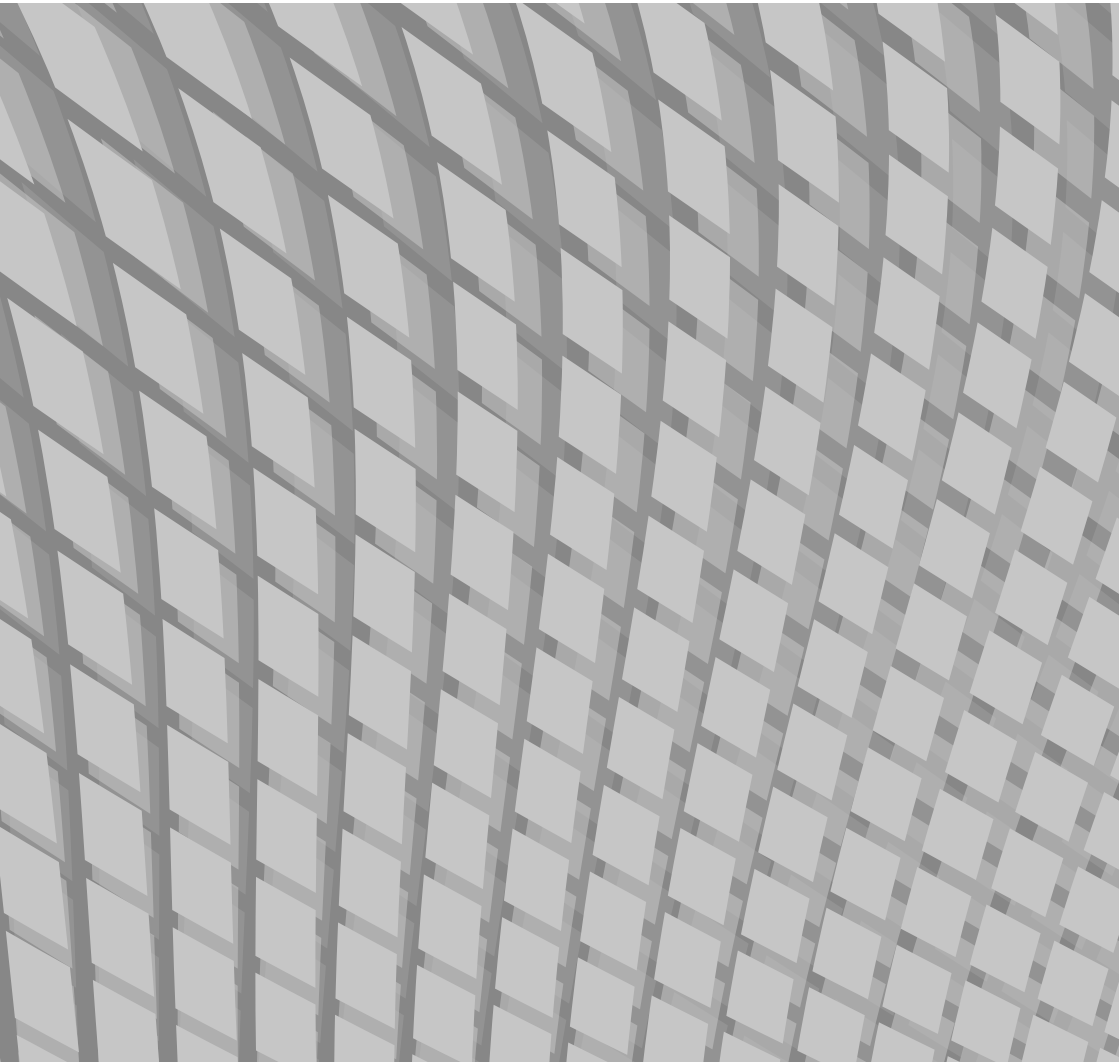




Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

BULLETIN 5/2015



BULLETIN
5/2015

Editorial	4
Editorial	5
Editoriale	6
<hr/>	
1 Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren	8
<hr/>	
2 Abklärungs- und Meldepflicht des Finanzintermediärs	22
<hr/>	
3 Händlerverbot wegen «Wash Trades»	48
<hr/>	
4 Compétences des autorités étrangères à recevoir l'assistance administrative	56
<hr/>	
5 Unbewilligt tätige Personen I	64
<hr/>	
6 Unbewilligt tätige Personen II	82
<hr/>	
7 Unbewilligt tätige Personen III	96
<hr/>	
8 Veröffentlichung eines Werbeverbots während zehn Jahren	104
<hr/>	
9 Kostenaufgabe beim Wechsel der Prüfgesellschaft	114

Impressum

Herausgeberin: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern
Tel. +41 (0)31 327 91 00
Fax +41 (0)31 327 91 01
info@finma.ch
www.finma.ch

Produktion: BBF AG, Basel
www.bbf-design.com

Druck: Jost Druck AG, Hünibach
www.jostdruckag.ch

Das FINMA-Bulletin hat zum Ziel, die Praxis im schweizerischen Finanzmarktaufsichtsrecht aufzuzeigen. Wichtige rechtskräftige Verfügungen der FINMA sowie die für die Weiterentwicklung der Praxis bedeutenden Urteile des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts sollen einem breiten Kreis von interessierten Spezialisten bekannt gemacht werden.

Die Erwägungen der Verfügungen der FINMA sowie die Gerichtsurteile werden teilweise gekürzt wiedergegeben. Diesen vorangestellt sind jeweils eine Regeste sowie der zusammengefasste Sachverhalt. Handelt es sich um publizierte Gerichtsurteile, werden deren Regesten übernommen.

Die im FINMA-Bulletin veröffentlichten Verfügungen der FINMA sind grundsätzlich anonymisiert. Konkursrechtliche Entscheide werden nur so weit anonymisiert, als natürliche Personen involviert sind. Die Gerichtsurteile werden entsprechend deren Veröffentlichung übernommen. Sie sind damit nur anonymisiert, wenn auch das Gericht eine Anonymisierung vorgenommen hat.

Rupert Schaefer

Kathrin Tanner

Le bulletin de la FINMA a comme objectif de présenter la pratique du droit suisse de la surveillance des marchés financiers et d'informer un large cercle de spécialistes des décisions entrées en force de la FINMA ainsi que des arrêts importants du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral susceptibles d'avoir un impact sur le développement de la pratique.

Dans certains cas, les considérants des décisions de la FINMA et des arrêts des tribunaux sont reproduits sous une forme abrégée. Ils sont précédés d'un regeste ainsi que d'un résumé des faits. Lorsqu'il s'agit d'arrêts publiés par les tribunaux, le bulletin reprend les regestes de ces derniers.

Les décisions de la FINMA publiées dans son bulletin sont en principe anonymisées. Celles qui relèvent du droit des faillites ne sont anonymisées que dans la mesure où des personnes physiques sont impliquées. Les arrêts des tribunaux sont reproduits dans le présent bulletin tels qu'ils ont été publiés. Ils ne sont donc anonymisés que quand le tribunal l'avait lui-même décidé.

Rupert Schaefer

Kathrin Tanner

Il bollettino della FINMA ha lo scopo di illustrare la prassi nel diritto svizzero in materia di vigilanza sui mercati finanziari, portando a conoscenza di una vasta cerchia di specialisti interessati importanti decisioni passate in giudicato emesse dall'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA come pure le sentenze del Tribunale amministrativo federale e del Tribunale federale significative per la pratica.

I considerandi delle decisioni della FINMA e le sentenze dei tribunali vengono talvolta riportati in forma abbreviata e sono sempre preceduti da un regesto e dal riassunto dei fatti. Se le sentenze dei tribunali sono pubblicate, il bollettino della FINMA riporta i relativi regesti.

In linea di massima, le decisioni della FINMA pubblicate nel bollettino sono anonimizzate. Le decisioni di diritto fallimentare vengono anonimizzate se sono coinvolte persone fisiche. Le sentenze dei tribunali vengono riprese dalla corrispondente pubblicazione. Esse sono perciò anonimizzate solo laddove il tribunale vi ha provveduto.

Rupert Schaefer

Kathrin Tanner

1 Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren

**URTEIL des Bundesgerichts 2C_119/2013 vom 9. Mai 2013
(BGE 139 II 279)**

Ein Privater, der ein aufsichtsrechtliches Verfahren der FINMA gegen eine Bank anstrebt, hat in diesem Verfahren keine Parteistellung (Art. 6 und 48 VwVG; Art. 5, 31, 35 und 37 Abs. 3 FINMAG; Art. 23^{quinquies}, 24 und 33 ff. BankG).

1. Allgemeine Rechtslage und Zusammenfassung der einschlägigen Rechtsprechung zur Parteistellung im Verwaltungsverfahren bzw. im aufsichtsrechtlichen Verfahren (E. 2.1–2.4).
2. Aus Art. 31 FINMAG kann kein Rechtsanspruch namentlich der Anleger oder Gläubiger auf ein Tätigwerden der FINMA abgeleitet werden. Soweit keine Beschwerdelegitimation nach Art. 24 BankG besteht, kann eine in ihren Interessen verletzte Person bei der FINMA lediglich Anzeige erstatten; sie hat in diesem Verfahren keine Parteistellung (E. 4.1 und 4.2).
3. Daran ändert auch Art. 35 FINMAG nichts: Die Rückerstattung nach Art. 35 Abs. 6 FINMAG begründet nicht anstelle oder zusätzlich zu den zivilrechtlichen Forderungen eine öffentlich-rechtliche Forderung, sondern setzt vielmehr voraus, dass unbestrittene oder gerichtlich festgestellte Schadenersatzansprüche bestehen (E. 4.3).

Art. 6 et 48 PA, art. 5, 31, 35 et 37 al. 3 LFINMA, art. 23^{quinquies}, 24 et 33 ss LB: un particulier qui entend obtenir de la FINMA l'ouverture d'une procédure de surveillance contre une banque n'a pas la qualité de partie dans cette procédure.

1. Règles générales applicables et résumé de la jurisprudence pertinente relative à la qualité de partie dans la procédure administrative respectivement la procédure de surveillance (consid. 2.1-2.4).
2. L'art. 31 LFINMA ne donne pas aux investisseurs et aux créanciers le droit d'exiger une intervention de la FINMA. Lorsqu'elle ne dispose pas d'un droit de recours au sens de l'art. 24 LB, une personne touchée dans ses intérêts peut seulement faire parvenir une dénonciation à la FINMA; elle n'a pas la qualité de partie dans cette procédure (consid. 4.1 et 4.2).
3. L'art. 35 LFINMA n'y change rien: la restitution en application de l'art. 35 al. 6 LFINMA ne crée pas une prétention de droit public en remplacement ou en complément de la prétention civile; elle pré-suppose au contraire que la prétention en réparation du dommage soit incontestée ou constatée par le juge (consid. 4.3).

Art. 6 et 48 PA, art. 5, 31, 35 et 37 cpv. 3 LFINMA, art. 23^{quinquies}, 24 et 33 segg. LBCR: un privato che intende ottenere dalla FINMA l'apertura di una procedura di sorveglianza contro una banca non ha qualità di parte in questa procedura.

1. Quadro giuridico generale e riassunto della pertinente giurisprudenza in materia di qualità di parte nella procedura amministrativa rispettivamente di sorveglianza (consid. 2.1-2.4).
2. Dall'art. 31 LFINMA non può essere dedotto nessun diritto segnatamente degli investitori o dei creditori ad un intervento della FINMA. Nella misura in cui non sussiste un diritto di ricorrere giusta l'art. 24 LBCR, una persona lesa nei propri interessi può inoltrare alla FINMA solo una denuncia; non ha nessuna qualità di parte in questa procedura (consid. 4.1 e 4.2).
3. L'art. 35 LFINMA non permette di giungere ad altra conclusione: la restituzione in applicazione dell'art. 35 cpv. 6 LFINMA non fonda una pretesa di diritto pubblico in sostituzione o in aggiunta a pretese civili; presuppone al contrario l'esistenza di pretese di risarcimento danni incontestate o accertate per via giudiziaria (consid. 4.3).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Am 19. Oktober 2010 gelangte X. _____ an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) und erhob Anzeige gegen die Bank Y. _____ AG in A. _____ /ZH bzw. gegen deren Tochtergesellschaft, die Bank Z. _____ Ltd. mit Sitz in B. _____ /Bahamas. Er machte geltend, er habe im Januar 2000 eine Bankbeziehung mit der Bank Y. _____ AG eröffnet. Bereits im März 2000 habe diese Bank ihm empfohlen, die gesamte Bankbeziehung auf ihre Tochtergesellschaft, die Bank Z. _____ Ltd. zu übertragen. Dies habe er getan und bei dieser diverse Bank- und Wertschriftenkonten eröffnet. Die Bankdokumente seien in den Geschäftsräumlichkeiten der Bank Y. _____ AG unterzeichnet worden. In den folgenden vier Jahren hätten auch alle Besprechungen in diesen Geschäftsräumlichkeiten stattgefunden. Alle Korrespondenz und die gesamte Betreuung sei durch Mitarbeiter der Bank Y. _____ AG erfolgt. In diesen Geschäftsräumlichkeiten seien damit Bankdienstleistungen im Namen der Bank Z. _____ Ltd. erbracht worden, was einer faktischen Geschäftsniederlassung entspreche, obwohl sie dafür über keine Bewilligung der FINMA verfüge. Er ersuchte daher die FINMA, eine aufsichtsrechtliche Untersuchung gegen diese faktische Geschäftsniederlassung der Bank Z. _____ Ltd. einzuleiten und anschliessend gegebenenfalls die faktische Bankzweigniederlassung, allenfalls Bankrepräsentanz, zu liquidieren.

Nachdem die FINMA X. _____ mitgeteilt hatte, er habe in einem allfälligen Verwaltungsverfahren keine Parteistellung und keine Akteneinsicht, beantragte X. _____ den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung. Mit Verfügung vom 11. Mai 2012 trat die FINMA auf das Gesuch um Gewährung der Parteistellung und Akteneinsicht nicht ein (recte: wies dieses ab).

X. _____ erhob dagegen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil vom 13. Dezember 2012 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

X. _____ erhebt beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und ihm in der von der FINMA gegen die de-facto-Zweigniederlassung in A. _____ der Bank Z. _____ Ltd. geführten Vorabklärung oder Untersuchung die Parteistellung nach Art. 6 VwVG einzuräumen, unter Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen

(...)

2.

2.1 Der Beschwerdeführer strebt ein aufsichtsrechtliches Eingreifen der FINMA gegen eine Bank an und will in diesem Verfahren Parteirechte ausüben. Als rechtliche Grundlagen für das aufsichtsrechtliche Eingreifen kommen das Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) und das Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) in Frage. Weder das eine noch das andere enthält besondere Bestimmungen über die Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren; diese richtet sich somit nach richtiger und zutreffender Ansicht aller Beteiligten nach den Art. 6 und 48 VwVG (SR 170.021; vgl. Art. 53 FINMAG; Urteil 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.1).

2.2 Als Parteien in einem Verwaltungsverfahren gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Art. 48

Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Wer in diesem Sinne zur Beschwerde legitimiert ist, hat auch Parteistellung im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren samt den damit verbundenen Parteipflichten und -rechten (Art. 13, 18, 26 ff. VwVG; BGE 129 II 286 E. 4.3.1 S. 292 f.), insbesondere auch dem Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 VwVG). Die Regelung von Art. 48 Abs. 1 VwVG entspricht Art. 89 Abs. 1 BGG und ist in Anlehnung an diese auszulegen; sie soll die Popularbeschwerde ausschliessen und den Charakter des allgemeinen Beschwerderechts als Instrument des Individualrechtsschutzes unterstreichen. Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Verfügungsadressat ist. Der Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen bzw. den zu erlassenden Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung (BGE 135 II 172 E. 2.1 S. 174 f., BGE 135 II 145 E. 6.1 S. 150 f.; BGE 133 II 249 E. 1.3.1 S. 252 f.; BGE 131 II 587 E. 2.1 und 3 S. 588 ff.).

2.3 Die Vorinstanz hat in E. 3.1 des angefochtenen Entscheids die Rechtslage und die dazu ergangene einschlägige Rechtsprechung richtig wiedergegeben: Demnach erwirbt derjenige, der bei einer Aufsichtsbehörde eine Anzeige erstattet oder ein aufsichtsrechtliches Vorgehen gegen

einen Dritten verlangt, dadurch noch keine Parteistellung (BGE 135 II 145 E. 6.1 S. 151; BGE 133 II 468 E. 2 S. 471). Dass er «besonders berührt» (vgl. Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG) bzw. – infolge einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache – stärker als die Allgemeinheit betroffen ist, genügt für sich allein nicht; zusätzlich ist ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG; BGE 135 II 145 E. 6.1, BGE 135 II 172 E. 2.1 S. 174 f.; BGE 134 II 120 E. 2.1 S. 122), also ein aus der Sicht der Rechtspflege gewürdigt ausreichender Anlass dafür, dass die Gerichte der Verwaltungsrechtspflege sich mit der Sache befassen (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 153). Es gibt keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popularbeschwerde oder zur Aufsichtsbeschwerde, die dem Anzeiger keine Parteistellung verschafft (Art. 71 VwVG); wo diese Grenze verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen (BGE 123 II 376 E. 5b/bb S. 383 mit Hinweisen). Wegleitend dafür sind namentlich einerseits die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z.B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen (vgl. BGE 132 II 250 E. 4.4 S. 255), und andererseits das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren (zit. Urteil 2C_762/2010 E. 4.4). Im Rahmen der Banken- und Finanzmarktaufsicht reicht es dazu nicht, dass der Anzeiger Anleger oder Kunde bei der betreffenden Bank ist; er muss vielmehr glaubhaft nachweisen, dass und inwiefern seine Rechte als Anleger konkret gefährdet oder verletzt sind und er deshalb ein eigenes, unmittelbares schutzwürdiges Interesse an einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung oder an einer bestimmten Massnahme hat (BGE 120 Ib 351 E. 3b S. 355; Urteil 2A.218/1992 vom 14. August 1995 E. 5a; zit. Urteil 2C_762/2010 E. 4.5; vgl. BGE 132 II 250 E. 4.3.1 S. 254).

2.4 In Bezug auf den konkreten Fall hat die Vorinstanz erwogen, der Beschwerdeführer begründe seine Beziehungsnähe damit, dass er nach Eröffnung eines aufsichtsrechtlichen Liquidationsverfahrens als geschädigter Anleger eine Forderung im Umfang von 1,7 Mio. Euro eingeben wolle;

es handle sich dabei um eine von der Bank bestrittene Schadenersatzforderung, die aufgrund des vom Beschwerdeführer abgeschlossenen Vertrags dem bahamaischen Recht und Gerichtsstand unterliege und die zudem nach dem anwendbaren bahamaischen Recht längst verjährt sei; selbst wenn eine Liquidation angeordnet würde, sei es überaus hypothetisch, dass der Liquidator diese Forderung anerkennen würde. Anleger und Gläubiger von Finanzintermediären hätten ihre Forderungen primär auf dem zivil- oder strafrechtlichen Weg zu verfolgen. Das aufsichtsrechtliche Verfahren diene nicht der Unterstützung einzelner Anleger bei der Geltendmachung ihrer zivilrechtlichen Ansprüche. Auch wenn dem Beschwerdeführer die Geltendmachung seiner Ansprüche infolge des vereinbarten ausländischen Gerichtsstands oder der eingetretenen Verjährung nicht mehr möglich sein sollte, könne ihm nicht stattdessen Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren zuerkannt werden.

(...)

4.

4.1 In rechtlicher Hinsicht begründet der Beschwerdeführer seine Parteistellung damit, die Niederlassung in A._____ der Bank Z._____ Ltd. habe ohne Bewilligung und damit unrechtmässig Publikumseinlagen entgegengenommen; daraus ergebe sich ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Rückerstattung der ohne Bewilligung entgegengenommenen Mittel. Der FINMA stehe es zudem frei, gestützt auf Art. 31 FINMAG auch ohne Anordnung einer formellen Liquidation die Rückzahlung der unerlaubt vereinnahmten Publikumseinlagen zu verfügen; dieser Rückerstattungsanspruch sei nicht hypothetisch, sondern geradezu geboten, setze aber voraus, dass die FINMA festgestellt habe, dass tatsächlich unzulässigerweise Publikumsgelder entgegengenommen worden seien; deshalb könne seine Situation durch den Ausgang dieses Verfahrens entscheidend beeinflusst werden, was seine Partei-

stellung begründe. Die FINMA könne auch gestützt auf Art. 35 FINMAG die Vermögenswerte der Zürcher Zweigniederlassung einziehen und einen Teil davon ihm – dem Beschwerdeführer – zurückerstatten. Schliesslich wäre ihm auch der zivilrechtliche Rechtsweg auf den Bahamas nicht zumutbar gewesen.

