ziff. 6 lit. a Richtlinie 2014/91/EU [OGAW V] sowie Art. 70 Ziff. 1 und Ziff. 6 lit. a Richtlinie 2014/65/EU [MiFID II] NARTOWSKA/KNIERBEIN, a.a.O., S. 259). Die ausdrückliche Bezeichnung als verwaltungsrechtliche Sanktion (siehe etwa Art. 99 Ziff. 1 und Ziff. 6 lit. a OGAW V [Richtlinie 2014/91/EU]; Art. 70 Ziff. 1 und Ziff. 6 lit. a MiFID II [Richtlinie 2014/65/EU]; Art. 34 Ziff. 1 Marktmissbrauchsverordnung [Verordnung [EU] Nr. 596/2014]) im Regelwerk der EU ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die EU eine Harmonisierung der strafrechtlichen Sanktionierung von Verletzungen finanzmarktrechtlicher Bestimmungen grundsätzlich nicht bezweckt (ESMA Report of 26 April 2012, S. 5 N. 2; FABIAN WALLA, Europäisches Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2014, S. 144 N. 25; zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen vgl. oben, E. 2.4). Auch in rechtsvergleichender Hinsicht ist das erste "Engel-Kriterium" nicht erfüllt.

5.4. Ebensovienig sprechen die Natur des Vergehens (zweites "Engel-Kriterium") oder dessen Art und Schwere (drittes "Engel-Kriterium") für eine Qualifikation als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK.

5.4.1. Die Kritik, die der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang an der Einordnung des vorübergehenden Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG in BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff. als repressive verwaltungsrechtliche Sanktion ohne Charakterisierung als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK äussert, übergeht, dass der Entzug eines Fähigkeitsausweises oder der Berufsausübungsbewilligung im Rahmen der Aufsicht über die freien Berufe im schweizerischen Verwaltungsrecht seit jeher als verwaltungsrechtliche Disziplinarmassnahme qualifiziert, die ihrerseits grundsätzlich als Unterkategorie der administrativen Rechtsnachteile angesehen wird (GYGI, a.a.O., S. 335; differenzierend LOCHER, a.a.O., S. 102 ff.; teilweise abweichend JAAG, a.a.O., S. 11 f.). Von den klassischen Disziplinarmassnahmen des schweizerischen Allgemeinen Verwaltungsrechts (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 333 N. 1505) unterscheidet sich das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG etwa dadurch, dass die Ausübung einer leitenden Stelle bei einer Beaufsichtigten gegenüber der verantwortlichen Person auch nach beendetem Arbeitsverhältnis ausgesprochen werden kann (BGE 142 II 243 E. 2.2 S. 247; PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl. 2019, N. 13b zu Art. 33 FINMAG). Der Umstand hingegen, dass mit dem vorübergehenden Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG nicht, wie für die übrigen freien Berufe typisch, eine zuvor erteilte Polizeibewilligung

widerrufen wird, ist einzig auf das Konzept der Institutsaufsicht zurückzuführen, wonach regelmässig nicht die angestellte natürliche Person, sondern das Institut eine Marktzugangsbewilligung benötigt (für das Bankenrecht Art. 1 Abs. 1 lit. d, Art. 2, Art. 3 lit. a FINMAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 BankG). Entsprechend wird mit dem Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG nicht etwa dem Institut die finanzmarktrechtliche Bewilligung, Zulassung, Akkreditierung oder Anerkennung entzogen, sondern, in Durchbrechung dieses Grundsatzes der Institutsaufsicht, der für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften verantwortlichen natürlichen Person die Tätigkeit (in leitender Stellung) bei einer Beaufsichtigten für einen bestimmten Zeitraum verboten.

Diese Verfeinerung der Kategorie der Disziplinarregelungen im Sinne von Massnahmen gegen Personen in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis (JAAG, a.a.O., S. 11) vermag aber nichts daran zu ändern, dass das in einem wirtschaftspolizeilichen Erlass ( a Art. 5 FINMAG) verankerte vorübergehende finanzmarktrechtliche Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG sich wie die übrigen aufsichtsrechtlichen Instrumente wie etwa die Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG (vgl. dazu HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 12a zu Art. 32 FINMAG) nicht an die Allgemeinheit, sondern an spezifische Personen in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis (Beaufsichtigte im Sinne von Art. 3 lit. a FINMAG) oder, in Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht, an deren (auch nur potentiell) leitende Angestellte und damit an einen spezifischen Berufsstand richtet, der im Interesse des Gläubiger-, Anleger- und Versicherungsschutzes sowie der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit und des Vertrauens in die Finanzmärkte (HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 5 f., mit zahlreichen Hinweisen) zu einer aufsichtsrechtlich korrekten Berufsausübung angehalten werden soll (zutreffend MARTIN KARL WEBER, Informationsmissbrauch im Finanzmarkt, Diss. Zürich 2013, S. 245).

5.4.2. Diese Qualifikation ist auch in rechtsvergleichender Hinsicht (oben, E. 5.3.2) nicht aussergewöhnlich.

Die britische Finanzaufsichtsbehörde Financial Conduct Authority (FCA) bezeichnet vorübergehende und definitive Einschränkungen von zuvor bewilligten Tätigkeiten ausdrücklich als "disciplinary measure which the FCA may use in addition to, or instead of, imposing a financial penalty or issuing a public censure. The principal purpose of imposing such a measure is to promote high standards of regulatory and/or market conduct by deterring persons who have committed breaches from committing similar breaches, and demonstrating generally the benefits of compliant behaviour" (FCA Handbook, The Decision Procedure and Penalties manual [DEPP], Release 42, September 2019, DEPP 6A.1.3; <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/DEPP/6A/?view=chapter>); zur Bedeutung des FCA Handbook FEDERICO DELLA NEGRA, MiFID II and Private Law, Enforcing EU Conduct of Business Rules, 2019, S. 73).

Auch nach der neusten Rechtsprechung des EGMR qualifizieren Massnahmen, welche nicht in erster Linie auf eine Vergeltung begangenen Unrechts, sondern auf die (Wieder-) Herstellung des öffentlichen Vertrauens in einen bestimmten Berufsstand zielen, unter dem Gesichtspunkt des zweiten und des dritten "Engel-Kriteriums" (Natur bzw. Art und Schwere des Vergehens) nicht als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK. Solche Massnahmen würden sich nach der Auffassung des EGMR an einen bestimmten Berufsstand mit einem besonderen Status richten, weshalb einem Berufsausübungsverbot nicht dieselbe repressive und abschreckende Wirkung wie eine strafrechtliche Sanktion zukomme (zit. Urteil des EGMR Rola, §§ 56 f., 64, 66, unter Verweis auf die Urteile des EGMR Müller-Hartburg v. Austria vom 19. Februar 2013, Nr. 47195/06, §§ 44 f., und Carlo Biagioli v. San Marino vom 13. September 2016, Nr. 64735/14, §§ 54-57; a.A. DAMIAN K. GRAF, Strafrechtlicher Umgang mit Verfehlungen in der Finanzbranche, GesKR 2018, S. 46).

5.4.3. Das Gesagte gilt auch für die Publikation einer Unterlassungsanweisung gestützt auf Art. 34 FINMAG. Weder die Natur (zweites "Engel-Kriterium") noch die Art oder Schwere der Sanktion (drittes "Engel-Kriterium") sprechen für eine Qualifikation einer Unterlassungsanweisung als strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK.

5.4.3.1. Gemäss Art. 34 FINMAG kann die FINMA bei Vorliegen einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen (Abs. 1), wobei die Veröffentlichung in der Verfügung selbst anzuordnen ist (Abs. 2). Die Publikation der aufsichtsrechtlichen Verfügung ist in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht zu begrenzen (Urteil 2C 929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.3; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 13c zu Art. 34 FINMAG).