4.2 Die Beziehungen zwischen einem Bankkunden und der Bank unterliegen dem Zivilrecht; daraus entstehende Forderungen sind auf dem zivilrechtlichen Weg geltend zu machen. Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubiger, der Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte; sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei (Art. 5 FINMAG). Auch wenn sie somit auch dem Einlegerschutz dient, bleibt sie doch eine öffentlich-rechtliche, wirtschaftspolizeiliche Aufgabe (Christoph Winzeler, in: Basler Kommentar Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Watter/Vogt [Hrsg.], 2. Aufl. 2011, N. 11 zu Art. 5 FINMAG). Nach Art. 31 FINMAG sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes, wenn eine Beaufichtigte die Bestimmungen dieses Gesetzes oder eines Finanzmarktgesetzes verletzt oder sonstige Missstände bestehen. Diese Bestimmung entspricht dem früheren Art. 23^{ter} Abs. 1 (AS 1971 815) des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0). Sie enthält als Generalklausel nicht eine abschliessende Aufzählung zulässiger Anordnungen, sondern gibt der FINMA einen relativ weiten Ermessensspielraum (BGE 132 II 382 E. 4.1 S. 388; Roth Pellanda, in: Basler Kommentar, Börsengesetz [...], 2. Aufl. 2011, N. 5 und 9 zu Art. 31 FINMAG; Poledna/Marazzotta, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, 2005, N. 5 zu Art. 23^{ter} BankG). Aus Art. 31 FINMAG kann kein Rechtsanspruch namentlich der Anleger oder Gläubiger auf ein Tätigwerden der FINMA abgeleitet werden (Botschaft vom 1. Februar 2006 zum FINMAG, BBl 2006 2881 zu Art. 31; Roth Pellanda, a.a.O., N. 14 zu Art. 31 FINMAG). Die FINMA ist auch nicht befugt, anstelle der zuständigen Zivilgerichte über zivilrechtliche Ansprüche Dritter gegen die Bank zu entscheiden (Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000

E. 9b). Zwar soll die FINMA den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, u.a. dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger, Rechnung tragen (BGE 135 II 356 E. 3.1 S. 359 f.). Das bedeutet aber entgegen der offenbaren Auffassung des Beschwerdeführers nicht, dass die Anleger eine öffentlich-rechtliche Forderung auf Rückerstattung der ohne Bewilligung entgegengenommenen Gelder hätten. Geht eine Gesellschaft unbewilligt einer den Banken oder den bewilligten Effektenhändlern vorbehaltenen Tätigkeit nach, kann die FINMA sie im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze aufsichtsrechtlich liquidieren (BGE 136 II 43 E. 3.2 S. 46; BGE 131 II 306 E. 3.1.2 S. 314; vgl. Art. 37 Abs. 3 FINMAG). Die angeordnete Liquidierung verläuft so, dass die FINMA einen Liquidator ernennt (Art. 23^{quinquies} Abs. 1 BankG), der alsdann die Liquidation nach den Regeln des Privatrechts durchführt (BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321; Urteil 2C_101/2011 vom 29. September 2011 E. 1.1.1; Poledna/Marazzotta, a.a.O., N. 16 zu Art. 23^{quinquies} BankG), bzw. – im Falle der Überschuldung – nach den besonderen Regeln über den Bankenkurs (Art. 33 ff. BankG), die analog auch für den unbewilligt auftretenden Finanzintermediär gelten (BGE 136 II 43 E. 3.2 S. 46; BGE 132 II 382 E. 4.2 S. 388; BGE 131 II 306 E. 4.1.2 S. 320; Urteil 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 2.2). In diesem Verfahren haben die Gläubiger die Möglichkeit, ihre privatrechtlichen Forderungen einzugeben (Art. 232 SchKG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 BankG). Die Konzeption des Gesetzes ist also nicht die, dass bei unbewilligter Geschäftstätigkeit eine öffentlich-rechtliche Rückerstattungsforderung neben die zivilrechtliche Forderung tritt. So etwa hat der von der FINMA eingesetzte Liquidator keine Verfügungskompetenz. Gegen seine Handlungen ist deshalb auch keine Beschwerde möglich, sondern die gemäss Art. 24 BankG zur Beschwerde legitimierten Personen müssen von der FINMA den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen (Poledna/Marazzotta, a.a.O., N. 29 zu Art. 24 BankG). Soweit keine Beschwerdelegitimation besteht, kann die in ihren Interessen verletzte Person der FINMA lediglich die Anzeige erstatten, dass und weshalb sie mit einer Handlung, einer Unterlassung oder einem Entscheid des Liquidators nicht einverstanden ist. In diesen Fällen hat der

Anzeiger keine Parteistellung und keinen Anspruch auf Orientierung über die von der FINMA getroffenen Massnahmen (vgl. Thomas Bauer, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, 2005, N. 33 zu Art. 33 BankG). Die aufsichtsrechtliche Tätigkeit verbessert mithin höchstens die Rahmenbedingungen, um die zivilrechtlichen Forderungen durchzusetzen.

4.3 Daran ändert auch Art. 35 FINMAG nichts:

4.3.1 Nach Abs. 1 dieser Bestimmung kann die FINMA den Gewinn einziehen, den eine Beaufsichtigte durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat; anders als unter früherem Recht (vgl. zit. Urteil 2A.230/1999 E. 9b; vgl. dazu Zulauf/Wyss/Roth, Finanzmarktenforcement, 2008, S. 238 ff.; René Bösch, in: Basler Kommentar, Börsengesetz [...], 2. Aufl. 2011, N. 1 zu Art. 35 FINMAG; Zufferey/Contratto, FINMA – The Swiss Financial Market Supervisory Authority, 2009, S. 148) besteht somit nun eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für eine solche Einziehung (s. zur Vorgeschichte Raoul Sidler, Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, 2008, S. 4 ff.). Nach Art. 35 Abs. 6 FINMAG gehen die eingezogenen Vermögenswerte an den Bund, soweit sie nicht Geschädigten ausbezahlt werden.

4.3.2 Die Vorinstanz hat erwogen, das FINMAG sei erst am 1. Januar 2009 in Kraft getreten, so dass es aufgrund des Rückwirkungsverbots als höchst unwahrscheinlich erscheine, dass die FINMA den vom Beschwerdeführer behaupteten Schaden aus den Jahren 2000 und 2001 zum Anlass nehmen würde, um Vermögenswerte einzuziehen. Der Beschwerdeführer macht dagegen geltend, die bewilligungspflichtige, aber unbewilligte Tätigkeit habe über den 1. Januar 2009 hinaus gedauert, so dass gestützt auf Art. 35 FINMAG der Gewinn eingezogen und an ihn ausbezahlt werden könnte.

4.3.3 Auch abgesehen von intertemporalrechtlichen Aspekten kann aber der Beschwerdeführer aus Art. 35 FINMAG nichts für sich ableiten: Die dort geregelte Einziehung hat rein verwaltungsrechtlichen Charakter (BBl 2006

2849 Ziff. 1.2.13; Bösch, a.a.O., N. 5 zu Art. 35 FINMAG). Die Rückerstattung durch die FINMA nach Abs. 6 begründet nicht anstelle oder zusätzlich zu den zivilrechtlichen eine öffentlich-rechtliche Forderung (vgl. auch vorne E. 4.2) und dient ebenso wenig der Beurteilung strittiger Zivilansprüche, sondern setzt vielmehr voraus, dass unbestrittene oder gerichtlich festgestellte Schadenersatzansprüche bestehen, dient somit bloss der Durchsetzung liquider zivilrechtlicher Forderungen (BBI 2006 2884 zu Art. 35 Abs. 6; Zufferey/Contratto, a.a.O., S. 150, 155).

4.3.4 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass nach der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers dessen Forderung gegen die Bank Z._____ Ltd. längst verjährt sei. Der Beschwerdeführer stellt dies nicht in Frage. Er bringt zudem selber vor, es sei ihm nicht zumutbar gewesen, die Forderung auf dem zivilrechtlichen Weg geltend zu machen. Liegt somit keine unbestrittene oder gerichtlich festgestellte zivilrechtliche Forderung vor, so kommt eine Rückerstattung nach Art. 35 Abs. 6 FINMAG nicht in Frage. Der Beschwerdeführer hat somit von vornherein kein schützenswertes Interesse im dargelegten Sinne (vorne E. 2.3) an der Eröffnung oder Durchführung eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens, weil ihm dies ohnehin nichts helfen würde.

Abklärungs- und Meldepflicht des Finanzintermediärs

**URTEIL des Bundesverwaltungsgerichts B-6815/2013
vom 10. Juni 2014**

Schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen wegen Missachtung von Abklärungs- (Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG) und Meldepflichten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG) sowie von Pflichten nach der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (Art. 8 VSB 08 resp. VSB 03).

1. Um eine Meldepflicht des Finanzintermediärs auszulösen, genügt der begründete Verdacht, dass die Vermögenswerte aus einer Tat herrühren, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht ist. Als begründet ist ein Verdacht anzusehen, wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, die auf eine verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte hindeuten (E. 4.3).
2. Die Abklärungspflichten nach Art. 6 GwG umfassen die Abklärung der gesamten wirtschaftlichen Hintergründe und des Zwecks einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung. Bei Anhaltspunkten auf strafbares Verhalten eines Vertragspartners hat der Finanzintermediär abzuklären, ob die Vermögenswerte allenfalls aus einem Verbrechen herrühren. Verdichten sich die Anhaltspunkte zu einem begründeten Verdacht, ist ohne Verzögerung gestützt auf Art. 9 GwG eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei zu erstatten (E. 4.7 und 4.8).
3. Findet bei Transaktionen am Bankschalter keine physische Übergabe von Vermögenswerten statt, dürfen keine Bescheinigungen ausgestellt werden, die den Eindruck erwecken, ein Barbezug bzw. eine Bareinzahlung sei effektiv erfolgt. Solche wahrheitswidrigen Belege stellen irreführende Bescheinigungen im Sinne von Art. 8 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08 resp. VSB 03) dar (E. 5).

Violations graves de dispositions prudentielles pour non-respect des obligations de clarification (art. 6 al. 2 let. b LBA) et de l'obligation de communiquer (art. 9 al. 1 let. a ch. 2 LBA) ainsi que des obligations découlant de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (art. 8 CDB 08 et CDB 03).

1. Un soupçon fondé quant au fait que des valeurs patrimoniales proviennent d'un acte punissable d'une peine privative de liberté de plus de trois ans suffit à justifier une obligation de communiquer de la part de l'intermédiaire financier. Un soupçon est considéré comme fondé lorsqu'il repose sur un indice concret ou sur plusieurs indications laissant supposer une origine criminelle des valeurs patrimoniales (consid. 4.3).
2. Les obligations de clarification imposées par l'art. 6 LBA comprennent la clarification de tout l'arrière-plan économique ainsi que du but visé par une transaction ou une relation commerciale. En présence d'indices de comportement punissable de la part d'un partenaire contractuel, l'intermédiaire financier doit vérifier si les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime. Si les indices se précisent jusqu'à former un soupçon fondé, le bureau de communication en matière de blanchiment d'argent doit immédiatement être informée, en vertu de l'art. 9 LBA (consid. 4.7 et 4.8)
3. Si aucune valeur patrimoniale n'est remise physiquement lors de transactions au guichet d'une banque, aucune attestation laissant supposer qu'un retrait ou un paiement en espèces a effectivement eu lieu ne peut être délivrée. De tels justificatifs mensongers constituent des attestations pouvant induire en erreur au sens de l'art. 8 de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08 et CDB 03) (consid. 5).

Grave violazione delle disposizioni legali in materia di vigilanza per inosservanza degli obblighi di chiarimento (art. 6 cpv. 2 lett. b LRD) e degli obblighi di comunicazione (art. 9 cpv. 1 lett. a n. 2 LRD) come pure degli obblighi ai sensi della Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (art. 8 CDB 08 e CDB 03).

1. Affinché si generi un obbligo di comunicazione per l'intermediario finanziario, è sufficiente che vi sia il sospetto fondato che i valori patrimoniali provengano da un reato punibile con una pena detentiva di più di tre anni. Un sospetto è considerato fondato se si basa su un indizio concreto o su altri elementi che alludono a un'origine criminale dei valori patrimoniali (consid. 4.3).
2. Gli obblighi di chiarimento ai sensi dell'art. 6 LRD comprendono il chiarimento delle circostanze economiche e lo scopo di una transazione o di una relazione d'affari. Qualora sussistano indizi di un comportamento passibile di pena di una controparte, l'intermediario finanziario è tenuto a chiarire se i valori patrimoniali provengano da un crimine. Se dagli indizi si delinea un sospetto fondato, ai sensi dell'art. 9 LRD occorre senza indugio darne comunicazione all'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro (consid. 4.7 e 4.8).
3. Se nelle transazioni eseguite allo sportello bancario non avviene fisicamente un trasferimento di valori patrimoniali, non possono essere rilasciate attestazioni che suscitino l'impressione che abbia effettivamente avuto luogo un prelevamento o un versamento in contanti. Tali attestazioni, che espongono i fatti in maniera inveritiera, rappresentano delle attestazioni fuorvianti ai sensi dell'art. 8 della Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (art. 8 CDB 08 e CDB 03) (consid. 5).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die X._____ & Co (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist eine Kommanditgesellschaft im Sinne von Art. 594 ff. OR. Die Beschwerdeführerin verfügt zur Ausübung ihrer Tätigkeit in der Schweiz über eine Bewilligung als Bank und Effekthändlerin.

Das Konkursamt des Kantons Z._____ gelangte mit Schreiben vom 10. April 2012 an die Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) und informierte diese über ein laufendes Konkursverfahren gegen A._____. In der Folge wurde A._____ vom Amtsgericht Y._____ mit Urteil vom 11. November 2011 wegen Bankrotts gemäss § 283 Abs. 1 Nr. 1 und § 283a Nr. 1 des deutschen StGB zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Aufgrund dieses Urteils vom 11. November 2011 stellte das Konkursamt fest, dass von einem Konto von A._____ bei der Beschwerdeführerin am 20. November 2009 ein Betrag von EUR 1'070'860.68 bar abgehoben und am selben Tag auf das Konto von B._____ bei der Beschwerdeführerin wieder einbezahlt wurde. Vor diesem Hintergrund stellte das Konkursamt des Kantons Z._____ der Vorinstanz die Unterlagen zur Prüfung und eventuellen Anordnung aufsichtsrechtlicher Massnahmen zu.

Mit Schreiben vom 22. Mai 2012 verlangte die Vorinstanz unter anderem Auskunft über die Kontobeziehungen der Beschwerdeführerin mit A._____ und B._____ sowie Angaben zur Bartransaktion vom 20. November 2009. Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen ergab sich, dass A._____ am 20. November 2009 den Geschäftssitz der Beschwerdeführerin in W._____ aufsuchte, um eine Barschenkung in der Höhe von EUR 1'070'860.68 an die ebenfalls anwesende (Angaben zum Verwandtschaftsgrad) B._____ vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin stellte für diese Barschenkung vom 20. November 2009 je einen Beleg über eine Auszahlung und eine Einzahlung aus. Eine physische Übergabe des Geldes hat indessen nicht stattgefunden. Das Geld wurde lediglich intern transferiert. Nach den Angaben der

Beschwerdeführerin war die Barschenkung von A._____ an B._____ am 20. November 2009 steuerlich motiviert. Die Bartransaktion sei getätigt worden, um den Bezug zwischen zwei Konten nicht offenlegen zu müssen. In der Folge verlangte die Vorinstanz weiter Einblick in die Unterlagen der Beschwerdeführerin betreffend die am 6. September 2007 erfolgte Barschenkung von A._____ an (Angaben zum Verwandtschaftsgrad) C._____ in der Höhe von EUR 500'000.–. Auch bei dieser Transaktion wurde das Geld nicht physisch bei der Beschwerdeführerin aus- und einbezahlt, sondern intern transferiert. Die Beschwerdeführerin stellte gleichwohl für die Barschenkung vom 6. September 2007 zwei Transaktionsbelege über eine Auszahlung und eine Einzahlung aus. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin standen auch bei dieser Transaktion steuerliche Überlegungen im Vordergrund.

Am 26. Oktober 2012 informierte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz darüber, dass sie am 1. Oktober 2012 der Meldestelle für Geldwäscherei eine Meldung gestützt auf Art. 9 GwG (SR 955.0) in Bezug auf C._____ erstattet habe. Die Vorinstanz teilte der Beschwerdeführerin am 25. Januar 2013 mit, dass sie aufgrund der erfolgten Abklärungen gegen sie ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnen werde.

Mit Verfügung vom 25. Oktober 2013 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe (Ziff. 1 des Dispositivs). Die Vorinstanz werde einen Prüfbeauftragten einsetzen, welcher im Sinne der Verfügungserwägungen die korrekte Anwendung von Art. 9 GwG und Art. 8 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08; in Kraft seit 1. Juli 2008) durch die Beschwerdeführerin überprüfen und zuhanden der Vorinstanz Bericht erstatten werde (Ziff. 2 des Dispositivs). Die Beschwerdeführerin habe in ihren Geschäftsbeziehungen im Zusammenhang mit der Barschenkung von A._____ an B._____ vom 20. November 2009 und im Zusammenhang mit der Barschenkung von A._____ an C._____ vom 6. September 2007 ihre Meldepflichten im Sinne von Art. 9 GwG verletzt und sei den Abklärungspflichten gemäss Art. 6 GwG

nur ungenügend nachgekommen. Damit habe sie aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Im Übrigen habe sie auch mit dem Ausstellen von irreführenden Bescheinigungen im Zusammenhang mit diesen Transaktionen aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Art. 8 VSB 08 resp. Art. 8 VSB 03).

Gegen diese Verfügung vom 25. Oktober 2013 führt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 3. Dezember 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen

(...)

4.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihr könne keine Verletzung der Meldepflicht nach Art. 9 GwG bzw. der Abklärungspflicht nach Art. 6 GwG vorgeworfen werden.

Mit Blick auf die Abklärungspflicht nach Art. 6 GwG führt die Beschwerdeführerin insbesondere aus, im Fokus ihrer Abklärungen und der darauf beruhenden Beurteilung habe ihre Kundin B. _____ gestanden. Nach der Information des Konkursamtes Z. _____ über den Konkurs von A. _____ im Juni 2010 habe sie zuerst das Konto von B. _____ gesperrt. Weiter habe sie B. _____ am 5. Mai 2011 zum Schenkungsvorgang befragt. Wie das in der Folge in Auftrag gegebene Rechtsgutachten vom 19. August 2011 verdeutliche, habe dabei der Fokus einzig auf der Strafbarkeit von B. _____ sowie auf der Rückzahlung der Gelder aufgrund insolvenzrechtlicher Bestimmungen gelegen. Schliesslich habe sie die Rückzahlung der Vermögenswerte an die Insolvenzmasse überwacht, womit aus ihrer Optik der rechtmässige Zustand insoweit wieder hergestellt worden sei. Sie habe damit entsprechend ihrer

Verpflichtungen gemäss Art. 6 GwG den aus ihrer Optik wesentlichen Sachverhalt abgeklärt. Anhaltspunkte für weitere Abklärungen oder eine Meldung nach Art. 9 GwG hätten nicht bestanden.

In Bezug auf den Vorwurf der Verletzung von Art. 9 GwG betont die Beschwerdeführerin im Weiteren, es liege keine Verletzung der Meldepflicht vor, weil es an einem Vermögenswert fehle, der aus einem Verbrechen herrühre. Art. 9 GwG knüpfe an den Tatbestand von Art. 305^{bis} StGB an und sei daher gleich auszulegen wie diese strafrechtliche Bestimmung. Die vorliegend zur Diskussion stehenden Konkursdelikte seien jedoch nicht als Vortaten im Sinne von Art. 305^{bis} StGB zu qualifizieren. Führe die Vortat zu keinem Vermögenszuwachs beim Täter, so rührten die betroffenen Vermögenswerte nicht aus einem Delikt her und könnten daher auch kein Geldwäschereiojekt sein. Im Falle der Konkursdelikte hätte der Täter die Vermögenswerte der Konkursmasse zuführen sollen, habe dies aber unterlassen. Auch wenn dieses Verhalten Verbrechenscharakter aufweisen könne, ändere dies nichts daran, dass die Vermögenswerte aus der Geschäftstätigkeit des Täters herrührten. Schliesslich sei die Geldwäscherei eine Verwertungstat, welche die Vollendung einer Tat voraussetze. Das Konkursdelikt sei jedoch erst mit Konkurseröffnung abgeschlossen. Eventualiter sei davon auszugehen, dass der gute Glaube die Surrogatskette und somit den Geldwäschereitbestand begrenze. Selbst wenn von einer autonomen Auslegung von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG ausgegangen werde, würden die vorliegenden Sachverhalte nicht erfasst, da die zwei Schenkungen beim Täter des Konkursdelikts keinen ökonomischen Vorteil begründen würden und es bei den gutgläubigen Beschenkten an der Tatbeteiligung fehle.

4.1 Das seit 1. April 1998 in Kraft stehende Geldwäschereigesetz dient namentlich der Bekämpfung der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) und der Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 1 GwG). In Ergänzung zu den strafrechtlichen Bestimmungen soll das Geldwäschereigesetz verhindern, dass Gelder verbrecherischen Ursprungs in den ordentlichen

Geldkreislauf gelangen. Das Geldwäschereigesetz leistet mit seinen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten einen eigenständigen Beitrag zur Bekämpfung der Geldwäscherei und dient darüber hinaus der Deliktprävention, der Risikoverminderung für die Finanzintermediäre und schliesslich der Aufrechterhaltung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz (Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière [GAFI] vom 15. Juni 2007, BBl 2007 6276 [nachfolgend: Botschaft GAFI]; vgl. auch Christoph K. Graber, in: Das neue GwG, 3. Aufl. 2009, Art. 1 N. 1; Ralph Wyss, in: GwG, Geldwäschereigesetz [nachfolgend: Kommentar GwG], 2. Aufl. 2009, Art. 1 N. 2, 5). Die Geldwäschereigesetzgebung zielt insbesondere auch darauf, die für die Geldwäscherei verantwortlichen Personen zu ermitteln und strafrechtlich zu belangen (Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17. Juni 1996 [Geldwäschereigesetz, GwG], BBl 1996 III 1102, 1116 [nachfolgend: Botschaft GwG]; BGE 134 III 529 E. 4.2). Dem Geldwäschereigesetz liegt somit eine umfassende Zielsetzung zu Grunde, welche über den Zweck und das Instrumentarium des Strafgesetzbuches hinausreicht (Botschaft GwG, S. 1102, 1113).