5.4.3.2. Adressatenkreis von Art. 34 FINMAG sind die möglichen Adressaten einer Endverfügung der

FINMA (HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 11 zu Art. 34 FINMAG) und somit, vorbehaltlich einer Durchbrechung des Konzepts der Institutsaufsicht, die Beaufsichtigten im Sinne von Art. 3 lit. a FINMAG. Nach Art. 3 lit. a FINMAG sind die Beaufsichtigten Personen, welche nach den Finanzmarktgesetzen (Art. 1 Abs. 1 FINMAG) eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen. Die Formulierung trägt dem Umstand Rechnung, dass die FINMA berechtigt ist, das gesetzliche Aufsichtsinstrumentarium auch gegenüber Instituten oder Personen einzusetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist oder die rechtswidrig unbewilligt tätig sind (Urteile 2C 305/2016 vom 24. November 2016 E. 2.3.1; 2C 1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2). Adressat der Publikationsanordnung nach Art. 34 FINMAG ist somit nicht die Allgemeinheit, sondern ein bestimmter Berufsstand im Sinne von Personen, die sich in einem besonderen bewilligungs-, anerkenntnis-, zulassungs- oder registrierungspflichtigen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis befinden oder befinden sollten und zum Schutze der Gläubigerinnen und Gläubiger, der

Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten und der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte ( a Art. 5 FINMAG) zur Einhaltung mit diesem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis in Zusammenhang stehenden aufsichtsrechtlichen Pflichten angehalten werden.

5.4.3.3. Entsprechend wird die Publikationsanordnung in Art. 34 FINMAG nicht von einem individuellen Verschulden im Sinne des Schuldstrafrechts (vgl. zum Schuldprinzip RETO HEIZMANN, Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, Habil. Bern 2015, S. 341 ff.), sondern von der Voraussetzung einer individuell zurechenbaren schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten abhängig gemacht. Im Vordergrund steht bei der Publikationsanordnung im Sinne von Art. 34 FINMAG nach einem zeitgemässen Gesetzesverständnis nicht mehr das eigentliche 'naming and shaming', das zumindest für Personen mit einer guten Reputation (so PETER NOBEL, Internationales und Transnationales Aktienrecht, 2. Aufl. 2012, S. 388 f.) eine repressive oder präventive Wirkung zu entfalten vermag (HSU/BAHAR/ FLÜHMANN, a.a.O., N. 9 zu Art. 34 FINMAG), sondern die Herstellung von Markttransparenz (siehe dazu oben, E. 3) als einem wesentlichen Element der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (LUCIA GOMEZ RICHA, Les produits structurés et la protection de l'investisseur, Diss. Genf 2015, S. 185 f.). Ob eine nicht über die für den Marktzugang erforderliche Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder

Registrierung verfügende Person durch die bloss Information über diesen Umstand angesichts dessen, dass sie ohnehin nicht auf diesem Markt tätig sein dürfte, überhaupt einen (wirtschaftlichen) Nachteil zu erleiden vermag, wird vorliegend deswegen offen gelassen, weil ein solcher im Lichte der Rechtsprechung jedenfalls nicht schwer genug wiegt, um eine Qualifikation der Sanktion als strafrechtlich zu rechtfertigen. Nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR führt selbst ein dauernder Entzug einer in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis zuvor erteilten Bewilligung für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit noch nicht zu einer Qualifikation der Sanktion als strafrechtlich im Sinne von Art. 7 EMRK, falls dem Betroffenen dadurch nicht vollständig verunmöglicht wird, einen anderen Beruf auf seinem angestammten Ausbildungsfeld auszuüben (zit. Urteil des EGMR Rola, § 66; a.A. GRAF, a.a.O., S. 46). Noch weniger vermögen bloss vorübergehende Einschränkungen in einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit eine Qualifikation als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK nach sich zu ziehen (zit. Urteil des EGMR Müller-Hartburg, § 48). Die Natur bzw. die Art und Schwere des Vergehens sprechen daher für eine Einordnung der

Sanktion als verwaltungsrechtliche Disziplinarreglung im besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis (oben, E. 5.4.1) und nicht als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK (zit. Urteile des EGMR Rola, §§ 56, 63, 64, Müller-Hartburg, §§ 44-49, und Biagioli, §§ 54-57; siehe auch HSU/BAHAR/ FLÜHMANN, a.a.O., N. 12a zu Art. 32 FINMAG; WALDMANN, a.a.O., S. 110).

5.5. Zusammenfassend erfüllt eine auf Art. 34 FINMAG gestützte und angemessen zu befristende Publikation einer Unterlassungsanweisung keines der "Engel-Kriterien", weshalb ein auf Erlass dieser Sanktion gerichtetes Verwaltungsverfahren keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK beinhaltet. Die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 6 EMRK, Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II, Art. 32 BV und Art. 1 sowie Art. 333 StGB erweist sich als unbegründet. Eine Verletzung von Art. 9 BV oder von Art. 53 FINMAG in Verbindung mit Art. 12-19 VwVG ist nicht ersichtlich.

6.

Der Beschwerdeführer rügt des Weiteren, er sei in der FINMA-Verfügung vom 7. September 2017, Dispositivziffer 6, angewiesen worden, jegliche finanzmarktrechtliche bewilligungspflichtige Tätigkeit zu unterlassen. Er hätte jedoch lediglich dazu angehalten werden sollen, von der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ohne Bewilligung abzusehen. Zu mehr könne er mit Blick auf

die gesetzlichen Bestimmungen nicht angewiesen werden. Die Veröffentlichung der Unterlassungsanweisung sei im Übrigen unbegründet und unverhältnismässig. Eine spezifische und akute Gefährdung gehe vom Beschwerdeführer nicht aus. Hätte je eine Gefährdung bestanden, so hätte die FINMA ihre Pflichten dadurch massiv verletzt, dass sie eine Publikation nach Art. 34 FINMAG, jedoch keine nach Art. 22 FINMAG angeordnet habe. Die unspezifische Gefährdung sei Thema der Spezialprävention und verfolge damit Strafzwecke.

6.1. Der Beschwerdeführer hat bewilligungslos die bewilligungspflichtige Tätigkeit der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ausgeübt. Mit dem Verbot der bewilligungslosen Ausübung jeglicher bewilligungspflichtiger finanzmarktrechtlicher Tätigkeit bzw. der Werbung für eine solche wird einer unbewilligt tätig gewordenen Person in Erinnerung gerufen wird, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Es handelt sich dabei im Resultat nicht um eine eigenständige Massnahme, sondern um eine Warnung bzw. blosser Ermahnung (BGE 135 II 356 E. 5.1 S. 365). Zutreffenderweise rügt der Beschwerdeführer, die FINMA habe ihm in Dispositivziffer 6 ihrer vorinstanzlich bestätigten Verfügung vom 7. September 2017 nicht die bewilligungslose Ausübung jeglicher finanzmarktrechtlicher Tätigkeit, sondern die Ausübung jeglicher finanzmarktrechtlicher bewilligungspflichtiger Tätigkeit untersagt, womit sie den Rahmen einer blossen Warnung bzw. Ermahnung überschritten habe. Mit Hinblick auf die zulässige Publikation (unten, E. 6.2, E. 6.3) der Unterlassungsanweisung hat der Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Berichtigung der missverständlich formulierten Unterlassungsanweisung. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde als begründet und ist das angefochtene Urteil aufzuheben sowie wie folgt abzuändern: "A. \_\_\_\_\_, geb. xxx, von Neuhausen am Rheinfall (SH), in Zürich, wird angewiesen, eine finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit, insbesondere die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen, ohne Bewilligung unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte sowie entsprechende Werbung in irgendeiner Form zu unterlassen."

6.2. Als unbegründet erweist sich jedoch die Beschwerde insofern sie sich gegen die Publikation dieser Unterlassungsanweisung richtet. Nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen, falls eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt.

Diese verwaltungsrechtliche Massnahme der Publikationsanordnung setzt eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss im Einzelfall verhältnismässig sein. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht (Urteile 2C 860/2017 vom 5. März 2018 E. 8.2.1; 2C 929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1). Mit der Voraussetzung, dass die FINMA nur in Fällen schwerer Verletzungen eine aufsichtsrechtliche Verfügung veröffentlichen kann (Art. 34 Abs. 1 FINMAG), verankerte der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und des Opportunitätsprinzips; Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen marginaler Bedeutung sollten nicht mit spezifischen aufsichtsrechtlichen Massnahmen sanktioniert werden können (Urteil 2C 571/2018 vom 30. April 2019 E. 5.3.2; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 21 zu Art. 32 FINMAG; Sanktionbericht Zimmerli, S. 32; vgl. in rechtsvergleichender Hinsicht zum Verzicht auf die Veröffentlichung im Regelwerk der EU oben, E. 2.3). Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes - die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) - müssen die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen (Urteile 2C 860/2017 vom 5. März 2018 E. 8.2.1; 2C 929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1).