4.2 Der Finanzintermediär hat die wirtschaftlichen Hintergründe und den Zweck einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung abzuklären, wenn sie ungewöhnlich erscheinen und ihre Rechtmässigkeit nicht erkennbar ist (Art. 6 Abs. 2 Bst. a GwG) oder Anhaltspunkte vorliegen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren (Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG). Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG stellt dabei kein zusätzlicher Tatbestand dar, sondern lediglich die Hervorhebung von besonders ungewöhnlichen Geschäften im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a GwG (vgl. Werner De Capitani, in: Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, 2002, Art. 6 N. 5, 144). Als Anhaltspunkte im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG haben bereits schwache Verdachtsmomente zu gelten (vgl. De Capitani, a.a.O., Art. 6 N. 156 ff.; Michael Reinle, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz, 2007, Rz. 422; Graber, a.a.O., Art. 6 N. 7).

4.3 In engem Zusammenhang mit der Abklärungspflicht in Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG steht die Meldepflicht des Finanzintermediärs gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG. Der Finanzintermediär muss der Meldestelle für Geldwäscherei (Art. 23 GwG) unverzüglich Meldung erstatten, wenn er weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren (Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG). Vermögenswerte, die aus einem Verbrechen «herrühren» sind insbesondere Vermögenswerte, die durch ein Verbrechen erlangt wurden (vgl. De Capitani, a.a.O., Art. 6 N. 152). Als Verbrechen gelten gemäss Art. 10 Abs. 2 StGB Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (vgl. Dave Zollinger, in: Kommentar GwG, Art. 305^{bis} N. 12; BGE 126 IV 255 E. 3a). Als begründet ist ein Verdacht anzusehen, wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, die auf eine verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte hindeuten (Botschaft GwG, S. 1130; Graber, a.a.O., Art. 9 N. 8; Daniel Thelesklaf, in: Kommentar GwG, Art. 9 N. 9; De Capitani, a.a.O., Art. 9 N. 40; Entscheid des Bundesgerichts 4A_313/2008 vom 27. November 2008 E. 4.2.2.3). Hat der Finanzintermediär konkrete Kenntnisse davon, dass ein Strafverfahren wegen einer schweren Straftat gegen seinen Kunden angehoben wurde und die betroffenen Vermögenswerte damit in Zusammenhang stehen könnten, so muss er sich in der Regel für eine Meldung nach Art. 9 GwG entscheiden (vgl. Zollinger, a.a.O., Art. 305^{ter} StGB N. 26; Graber, a.a.O., Art. 9 N. 11; Carlo Lombardini, Banques et blanchiment d'argent, 2e éd., 2013, Rz. 501 f.). Im Zweifel ist immer eine Meldung zu erstatten (vgl. Thelesklaf, a.a.O., Art. 9 N. 9; De Capitani, a.a.O., Art. 9 N. 43 ff.; Thomas Zwiefelhofer, Die Sorgfaltspflichten des liechtensteinischen Geldwäschereirechts verglichen mit den entsprechenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts, 2007, S. 446 f.). Die Meldung muss unverzüglich erfolgen. Damit ist der Zeitpunkt gemeint, in dem das Wissen eintritt bzw. der Verdacht sich erhärtet hat, dass Vermögenswerte mit deliktischem Umfeld in die Geschäftsbeziehung involviert sind (vgl. Thelesklaf, a.a.O., Art. 9 N. 15).

4.4 Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist weiter abzustellen «auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt» (BGE 131 II 697 E. 4.1 m.H.). Eine verbindliche Rangfolge der verschiedenen zu berücksichtigenden Auslegungselemente ist weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre erarbeitet worden (vgl. Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, S. 170 ff. m.H.). Vielmehr bekennen sich das Bundesgericht und die herrschende Lehre zum Methodenpluralismus, der keiner Auslegungsmethode einen grundsätzlichen Vorrang zuerkennt (vgl. BGE 134 I 184 E. 5.1, BGE 134 II 249 E. 2.3, BGE 133 V 57 E. 6.1; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, N. 128 ff.). Es sollen jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N. 217 m.H.).

4.5 Im Juni 2010 informierte das Konkursamt Z._____ die Beschwerdeführerin über den Konkurs von A._____. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, waren mit Blick auf die damaligen Umstände Anhaltspunkte vorhanden, die weitere Abklärungen der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 6 GwG bedingten. Die Beschwerdeführerin belegte denn auch in der Folge das Konto von B._____ am 15. Juli 2010 mit einer bankinternen Sperre und führte eine Befragung von B._____ durch, um die Hintergründe der Barschenkung von A._____ an B._____ in der Höhe von EUR 1'070'860.68 vom 20. November 2009 abzuklären. Die Beschwerdeführerin gab zudem in Erfüllung ihrer Abklärungspflicht nach dem Geldwäschereigesetz ein Rechtsgutachten in Auftrag. Dieses Gutachten vom 19. August 2011 hielt fest, dass sich A._____ mit der Barschenkung an B._____ vom 20. November 2009 nach deutschem Recht strafbar gemacht hatte, da er sein Vermögen trotz drohender oder

sogar eingetretener Zahlungsunfähigkeit dem Insolvenzverfahren entzogen hatte (§§ 283 und 283a des deutschen StGB). Dieser Straftatbestand entspricht in der Schweizer Rechtsordnung Art. 164 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der als Strafdrohung eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsieht und damit ein Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB darstellt. Aufgrund dieser Abklärungen lag somit ein konkreter Hinweis vor, dass die Vermögenswerte der Transaktion vom 20. November 2009 aus einer strafbaren Handlung herrührten. Ein weiterer Hinweis erfolgte Ende Oktober 2011, als der Strafverteidiger von A._____ mit Schreiben vom 27. Oktober 2011 um die Rückführung der Gelder an die Insolvenzmasse bat und informierte, dass im November 2011 eine mündliche Verhandlung vor dem Strafgericht Y._____ (D) stattfinden werde und A._____ mit einer empfindlichen Freiheitsstrafe rechnen müsse. Mit der zutreffenden Einschätzung der Vorinstanz ist festzuhalten, dass unter Würdigung aller Umstände die Anhaltspunkte am 19. August 2011, spätestens aber Ende Oktober des gleichen Jahres einen begründeten Verdacht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG in Bezug auf die Geschäftsbeziehung zu B._____ ergaben. Die Beschwerdeführerin wäre daher verpflichtet gewesen, in Bezug auf B._____ spätestens ab den genannten Zeitpunkten unverzüglich eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (Art. 23 GwG) zu erstatten. Gleiches gilt mit Blick auf ihre Geschäftsbeziehung in Bezug auf C._____. Vor dem Hintergrund der Informationen zu A._____ hätte die Beschwerdeführerin auch mit Blick auf die Barschenkung von A._____ an C._____ in der Höhe von EUR 500'000.– vom 6. September 2007 einen begründeten Verdacht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 haben und daher unverzüglich eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei erstatten müssen.

4.6 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass die Beschwerdeführerin vorliegend in Bezug auf B._____ und C._____ ihre Abklärungspflichten im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG und die Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG verletzt hat.

4.7 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen.

4.7.1 Die von der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Abklärungspflicht nach Art. 6 GwG betonte Fokussierung ihrer Abklärungen auf B. _____ und deren Strafbarkeit verkennt, dass die Abklärungspflichten nach Art. 6 GwG der breiten Zielsetzung des Gesetzes entsprechend (vgl. dazu E. 4.1) die gesamten wirtschaftlichen Hintergründe und Zwecksetzungen einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung umfassen. Der Finanzintermediär kann sich daher keineswegs auf die Abklärung des allfällig strafbaren Verhaltens nur eines Vertragspartners und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes beschränken. Vielmehr ist gestützt auf Art. 6 GwG bei entsprechenden Anhaltspunkten unter Einbezug weiterer involvierter Personen abzuklären, ob die Vermögenswerte allenfalls aus einem Verbrechen herrühren. Verdichten sich die Anhaltspunkte zu einem begründeten Verdacht, ist ohne Verzögerung eine Meldung gestützt auf Art. 9 GwG an die Meldestelle für Geldwäscherei zu erstatten (vgl. dazu E. 4.3).

4.7.2 Weiter erweist sich die von der Beschwerdeführerin vertretene Auslegung von Art. 9 GwG als nicht überzeugend. Gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG muss ein Finanzintermediär unverzüglich Meldung erstatten, wenn er den begründeten Verdacht hat, dass die in eine Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren. Der Wortlaut dieser Bestimmung verweist zu ihrer Auslegung klarerweise nicht auf Art. 305^{bis} StGB. Vielmehr knüpft die Meldepflicht nach grammatikalischer Interpretation einzig an das Bestehen eines begründeten Verdachts an, dass die Vermögenswerte aus einem Verbrechen stammen könnten. Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG verweist mit der Verwendung des Begriffs des «Verbrechens» einzig auf Art. 10 Abs. 2 StGB. Verbrechen sind nach dieser Bestimmung Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind. Gestützt auf die grammatikalische Auslegung von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG genügt somit der begründete Verdacht, dass die Vermögenswerte aus einer Tat herrühren, die mit einer

Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht ist, um eine Meldepflicht des Finanzintermediärs auszulösen. Zusätzliche Kriterien in Bezug auf die Tat, wie beispielsweise der von der Beschwerdeführerin angeführte Vermögenszuwachs beim Täter, sind nach dem klaren Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG nicht vorausgesetzt. Da die Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung gemäss Art. 164 Ziff. 1 Abs. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bedroht und damit ein Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB darstellt, begründen Vermögenswerte aus einer solchen Tat nach grammatikalischer Auslegung eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG.

4.7.3 Ein von der Beschwerdeführerin betonter Zusammenhang zwischen Art. 9 GwG und Art. 305^{bis} StGB ist einzig in Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 GwG vorhanden, nach dem eine Meldepflicht besteht, wenn der Finanzintermediär weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Art. 260^{ter} Ziff. 1 StGB oder 305^{bis} StGB stehen. Wie die Vorinstanz diesbezüglich zu Recht anführt, sind die eine Meldepflicht auslösenden Tatbestände in Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1–4 GwG nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen. Der Tatbestand von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG, der einen begründeten Verdacht auf eine verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte genügen lässt, vermag bereits für sich genommen die Meldepflicht der Beschwerdeführerin zu begründen. Die Vorinstanz stützt ihren Vorwurf denn auch einzig auf eine Verletzung von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG.

4.7.4 Aus systematischer Sicht bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Voraussetzung der Meldepflicht in Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG, nach dem die Vermögenswerte «aus einem Verbrechen herrühren» müssen, gleich auszulegen sei wie die analoge Formulierung in Art. 305^{bis} StGB. Die Vorinstanz betont diesbezüglich jedoch zu Recht, dass eine solche Interpretation die unterschiedlichen Zielsetzungen der Bestimmungen ausser Acht

liesse. Das Geldwäschereigesetz leistet zwar einen Beitrag zur direkten Bekämpfung der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB), dient darüber hinaus jedoch weiter der Deliktprävention, der Risikoverminderung für die Finanzintermediäre und schliesslich der Aufrechterhaltung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz (Botschaft GAFI, S. 6276; Botschaft GwG, S. 1102, 1116; Graber, a.a.O., Art. 1 N. 1; Wyss, a.a.O., Art. 1 N. 2, 5). Die in Art. 9 GwG verankerte Meldepflicht der Finanzintermediäre stellt die zentrale Bestimmung zur Erreichung dieser Ziele dar (vgl. Graber, a.a.O., Art. 9 N. 1; Thelesklaf, a.a.O., Art. 9 N. 3; Lombardini, a.a.O., Rz. 475). Art. 9 GwG liegt somit eine umfassendere Zwecksetzung als Art. 305^{bis} StGB zu Grunde. Aus teleologischer Sicht ist Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG dementsprechend so auszulegen, dass ein möglichst grosser Kreis von Vermögenswerten, bei denen ein begründeter Verdacht auf verbrecherische Herkunft besteht, gemeldet wird. Eine wie von der Beschwerdeführerin vertretene restriktive Auslegung, nach der Konkursdelikte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG nicht erfasst seien, da sie keine Vortaten im Sinne von Art. 305^{bis} StGB darstellten, vermag daher mit Blick auf den Zweck von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG nicht zu überzeugen. Schliesslich ist auch zu bezweifeln, dass die von der Beschwerdeführerin vertretene Auslegung zu einem vernünftigen, praktikablen Ergebnis führen würde. Eine solche Auslegung von Art. 9 GwG würde nämlich bedingen, dass der Finanzintermediär vor einer Meldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG abklärt, aus welcher Art von Verbrechen die Vermögenswerte stammen und ob es sich dabei um Taten handelt, die als Vortaten im Sinne von Art. 305^{bis} StGB zu qualifizieren sind oder nicht. Diese detaillierten Abklärungen sind dem Finanzintermediär jedoch regelmässig nicht möglich, haben doch nur die Meldestelle für Geldwäscherei und gegebenenfalls die Strafverfolgungsbehörden Zugang zu Informationen, die eine verlässliche Subsumtion unter einen bestimmten Tatbestand ermöglichen (vgl. Thelesklaf, a.a.O., Art. 9 N. 12; De Capitani, a.a.O., Art. 9 N. 52a; Mathias Pini, Risk Based Approach – ein neues Paradigma in der Geldwäschereibekämpfung, 2007, S. 67 ff.). Vor diesem Hintergrund erübrigen sich Weiterungen zu den Vorbringen der

Beschwerdeführerin zu Tatbestand und Rechtsnatur der Geldwäscherei in Art. 305^{bis} StGB.

4.8 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin bezüglich der Geschäftsbeziehungen zu B._____ und C._____ ihrer Abklärungspflicht nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG ungenügend nachgekommen ist. Da vorliegend spätestens Ende Oktober 2011 ein begründeter Verdacht vorlag, dass die von A._____ an B._____ und C._____ gemachten Barschenkungen aus einem Verbrechen (Art. 164 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) herrühren, wäre die Beschwerdeführerin zudem zu einer Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei verpflichtet gewesen. Es liegt somit eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG und Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG vor.

5.

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass sie im Zusammenhang mit den vorliegend relevanten Transaktionen weder Art. 8 VSB noch andere Bestimmungen des Aufsichtsrechts verletzt habe. Der Tatbestand von Art. 8 VSB setze erstens eine wahrheitswidrige Bescheinigung voraus und zweitens müsse sich die wahrheitswidrige Angabe auf einen relevanten Sachverhalt beziehen. Die vorliegenden für die Transaktionen vom 20. November 2009 und 6. September 2007 ausgestellten Ein- und Auszahlungsbelege seien keine wahrheitswidrigen Bescheinigungen. Die Ein- und Auszahlungsbelege hielten in keiner Weise fest, noch werde der Eindruck erweckt, dass ein physischer Vorgang stattgefunden habe. In den Belegen werde einzig von Auszahlungen, von ausbezahlem Betrag, von Einzahlungen, von einbezahlem Betrag und von einer Belastung bzw. von einer Gutschrift auf dem jeweiligen Konto gesprochen. Selbst wenn die Bescheinigungen als wahrheitswidrig betrachtet würden, sei der Tatbestand von Art. 8 VSB nicht erfüllt, da keine aktive Unterstützung zur Irreführung oder Täuschung einer ausländischen Behörde bewirkt worden sei. Die Beschwer-

deführerin weist weiter darauf hin, dass die Vorinstanz ein generelles Verbot von Kassageschäften, die im weitesten Sinn steuerliche Fragen im Ausland aufwerfen könnten, annehme. Indem die Vorinstanz dieses Verbot auf zwei Kassageschäfte der Jahre 2007 und 2009 anwende, verstosse sie gegen das Legalitätsprinzip, gegen das Verbot der Rückwirkung von Rechtssätzen bzw. eventualiter gegen die Regeln über die Praxisänderung.

5.1 Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG wird der Bank die zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit notwendige Bewilligung der FINMA nur erteilt, wenn die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Darüber hinaus hat auch die Bank als Institut das Gewährserfordernis zu erfüllen (vgl. Christoph Winzeler, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 3 N. 23 m.w.H.). Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gebietet, dass die Bank keine rechts- und sittenwidrigen Geschäfte tätigt (vgl. BGE 111 Ib 126 E. 2a). Darunter ist zunächst die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht sowie des internen Regelwerkes der Banken sowie Standesregeln zu verstehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 E. 1; BVGE 2010/39 E. 4.1.3, BVGE 2008/23 E. 3.1). Mit anderen Worten ist es mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren, wenn das Geschäftsgebaren der Banken gegen deren Standesregeln verstösst (vgl. Winzeler, a.a.O., Art. 3 N. 27; Beat Kleiner/Renate Schwob, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2005, Art. 3 N. 16, 25, je m.H.). Das Erfordernis der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit ist namentlich nicht gewahrt, wenn eine Bank einem Kunden bei der Abwicklung eines Geschäfts hilft, das eine – selbst nur eventuelle – Täuschung der in- oder ausländischen Behörden bezweckt (vgl. BGE 111 Ib 126 E. 2a).

Gemäss Art. 8 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08 [in Kraft seit 1. Juli 2008]; identisch mit Art. 8 VSB 03) ist es den Banken untersagt, Täuschungsmanövern ihrer

Vertragspartner gegenüber Behörden des In- und Auslandes, insbesondere gegenüber Steuerbehörden, durch unvollständige oder auf andere Weise irreführende Bescheinigungen Vorschub zu leisten. Gemäss Rz. 54 VSB 08 fallen unter dieses Verbot auch routinemässig erstellte Belege, zu denen namentlich Gutschrifts- und andere Belastungsanzeigen gerechnet werden. Bescheinigungen gelten als unvollständig, wenn zur Täuschung von Behörden relevante Sachverhalte unterdrückt werden (Rz. 55 VSB 08). Eine irreführende Bescheinigung liegt vor, wenn Sachverhalte zur Täuschung von Behörden wahrheitswidrig dargestellt werden, beispielsweise durch die Angabe falscher Gutschriftenempfänger bzw. Belasteter (Rz. 56 VSB 08). Gemäss Praxis der Aufsichtskommission der Schweizerischen Bankiervereinigung dürfen insbesondere Bescheinigungen über Barbezüge nebst anschliessender Bareinzahlung nur ausgestellt werden, wenn der Barbezug tatsächlich erfolgt. Mit anderen Worten verstösst es gegen die Standesregeln, wenn ein Barbezug bescheinigt wird, der effektiv nicht erfolgt ist (vgl. Barbara Brühwiler/Kathrin Heim, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 08], Praxiskommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 8 N. 6 m.w.H.; Lombardini, a.a.O., Rz. 133 ff.). Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken ist von der Vorinstanz bzw. von der EBK als Mindeststandard anerkannt (FINMA-RS 08/10 Selbstregulierung als Mindeststandard).

5.2 Die Beschwerdeführerin stellte für die Schenkung von A. _____ an B. _____ in der Höhe von EUR 1'070'860.68 vom 20. November 2009 zwei unterschiedliche Belege aus: Zum einen den auf den 20. November 2009 datierten Beleg, der eine «Auszahlung» von EUR 1'070'860.68 bestätigt und auf dem unter «Betrag erhalten» die Unterschrift des Kunden steht. Der Beleg enthält zudem den Hinweis: «Sie wurden bedient von: D. _____». Zum anderen stellte die Beschwerdeführerin einen auf den 20. November 2009 datierten Beleg über eine «Einzahlung» aus, mit dem die Gutschrift der Beschwerdeführerin auf dem Konto der Kundin über EUR 1'070'860.68 quittiert wird. Auf dem Beleg steht zudem: «Sie wurden

bedient von: D._____». Unbestrittenermassen ging die Beschwerdeführerin auch bei der Schenkung von A._____ an C._____ am 6. September 2007 gleich vor und erstellte für die Schenkung zwei Transaktionsbelege. Auf dem Beleg einer Auszahlung vom 6. September 2007 bestätigte der Kunde unterschriftlich den Erhalt eines Betrages von EUR 500'000.–, wobei er gemäss dem Beleg von E._____ bedient wurde. Gemäss dem auf den 6. September 2007 datierten Beleg einer Einzahlung wird weiter bestätigt, dass die Beschwerdeführerin auf dem Konto des Kunden den Betrag von EUR 500'000.– gutgeschrieben hat, wobei der Kunde gemäss Beleg von E._____ bedient wurde. Bei diesen von der Beschwerdeführerin anlässlich der Schenkungen von A._____ ausgestellten Belegen handelt es sich unbestrittenermassen um Bescheinigungen im Sinne von Art. 8 VSB 08 resp. Art. 8 VSB 03. Zudem stellen die Belege Sachverhalte wahrheitswidrig dar und sind daher irreführend. Weder am 6. September 2007 noch am 20. November 2009 fand eine physische Übergabe der entsprechenden Vermögenswerte am Schalter der Beschwerdeführerin statt; vielmehr wurde ein interner Transfer der Vermögenswerte gemacht. Die von der Beschwerdeführerin ausgestellten Belege über Aus- und Einzahlungen erwecken jedoch klarerweise den Eindruck, dass jeweils das Geld physisch aus der Kasse der Beschwerdeführerin genommen und dem Kunden übergeben wurde resp. physisch von den Kunden am Schalter der Beschwerdeführerin einbezahlt wurde. Die Angaben der Namen der jeweils bedienenden Person auf den Bescheinigungen weisen offensichtlich auf eine persönliche Übergabe der Geldbeträge am Schalter der Beschwerdeführerin hin, genauso wie die unterschriftliche Bestätigung über den Erhalt des Betrages resp. die Gutschrift der Beschwerdeführerin auf den Konti der Kunden. Durch die Ausstellung getrennter Belege für die Auszahlungen und Einzahlungen waren zudem die effektiv an den Transaktionen beteiligten Personen nicht ersichtlich. Die von der Beschwerdeführerin für die Transaktionen vom 6. September 2007 und vom 20. November 2009 ausgestellten Belege stellen somit irreführende Bescheinigungen im Sinne von Art. 8 VSB 08 resp. Art. 8 VSB 03 dar.

Hinsichtlich der Beweggründe von A._____ führte die Beschwerdeführerin selber an, die Schenkung vom 20. November 2009 sei aus damaliger Sicht steuerlich motiviert gewesen. Die Bartransaktion sei getätigt worden, um den Bezug zwischen zwei Konten nicht offenlegen zu müssen. A._____ habe Nachforschungen der deutschen Steuerbehörden unterbinden wollen. Gemäss der Beschwerdeführerin standen auch bei der Transaktion vom 6. September 2007 steuerliche Überlegungen im Vordergrund. Die Beschwerdeführerin hat dementsprechend mit der Ausstellung der irreführenden Aus- und Einzahlungsbelege für die Transaktionen vom 20. November 2009 und 6. September 2007 nach ihrer Auffassung einem Täuschungsmanöver ihres Vertragspartners gegenüber den deutschen Steuerbehörden Vorschub geleistet. Damit hat die Beschwerdeführerin die in Art. 8 VSB 08 resp. Art. 8 VSB 03 definierten Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken missachtet. Mit dieser Verletzung der Standesregeln wurde auch das Gewährserfordernis nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG nicht gewahrt.

5.3 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Beschwerdeführerin die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (Art. 8 VSB 08 resp. Art. 8 VSB 03) verletzt hat. Damit bot sie auch keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG. Die Vorinstanz hat damit zu Recht festgestellt, dass die Beschwerdeführerin aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt hat. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich Weiterungen zu den von der Vorinstanz alternativ vorgebrachten Ausführungen zur rechtlichen Beurteilung von effektiv stattgefundenen Bartransaktionen und den diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin.

6.

Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich eventualiter vor, selbst wenn aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt worden wären, seien diese als

entschuldigbar und keinesfalls als schwere Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Vorschriften zu qualifizieren. Sie habe zu keinem Zeitpunkt mutwillig Vorschriften verletzt, sondern habe in nachvollziehbarer Weise und aus berechtigtem Grund davon ausgehen können, sich rechtskonform zu verhalten. Die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten nach Art. 36 FINMAG erübrige sich daher und sei nicht verhältnismässig.

6.1 Verletzt eine Beaufichtigte oder ein Beaufchtigter die Bestimmungen eines Finanzmarktgesetzes, zu denen auch das Geldwäschereigesetz und das Bankengesetz zählen (Art. 1 Abs. 1 Bst. f und Bst. d FINMAG) oder bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG). Ergibt das Verfahren, dass die oder der Beaufichtigte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und müssen keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden, so kann die Vorinstanz eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 32 FINMAG). Die Vorinstanz kann auch eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder einem Beaufchtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären (Art. 36 Abs. 1 FINMAG).

Der Ausdruck «schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen» in Art. 32 FINMAG bildet einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung als Rechtsfrage grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.3.1 und B-5121/2011 vom 31. Mai 2012 E. 8.1.1). Nach konstanter Praxis und Doktrin ist indes Zurückhaltung auszuüben und der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht oder über spezifische Fachkenntnisse verfügt. Das Gericht hat nicht einzugreifen, solange die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-19/2012 vom

27. November 2013 E. 9.3.6 und B-798/2012 vom 27. November 2013 E. 9.3.4). Bezüglich der Frage, ob die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen schwer ist, ist der FINMA daher ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum einzuräumen (vgl. Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Silvia Flühmann, in: Basler Kommentar FINMAG, 2. Aufl. 2011, Art. 32 N. 22).

Der Vorinstanz kommt bei der Wahl der zu treffenden Massnahmen nach FINMAG ein weiterer Ermessensspielraum zu (vgl. Katja Roth Pellanda, in: Basler Kommentar FINMAG, 2. Aufl. 2011, Art. 31 N. 10 m.H.). Namentlich kommt ihr bei der Umschreibung der Aufgaben eines Untersuchungsbeauftragten im Sinne von Art. 36 FINMAG im Rahmen des gesetzlichen Einsatzbereichs ein grosses technisches Ermessen zu (vgl. BGE 132 II 382 E. 4, BGE 131 II 306 E. 3.1.3; Benedikt Maurenbrecher/André Terlinden, in: Basler Kommentar FINMAG, 2. Aufl. 2011, Art. 36 N. 12). Die finanzmarktrechtlichen Massnahmen müssen jedoch – wie jedes staatliche Handeln – verhältnismässig sein (zur Einsetzung eines Beobachters durch die EBK vgl. BGE 126 II 111 E. 4 f.). Sie sollen mit anderen Worten nicht über das hinausgehen, was zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erforderlich ist. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und für den Betroffenen zumutbar ist. Zulässigkeitsvoraussetzung bildet mithin eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.3, BGE 131 II 306 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 2C_898/2010 vom 29. Juni 2011 E. 3.1).

6.2 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Beschwerdeführerin mehrfach ihre Abklärungspflichten im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG nur ungenügend wahrgenommen und ihre Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG nicht erfüllt hat (vgl. E. 4). Dabei gilt es zu beachten, dass der Abklärungspflicht nach Art. 6 GwG und der Meldepflicht gestützt auf Art. 9 GwG für die Realisierung der mit dem Geld-

wäschereigesetz verfolgten öffentlichen Interessen zentrale Bedeutung zukommt (vgl. bereits Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2318/2006 vom 23. Juni 2008 E. 6.1.1 Ziff. 5). Die Meldepflicht nach Art. 9 GwG ist die Schnittstelle zwischen den Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und den Massnahmen der Strafverfolgungsbehörden (vgl. Reinle, a.a.O., N. 238). Die Vernachlässigung dieser Meldepflicht verhindert eine effektive Geldwäschereibekämpfung und läuft damit der Zwecksetzung des Geldwäschereigesetzes entgegen (vgl. Thelesklaf, a.a.O., Art. 9 N. 3; Lombardini, a.a.O., Rz. 475). Verletzungen der Pflichten in diesem Bereich sind daher als schwer einzustufen. Entsprechend sind Verletzungen von Art. 9 GwG auch strafrechtlich sanktioniert. Sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Verletzung von Art. 9 GwG zieht die strafrechtlichen Konsequenzen gemäss Art. 37 GwG nach sich. Insoweit spielt es vorliegend keine Rolle, dass die Beschwerdeführerin nach ihren Vorbringen nicht mutwillig gehandelt haben will, auch wenn ein mutwilliges bzw. mindestens eventualvorsätzliches Vorgehen nach den Umständen auf der Hand liegt. Weiter hat die Beschwerdeführerin gegen Art. 8 VSB 08 (bzw. Art. 8 VSB 03) verstossen (vgl. E. 5). Indem sie die Standesregeln nicht gewahrt hat, bot sie auch keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine zentrale Norm, die nicht nur auf den Schutz der Bankgläubiger, sondern auch auf die Vertrauenswürdigkeit der Banken und des Finanzplatzes Schweiz zielt (BGE 111 Ib 126 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 E. 1; BVGE 2010/39 E. 4.1.3, BVGE 2008/23 E. 3.1). Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in Ausübung ihres Ermessensspielraums die Handlungen der Beschwerdeführerin als schwere Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen gewertet und eine Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG erlassen hat.

6.3 Aufgrund der Aktenlage und den Vorbringen der Beschwerdeführerin liegt zudem die Annahme nahe, dass die Nichtvornahme der Meldung

im Sinne von Art. 9 GwG und das Erstellen von irreführenden Bescheinigungen nicht nur situative Handlungen darstellen, die auf punktuellen Fehleinschätzungen beruhen. Vielmehr scheint die Beschwerdeführerin generell eine restriktive Auslegung von Art. 9 GwG und Art. 8 VSB 08 zu vertreten. Auch lässt sie eine Einsicht in das Unrecht ihrer Handlungen vermissen; im Gegenteil versteigt sie sich in einer Verteidigung ihrer eindeutig unzulässigen Vorgehensweisen. Es besteht daher durchaus ein Anfangsverdacht im Sinne von Art. 36 Abs. 1 FINMAG, der die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten zur Abklärung dieser aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalte rechtfertigt. Ein solcher Anfangsverdacht genügt für die Anordnung eines Untersuchungsbeauftragten; entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin ist es insbesondere nicht erforderlich, dass bereits eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen festgestellt wurde (vgl. Maurenbrecher/Terlinden, a.a.O., Art. 36 N. 13). Die Anordnung der Vorinstanz gestützt auf Art. 36 Abs. 1 FINMAG erweist sich zudem als geeignet, die mit den vorliegend relevanten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (Art. 9 GwG, Art. 8 VSB 08) verfolgten öffentlichen Interessen zu erreichen (vgl. dazu E. 4.1). Indem die Vorinstanz für die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten zeitliche Einschränkungen vorgibt und auch Beschränkungen betreffend Art der zu untersuchenden Geschäftsbeziehungen festlegt, geht die angeordnete Massnahme nicht über das Notwendige hinaus. Schliesslich erweist sich die Massnahme der Vorinstanz mit Blick auf die zentrale Bedeutung der betroffenen öffentlichen Interessen auch als zumutbar.

6.4 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Vorinstanz zu Recht schwere Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen festgestellt hat. Die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme gestützt auf Art. 36 Abs. 1 FINMAG erweist sich zudem als verhältnismässig.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin gegen die im Geldwäschereigesetz vorgesehene Abklärungspflicht (Art. 6 Abs. 2 Bst. b GwG) und die Meldepflicht (Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GwG) verstossen sowie die Standesregeln (Art. 8 VSB 08 resp. Art. 8 VSB 03) und damit das Gewährserfordernis (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG) verletzt hat. Dementsprechend hat sie aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt, weshalb sich die Feststellungsverfügung der Vorinstanz nach Art. 32 FINMAG als gerechtfertigt erweist. Zudem hält die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten zur Abklärung der in der Verfügung bestimmten aufsichtsrelevanten Sachverhalten gestützt auf Art. 36 Abs. 1 FINMAG vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip stand.

(...)

Dispositiv

3 Händlerverbot wegen «Wash Trades»

VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 28. März 2014

Tätigkeitsverbot als Händler (Art. 35a BEHG).

1. Gestützt auf Art. 35a BEHG können sämtliche verantwortlichen Mitarbeitenden, welche im Handel eines Effektenhändlerinstituts tätig sind, mit einem Tätigkeitsverbot belegt werden. Als verantwortliche Mitarbeiter gelten alle Personen, die innerhalb der betrieblichen Organisation eines Effektenhändlers zur Vornahme von Börsentransaktionen ermächtigt sind. Ob diese Personen der Handelsabteilung angegliedert sind, ist nicht von Bedeutung (Rz. 36 und 37).
2. Das Tätigkeitsverbot für Effektenhändler kann mit Wirkung für jegliche Tätigkeit im Effektenhandel ausgesprochen werden. Zur Tätigkeit im Effektenhandel zählen neben der Entgegennahme und Ausführung von Aufträgen auch das Treffen von Anlageentscheidungen für Kunden und die Beratung von Kunden hinsichtlich Effekten (Rz. 38).

Interdiction de pratiquer comme négociant (art. 35a LBVM).

1. Sur la base de l'art. 35a LBVM, tout collaborateur responsable d'un négociant peut se voir infliger une interdiction de pratiquer. Est considérée comme collaborateur responsable toute personne habilitée à procéder à des transactions boursières au sein de l'organisation opérationnelle d'un négociant en valeurs mobilières. Le fait que cette personne soit rattachée au département chargé du négoce ou non ne joue aucun rôle (Cm 36 et 37).
2. L'interdiction de pratiquer comme négociant en valeurs mobilières peut être prononcée pour toutes les activités relevant du négoce des valeurs mobilières. Sont considérées comme activités relevant du négoce de valeurs mobilières, outre l'acceptation et l'exécution d'ordres, la prise de décisions de placement pour des clients ainsi que le conseil aux clients concernant des valeurs mobilières (Cm 38).

Divieto di esercitare l'attività di commercio (art. 35a LBVM).

1. In conformità all'art. 35a LBVM può essere imposto il divieto di esercizio a tutte le persone che effettuano il commercio di valori mobiliari in qualità di collaboratori responsabili di un commerciante di valori mobiliari. Per collaboratori responsabili si intendono tutte le persone che in seno all'organizzazione interna sono autorizzate a effettuare transazioni di borsa. Non è rilevante il fatto che tali persone siano affiliate o meno alla sezione preposta a tale attività (nm. 36 e 37).
2. Il divieto di esercitare l'attività per i commercianti di valori mobiliari può essere imposto con effetto per qualsiasi attività nel commercio di valori mobiliari. Nell'attività di commercio di valori mobiliari rientrano, oltre all'accettazione e all'esecuzione di ordini, anche le decisioni in materia d'investimento per i clienti e la consulenza agli stessi in materia di valori mobiliari (nm. 38).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Der Kundenberater X._____ der Bank A._____ war mit der Kundenbeziehung zur B._____ AG befasst. Die B._____ AG hielt für sich selber und für ihre Kunden Aktien der amerikanischen C._____ Corp. Nachdem der Titel zuletzt vor Monaten für USD 1.– gehandelt worden war, bewertete die Bank A._____ die Aktie mangels eines regelmässigen Handels mit USD 0.–. In der Folge erteilte der Geschäftsführer und Verwaltungsrat der B._____ AG gegen Jahresende verschiedene Aufträge zum Kauf und Verkauf der Aktien an der Börse. Die Transaktionen wurden dabei über ein Nummernkonto abgewickelt, an welchem der Geschäftsführer und Verwaltungsrat der B._____ AG ebenfalls wirtschaftlich berechtigt war. Letzterer teilte X._____ vor der Ausführung des ersten Auftrages mit, dass er mit den nachfolgenden Transaktionen die Wiederbewertung der Aktien durch die Bank A._____ und einen Kurssprung auf mehr als USD 1.50 bezwecke. Nach der Ausführung der ersten Transaktionen bestätigte X._____ dem Geschäftsführer und Verwaltungsrat der B._____ AG die erfolgte Wiederbewertung. Infolge der weiteren, zeitnah ausgeführten Transaktionen auf Rechnung ein und desselben wirtschaftlich Berechtigten stieg der Aktienkurs stark an. Schliesslich intervenierte die interne Handelscompliance des für die Bank A._____ in den USA tätigen Brokers und blockierte die Ausführung weiterer Aufträge. Entgegen betriebsinterner Vorschriften im Bereich des Effektenhandels unterliess es X._____ zudem, die Handelscompliance der Bank A._____ über das Vorgefallene in Kenntnis zu setzen. Im folgenden Jahr wies X._____ die Ausführung von erneuten Kaufaufträgen des Geschäftsführers und Verwaltungsrats der B._____ AG zwar zurück. X._____ unterliess es indes erneut, die Handelscompliance der Bank A._____ über den Vorfall zu informieren.

Aus den Erwägungen

(...)

4. Massnahme

(...)

4.1 Massnahmenkompetenz der FINMA

(36) Gemäss Art. 35a Börsengesetz (BEHG; SR 954.1) kann die FINMA Personen, die als verantwortliche Mitarbeiter eines Effektenhändlers den Effektenhandel betreiben und das Börsengesetz, die Ausführungsbestimmungen oder die betriebsinternen Vorschriften grob verletzen, die Tätigkeit im Effektenhandel dauernd oder vorübergehend verbieten.

(37) Als «verantwortliche Mitarbeiter» im Sinne von Art. 35a BEHG gelten unabhängig von der Hierarchiestufe alle Personen, die im Namen und auf Rechnung ihres Arbeitgebers den Effektenhandel betreiben bzw. innerhalb der betrieblichen Organisation zur Vornahme von Börsentransaktionen ermächtigt sind (Christoph Winzeler, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, N. 5 und 2 zu Art. 35a BEHG). Ob diese Personen organisatorisch der unternehmensinternen Handelsabteilung angegliedert sind oder ihre Tätigkeit in einer anderen Abteilung des Effektenhändlers ausüben, ist nicht von Bedeutung. Massgebend sind allein die konkreten Aufgaben des Mitarbeiters im Zusammenhang mit der Effektenhandelstätigkeit (vgl. Rz. (38)), die diesen als verantwortlichen Mitarbeiter erscheinen lassen.

(38) In sachlicher Hinsicht umfasst das Tätigkeitsverbot jegliche Tätigkeit im Effektenhandel. Dabei ist unerheblich, ob Effektengeschäfte über eine reguläre Börse, über eine börsenähnliche Einrichtung oder ausserbörslich abgewickelt werden. Zur Tätigkeit im Effektenhandel zählen neben der

Entgegennahme und Ausführung von Aufträgen auch das Treffen von Anlageentscheiden für Kunden und die Beratung von Kunden hinsichtlich Effekten, da gerade im Rahmen von Vermögensverwaltungs- und Beratersverhältnissen eine erhöhte Gefahr manipulativer Verhaltensweisen und von Verstössen gegen die Sorgfaltspflichten von Art. 11 BEHG bestehen. So wurde in der Vergangenheit ein Tätigkeitsverbot etwa hinsichtlich der Tätigkeit eines Portfolio Managers ausgesprochen, der für von ihm betreute Vermögen Anlageentscheide treffen konnte (vgl. Verfügung der EBK vom 27. April 2005, EBK-Bulletin 47 S. 192 ff.).

(39) Der Erlass und die Zeitdauer des Tätigkeitsverbots müssen verhältnismässig sein. Vor dem Hintergrund, dass ein solches Verbot für den Betroffenen sehr einschneidend ist, wägt die FINMA im Rahmen des ihr vom Gesetz gewährten Beurteilungsspielraums den Einsatz dieses Instruments sorgfältig ab (analog zum Vorgehen beim Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG; vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-19/2012 und B-798/2012 vom 27. November 2013 E. 9.3).

4.2 Massnahme gegen X. _____

(40) X. _____ war als Kundenberater in der Bank A. _____ tätig. In dieser Funktion konnte er von Kunden Kauf- und Verkaufsaufträge für Effekten entgegennehmen und Börsenaufträge bis zu einer bestimmten Grösse selber aufgeben, die in der Folge vollautomatisch abgewickelt und von der Handelsabteilung nicht manuell freigeschaltet werden mussten («straight through processing»). Damit übte er eine Effektenhändler-tätigkeit im Sinne von Art. 35a BEHG aus. X. _____ hat an einer offensichtlichen Marktmanipulation eines Kunden an einer ausländischen börsenähnlichen Einrichtung mitgewirkt und dadurch das FINMA-RS 08/38 «Marktverhaltensregeln» und betriebsinterne Vorschriften im Bereich des Effektenhandels grob verletzt. Die Voraussetzungen für die Anordnung eines Tätigkeitsverbots im Effektenhandel sind folglich gegeben.

(41) Ein Tätigkeitsverbot gegen X. _____ ist geeignet, dem Schutz der Finanzmärkte und Marktteilnehmer Nachachtung zu verschaffen. Das Tätigkeitsverbot erweist sich sodann als erforderlich, zumal angesichts des groben Verstosses eine mildere Massnahme nicht genügt. Unter Würdigung aller relevanten Umstände ist ein Tätigkeitsverbot von (...) verhältnismässig. Für den Fall der Missachtung dieses Verbots wird X. _____ auf die Strafdrohung von Art. 48 FINMAG hingewiesen.

4.3 Beginn der Massnahme

(42) (...)

(43) Gemäss Art. 39 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021) gilt das Tätigkeitsverbot ab Eintritt der Rechtskraft der Verfügung. (...)

(...)

Dispositiv

4

Compétences des autorités étrangères à recevoir l'assistance administrative

**ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-5274/2013
du 28 mai 2014**

Assistance administrative internationale (art. 38 LBVM).

Le Panel on Takeovers and Mergers britannique est une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de la loi sur les bourses.

Internationale Amtshilfe (Art. 38 BEHG).

Das britische Panel on Takeovers and Mergers ist eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde im Sinne des Börsengesetzes.

Assistenza amministrativa internazionale (art. 38 LBVM).

L'autorità britannica Panel on Takeovers and Mergers è un'autorità estera di vigilanza sui mercati finanziari ai sensi della Legge sulle borse.

Résumé des faits

Par requête du (date), le UK Panel on Takeovers and Mergers, autorité chargée de surveiller et de réglementer les offres publiques d'achat et autres activités apparentées au Royaume-Uni (ci-après : Takeover Panel ou autorité requérante), a sollicité l'entraide administrative auprès de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) dans le cadre d'une enquête relative à X._____, société cotée à la bourse de Londres. L'enquête vise à éclaircir si certaines dispositions du City Code on Takeovers and Mergers ont été violées.

Par lettres datées du (date), la FINMA a prié la banque d'informer ses clientes qu'elle envisageait la transmission de leurs données et qu'elles pouvaient se déterminer sur la requête d'entraide, en indiquant si elles renonçaient à exiger une décision formelle de la FINMA.

Par lettres du (date), A._____, B._____, C._____ – agissant pour D._____ – et D._____ ont requis copie du dossier. Le (date), la FINMA leur a fait parvenir une copie du dossier.

Dans leurs prises de position du (date), les parties précitées se sont opposées à la transmission des informations les concernant.

Sur demande de la FINMA, le Takeover Panel a, par courrier du (date), mentionné les lois régissant sa compétence pour enquêter sur les faits allégués et fourni des détails supplémentaires relatifs à l'enquête menée.

Par lettres du (date), la FINMA a transmis ces informations aux parties en les invitant à prendre position et à indiquer si elles renonçaient à exiger une décision formelle. Dans leurs prises de position du (date), les parties ont maintenu les arguments présentés dans leurs courriers du (date).

Par décision du (date), la FINMA a procédé à la jonction des quatre causes en raison de leur étroite connexité et a accordé l'entraide administrative au Takeover Panel. La FINMA a estimé que le Takeover Panel remplissait les exigences auxquelles une autorité étrangère devait satisfaire afin d'obtenir l'entraide administrative.

Par mémoire du (date), A._____, B._____, C._____ et D._____ (ci-après : les recourants) ont formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à l'annulation de la décision.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure en conclut au rejet sous suite de frais au terme de sa réponse du (date). Elle estime que les conditions et les garanties prévues pour l'octroi de l'entraide administrative ainsi que le principe de la proportionnalité ont été respectés (le résumé des faits a été fortement raccourci pour la présente publication).

Extrait des considérants

(...)

2.

L'assistance administrative internationale en matière de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières est régie par l'art. 38 de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM, RS 954.1). À teneur de l'art. 38 al. 2 LBVM, la FINMA ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents non accessibles au public qu'aux conditions cumulatives suivantes :

- ces informations sont utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (let. a ; principe de la spécialité) ;
- les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées (let. b ; principe de la confidentialité).

3.

La FINMA explique que le Takeover Panel est l'autorité compétente en Grande-Bretagne pour la supervision et la réglementation des offres publiques d'achat, des fusions de sociétés et toute autre transaction qui pourrait déployer un effet de manière directe ou indirecte sur la propriété et le contrôle des sociétés. Ses compétences et ses tâches sont régies par le Takeover Code et le UK Companies Act 2006. Elle est notamment chargée de veiller à l'intégrité des marchés financiers. De par ses fonctions, elle correspond à la Commission des offres publiques d'acquisition pour la Suisse dont la FINMA est l'autorité de recours.

3.1 Dans sa requête, le Takeover Panel s'est engagé à préserver la confidentialité des données en s'abstenant de les transmettre ou de les porter de toute autre manière à la connaissance de tierces personnes sans avoir obtenu l'accord préalable de la FINMA, sauf s'il y est tenu par la loi ou dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, auquel cas il en informerait la FINMA et, dans l'hypothèse où celle-ci s'y opposerait, prendrait des mesures (*reasonable endeavours*) afin de ne transmettre les informations que dans la mesure du nécessaire et en faisant usage de tout moyen légal à sa disposition pour éviter ladite transmission ou en minimiser l'étendue.

S'il existe une différence dans le langage juridique anglais entre les expressions «*reasonable endeavours*» et «*best endeavours*», la première étant souvent comprise dans un sens moins contraignant que la seconde, nonobstant, il ressort du reste du texte que l'autorité requérante entend entreprendre ce qui est en son pouvoir afin d'éviter la transmission des informations obtenues de la FINMA. De jurisprudence constante, une telle déclaration se révèle suffisante du point de vue de l'art. 38 al. 2 LBVM (cf. arrêt du TAF B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 4 et les réf. cit.).

3.2 L'autorité requérante n'a pas pris explicitement d'engagement s'agissant du respect du principe de la spécialité. Elle explique cependant que les informations sollicitées sont destinées à examiner s'il existait un groupe

agissant en violation de l'art. 9 du Takeover Code et si lesdites informations correspondaient à celles obtenues d'autres sources; comme l'indique la FINMA, il s'agit de tâches ressortissant à la surveillance des bourses. En outre, il découle du Takeover Code que les compétences du Takeover Panel se limitent à la surveillance des activités en matière de contrôle des sociétés cotées en bourse et ne s'étendent pas à des fonctions dépassant le cadre de la surveillance des marchés financiers. En tenant compte de l'engagement de l'autorité requérante à préserver la confidentialité des données et éviter la transmission des informations obtenues de la FINMA à quelconque autorité tierce, il peut être conclu que le principe de spécialité sera respecté également. Si, sous ces conditions, une déclaration explicite n'est pas indispensable, il demeure préférable que la FINMA obtienne des autorités requérantes une déclaration expresse portant sur le respect du principe de la spécialité.

3.3 Ainsi, il appert que le Takeover Panel est une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée. Ce point n'est d'ailleurs pas contesté par les recourants.

(...)

Dispositif

Unbewilligt tätige Personen I

**URTEIL des Bundesverwaltungsgerichts B-2943/2013
vom 6. März 2014**

Individuelle Verantwortlichkeit innerhalb einer unbewilligt tätigen Gruppe; Veröffentlichung eines Werbeverbots (Art. 34 FINMAG).

1. Als mögliche Adressaten einer aufsichtsrechtlichen Massnahme zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes kommen nicht nur die Organe eines Unternehmens in Frage. Eine individuelle Verantwortlichkeit vorausgesetzt, können Massnahmen auch gegen Personen ausgesprochen werden, die im Zeitpunkt der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen in untergeordneter Stellung tätig waren oder erst zu einem späteren Zeitpunkt in eine Führungsposition aufgestiegen sind (E. 4.2.2).
2. Wer nach aussen, insbesondere bei der Kundenakquisition und durch die Übernahme von Schlüsselfunktionen bei neu gegründeten Unternehmen, in Erscheinung tritt, prägt in massgeblicher Weise die Tätigkeit, weshalb er als Teil der unbewilligt tätigen Gruppe anzusehen ist (E. 4.2.3).
3. Obwohl der Beschwerdeführer nicht als Hauptverantwortlicher für die unbewilligte Tätigkeit zu betrachten ist und es sich um den ersten Verstoss gegen finanzmarktrechtliche Bestimmungen handelt, liegt auf Grund der gesamten Umstände ein schwerer Verstoss vor, der die befristete Publikation eines Werbeverbots rechtfertigt (E. 5.2.3).

Responsabilité individuelle au sein d'un groupe exerçant une activité non autorisée; publication d'une interdiction de faire de la publicité (art. 34 LFINMA).

1. Les organes d'une entreprise ne sont pas les seuls destinataires possibles d'une mesure de surveillance visant à rétablir l'ordre légal. En cas de responsabilité individuelle, des mesures peuvent également être prononcées à l'encontre de personnes qui exerçaient une fonction subordonnée au moment de la violation des dispositions du droit de la surveillance ou qui sont ultérieurement parvenues à une position de direction (consid. 4.2.2).
2. Celui qui s'expose, en particulier lors de l'acquisition de clients ou en assumant des fonctions clés au sein d'une entreprise nouvellement fondée, marque significativement l'activité de l'entreprise considérée. Ainsi, il doit être considéré comme faisant partie du groupe exerçant une activité non autorisée (consid. 4.2.3).
3. Compte tenu du contexte général, bien que le requérant ne puisse être considéré comme le principal responsable de l'activité non autorisée et qu'il s'agisse de sa première violation des dispositions régissant les marchés financiers, un grave manquement justifiant la publication d'une interdiction de faire de la publicité d'une durée limitée doit être retenu (consid. 5.2.3).

Responsabilité individuelle all'interno di un gruppo che opera in modo non autorizzato; pubblicazione di un divieto di pubblicità (art. 34 LFINMA).

1. Fra i possibili destinatari di un provvedimento di ordine prudenziale teso al ripristino della situazione conforme non si annoverano unicamente gli organi di un'impresa. Partendo dal presupposto dell'esistenza di una responsabilità individuale, possono essere adottati provvedimenti anche nei confronti di persone fisiche che al momento della violazione del diritto prudenziale operavano in una posizione di subordinazione oppure che hanno assunto una posizione dirigenziale solo in un momento successivo (consid. 4.2.2).
2. Chi si espone verso l'esterno in particolare nell'acquisizione dei clienti e mediante l'assunzione di funzioni chiave presso imprese di nuova fondazione conferisce un'impronta decisiva all'attività, motivo per cui va considerato come parte integrante del gruppo che opera in maniera non autorizzata (consid. 4.2.3).
3. Sebbene il ricorrente non sia considerato il principale responsabile dell'attività non autorizzata e trattandosi della prima violazione delle disposizioni del diritto sui mercati finanziari, da un esame complessivo delle circostanze si constata una grave violazione che giustifica la pubblicazione per un periodo limitato di un divieto di pubblicità (consid. 5.2.3).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Mit Verfügung vom 17. Mai 2013 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) fest, dass die B. _____ sowie die C. _____, beide mit Sitz in D. _____, zusammen als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hätten bzw. gewerbsmässig als Effektenhändler tätig gewesen seien und damit gegen das Banken- bzw. Börsengesetz verstossen hätten (Dispositiv-Ziff. 1 und 2). In der Folge wurde über beide Gesellschaften der Konkurs eröffnet und deren Geschäftstätigkeit eingestellt (Dispositiv-Ziff. 4 und 7).

In der gleichen Verfügung stellte die Vorinstanz fest, dass E. _____ sowie A. _____ (Beschwerdeführer), beide (...) Staatsangehörige, aufgrund ihres massgeblichen Beitrags zur Tätigkeit der erwähnten Gesellschaften ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hätten und als Effektenhändler tätig gewesen seien, wodurch sie aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Banken- und Börsengesetz) schwer verletzt hätten (Dispositiv-Ziff. 3). Sowohl E. _____ als auch dem Beschwerdeführer wurde in der Folge verboten, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen bzw. einer bewilligungspflichtigen Effektenhändler-tätigkeit nachzugehen oder für solche Tätigkeiten in irgendeiner Form Werbung zu betreiben (Dispositiv-Ziff. 11). Dieses Werbeverbot soll nach Eintritt der Rechtskraft für die Dauer von fünf Jahren auf der Internetseite der Vorinstanz publiziert werden (Dispositiv-Ziff. 13).

Mit Beschwerde vom 23. Mai 2013 wandte sich der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt sinngemäss die Aufhebung derjenigen Verfügungsteile, die sich gegen seine Person richten (insbesondere das Werbeverbot sowie die solidarische Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten).

Zur Begründung führt der Beschwerdeführer im Wesentlichen an, dass er während seiner Tätigkeit für die B. _____ in keiner Weise mit den

Bereichen Effektenhandel und Aktienverkauf befasst gewesen sei sowie keinerlei Publikumseinlagen bzw. Gelder entgegengenommen und auch sonst keine Möglichkeit der Geldkontrolle gehabt habe. Auch sei er davon ausgegangen, dass eine entsprechende Bewilligung vorgelegen habe. Im Weiteren rügt der Beschwerdeführer grundsätzlich, dass sich die angefochtene Verfügung auch gegen ihn selbst richte.

Aus den Erwägungen

(...)

2.

Als Aufsichtsbehörde über den Finanzmarkt trifft die Vorinstanz die zum Vollzug des Finanzmarktrechts notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften. Erhält sie von Verstössen gegen die Gesetze des Finanzmarktrechts oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands. 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. Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist dabei weitgehend ihrem «technischen Ermessen» anheimgestellt (vgl. BGE 135 II 356 E. 3.1 mit Hinweisen).

Da die Vorinstanz allgemein über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu wachen hat, ist die ihr übertragene Aufsicht nicht auf die ihr bereits unterstellten Betriebe beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich

gehört ebenso die Abklärung der finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht und die Ermittlung von Finanzintermediären, die in Verletzung gesetzlicher Bestimmungen tätig sind. Sie ist daher berechtigt, die in den Finanzmarktgesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. Personen einzusetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist. Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die Vorinstanz befugt und verpflichtet, die zur Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Diese können bis zum Verbot der betreffenden Tätigkeit bzw. zur Auflösung und Liquidation eines Unternehmens reichen (vgl. BGE 135 II 356 E. 3.1, 132 II 382 E. 4.2, jeweils mit Hinweisen).

3.

Nachdem der Beschwerdeführer die Feststellungen der Vorinstanz betreffend unerlaubte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen bzw. Tätigkeit als Effektenhändler durch die beiden Gesellschaften nicht beanstandet und ausdrücklich lediglich gegen diejenigen Punkte Beschwerde führt, die ihn selber direkt betreffen, kann vorliegend auf die diesbezüglichen Ausführungen in der angefochtenen Verfügung abgestellt und verwiesen werden. Im Folgenden ist nur zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Beschwerdeführer auf Grund seiner Tätigkeit für die beiden Gesellschaften im finanzmarktrechtlichen Sinn als Mitglied der Gruppe zu qualifizieren und in der Eigenschaft als Gruppenmitglied aufsichtsrechtlich zur (Mit-)Verantwortung zu ziehen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4094/2012 vom 11. Juni 2013 E. 2).

4.

4.1 Insoweit der Beschwerdeführer rügt, dass er während seiner Tätigkeit für die B._____ in keiner Weise mit den Bereichen Effektenhandel und Aktienverkauf befasst gewesen sei sowie keinerlei Publikumseinlagen bzw. Gelder entgegengenommen und auch sonst keine Möglichkeit der Geldkontrolle gehabt habe, gehen seine Rügen an der Sache vorbei. So übersieht der Beschwerdeführer bei dieser Argumentation, dass ihm diese konkreten Handlungen weder vom Untersuchungsbeauftragten noch von der Vorinstanz zum Vorwurf gemacht wurden. Hält doch der Untersuchungsbericht vom (...) ausdrücklich fest, dass (soweit ersichtlich) der Beschwerdeführer bei den jeweiligen Aktienverkäufen «nicht bzw. nicht wesentlich» beteiligt gewesen sei ([...], [...]). Auch habe der Beschwerdeführer für die entsprechenden Bankkonten keine Zeichnungsberechtigung gehabt; ob er Kenntnis von den Zahlungsein- und ausgängen bzw. der Vermischung der Gelder gehabt habe, könne nicht beurteilt werden ([...], [...]).

4.2 Es stellt sich vorliegend die Frage, ob der Beschwerdeführer auf Grund seiner Tätigkeit für die beiden Gesellschaften im finanzmarktrechtlichen Sinn als Mitglied der Gruppe zu qualifizieren und in der Eigenschaft als Gruppenmitglied aufsichtsrechtlich zur Verantwortung zu ziehen ist.

4.2.1 Nach der Praxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Vorinstanz sind verschiedene natürliche und juristische Personen in Bezug auf die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit aufsichtsrechtlich als Gesamtheit zu betrachten, wenn zwischen ihnen eine derart enge wirtschaftliche, organisatorische oder personelle Verflechtung besteht, dass die Gruppe als wirtschaftliche Einheit zu betrachten ist. Dabei genügen auch bloss intern wahrnehmbare personelle, wirtschaftliche oder organisatorische Verflechtungen, sofern sie derart intensiv sind, dass eine Gruppenbetrachtung angezeigt erscheint. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die verschiedenen Akteure im Hinblick

auf die bewilligungspflichtige Tätigkeit koordiniert arbeitsteilig und zielgerichtet zusammenwirken. Die Annahme einer Gruppe hat zur Folge, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Gruppenmitglieder treffen, selbst wenn in Bezug auf einzelne davon – isoliert betrachtet – nicht alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010 E. 3.1 mit Hinweisen).

4.2.2 Wie bereits ausgeführt hat nach Art. 31 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG; SR 956.1) die Vorinstanz bei Verletzungen von Finanzmarktgesetzen bzw. sonstigen Missständen für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu sorgen, wobei ihr ein relativ weiter Ermessensspielraum zukommt (vgl. E. 2). Als mögliche Adressaten einer Massnahme kommen dabei unter anderem auch die in Art. 33 FINMAG erwähnten Organe eines Unternehmens in Frage (Katja Roth Pellanda, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 31 N. 13). Erfasst werden dabei nicht nur Personen der obersten Führungsriege, sondern – eine individuelle Verantwortlichkeit (neben Vorsatz auch blosser Fahrlässigkeit) vorausgesetzt – auch Personen, die im Zeitpunkt der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen in untergeordneter Stellung tätig waren bzw. erst zu einem späteren Zeitpunkt in eine Führungsposition aufgestiegen sind (vgl. Peter Ch. Hsu/Rashid Bashar/Silvia Renninger, BSK-FINMAG, Art. 33 N. 12 f., Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG] vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829, 2881 f.).

4.2.3 Vorliegend ist gestützt auf die Akten der Ansicht der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer auf Grund seiner Tätigkeit für die beiden Gesellschaften im finanzmarktrechtlichen Sinn als Mitglied der Gruppe zu qualifizieren ist, zuzustimmen.

Der Beschwerdeführer war ab dem (...) als Repräsentant für die B._____ tätig, bevor er mit Arbeitsvertrag vom (...) per 1. August 2011

fest von der B._____ angestellt wurde (vgl. Beilagen Nr. [...] u. [...] zum Untersuchungsbericht vom [...]). Anfang November 2012 übernahm der Beschwerdeführer die Funktion des CEO und damit eine Mitverantwortung für die ordnungsgemässe Geschäftstätigkeit der beteiligten Unternehmen. Von einem CEO kann bzw. muss erwartet werden, dass er bei pflichtgemässer Wahrnehmung seiner Pflichten die Geschäftstätigkeit kennt und dieselbige – insbesondere auch im rechtlichen Bereich – einzuordnen vermag (vgl. Art. 717 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR; SR 220], Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, in: Heinrich Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 717 N. 3 mit Hinweisen). Selbiges gilt insbesondere auch für die grundlegende Frage, ob eine aufsichtsrechtliche Bewilligung zur entsprechenden Tätigkeit vorliegt, so denn eine solche von Nöten ist. In seiner Funktion als CEO ist der Beschwerdeführer denn auch ohne weiteres als eine Person «in leitender Stellung» anzusehen, die zumindest aufgrund einer pflichtwidrigen Unterlassung ihrer organrechtlichen Pflichten aufsichtsrechtlich zur Verantwortung zu ziehen ist.

Entsprechendes gilt auch für die Zeit ab dem 1. August 2011. Wie aus den Akten klar ersichtlich ist, kann der Beitrag des Beschwerdeführers in der Gruppe nicht bloss als simple «Call Center»-, Verkaufs- oder Administrationstätigkeit betrachtet werden. Vielmehr trug sein Engagement massgeblich zum Erfolg der Gruppe bei. Auch wenn der Beschwerdeführer unzweifelhaft – der Untersuchungsbericht stellt dies korrekt explizit so dar (vgl. [...], [...]) – nicht der Hauptakteur in den Tätigkeiten der Gruppe war, so kam ihm doch eine sehr wichtige Rolle zu. So vertrat er die Gruppe insbesondere sehr präsent im Bereich der Neukundenakquisition, sei dies nun als «Projektmanager», «Produkt Manager» oder im «Tax-Management» (vgl. dazu insbesondere auch die Beilagen Nr. [...] u. [...] zum Untersuchungsbericht vom [...]). Im Weiteren übernahm er jeweils Schlüsselpositionen in den neu gegründeten Unternehmen (nachfolgend zusammengefasst als «NewCo») und band auch die beiden Unternehmen G._____ bzw. H._____ (beide jeweils mit Sitz in D._____

und derzeit in Liquidation), in welchen er jeweils als Gesellschafter (in beiden Fällen zusammen mit E._____) mit Einzelunterschrift amtete, in die Gruppenaktivitäten ein. Schliesslich dürfen im vorliegenden Fall auch die «weichen Faktoren» nicht ausser Acht gelassen werden: So wird der Beschwerdeführer im C._____-Firmenphoto zusammen mit E._____ und einer dritten Person gegenüber 13 weiteren Personen deutlich hervorgehoben (sitzend sowie Frontreihe) und es sollten ihm gemäss eigenen Aussagen «in Zukunft» 10% der Aktien der B._____ übergeben werden (vgl. Vorakten, Ordner [...], Register [...] bzw. Beilage Nr. [...] zum Untersuchungsbericht vom [...]). Es ist höchst unwahrscheinlich und widerspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Unternehmen bzw. dessen Einzelaktionär entsprechendes bei einem bloss untergeordneten Angestellten ohne wesentlichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit vorkehrt. Auch zeichnet sich die arbeitsteilige gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen und Tätigkeit als Effektenhändler im Rahmen einer Gruppe gerade dadurch aus, dass die einzelnen Personen nicht alle Voraussetzungen der bewilligungspflichtigen Tätigkeit erfüllen, jedoch in einem Gesamtplan gruppenintern oder -extern einen wesentlichen Beitrag zu dieser leisten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_90/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.2).

Es ist daher übereinstimmend mit der Vorinstanz festzustellen, dass objektiv ein arbeitsteiliges und – zumindest stillschweigend – koordiniertes Zusammenwirken stattgefunden und der Beschwerdeführer in massgeblicher Art und Weise die Geschäfte der Gruppe geprägt hat, wodurch er als Teil derselbigen anzusehen ist (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 2C_90/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.2). So der Beschwerdeführer sich auf den Standpunkt stellt, dass er davon ausgegangen sei, dass die Tätigkeit der beiden Gesellschaften von der Vorinstanz bewilligt gewesen sei, so ist dem entgegenzuhalten, dass – sofern die Ausführungen des Beschwerdeführers hinsichtlich seiner Unwissenheit überhaupt zutreffen – dem Beschwerdeführer aufgrund seiner faktischen Stellung in der Gruppe bzw. seiner späteren Funktion als CEO der B._____ ein

so wesentlicher Bestandteil der Geschäftstätigkeit nicht hätte entgehen dürfen und er demzufolge die aufsichtsrechtlichen Folgen für dieses Versäumnis zu tragen hat.

5.

Der Beschwerdeführer beanstandet des Weiteren das gegen ihn verhängte Werbeverbot und dessen (befristete) Publikation auf der Internetseite der Vorinstanz.

5.1 Mit dem Verbot, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen bzw. einer bewilligungspflichtigen Effektenhändler-tätigkeit nachzugehen oder für solche Tätigkeiten in irgendeiner Form 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 dabei nicht um eine eigenständige Massnahme, sondern um eine Warnung bzw. Ermahnung. Das Bundesgericht erachtet ein derartiges Werbeverbot gegenüber den verantwortlichen Personen einer juristischen Person, bezüglich welcher rechtskräftig festgestellt wurde, dass sie unbewilligt einer nach einem Finanzmarktgesetz bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist, als reine «Reflexwirkung» dieser illegalen Aktivität (vgl. BGE 135 II 356 E. 5.1 mit Hinweisen). Die Anforderungen an die Anordnung eines derartigen Verbots sind daher gering (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010 E. 5.3).

Im vorliegenden Fall bestand nach dem bisher Gesagten und unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts sowie des Umstandes, dass es sich beim Beschwerdeführer um eine verantwortliche Person einer juristischen Person handelt, bezüglich welcher rechtskräftig festgestellt wurde, dass sie unbewilligt einer nach einem Finanzmarktgesetz bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist, ein ausreichender Grund, den Beschwerdeführer förmlich auf

das Verbot, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, sowie auf die mit einem Verstoss gegen dieses Verbot verknüpfte Strafdrohung hinzuweisen. Das Werbeverbot an sich ist somit nicht zu beanstanden.

5.2

5.2.1 Auch die finanzmarktrechtlichen Massnahmen müssen verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt dabei, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen (oder privaten) Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und für den Betroffenen zumutbar ist. Zulässigkeitsvoraussetzung bildet mithin eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (Urteil des Bundesgerichts 2P.274/2004 vom 13. April 2005 E. 4.1 mit Hinweis).

5.2.2 Wird wie hier in Anwendung von Art. 34 FINMAG mit dem Werbeverbot gleichzeitig auch dessen Veröffentlichung angeordnet, liegt hierin ein schwerer Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen. Die Vorinstanz kann eine Veröffentlichung nur bei einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen anordnen. Die entsprechende Sanktion muss zudem im Einzelfall verhältnismässig sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Internet veröffentlichte Daten potenziell ein sehr weites Publikum erreichen und dies – selbst nach der Löschung – über einen längeren Zeitraum hinweg. 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. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn die Wiederholung schweren Fehlverhaltens wahrscheinlich erscheint. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung

finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt hingegen nicht (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1 bzw. 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1 mit Hinweisen).

5.2.3 Wie das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 festgestellt hat (E. 8.3.5), stellt eine unbewilligte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen praktisch immer eine schwere Verletzung von Aufsichtsbestimmungen dar. Dies insbesondere dann, wenn die unbewilligte Tätigkeit zu einem erheblichen und für die verantwortlichen Akteure vorhersehbaren Schaden für die Einleger geführt hat. In diesen Fällen ist es denn auch nicht ausgeschlossen, dass auch Personen, die im Vergleich zu den Hauptverantwortlichen einen wesentlich geringeren Tatbeitrag geleistet haben, eine schwere Verletzung von Aufsichtsbestimmungen vorgeworfen wird.

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer massgeblich zum Erfolg der Gruppe beigetragen und dessen Verschulden kann denn auch nicht mit demjenigen eines einfachen, weisungsgebundenen Angestellten gleichgesetzt werden (vgl. E. 4.2.3). Auch kann angesichts der Umstände nicht mehr von einer einmaligen, punktuellen und untergeordneten Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten ausgegangen werden. Mit Ausnahme des Umstandes, dass der Beschwerdeführer nicht als Hauptverantwortlicher der unerlaubten Tätigkeit anzusehen ist und es sich gestützt auf die Akten um den ersten Verstoss des Beschwerdeführers gegen finanzmarktrechtliche Bestimmungen in der Schweiz handelt, sind unter Berücksichtigung der bisherigen diesbezüglichen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts keine weiteren nennenswerten Aspekte ersichtlich, die gegen das Vorliegen eines schweren Verstosses sprechen würden (vgl. dazu auch die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2723/2011 vom 24. April 2012 E. 7 bzw. B-2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.3.1 ff.).

So gilt es zu berücksichtigen, dass das Schädigungspotenzial der Tätigkeiten der B._____ bzw. C._____ insbesondere auch durch die Gründung zahlreicher NewCo's, in denen E._____ und/oder der

Beschwerdeführer jeweils wichtige Positionen einnahmen, signifikant gesteigert wurde. Im Weiteren wurde dem Beschwerdeführer bereits mit superprovisorischer Verfügung vom 18. Dezember 2012, dannzumal noch im Rahmen seiner Funktion als CEO der B._____, unter Androhung von Busse gemäss Art. 48 FINMAG untersagt, ohne Zustimmung des Untersuchungsbeauftragten für die B._____ und die C._____ weitere Rechtshandlungen auszuüben. Hinweise, dass der Untersuchungsbeauftragte die vom Beschwerdeführer in dessen Rechtsschriften ausdrücklich eingestandenen Handlungen erlaubt haben könnte, sind weder ersichtlich noch vom Beschwerdeführer entsprechend substantiiert belegt worden, so dass dessen diesbezügliche Aussage als Schutzbehauptung erscheint. Insbesondere bestätigt auch die Aussage des vom Beschwerdeführer als Zeuge angeführten F._____, dass der Untersuchungsbeauftragte wohl konstant die Haltung vertreten hat, dass der Beschwerdeführer für die beiden betreffenden Gesellschaften keine Handlungen mehr tätigen dürfe. Vor diesem Hintergrund ist denn auch nicht ersichtlich, inwieweit die von der Vorinstanz beantragte Konfrontationseinvernahme zwischen F._____ und dem Untersuchungsbeauftragten einen entscheidungswesentlichen Beitrag zu vorliegendem Verfahren leisten könnte. Der diesbezügliche Antrag ist daher in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen. Mit seinen Handlungen zugunsten der B._____ bzw. C._____ trotz entsprechendem Verbot (vgl. dazu insbesondere auch die Beilage Nr. [...] zum Untersuchungsbericht vom [...]) hat der Beschwerdeführer eine gewisse Unbelehrbarkeit zum Ausdruck gebracht, die zusammen mit der offensichtlich weiterhin anhaltenden Uneinsichtigkeit hinsichtlich seiner Verantwortlichkeit und seines Fehlverhaltens eine Wiederholungsgefahr wahrscheinlich erscheinen lässt. Es hilft dem Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang denn auch nicht, wenn er vorbringt, dass er in Zukunft weder Publikumseinlagen entgegennehmen noch einer Tätigkeit als Effekthändler nachgehen wolle. So rechtfertigt das öffentliche Interesse gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts eine Publikation zwecks effektiven Schutzes potenzieller zukünftiger Anleger schon aufgrund

der Möglichkeit eines erneuten Verstosses gegen finanzmarktrechtliche Vorschriften (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.5.4 bzw. B-605/2011 vom 8. Mai 2012 E. 4.3.3; vgl. dazu auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2723/2011 vom 24. April 2012 E. 7). Letzteres ist im vorliegenden Fall aufgrund der Umstände anzunehmen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Tatbeitrag des Beschwerdeführers als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen eingestuft und eine Veröffentlichung des Werbeverbots verfügt hat (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-605/2011 vom 8. Mai 2012 E. 4.1).

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist vor dem Hintergrund der diesbezüglichen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts die Befristung der Publikation des Werbeverbots auf der Internetseite der Vorinstanz für die Dauer von fünf Jahren nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils. So müssen potenzielle zukünftige Anleger über einen gewissen Zeitraum hinweg gewarnt werden, um ihnen einen effektiven Schutz zu gewährleisten (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.5.4 bzw. B-605/2011 vom 8. Mai 2012 E. 5.1.1).

6. Der Beschwerdeführer kritisiert schliesslich die solidarische Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 15. Oktober 2008 (FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, FINMA-GebV; SR 956.122) ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst, so haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1] i.V.m. Art. 6 FINMA-GebV). Letzteres gilt gemäss Art. 36 Abs. 4 FINMAG i.V.m. Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 AllgGebV auch für die Untersuchungskosten, welche

durch die Beaufsichtigten zu tragen sind. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Verdienst des Beschwerdeführers während dessen Tätigkeit für die Gruppe für die Frage der Höhe der Untersuchungs- und Verfahrenskosten irrelevant ist (vgl. Art. 8 f. FINMA-GebV).

Wie vorstehend aufgezeigt, erweist sich die angefochtene Verfügung, soweit sie den Beschwerdeführer betrifft, als rechtmässig. Rechtfertigt es sich finanzmarktrechtlich, wie vorliegend, eine Aktivität gruppenweise zu erfassen, ist es konsequent, den einzelnen Mitgliedern auch die entstandenen Kosten solidarisch aufzuerlegen, andernfalls es zu einem ungerechtfertigten Wertungswiderspruch zwischen dem Sach- und dem Kostenentscheid käme. Die interne Aufteilung der Kosten ist eine Frage des Regresses (vgl. BGE 135 II 356 E. 6.2.1). Die solidarische Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten auf alle beteiligten Gesellschaften bzw. auch die für diese verantwortlichen natürlichen Personen entspricht insofern der ständigen Praxis sowohl des Bundesgerichts als auch des Bundesverwaltungsgerichts und ist daher nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-277/2010 vom 18. November 2010 E. 8.2).

7.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer von der Vorinstanz zu Recht als Mitglied der Gruppe qualifiziert und in dieser Eigenschaft aufsichtsrechtlich zur Verantwortung gezogen wurde. Folgerichtig ist auch die solidarische Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten zulässig. Das von der Vorinstanz ausgesprochene (befristete) Werbeverbot (inkl. Internetpublikation) ist recht- und verhältnismässig und daher ebenfalls nicht zu beanstanden.

(...)

Dispositiv

Unbewilligt tätige Personen II

**URTEIL des Bundesgerichts 2C_122/2014
vom 19. Juli 2014**

Unbewilligte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m Art. 3a Abs. 2 BankV); Beteiligung von Hauptaktionär bzw. alleinigem Verwaltungsrat; Veröffentlichung einer aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG).

1. Ob und wie ein Dritter bei der unbewilligten Entgegennahme von Publikumseinlagen mitgewirkt hat, ist unerheblich, wenn feststeht, dass eine Gesellschaft, deren Hauptaktionär bzw. alleiniger Verwaltungsrat die Beschwerdeführer waren, ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegengenommen hat (E. 5).
2. Bei der unbewilligten Entgegennahme von Geldern im Umfang von über 4 Mio. Franken von rund 200 Anlegern, wobei die Gelder zu mehr als der Hälfte verloren sind, handelt es sich um eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen und nicht um einen einmaligen, punktuellen und untergeordneten Verstoss gegen das Finanzmarktrecht (E. 6.2).

Acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB en relation avec art. 3a al. 2 OB); participation de l'actionnaire principal ou d'un administrateur unique; publication d'une décision en matière de surveillance (art. 34 LFINMA).

1. Lorsqu'il est établi qu'une société, dont l'actionnaire principal ou l'administrateur unique fait un recours, a accepté de manière illicite des dépôts du public, il est sans importance de savoir si et comment un tiers a contribué à cette activité (consid. 5).
2. L'acceptation illicite d'avoirs représentant quelque quatre millions de francs d'environ 200 investisseurs, avoirs dont plus de la moitié a été perdue, constitue une grave violation des dispositions du droit de la surveillance et non un manquement unique, ponctuel et secondaire au droit des marchés financiers (consid. 6.2).

Accettazione non autorizzata di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR in combinato disposto con l'art. 3a cpv. 2 OBCR); partecipazione del principale azionista rispettivamente dell'unico membro del consiglio di amministrazione; pubblicazione di una decisione in materia di vigilanza (art. 34 LFINMA).

1. Se e in che modo un terzo abbia concorso all'accettazione non autorizzata di depositi del pubblico è irrilevante se si constata che una società, in cui il principale azionista rispettivamente l'unico membro del consiglio di amministrazione erano i ricorrenti, abbia accettato senza autorizzazione depositi del pubblico (consid. 5).
2. L'accettazione non autorizzata di una somma di denaro dell'ordine di oltre 4 milioni di franchi appartenente a circa 200 investitori, di cui peraltro più della metà è andata persa, costituisce una grave violazione delle disposizioni del diritto prudenziale e non rappresenta una violazione saltuaria, episodica e di secondaria importanza del diritto dei mercati finanziari (consid. 6.2).

Zusammenfassung des Sachverhalts

A.

A.a. Die B._____ Holding AG mit Sitz in U._____ hat als statutarischen Zweck u.a. die Finanzierung und Beteiligung an Gesellschaften (sowie deren Beratung) im Bereich von Energie-Beteiligungen und deren Verwaltung.

A.b. Am 1. Februar 2013 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) – im Wesentlichen gestützt auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1 [Stand am 20. Dezember 2012]) sowie auf diejenigen des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0 [Stand am 1. Januar 2013]) – eine Verfügung in Sachen B._____ Holding AG, C._____, D._____ und A._____. Darin erwog sie, C._____ sei einziger Verwaltungsrat der B._____ Holding AG und besitze 25% ihrer Aktien. D._____ besitze 75% der Aktien und sei Geschäftsführer der B._____ Holding AG. A._____ sei mit einem Geschäftsbesorgungsvertrag mit der B._____ Holding AG verbunden. Es rechtfertige sich eine gruppenweise Betrachtung der Vorgänge um die B._____ Holding AG und A._____, was zur Folge habe, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Beteiligten träfen, selbst wenn nicht alle Involvierten an sämtlichen Handlungen teilgenommen hätten. Die B._____ Holding AG habe gestützt auf verschiedene Anlageverträge von 183 Anlegern Gelder in der Höhe von 4,39 Mio. Franken entgegengenommen. Die durch die B._____ Holding AG angebotenen Anlagemöglichkeiten wiesen sämtliche Merkmale einer Publikumseinlage im Sinne des Bankengesetzes auf. Der Vertrieb dieser Energieanleihen sei über ein von A._____ betreutes Maklernetz erfolgt. Zudem habe die B._____ Holding AG Werbung über ihre Webseite (www.b._____ .com) betrieben, welche ohne «Login» öffentlich zugänglich gewesen sei. Ferner habe die B._____ Holding AG von

weit über 20 Anlegern Gelder entgegengenommen, so dass die Gewerbsmässigkeit ohnehin zu bejahen sei. Die FINMA ging im Weiteren davon aus, dass die B._____ Holding AG mit den entgegengenommenen Geldern kaum oder gar keine Investitionen getätigt, sondern den grössten Teil der Gelder an verschiedene Empfänger ausbezahlt habe. Zusammenfassend hielt die FINMA fest, die B._____ Holding AG-Gruppe habe gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen, ohne über die dafür notwendige Bankenbewilligung zu verfügen. Damit habe sie gegen das Bankengesetz verstossen. Ferner sei die B._____ Holding AG überschuldet, weshalb der Konkurs über sie zu eröffnen sei. Gegen C._____ und D._____ seien Verbote der Ausübung einer Banktätigkeit und der entsprechenden Werbung in genereller Form auszusprechen. Die Ausübungs- und Werbeverbote seien sodann gestützt auf Art. 34 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes zu publizieren.

Demgemäss verfügte die FINMA, es werde festgestellt, dass die B._____ Holding AG, A._____, C._____ und D._____ ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt hätten (Dispositiv-Ziff. 1). Weiter eröffnete sie am 4. Februar 2013, 08.00 Uhr, den Konkurs über die B._____ Holding AG. Die bis anhin im Handelsregister eingetragenen Vertretungsbefugnisse der jeweiligen Organe wurden gelöscht (Dispositiv-Ziff. 2–8). Den ins Recht gefassten C._____, D._____ und A._____ verbot die FINMA generell, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen in irgendeiner Form Werbung zu betreiben, unter Hinweis auf die Strafandrohungen von Art. 48 und 44 FINMAG sowie Art. 46 und 49 BankG (Dispositiv-Ziff. 9, 10). Sie verfügte sodann, dass die Dispositivziffern 9 und 10 nach Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung betreffend D._____ für die Dauer von fünf Jahren und betreffend C._____ und A._____ für die Dauer von zwei Jahren auf ihrer Internetseite (www.finma.ch) veröffentlicht werden (Dispositiv-Ziff. 11). Die

Ziffern 2 bis 8 des Verfügungsdispositivs wurden für sofort vollstreckbar erklärt, wobei die Tätigkeit des Konkursliquidators bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung auf sichernde und werterhaltende Massnahmen beschränkt wurde (Dispositiv-Ziff. 12). Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten (CHF 82'146.05 [inkl. MwSt]) und die Verfahrenskosten (CHF 36'000.–) wurden sämtlichen Verfügungsadressaten solidarisch auferlegt (Dispositiv-Ziff. 13, 14).

B.

Gegen diese Verfügung erhoben die B._____ Holding AG sowie C._____ und D._____ am 6. März 2013 gemeinsam Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellten folgende Anträge:

- «1. Die Ziffern 1–14 der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2013 seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass keine unterstellungspflichtige Tätigkeit besteht, und eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur korrekten Durchführung und Neuurteilung im Sinne der Erwägungen,
2. eventualiter sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen.»

Das Bundesverwaltungsgericht trat mit Teilurteil vom 22. Oktober 2013 auf die Beschwerde der B._____ Holding AG nicht ein. Mit Urteil vom 10. Dezember 2013 wies es sodann die Beschwerde von C._____ und D._____ ab, soweit es darauf eintrat.

C.

Mit gemeinsamer Eingabe vom 31. Januar 2014 erheben C._____ und D._____ beim Bundesgericht «Beschwerde» mit dem Antrag, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zur Entscheidung zurückzuweisen. Zudem beantragen sie Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Mit Verfügung vom 7. Februar 2014 trat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht ein, da das Gesuch – soweit zulässig – ins Leere stosse, weil in der Verfügung der FINMA das Wirksamwerden der bestrittenen Anordnungen vom Eintritt der Rechtskraft abhängig gemacht werde.

Aus den Erwägungen

(...)

2.

2.1. Dem Bankengesetz unterstehen die Banken, Privatbankiers (Einzelunternehmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen (Art. 1 Abs. 1 BankG). Die Bank bedarf zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der FINMA (Art. 3 Abs. 1 BankG). Natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstehen, dürfen – vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen – keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen, BankV; SR 952.02).

2.2. Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen für eigene Rechnung gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht und dabei selber zum Rückzahlungsschuldner der Leistung wird. Grundsätzlich gelten alle Verbindlichkeiten als Einlagen. Nur die in Art. 3a Abs. 3 BankV abschliessend – als Ausnahmen – aufgezählten Verbindlichkeiten sind keine Einlagen im Sinn von Art. 1 Abs. 2 BankG (BGE 132 II 382 E. 6.3.1

S. 391 f.). Die Publikumseinlagen sind im Gesetz nicht positiv definiert, doch umschreiben Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV bestimmte Erscheinungen, die nicht als Einlagen bzw. Publikumseinlagen gelten.

2.3. Eine bankengesetzlich unzulässige Entgegennahme von Publikumseinlagen kann auch durch ein arbeitsteiliges Vorgehen im Rahmen einer Gruppe erfolgen (BGE 136 II 43 E. 4.3.1 S. 49 f. mit Hinweisen): Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen bzw. die dahinter stehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Unterstellungspflicht erfüllen, im Resultat aber gemeinsam dennoch eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben. Der Schutz des Marktes, des Finanzsystems und der Anleger rechtfertigt in solchen Fällen trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise, falls zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche (finanzielle/geschäftliche), organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den tatsächlichen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird (Urteil 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 3.1.1). Ein gruppenweises Vorgehen liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten oder aufgrund der Umstände (Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleiche Geschäftssitze; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Teilungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen usw.) davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt oder wesentlich gefördert wird (vgl. Urteil 2C_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1 und 3.2, nicht publ. in BGE 137 II 284; BGE 136 II 43 E. 4.3 S. 49 ff., je mit Hinweisen). Ein blosses Parallelverhalten genügt für die Annahme, es werde gruppenweise gehandelt, nicht. Umgekehrt ist nicht erforderlich,

dass eine gemeinsame Umgehungsabsicht besteht, da die von der Gruppe ausgehende Gefahr nicht von den Intentionen der einzelnen Gruppenmitglieder abhängt (zit. Urteil 2C_30/2011 E. 3.1.2; 2C_898/2010 vom 29. Juni 2011 E. 2.2).

2.4. Verletzt eine Beaufschlagte oder ein Beaufschlagter die Bestimmungen eines Finanzmarktgesetzes oder bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG). Ihre Aufsicht ist nicht auf die dem Gesetz unterstellten Betriebe beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehören auch die Abklärung der finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht und die Ermittlung von Finanzintermediären, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen bewilligungslos tätig sind (BGE 132 II 382 E. 4.1 S. 388 mit Hinweisen). Ergibt das Verfahren, dass die oder der Beaufschlagte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und müssen keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden, so kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 32 FINMAG). Stellt die FINMA eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen fest, so kann sie der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufschlagten für eine Dauer von bis zu fünf Jahren untersagen (Berufsverbot, Art. 33 FINMAG). Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, so kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen (Art. 34 Abs. 1 FINMAG).

3.

3.1. Im Rahmen der Tätigkeit der FINMA auseinanderzuhalten sind somit die Aufsicht über die bewilligten Finanzintermediäre, gegenüber welchen bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen

ein Berufsverbot nach Massgabe von Art. 33 FINMAG verhängt werden kann, sowie – wie hier – die Verhinderung illegaler Aktivitäten unbewilligter (und insofern nicht direkt beaufsichtigter) Finanzintermediäre, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen bewilligungslos tätig sind. In solchen Fällen kann die Aufsichtsbehörde den verantwortlichen Personen die bewilligungspflichtige Tätigkeit und die Werbung dafür verbieten. Bei einem solchen Verbot handelt es sich um eine Warnung bzw. Ermahnung, inskünftig bewilligungspflichtige Tätigkeiten zu unterlassen; den Betroffenen – und nach einer Veröffentlichung dem Publikum – wird dabei lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt (BGE 135 II 356 E. 5.1 S. 565; Urteil 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.1).

3.2. Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen festgestellt (E. 3.4), die B._____ Holding AG habe von rund 200 Anlegern unerlaubt Publikumseinlagen in der Höhe von 4,39 Mio. Franken entgegengenommen. Damit hätten die Beschwerdeführer – soweit von einer Gruppe auszugehen sei – gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfohlen. Angesichts des Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen der B._____ Holding AG und A._____ seien diese als wirtschaftliche Einheit zu betrachten; die B._____ Holding AG, A._____ und die Beschwerdeführer seien daher als Gruppe zu bezeichnen, die ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzt habe (E. 4.3–4.5). Die Genannten hätten die entgegengenommenen Einlagen in der Höhe von rund 4,39 Mio. Franken bisher nicht zurückbezahlt. An Aktiven seien noch 1,8 Mio. Franken vorhanden, so dass die Anleger mit einem Verlust von 58% rechnen müssten. Damit hätten die Beschwerdeführer die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen schwer verletzt (E. 5.3).

4.

Die Beschwerdeführer rügen zunächst offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen.

4.1. Sie beanstanden, die Vorinstanz führe ohne jeden Beleg aus, auf der Webseite www.b._____.com sei Werbung für eine Energie-Anleihe gemacht worden. Diese Webseite sei aber nie live geschaltet worden; die Vorinstanz gehe von einer unbelegten Behauptung aus. Die Rüge geht an der Sache vorbei: Die Vorinstanz hat nämlich in E. 3.4 des angefochtenen Entscheids ausdrücklich ausgeführt, es könne dahingestellt bleiben, ob die Webseite öffentlich zugänglich gewesen sei. Zudem ist der Punkt ohnehin nicht entscheidenderheblich: In der von der Vorinstanz bestätigten Verfügung der FINMA wird nämlich gar nicht festgestellt, die Beschwerdeführer hätten unerlaubt Werbung für eine Energie-Anleihe betrieben, sondern nur, sie hätten ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen.

4.2. Weiter rügen die Beschwerdeführer, die Rolle von A._____ sei von der Vorinstanz falsch wiedergegeben worden. Dieser sei in eigener Regie tätig gewesen, ohne Beeinflussung durch die B._____ Holding AG. Sie – die Beschwerdeführer – seien nicht für die Kundenakquisition verantwortlich gewesen und hätten den von A._____ verwendeten Prospekt weder verfasst noch abgegeben. Letzterer Punkt ist irrelevant, da – wie dargelegt – der Vorwurf gar nicht dahin geht, die Beschwerdeführer hätten Werbung betrieben. Im Übrigen wird aus der Darstellung der Beschwerdeführer nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz die Rolle von A._____ offensichtlich unrichtig dargestellt haben soll.

4.3. Schliesslich rügen die Beschwerdeführer, entgegen der Darstellung der Vorinstanz seien die Anlagen der B._____ Holding AG werthaltig; die Annahme, diese sei überschuldet, sei nicht begründet. Die Vorinstanz stützt ihre Feststellung, die Aktiven der B._____ Holding AG würden nur noch 1,8 Mio. Franken betragen, auf die Ausführungen des von der FINMA

eingesetzten Untersuchungsbeauftragten. Die Beschwerdeführer setzen sich damit nicht auseinander und legen nicht dar, inwiefern diese Abklärungen bzw. die darauf gestützte Feststellung der Vorinstanz offensichtlich unrichtig sein soll. Damit ist sie für das Bundesgericht verbindlich (vorne E. 1.3).

5.

In rechtlicher Hinsicht rügen die Beschwerdeführer zunächst, die Vorinstanz sei von einem falschen Begriff der Gruppe ausgegangen. Sie hätten keine gruppenmässigen Beziehungen zu A._____ gehabt.

Es ist unerfindlich, was die Beschwerdeführer daraus ableiten wollen: Nach den insoweit nicht bestrittenen und verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat die B._____ Holding AG, deren Hauptaktionär bzw. alleiniger Verwaltungsrat die Beschwerdeführer waren, ohne Bewilligung rund 200 Publikumseinlagen entgegengenommen. Bei dieser Sachlage ist die Form der Beteiligung von A._____ unerheblich: Unabhängig davon, ob und wie dieser mitgewirkt hat, haben die Beschwerdeführer gegen Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m Art. 3a Abs. 2 BankV verstossen.

6.

Die Beschwerdeführer rügen sodann, die Anordnung der Veröffentlichung sei unverhältnismässig.

6.1. Die Veröffentlichung der Verfügung gemäss Art. 34 FINMAG ist einerseits eine individuelle repressive verwaltungsrechtliche Sanktion, andererseits aber eine präventive Massnahme zum Schutz des Publikums (Urteil 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2). Die Veröffentlichung ist ein wesentlicher Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen, was unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen ist; namentlich genügt hierfür eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten

nicht; ferner muss aus der Anordnung klar werden, wo, was, unter welchen Bedingungen und wie lange die Anordnung publiziert wird (Urteile 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2; 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1). Bei einer unerlaubten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ist regelmässig schon von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen, die zum Schutze des Publikums eine Veröffentlichung grundsätzlich rechtfertigt, sofern eine Wiederholungsgefahr nicht ausgeschlossen werden kann (zit. Urteile 2C_30/2011 E. 5.2.2; 2C_71/2011 E. 5.3.2/3).

6.2. Vorliegend haben die Beschwerdeführer durch die von ihnen kontrollierte B._____ Holding AG von rund 200 Anlegern ohne Bewilligung Geld im Umfang von über 4 Mio. Franken entgegengenommen, wobei diese Gelder zu mehr als der Hälfte verloren sind. Dabei geht es nicht um einen einmaligen, punktuellen und untergeordneten Verstoss gegen das Finanzmarktrecht, sondern um eine schwere Verletzung (vgl. zit. Urteil 2C_30/2011 E. 5.2.2; Urteil 2C_359/2012 vom 1. November 2012 E. 3.3). Angesichts des bisherigen Verhaltens der Beschwerdeführer ist nicht auszuschliessen, dass sie beabsichtigen, diese Tätigkeit in Zukunft wiederum auszuführen. Zum Schutz des Publikums ist eine entsprechende Warnung daher notwendig und geeignet. Die Publikation ist sodann sachlich und zeitlich klar begrenzt. Inwiefern die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (Zumutbarkeit; angemessene Zweck-Mittel-Relation) verletzt sein soll, wird von den Beschwerdeführern nicht dargetan.

7.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang tragen die Beschwerdeführer die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 65/66 BGG).

Dispositiv

Unbewilligt tätige Personen III

**URTEIL des Bundesgerichts 2C_176/2014
vom 19. Juli 2014**

Unbewilligte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m Art. 3a Abs. 2 BankV); gruppenweises Vorgehen.

Um als Mitglied einer unbewilligt tätigen Gruppe zu gelten, ist weder erforderlich, dass der Betroffene selber Einlagen entgegennimmt oder über die entgegengenommenen Gelder verfügen kann, noch dass er Arbeitnehmer oder Mitinhaber der unbewilligt tätigen Gesellschaft ist (E. 4).

Acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB en relation avec l'art. 3a al. 2 OB); agissement en tant que groupe.

Pour être considéré comme membre d'un groupe exerçant une activité non autorisée, il n'est ni nécessaire que la personne concernée accepte elle-même des dépôts ou puisse disposer des avoirs acceptés, ni qu'elle soit employée ou copropriétaire de la société exerçant une activité non autorisée (consid. 4).

Accettazione non autorizzata di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR in combinato disposto con l'art. 3a cpv. 2 OBCR); modo di agire in un'ottica di gruppo.

Per poter essere considerato membro di un gruppo che agisce senza autorizzazione non è necessario che la persona interessata accetti personalmente depositi oppure che possa disporre del denaro accettato né che sia un dipendente o un comproprietario della società che opera senza autorizzazione (consid. 4).

Zusammenfassung des Sachverhalts

A.
Identisch mit dem Sachverhalt von «Unbewilligt tätige Personen II» (vgl. S. 86 ff.)

B.
Gegen diese Verfügung erhob A._____ am 26. Februar 2013 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Dieses wies die Beschwerde mit Urteil vom 6. Januar 2014 (B-1024/2013) ab.

C.
Mit Eingabe vom 12. Februar 2014 erhebt A._____ beim Bundesgericht «Beschwerde» mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils. Aufgefordert, einen Kostenvorschuss zu bezahlen, beantragt er zudem Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Aus den Erwägungen

(...)

3.2. Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen festgestellt (E. 3.4), die B._____ Holding AG habe von rund 200 Anlegern unerlaubt Publikumseinlagen in der Höhe von 4,39 Mio. Franken entgegengenommen. Damit habe der Beschwerdeführer – soweit von einer Gruppe auszugehen sei – gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfohlen. Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann festgestellt, der Beschwerdeführer habe mit der B._____ Holding AG einen Geschäftsbesorgungsvertrag abgeschlossen, dessen Basis die Sicherung und Beschaffung von Vertriebspartnern sowie Kunden für die B._____ Holding AG und Partnerfirmen für die jeweils aktuell angebotenen Finanzmarktprodukte sei. Der Beschwerdeführer (als Generalvertrieb) sei als selbständiges Unternehmen für die Beschaffung und Realisierung von Kunden und Vertrieben tätig und habe die Vorgaben der B._____ Holding AG zu gewährleisten. Die Aufgabenstellung umfasse die Herstellung von Kontakten und Abschlüssen zu Neukunden, die Vermittlung und das Führen von Vertrieben sowie die Vorprüfung der Kreditunterlagen, die Schulung und das Trainieren von Vertriebsmitarbeitern und Vertriebsgruppen. Er informiere die B._____ Holding AG monatlich über die aktuelle Entwicklung der vereinbarten Geschäfte (auf der Basis der Planzahlen und Zeitstrukturen) und erhalte Provisionen auf den getätigten Umsätzen. Angesichts dieses Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen der B._____ Holding AG und A._____ seien diese als wirtschaftliche Einheit zu betrachten. Der Einwand des Beschwerdeführers, er habe bloss die Kundenkartei geführt, sei wenig glaubhaft; nach den Aussagen des Beschwerdeführers gehe dieser selber oder ein Makler auf die Kunden zu und erhalte bei Abschluss eine Provision. Die Behauptung des Beschwerdeführers, diese Provisionen seien bloss für das Führen der Kundenkartei bezahlt worden, sei als Schutzbe-

hauptung zu werten. Die B._____ Holding AG und A._____ hätten daher als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzt (E. 4.3–4.5). Sie hätten die entgegengenommenen Einlagen in der Höhe von rund 4,39 Mio. Franken bisher nicht zurückbezahlt. An Aktiven seien noch 1,8 Mio. Franken vorhanden, so dass die Anleger mit einem Verlust von 58% rechnen müssten. Damit habe der Beschwerdeführer die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen schwer verletzt (E. 5.3).

4.

Der Beschwerdeführer bestreitet, dass er zusammen mit der B._____ Holding AG als Einheit zu betrachten sei. Seine Ausführungen vermögen aber nicht darzulegen, dass die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung offensichtlich unrichtig wäre. Im Gegenteil bestätigt er selber, dass er seine Pflichten, Kapitalanlagen zu vermitteln und zu prüfen, wahrgenommen und dafür viel Zeit und Spesen für Abklärungen eingesetzt hat, dass er die Unterlagen der B._____ Holding AG erneuert und auf eine Schweizer Version angepasst hat, dass er zusammen mit dem Verwaltungsrat der B._____ Holding AG eine Kollektivunterschrift hatte und Zahlungseingänge der Kunden kontrollieren konnte, und dass er den Kunden den unterzeichneten Service bieten wollte. Damit bestätigt er, dass er in wesentlichem Umfang an der Akquisition der Kunden mitgewirkt hat. Bei dieser Sachverhaltslage liegt eine Gruppe im dargelegten aufsichtsrechtlichen Sinne vor. Der Beschwerdeführer hat dadurch an der nicht bewilligten Entgegennahme von Publikumsgeldern mitgewirkt. Dass er die Gelder nicht selber entgegengenommen hat, über die entgegengenommenen Gelder nicht verfügen konnte und weder Arbeitnehmer noch Mitinhaber der B._____ Holding AG war, ist dafür irrelevant. Ebenso spielt es keine Rolle, wer genau mit welchem Anteil an der Erstellung der Prospekte der Unterlagen mitwirkte und ob Kunden über die Homepage www.b._____com geworben wurden.

5.

Des Weiteren erwähnt der Beschwerdeführer eine im angefochtenen Urteil wiedergegebene Zahl von Spareinlagen und kritisiert, dass die Vorinstanzen den Sparplan und den Entnahmeplan nicht verstanden hätten. Entscheidend ist jedoch nicht, was die Kunden pro Monat einbezahlt haben und wie sich das Total darstellt, sondern der Umstand, dass der Beschwerdeführer – zusammen mit der B._____ Holding AG und deren Organen – ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hat. Diese Feststellung der Vorinstanz wird in der Beschwerde nicht in Frage gestellt. Auch die weiteren Ausführungen in der Beschwerde lassen das angefochtene Urteil nicht als bundesrechtswidrig erscheinen. Damit hat der Beschwerdeführer gegen Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 3a Abs. 2 BankV verstossen.

6.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

(...)

Dispositiv

8 Veröffentlichung eines Werbeverbots während zehn Jahren

VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 2. November 2012

Dauer der Veröffentlichung des Werbeverbots (Art. 34 FINMAG).

1. Bei der Veröffentlichung eines Werbeverbots als Massnahme gegen die unerlaubte Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit steht der Schutz des Publikums bzw. potenzieller künftiger Anleger, die vor dem Adressaten des Verbots gewarnt werden sollen, im Vordergrund (Rz. 37–42).
2. In besonders schweren Fällen, insbesondere bei wiederholter unwilligter Tätigkeit, bei erheblicher Schädigung des Publikums, bei rücksichtslosem Vorgehen und Unbelehrbarkeit erweist sich die Veröffentlichung des Werbeverbots für die Dauer von zehn Jahren als verhältnismässig (Rz. 43).

Durée de la publication de l'interdiction de faire de la publicité (art. 34 LFINMA).

1. La protection du public et des potentiels futurs investisseurs qui doivent être mis en garde contre le destinataire de l'interdiction est un élément essentiel dans la publication d'une interdiction de faire de la publicité comme mesure prononcée suite à l'exercice sans droit d'une activité soumise à autorisation (Cm 37-42).
2. Dans les cas particulièrement graves (réurrence de l'activité non autorisée, préjudices irrémédiables portés au public, comportements inconsidérés et obstinés etc.), une publication de l'interdiction de faire de la publicité pour une durée de dix ans est considérée comme proportionnée (Cm 43).

Durata della pubblicazione del divieto di pubblicità (art. 34 LFINMA).

1. Nella pubblicazione di un divieto di pubblicità quale misura nei confronti dell'esercizio illecito di un'attività sottoposta all'obbligo di autorizzazione, assume una posizione di rilievo la tutela del pubblico rispettivamente dei potenziali futuri investitori che devono essere messi in guardia dal destinatario del divieto (nm. 37-42).
2. In casi particolarmente gravi, segnatamente in occasione di reiterato esercizio di un'attività non autorizzata, danno considerevole al pubblico, condotta senza scrupoli e recidiva, la pubblicazione del divieto di pubblicità per un periodo di dieci anni si rivela proporzionale (nm. 43).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Über die A._____ AG mit Sitz in Winterthur hat X._____ Gelder von rund 700 Personen in der Gesamthöhe von mehreren Millionen Euro entgegengenommen. Die A._____ AG kaufte ihren Kunden jeweils deren Lebensversicherung ab. Die A._____ AG kündigte hernach mit Einwilligung ihrer Kunden diese Lebensversicherungen und vereinnahmte die ausbezahlten Rückkaufwerte. Die A._____ AG verpflichtete sich ihrerseits, dem Kunden nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit einen vorbestimmten höheren Rückkaufwert als Kaufpreis zu bezahlen. Anstelle der vereinbarten Rückzahlung beglich die A._____ AG mit den entgegengenommenen Geldern aber insbesondere ihre Schulden und leistete Auszahlungen an X._____.

Im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der A._____ AG wurde X._____ im Juni 2012 in Deutschland erstinstanzlich wegen Betrugs und Veruntreuung zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren und neun Monaten verurteilt. Bereits zuvor war X._____ mehrfach wegen Betrugs verurteilt worden.

Aus den Erwägungen

(...)

B. Entgegennahme von Publikumseinlagen

(...)

(33) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die A._____ AG gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hat, ohne über die dafür notwendige Bankenbewilligung im Sinne von Art. 3 BankG zu verfügen. Sie hat somit gegen das Bankengesetz verstossen.

C. Massnahmen

(...)

2. Werbeverbot gegen X. (...)

(37) Die Aufsichtsbehörde kann gegenüber den Personen, die für eine unerlaubte Tätigkeit eines Finanzintermediärs verantwortlich sind, wie etwa deren Organen oder Eignern, die Ausübung einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit und die Werbung für diese Tätigkeit im Sinne einer Warnung mittels Verfügung formell verbieten (vgl. BGE 135 II 356 E. 5.1).

(38) X._____ und (...) waren in ihrer Eigenschaft als Organe bzw. ehemalige Organe der A._____ AG massgeblich in deren Geschäftstätigkeit involviert. Somit sind sie auch hauptsächlich für die Entgegennahme von Publikumseinlagen durch die A._____ AG im Umfang von mehreren Millionen Euro ohne die entsprechende Bewilligung zur Ausübung der Tätigkeit verantwortlich. Es besteht somit ein ausreichender Grund, ein Verbot zur Ausübung einer Banktätigkeit sowie der entsprechenden Werbung in genereller Form gegen X._____ und (...) auszusprechen.

(39) Mit dem ausdrücklichen Verbot, zukünftig ohne Bewilligung gewerbsmässig Kundengelder entgegenzunehmen, wird den genannten Personen lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 7). Die FINMA weist die Verfügungsadressaten zudem auf Art. 44 und 48 FINMAG sowie auf Art. 46 und 49 BankG und die darin enthaltenen Strafdrohungen hin.

3. Veröffentlichung

(40) In Anwendung von Art. 34 FINMAG kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen, wenn eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt und die Publikation in der Verfügung selber angeordnet wird. Die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht ist ein unbestimmter Rechtsbegriff (Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Silvia Renninger, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 32 FINMAG N. 22). Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht als schwere Verletzung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.3).

(41) Die Bewilligungspflicht stellt das Herzstück der aufsichtsrechtlichen Gesetzgebung dar. Die Botschaft zum FINMAG bezeichnet dementsprechend die Tatbestände in Art. 46 BankG – u.a. unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen – als gravierende Pflichtverletzungen in Bezug auf die Bankengesetzgebung (BBl 2006 2901). Eine unbewilligte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen stellt praktisch immer eine schwere Verletzung von Aufsichtsbestimmungen dar (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.3.5) und

ist sowohl bei vorsätzlicher wie auch bei fahrlässiger Begehung strafbar (Art. 46 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BankG). Bei der Publikation eines Werbeverbots als Massnahme gegen die unerlaubte Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit steht der Schutz des Publikums bzw. potenzieller künftiger Anleger, die vor dem Adressaten des Verbots gewarnt werden sollen, im Vordergrund (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.3 und 8.4.2). Die Regelungszwecke des Finanzmarktaufsichtsgesetzes – die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten (Individualschutz) andererseits – müssen die Veröffentlichung des Werbeverbots rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.3). Die Veröffentlichung muss demnach im Einzelfall verhältnismässig sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1).

(42) Mit seinem über die A._____ AG verwirklichten «Geschäftsmodell» hat X._____ in der Zeit zwischen 2009 und April 2011 Vermögenswerte im Wert von mehreren Millionen Euro entgegengenommen, ohne dabei über eine entsprechende Bewilligung der FINMA zu verfügen. Die A._____ AG hat sich somit dem aufsichtsrechtlichen Pflichten-katalog von Beginn weg entzogen. X._____ hat durch einen suchoptimierten Internetauftritt potenziellen Kunden einen erhöhten Rückkaufswert ihrer Lebensversicherung versprochen, ohne dabei ein Konzept zur Vermehrung der eingebrachten Vermögenswerte aufzuweisen. Die Kunden wurden systematisch über den Internetauftritt akquiriert und in der Folge mit falschen Angaben zum Geschäftsabschluss bewegt. Die von den Kunden eingebrachten Vermögenswerte wurden zusammenfassend nicht vermehrt, sondern zu privaten Zwecken entnommen. Dadurch hat er

Schädigungen von Einlegern bewusst in Kauf genommen. X._____ war klar, dass er die von den Kunden eingebrachten Gelder nicht zu den zugesagten Konditionen anlegte und billigte den erheblichen Vermögensschaden. Entsprechend handelt es sich nicht um eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten. X._____ ist bereits mehrfach vorbestraft und ist nunmehr auch bereits vor Ablauf der Bewährungsfrist wieder straffällig geworden. Vor diesem Hintergrund wie auch aufgrund des Geltungsdranges und des aufwändigen Lebensstils von X._____ besteht aus aufsichtsrechtlicher Sicht die Gefahr, dass X._____ seine ausgeübte Tätigkeit auf dem Finanzmarkt in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft und erneut unter Einbezug einer Internetplattform und von Vermittlern in ähnlicher Weise wieder aufnehmen könnte, um sich so wieder privat zu bereichern. Die unbewilligte Tätigkeit von X._____ im dargestellten Umfang ist deshalb als schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu qualifizieren.

(43) Das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits und der Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger und der Anleger (Individualschutz) andererseits sowie der Präventionscharakter der Veröffentlichung überwiegen insgesamt gegenüber den privaten Interessen von X._____. In Anbetracht der vorliegend festgestellten schweren Verletzung von Aufsichtsrecht durch die genannte Person, der bestehenden Vorstrafen sowie der gesamten Umstände rechtfertigt sich insbesondere auch im Interesse des Anleger- bzw. Anlegerschutzes eine Publikation des Werbeverbotes für die Dauer von zehn Jahren. Als besonders schwerwiegend sind im vorliegenden Fall die Unbelehrbarkeit von X._____ sowie dessen rücksichtsloses Vorgehen zu beurteilen. X._____ wurde allein in den Jahren 2007 und 2008 dreimal wegen mehrfachen Betrugs verurteilt und versuchte gleichwohl mehrfach über den Finanzmarkt an Kundengelder zu gelangen, was ihm mit der A._____ AG auch gelang. Aus rein egoistischen Gründen täuschte

er die Kunden und nahm dabei in Kauf, dass dem überwiegenden Teil der Anleger die ihnen aus der Lebensversicherung zustehenden Forderungen verlustig gingen. Die Höhe der entgegengenommenen Vermögenswerte ist erheblich, wobei auch diejenigen Vermögenswerte in Betracht zu ziehen sind, deren Entgegennahme er plante. X._____ verbüsst zurzeit eine mehrjährige Freiheitsstrafe (...). Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, die potenziellen Anleger über die erwähnte Dauer hinweg zu warnen, damit ein effektiver Schutz gewährleistet ist, insbesondere auch im Hinblick auf die Zeit nach der Entlassung aus dem Gefängnis. Aufgrund der Festnahme von X._____ im Rahmen der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft (...) sowie der im Zusammenhang mit der Festnahme und der täuschenden und schädigenden Geschäftstätigkeit von X._____ erschienenen Pressemeldungen (...) stellt die Publikation des Werbeverbotes keinen schweren Eingriff in die privaten Interessen von X._____ dar, zumal dessen Ruf bereits massiv geschädigt ist. Es ist somit verhältnismässig, dass die FINMA den das Werbeverbot betreffenden Teil des Dispositivs der vorliegenden Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft im Einklang mit Art. 34 FINMAG für die Dauer von zehn Jahren auf ihrer Internetseite (www.finma.ch) veröffentlicht.

(...)

Dispositiv

Kostenauflage beim Wechsel der Prüfgesellschaft

**URTEIL des Bundesverwaltungsgerichts B-5837/2012
vom 21. Juni 2013**

Kosten beim Wechsel der Prüfgesellschaft; Gebühren gemäss Rahmentarif (Art. 8 Abs. 1 und 2 FINMA-GebV i.V.m. Ziff. 6.2 des Anhangs derselben); Kostendeckungsprinzip; Äquivalenzprinzip.

1. Die Umstände, die einen direkt unterstellten Finanzintermediär (DUF) zur Einreichung eines Gesuchs um Wechsel der Prüfgesellschaft bewogen haben, sind bei der Frage der Gebührenpflicht für die damit zusammenhängende Verfügung nicht von Bedeutung (E. 2.3).
2. Solange die FINMA ihrer Gebührenbemessung den im konkreten Fall effektiv erbrachten, ausscheidbaren und objektiv erforderlichen Zeitaufwand ihrer Mitarbeiter zu Grunde legt und die Gebühr diese Selbstkosten nicht übersteigt, bleibt das Kostendeckungsprinzip gewahrt (E. 2.4.2).
3. Soweit ein Rahmentarif gemäss der FINMA-GebV zur Anwendung gelangt, werden die Kosten für einzelne Leistungen nach dem durchschnittlichen Zeitaufwand für gleichartige Verrichtungen verlegt. Der durchschnittliche Zeitaufwand für gleichartige Verrichtungen entspricht dem objektiv erforderlichen Aufwand im Sinne des Äquivalenzprinzips (E. 2.4.3)

Frais en cas de changement de société d'audit; émoluments selon les tarifs cadres (art. 8 al. 1 et 2 Oém-FINMA en relation avec le ch. 6.2 de l'annexe du même texte); principe de couverture des frais; principe d'équivalence.

1. Les circonstances qui ont poussé un intermédiaire financier directement soumis (IFDS) à déposer une requête pour changer de société d'audit sont sans importance en ce qui concerne les émoluments devant être réglés pour la décision y relative (consid. 2.3).
2. Du moment que la FINMA prend en compte, pour calculer ses émoluments, le travail objectivement nécessaire et délimitable que ses collaborateurs ont effectivement accompli et que les émoluments ne dépassent pas ces coûts, le principe de couverture des frais reste respecté (consid. 2.4.2).
3. Tant qu'un tarif-cadre est appliqué conformément à l'Oém-FINMA, les frais sont calculés pour chaque prestation en fonction du temps moyen consacré à une tâche de même nature. Le temps moyen consacré à une tâche de même nature correspond à la charge de travail objectivement nécessaire au sens du principe d'équivalence (consid. 2.4.3).

Costi legati al cambio di società di audit; emolumenti in conformità alle tariffe quadro (art. 8 cpv. 1 e 2 Oem-FINMA in combinato disposto con il punto 6.2 dell'allegato all'Oem-FINMA); principio della copertura dei costi; principio dell'equivalenza.

1. Le circostanze che hanno portato un intermediario finanziario direttamente sottoposto (IFDS) a presentare una richiesta per il cambio di società di audit sono, relativamente alla questione dell'obbligo di pagare gli emolumenti, irrilevanti ai fini della susseguente decisione (consid. 2.3).
2. Fintantoché la FINMA pone come base per il calcolo degli emolumenti il tempo obiettivamente necessario, scindibile e concretamente impiegato dai suoi collaboratori nel caso concreto e l'emolumento non supera i costi effettivi, il principio della copertura dei costi è garantito (consid. 2.4.2).
3. Se trova applicazione una tariffa quadro in conformità all'Oem-FINMA, i costi delle singole prestazioni vengono fissati in base al tempo medio impiegato per lo svolgimento di operazioni analoghe. Il tempo medio impiegato per operazioni analoghe corrisponde al tempo oggettivamente necessario ai sensi del principio dell'equivalenza (consid. 2.4.3).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Am 9. Oktober 2012 stellte die Beschwerdeführerin bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Genehmigung einer neuen Prüfgesellschaft nach Geldwäschereigesetz.

Mit Verfügung vom 29. Oktober 2012 stimmte die Vorinstanz der Übertragung des Prüfmandats der Beschwerdeführerin auf die Z._____ AG rückwirkend für die Prüfperiode 2012/2013 zu und auferlegte der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 1'000.–.

Am 8. November 2012 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Kostenaufgabe und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 29. Oktober 2012 im Kostenpunkt. Sie macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe den Wechsel ihrer Prüfgesellschaft überhaupt erst erforderlich gemacht, da ihre ehemalige Prüfgesellschaft wegen der dauernden Verschärfung der regulatorischen Vorschriften auf die Zulassung als Prüfgesellschaft verzichtet habe. Zudem seien für den Erlass einer standardmässigen, vierseitigen Verfügung Gebühren in der Höhe von CHF 1'000.– unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit ihrem Gesuch nur administrativen Aufwand gehabt.

Mit Vernehmlassung vom 20. Februar 2013 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie erklärt, der verfügungsbegründende Sachverhalt habe im Verantwortungsbereich der Beschwerdeführerin gelegen; diese habe die angefochtene Verfügung veranlasst. Die erhobene Gebühr halte sich an den gesetzlich vorgegebenen Gebührenrahmen und wahre das Kostendeckungsprinzip.

Mit Replik vom 8. März 2013 bringt die Beschwerdeführerin vor, infolge des Verzichts ihrer ehemaligen Prüfgesellschaft auf die Zulassung sei sie gezwungen gewesen, um die Genehmigung des Wechsels ihrer Prüfgesellschaft zu ersuchen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz für administrative Tätigkeiten wie die Eröffnung des Dossiers,

die Überprüfung der Einhaltung von Fristen oder der Rechtsgültigkeit des Gesuchs sowie für Abschlussarbeiten im Zusammenhang mit dem Dossier Fachspezialisten mit einem Stundenansatz von CHF 285.– einsetze. Zudem habe die Vorinstanz überflüssigerweise geprüft, ob ihre neue Prüfgesellschaft über die erforderliche Zulassung verfüge; die Vorinstanz selbst führe eine Liste der zugelassenen Prüfgesellschaften, auf welcher die Z._____ AG eingetragen sei.

Aus den Erwägungen

(...)

2.

Streitgegenstand bildet vorliegend einzig der Kostenpunkt der angefochtenen Verfügung. Umstritten sind dabei die Fragen, wer die angefochtene Verfügung veranlasst hat, sowie die Bemessung der Höhe der der Beschwerdeführerin auferlegten Gebühr.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung grundsätzlich mit voller Kognition, d.h. sowohl auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – als auch auf Angemessenheit hin (Art. 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG; SR 172.021]).

2.2 Bei der für den Entscheid über das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zustimmung zum Wechsel der Prüfgesellschaft erhobenen Gebühr handelt es sich um eine Kausalabgabe (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2786/2009 vom 5. November 2009 E. 2.2, m.w.H.). Kausalabgaben dienen dazu, die Kosten zu decken, die dem Staat dadurch entstehen,

dass er für die Abgabepflichtigen eine Leistung erbringt oder ihnen einen Vorteil einräumt. Das Kostendeckungsprinzip verlangt für kostenabhängige Kausalabgaben, dass diese in der Regel nicht höher sind als die Kosten des Staates. Zudem wird die Höhe von Kausalabgaben durch das Äquivalenzprinzip begrenzt, welches das Verhältnismässigkeitsprinzip im Abgaberecht konkretisiert (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2625 ff.).

Die Vorinstanz erhebt Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen (Art. 15 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG; SR 956.1]). Die Bemessung der Gebühren wird in der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 (FINMA-GebV; SR 956.122) geregelt, die per 1. Januar 2013 revidiert wurde. Die angefochtene Verfügung datiert vom 20. Oktober 2012, weshalb im Folgenden auf den Stand der FINMA-GebV am 1. Januar 2011 abzustellen ist und darauf Bezug genommen wird (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 326 f.).

2.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe den Wechsel ihrer Prüfgesellschaft überhaupt erst erforderlich gemacht, da ihre ehemalige Prüfgesellschaft durch die dauernde Verschärfung der regulatorischen Vorschriften dazu veranlasst worden sei, auf die Zulassung als Prüfgesellschaft zu verzichten.

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a FINMA-GebV ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst.

Diesbezüglich kann der Vorinstanz ohne Weiteres gefolgt werden, wenn sie darauf hinweist, dass der verfügungsbegründende Sachverhalt im Verantwortungsbereich der Beschwerdeführerin lag. Die angefochtene Verfügung wurde von der Beschwerdeführerin veranlasst; sie war diejenige, die ein Gesuch um Genehmigung des Wechsels ihrer Prüfgesellschaft bei der Vorinstanz eingereicht hat. Welche Umstände die Beschwerdeführerin zu der Einreichung ihres Gesuchs bewogen haben, sind für die Frage der Gebührenpflicht nicht von Bedeutung.

2.4 Die Beschwerdeführerin bringt des Weiteren vor, für den Erlass einer standardmässigen, vierseitigen Verfügung sei die Erhebung einer Gebühr von CHF 1'000.– unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit ihrem Gesuch nur administrativen Aufwand gehabt. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb für administrative Tätigkeiten Fachspezialisten mit einem Stundenansatz von CHF 285.– eingesetzt worden seien.

2.4.1 Für die Bemessung der Gebühren der Vorinstanz gelten die Ansätze im Anhang der FINMA-GebV (Art. 8 Abs. 1 FINMA-GebV). Ist im Anhang ein Rahmen festgelegt, so setzt die Vorinstanz die konkret zu bezahlende Gebühr innerhalb des Rahmens anhand des durchschnittlichen Zeitaufwands für gleichartige Verrichtungen und der Bedeutung der Sache für die gebührenpflichtige Person fest (Art. 8 Abs. 2 FINMA-GebV).

Der vorliegend massgebende Gebührenrahmen für Mutationsverfügungen im Bereich der direkt unterstellten Finanzintermediäre beträgt CHF 200.– bis CHF 2'000.– (Ziff. 6.2 Anhang FINMA-GebV).

Die der Beschwerdeführerin von der Vorinstanz auferlegte Gebühr von CHF 1'000.– liegt unbestrittenermassen innerhalb des Gebührenrahmens von Ziff. 6.2 Anhang FINMA-GebV.

2.4.2 Nach dem Kostendeckungsprinzip sollen die Gesamterträge der Gebühren die Gesamtkosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen. Art. 15 Abs. 1 FINMAG sieht ausdrücklich vor, dass die Einnahmen der Vorinstanz, aus denen sie ihre gesamten Kosten decken muss, ausschliesslich aus den Gebühren und Abgaben der Beaufsichtigten bestehen. Entsprechend wird in Art. 8 Abs. 2 FINMA-GebV von einem hohen Kostendeckungsgrad ausgegangen und neben der Bedeutung der Sache für die gebührenpflichtige Person auch der durchschnittliche Zeitaufwand für gleichartige Verrichtungen als Kriterium für die Bemessung der Gebühr im konkreten Einzelfall aufgeführt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2786/2009 vom 5. November 2009 E. 2.7).

Solange die Vorinstanz ihrer Gebührenbemessung den im konkreten Fall effektiv erbrachten, ausscheidbaren und objektiv erforderlichen Zeitaufwand ihrer Mitarbeiter zu Grunde legt (Art. 6 FINMA-GebV i.V.m. Art. 4 Abs. 2 AllgGebV vom 8. September 2004) und die Gebühr diese Selbstkosten nicht übersteigt, ist das Kostendeckungsprinzip nicht verletzt.

Die Vorinstanz erklärt in der Vernehmlassung, bei Mutationsverfügungen im Bereich der direkt unterstellten Finanzintermediäre hätten die Gesamteingänge unter dem Gesamtaufwand gelegen, womit das Kostendeckungsprinzip gewahrt sei. Vorliegend liegen keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des Kostendeckungsprinzips durch die Vorinstanz vor; eine solche wird von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht.

2.4.3 Das Äquivalenzprinzip verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, dass eine Gebühr im Einzelfall nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss. Der Wert der Leistung bemisst sich entweder nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen einträgt, oder nach dem Kostenaufwand für die konkrete Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs. Anders als das Kostendeckungsprinzip bezieht sich das Äquivalenzprinzip nicht auf die Gesamtheit der Erträge und Kosten in einem bestimmten Verwaltungszweig, sondern immer nur auf das Verhältnis von Abgabe und Leistung im konkreten Fall. Wird die Gebühr nach dem Kostenaufwand für die konkrete Verwaltungshandlung bemessen, so darf nicht einfach der effektive, sondern höchstens der objektiv erforderliche Aufwand berücksichtigt werden. Entsprechend sieht Art. 8 Abs. 2 FINMA-GebV als Bemessungskriterium innerhalb des Gebührenrahmens den «durchschnittlichen Zeitaufwand für gleichartige Verrichtungen» vor (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2786/2009 vom 5. November 2009 E. 2.8, m.w.H.).

2.4.3.1 Die Vorinstanz erklärt in der Vernehmlassung, der durchschnittliche Zeitaufwand für Verfahren in der Grössenordnung desjenigen der Beschwerdeführerin (Prüfung, Rückfragen, Verfügung) liege bei einem halben Tag. Zu den Kosten für die Fachspezialisten kämen Kosten für administrative Arbeiten wie Dokumentenmanagement, Versand usw. hinzu.

Dem «Report Leistungserfassung» der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass für die Bearbeitung des Gesuchs der Beschwerdeführerin zwischen dem 18. und 19. Oktober 2012 insgesamt 3,15 Stunden aufgewendet wurden. Des Weiteren ist in der «Checkliste Prüfgesellschaft nach GwG» aufgeführt, welche Arbeiten ausgeführt wurden, welche Zeit dafür aufgewendet wurde und welche Person die jeweiligen Arbeiten erledigt hat. Da das Gesuch der Beschwerdeführerin zunächst nicht rechtsgültig unterzeichnet war und Informationen zu der neuen Prüfgesellschaft nachzuverlangen waren, hat das Gesuch der Beschwerdeführerin einen gewissen Mehraufwand verursacht.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihre neue Prüfgesellschaft verfüge seit Jahren über die erforderliche Bewilligung. Da die Vorinstanz selbst die Liste der zugelassenen Prüfgesellschaften führe, auf der die Z. _____ AG eingetragen sei, sei es überflüssig gewesen zu prüfen, ob diese über die erforderliche Zulassung verfüge. Aus diesem Einwand kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sie übersieht, dass die Zulassung einer Prüfgesellschaft Grundvoraussetzung für die Genehmigung des von ihr beantragten Wechsels ist, weshalb deren Überprüfung durch die Vorinstanz unerlässlich ist und einen objektiv erforderlichen Aufwand darstellt. Überdies ist nicht davon auszugehen, dass dieser Arbeitsschritt einen nennenswerten zeitlichen Aufwand verursacht hat. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich denn auch nichts geltend.

Auf Grund der Akten ist damit festzustellen, dass der von der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Gesuch der Beschwerdeführerin geltend gemachte Aufwand genügend belegt ist. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der veranschlagte Aufwand in zeitlicher Hinsicht

unangemessen hoch gewesen oder nicht effektiv erbracht worden wäre. Zudem entspricht er dem durchschnittlichen Zeitaufwand für ähnliche Verfahren.

2.4.3.2 Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit ihrem Gesuch nur administrativen Aufwand gehabt. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb für Tätigkeiten wie der Eröffnung des Dossiers, der Überprüfung der Einhaltung von Fristen bzw. der Rechtsgültigkeit des Gesuchs sowie der Erledigung von Abschlussarbeiten im Zusammenhang mit dem Dossier Fachspezialisten mit einem Stundenansatz von CHF 285.– eingesetzt worden seien.

Gemäss «Report Leistungserfassung» hat die Vorinstanz für administrative Arbeiten 0,3 von insgesamt 3,15 Stunden aufgewendet. Dieses Verhältnis erscheint ohne Weiteres nachvollziehbar, da der im Zusammenhang mit einem Gesuch um Genehmigung des Wechsels der Prüfgesellschaft objektiv erforderliche Aufwand überwiegend nicht aus administrativen Tätigkeiten besteht. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass die Vorinstanz nicht nur die Zulassung der jeweils in Frage stehenden Prüfgesellschaft, sondern insbesondere zu prüfen hat, ob für das konkret zu beurteilende Mandat keine Hinderungsgründe bestehen bzw. die betreffende Gesellschaft im konkreten Fall Gewähr für eine ordnungsgemässe Prüfung bietet. Ein Wechsel kann beispielsweise untersagt werden, falls im Einzelfall Interessenkonflikte bestehen (vgl. Rolf Watter/Daniel C. Pfiffner, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 12 ff. zu Art. 25 FINMAG). Angesichts dieser von der Vorinstanz zu beurteilenden (Rechts-)Fragen ist es nicht zu beanstanden, dass für die Bearbeitung des Gesuchs der Beschwerdeführerin ein Fachspezialist eingesetzt wurde. Es ist Sache der Vorinstanz als zuständige Fachbehörde, darüber zu befinden, über welche Qualifikation ein Mitarbeiter zweckmässigerweise für eine bestimmte Tätigkeit verfügen muss. Dass die Vorinstanz für die Erledigung effektiv administrativer Arbeiten im Umfang von 0,3 Stunden ebenfalls einen Fachspezialisten eingesetzt

hat, kann keinesfalls als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. Die Beschwerdeführerin vermag deshalb nichts aus ihrer diesbezüglichen Rüge zu ihren Gunsten abzuleiten.

Nach Art. 8 Abs. 4 FINMA-GebV beträgt der Stundenansatz für die Gebühr je nach Funktionsstufe der ausführenden Person und der Bedeutung der Sache für die gebührenpflichtige Person CHF 100.– bis CHF 500.–, womit der von der Vorinstanz für den Fachspezialisten veranschlagte Ansatz von CHF 285.– nicht zu beanstanden ist. Angesichts der Tatsache, dass die Bewilligung als direkt unterstellte Finanzintermediärin von der Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen abhängt, hatte die Beschwerdeführerin ein beachtliches Interesse am Genehmigungsverfahren, womit auch in dieser Hinsicht keine Verletzung des Äquivalenzprinzips vorliegt.

2.4.4 Zusammenfassend ergibt sich auf Grund der vorangehenden Erwägungen, dass die Vorinstanz durch die Auferlegung einer Gebühr in der Höhe von CHF 1'000.– für das Genehmigungsverfahren der Beschwerdeführerin kein Bundesrecht verletzt. Der angefochtene Kostenentscheid ist deshalb nicht zu beanstanden.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

(...)

Dispositiv