6.3. Der Beschwerdeführer stellt im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr in Abrede, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumsgelder entgegen genommen zu haben. Bei einer bewilligungslos ausgeübten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ist regelmässig bereits von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen. Die Umstände des Einzelfalles wie bloss untergeordnete Implikation oder besondere Umstände, die darauf hinweisen, dass es künftig zu keiner weiteren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kommen wird ("tätige Reue") sind in Anwendung des Opportunitätsprinzips und der Verhältnismässigkeit bei der Beurteilung, ob die Verletzung des Aufsichtsrechts schwer wiegt, zu berücksichtigen (Urteile 2C 30/2011, 2C 543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 14b zu Art. 34 FINMAG).

Diese Berücksichtigung besonderer Umstände kann jedoch nicht dahingehend verstanden werden,

dass die Publikation einer Unterlassungsanweisung eine konkrete Gefährdung von Polizeigütern voraussetzen würde, wovon der Beschwerdeführer auszugehen scheint. Die bankengesetzliche Bewilligungspflicht nach Art. 3 Abs. 1 BankG begegnet - ähnlich wie die Bewilligungspflicht für die Herstellung von Arzneimitteln nach Art. 5 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (HMG; SR 812.21) - einer abstrakten Gefahr, welche von jeder unbewilligten, aber bewilligungspflichtigen finanzmarktrechtlichen Tätigkeit ausgeht (URS BERTSCHINGER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins vierte Quartal 2018, SZW 2018 S. 720 f.; zum Arzneimittelrecht INES MEIER, Der Dualismus von Verwaltungs- und Strafverfahren, illustriert am Recht des Strassenverkehrs, der Finanzmarktaufsicht und der Heilmittelordnung, Diss. Zürich 2017, S. 173 f., unter Verweis auf Urteil 2A.128/2005 vom 19. Oktober 2005 E. 3.3 in fine).

Entsprechend ist, vorbehältlich besonderer Umstände, von einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der Markttransparenz als einem Aspekt des Funktionsschutzes an einer Publikation zumindest einer Unterlassungsanweisung auszugehen, zumal vergleichbare Regelungen auf europäischer Ebene einen Verzicht auf eine Publikation nur vorsehen, wenn sich eine solche im Einzelfall als unverhältnismässig erweisen oder laufende Ermittlungen oder die Stabilität des Finanzmarktes gefährden würde (oben, E. 2.3). Die angeordnete Publikation der Unterlassungsanweisung auf der Internetseite der FINMA für die Dauer von zwei Jahren nach Eintritt der Rechtskraft erweist sich angesichts der Schwere der begangenen Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen - die bewilligungslos ausgeübte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikums gelder - und fehlender geltend gemachter besonderer Umstände wie etwa tätige Reue als erforderlich und geeignet zur Verwirklichung der Ziele des Finanzmarkt-rechts ( a Art. 5 FINMAG) und steht in einem vernünftigen Verhältnis zu diesen Zielen. Eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 BV ist nicht ersichtlich.

7.

Die Beschwerde erweist sich im Umfang des Eventualbegehrens 2 (oben, E. 6.1) als begründet, weshalb sie in diesem Punkt gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben und abzuändern ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer nach Massgabe seines Unterliegens aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und hat er nach Massgabe seines Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren (Art. 68 Abs. 1 BGG). Die Sache wird zur Neuverlegung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückgewiesen (Art. 67, Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird im Sinne des Eventualbegehrens 2 gutgeheissen. Das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2018 wird, soweit damit die vorinstanzliche Beschwerde vom 9. Oktober 2017 gegen die Verfügung der FINMA vom 7. September 2017, Dispositivziffer 6, abgewiesen worden ist, aufgehoben, und wie folgt abgeändert: "A.\_\_\_\_\_, geb. xxx, von Neuhausen am Rheinfall (SH), in Zürich, wird angewiesen, eine finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit, insbesondere die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen, ohne Bewilligung unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte sowie entsprechende Werbung in irgendeiner Form zu unterlassen." Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die reduzierten Gerichtskosten für das bundesgerichtliche Verfahren von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Die FINMA hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 500.-- auszurichten.

4.

Die Sache wird zur Neuverlegung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA und dem

Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 31. Januar 2020

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall