



## **Urteil vom 12. März 2020**

---

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Ronald Flury,  
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

---

Parteien

**C. \_\_\_\_\_**,  
vertreten durch  
Dr. iur. Patrick Götze, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA**,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Untersuchungs- und Verfahrenskosten.

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

**A.a** Die X. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in (...) wurde am 8. Dezember 2011 ins Handelsregister eingetragen und bezweckt gemäss Handelsregisterauszug den Erwerb, die dauernde Verwaltung, die Bewirtschaftung und die Veräusserung von Beteiligungen sowie sämtliche mit einer Holdinggesellschaft verbundene Funktionen. C. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) war seit Gründung der Gesellschaft deren einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident und ab Oktober 2013 zusätzlich Delegierter des Verwaltungsrats sowie Geschäftsführer. Er trat am 2. April 2013 gegenüber der Gesellschaft erstmals als Mehrheitsaktionär auf. Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 22. Dezember 2014 schied der Beschwerdeführer aus dem Verwaltungsrat aus und übertrug seine bisherige Beteiligung an der X. \_\_\_\_\_ AG von 68 % – bis auf einen Anteil von rund 10 % – an zwei Direktoren der Gesellschaft. Bis dahin war der Beschwerdeführer auf sämtlichen Konti der Gesellschaft einzelunterschriftsberechtigt. Davon ausgenommen waren die ab September 2014 neu eröffneten Konti.

**A.b** Anfang Juli 2013 nahm die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) bei der X. \_\_\_\_\_ AG aufgrund von Hinweisen auf die Ausübung einer möglicherweise bewilligungspflichtigen Tätigkeit Vorabklärungen auf, sandte dieser einen Fragebogen und ersuchte sie, zu ihren Werbeunterlagen Stellung zu nehmen. Im Laufe der Vorabklärungen stellte die Vorinstanz weitere Fragen und forderte verschiedene Unterlagen ein. Die X. \_\_\_\_\_ AG äusserte sich mehrmals. Mit superprovisorischer Verfügung vom 26. März 2015 eröffnete die Vorinstanz ein Enforcementverfahren und setzte eine Untersuchungsbeauftragte ein. Die X. \_\_\_\_\_ AG äusserte sich dazu und wies u.a. darauf hin, dass die Gesellschaft auf bestem Weg in eine wirtschaftlich erfolgreiche Zukunft sei und ihre Geschäftspraxis mittlerweile vollumfänglich den Anforderungen der Finanzmarktgesetze entspreche; man habe aus den Fehlern der Vergangenheit gelernt. Die Untersuchungsbeauftragte erstattete ihren Bericht am 29. Juni 2015. Der X. \_\_\_\_\_ AG, dem Beschwerdeführer und den weiteren Beteiligten wurde das rechtliche Gehör dazu gewährt.

**A.c** Mit Verfügung vom 4. September 2015 stellte die Vorinstanz fest, dass die X. \_\_\_\_\_ AG gewerbsmässig als Effektenhändlerin tätig gewesen sei (Emissionshaustätigkeit) sowie eine kollektive Kapitalanlage im Sinne einer Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) betrieben habe bzw.

betreibe, ohne über die notwendigen Bewilligungen zu verfügen, und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Börsengesetz, Kollektivanlagegesetz) schwer verletzt habe (Dispositiv-Ziff. 1). Aufgrund seines massgeblichen Beitrags an den unterstellungspflichtigen Tätigkeiten sei u.a. auch der Beschwerdeführer gewerbsmässig (ohne Bewilligung) als Effektenhändler tätig gewesen und er betreibe eine SICAF, womit er aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Börsengesetz, Kollektivanlagegesetz) schwer verletzt habe (Dispositiv-Ziff. 2). Gleichzeitig eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über der X. \_\_\_\_\_ AG und verfügte u.a. dem Beschwerdeführer gegenüber verschiedenen Massnahmen. Schliesslich auferlegte die Vorinstanz der X. \_\_\_\_\_ AG, dem Beschwerdeführer und weiteren Beteiligten solidarisch die bisher entstandenen Kosten der mit superprovisorischer Verfügung vom 26. März 2015 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von Fr. 56'121.70 (inkl. MwSt) sowie Verfahrenskosten von Fr. 70'000.– (Dispositiv-Ziff. 16 und 17).

**A.d** Mit Urteil B-5712/2015 vom 10. November 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht die von der X. \_\_\_\_\_ AG und dem Beschwerdeführer dagegen geführte Beschwerde ab.

**A.e** Mit Urteil 2C\_1070/2017 vom 9. Oktober 2018 hiess das Bundesgericht die von der X. \_\_\_\_\_ AG und dem Beschwerdeführer gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts geführte Beschwerde gut, soweit darauf einzutreten war. Das angefochtene Urteil wurde aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des im Lichte der massgeblichen Bestimmungen des Börsen- und Kollektivanlagerechts rechtserheblichen Sachverhalts und zu neuem Entscheid an die FINMA zurückgewiesen.

**A.f** Mit Kostenentscheid B-6002/2018 vom 5. November 2018 verlegte das Bundesverwaltungsgericht die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens neu.

## **B.**

Mit Verfügung vom 15. November 2018 betreffend "Einstellung/teilweise Wiedererwägung" stellte die Vorinstanz das Enforcementverfahren gegen die X. \_\_\_\_\_ AG und den Beschwerdeführer ein (Dispositiv-Ziff. 1) und verwies die Rückabwicklung der Liquidations- und Konkursöffnungsfolgen auf einen späteren Zeitpunkt mittels separater Verfügung (Dispositiv-Ziff. 2). Die Vorinstanz auferlegte die im Enforcementverfahren angefallenen Kosten der Untersuchungsbeauftragten von Fr. 56'121.70 (inkl. MwSt)

der X. \_\_\_\_\_ AG, dem Beschwerdeführer sowie weiteren Beteiligten solidarisch (Dispositiv-Ziff. 3). Ferner stornierte die Vorinstanz Rechnungen vom 9. September 2015 über je Fr. 70'000.– an die X. \_\_\_\_\_ AG, den Beschwerdeführer und weitere Beteiligte (Dispositiv-Ziff. 4). Schliesslich setzte die Vorinstanz die Kosten des Enforcementverfahrens auf (neu) Fr. 37'000.– fest und auferlegte sie der X. \_\_\_\_\_ AG, dem Beschwerdeführer sowie weiteren Beteiligten solidarisch (Dispositiv-Ziff. 5). Für den Erlass der Verfügung wurden keine Kosten erhoben (Dispositiv-Ziff. 6).

### **C.**

Mit Eingabe vom 21. Dezember 2018 erhob der Beschwerdeführer dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, die Dispositiv-Ziff. 3 und 5 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und es sei darauf zu verzichten, ihm für das Enforcementverfahren Kosten aufzuerlegen.

### **D.**

Mit Vernehmlassung vom 7. März 2019 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde.

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

### **1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Er hat das Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG), den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### **2.**

Das Unterstellungsverfahren wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 9. Oktober 2018 zur Ergänzung des rechtserheblichen Sachverhalts und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. Diese nahm das Verfahren anschliessend wieder auf, stellte es jedoch aus Opportunitäts-

und Verhältnismässigkeitsgründen gegenüber der X. \_\_\_\_\_ AG und dem Beschwerdeführer ein. Die Vorinstanz begründet die Verfahrenseinstellung damit, dass die gemäss Erwägungen des Bundesgerichts zur weiteren Abklärung und Erhebung verlangten Sachverhaltselemente aus verschiedenen (näher bezeichneten) Gründen nicht gewonnen werden könnten, weshalb der mit Verfügung erhobene Sachverhalt als vollständig erhoben zu betrachten sei und ein neuer Entscheid auf derselben Sachverhaltsbasis, wie bereits der (ursprünglichen) Verfügung zugrunde gelegt, zu erfolgen habe. Aufgrund der erneuten Prüfung der Sachlage lasse sich der ursprünglich gegen die Parteien gehegte Verdacht einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen nicht erhärten. Die zur Abklärung und Beurteilung stehenden Sachverhalte hätten sich überdies zwischen 2012 und 2014 ereignet, die X. \_\_\_\_\_ AG habe ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Verkauf von Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG 2014 eingestellt und verfüge seit Herbst 2015 über ein fast vollständig bereinigtes Aktionariat. Derzeit seien auch keine dem Schutz der Gläubiger und Anleger entgegenstehenden Interessen ersichtlich. Die Vorinstanz auferlegte u.a. dem Beschwerdeführer schliesslich die Verfahrens- und Untersuchungskosten. Das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers in seiner Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht richtet sich gegen die Verfahrens- und Untersuchungskostenauflage in der vorinstanzlichen Verfügung. Damit ist der Streitgegenstand, der durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibegehren bestimmt wird (BGE 133 II 35 E. 2), auf den Kostenpunkt beschränkt, weshalb alles, was der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Einstellung des Verfahrens vorbringt, nicht zu hören ist.

### 3.

**3.1** Gemäss Art. 5 Abs. 1 der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 (FINMA-GebV, SR 956.122) ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst (Bst. a); ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird (Bst. b); eine Dienstleistung der FINMA beansprucht (Bst. c). Die Gebührenregelung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV stellt eine spezialgesetzliche Regelung dar, die für die Gebührenpflicht auf das Veranlasserprinzip abstellt. Wer ein Aufsichtsverfahren im Bereich des Finanzmarktaufsichtsrechts veranlasst, wird gebührenpflichtig, auch wenn das Verfahren eingestellt wird.

**3.2** Die Gebührenpflicht tritt unter der Voraussetzung ein, dass die Verfahrenspartei das "Aufsichtsverfahren veranlasst" hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV). Als Partei eines Aufsichtsverfahrens kommt u.a. in Betracht, wer als Beaufsichtigter i.S.v. Art. 3 FINMAG gilt, mithin Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen u.a. eine Bewilligung benötigen. Der Aufwand der Vorinstanz, der im Rahmen von Vorabklärungen – d.h. vor Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens – entsteht, kann der Partei von vornherein nicht auferlegt werden. Das Aufsichtsverfahren wird von der Vorinstanz erst eröffnet und den Parteien angezeigt, wenn sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ergeben (Art. 30 FINMAG). Auch unter Art. 5 Abs. 1 FINMA-GebV gilt, dass nicht jedes Setzen eines Anlasses für eine Kostenaufgabe ausreicht. Eine Veranlassung liegt nur vor, wenn das Verhalten der Partei einen hinreichend begründeten Anlass dazu gibt, dass ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde als angezeigt erscheint. Die Verfahrenseröffnung durch die Vorinstanz muss begründet sein. Wenn im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung keine Anhaltspunkte bestehen, so scheidet eine Kostenaufgabe aus. Bestehen hingegen hinreichende Anhaltspunkte für Abklärungen, ist unerheblich, ob nachträglich eine Massnahme getroffen oder davon abgesehen wird oder ob das Verfahren aus irgendwelchen Gründen eingestellt wird. Schliesslich muss der Aufwand, der verlegt werden soll, individuell zurechenbar sein, damit er als Verfahrenskosten der Partei auferlegt werden kann. Die Individualäquivalenz ist bei der Bemessung der Gebühr zu beachten, ist aber kein Kriterium für die Gebührenpflicht. Gebührenpflichtig wird, wer mit seinem Verhalten einen hinreichend begründeten Anlass für Abklärungen der Aufsichtsbehörde gegeben hat.

**3.3** Was ein hinreichend begründeter Anlass für Abklärungen im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens der Aufsichtsbehörde bildet, kann nicht abstrakt festgelegt werden, sondern ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen. In der Regel wird die Vorinstanz entsprechende Erkenntnisse aus ihrer laufenden Überwachungstätigkeit zum Anlass nehmen, Vorabklärungen durchzuführen und bei Erhärtung entsprechender Anhaltspunkte ein Verfahren eröffnen (vgl. Art. 30 FINMAG). Beaufsichtigte melden relevante Vorkommnisse häufig auch selber der Aufsichtsbehörde. Bei möglicherweise unbewilligt Tätigen bilden beispielsweise Anzeigen von Privatpersonen (Anleger, Kunden, Mitarbeitende) Auslöser für Vorabklärungen und anschliessende Verfahrenseröffnungen. Ziel der Vorabklärungen ist die Feststellung, ob ein anfänglicher Anhaltspunkt ausgeräumt werden kann oder sich erhärtet und somit Grund zur Annahme besteht, dass die Betroffenen Aufsichtsrecht verletzt haben (Art. 30 FINMAG: "Ergeben

sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen [...]"; vgl. zu den Vorabklärungen der Vorinstanz Urteil des BVGer B-3844/2013 vom 7. November 2013 E. 1.4.2.3.1). Die Vorinstanz trifft ihren Entscheid über die Verfahrenseröffnung nach Kriterien, die direkt mit den Betroffenen und ihren Handlungen zusammenhängen (Gefährdung von Anlegern, Versicherten, Gläubigern, Investoren, Beaufsichtigten, der Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes oder dessen Reputation, Schwere der möglichen Aufsichtsrechtsverletzung, Aktualität usw.), aber auch nach Kriterien zum Umfeld und den Rahmenbedingungen (Erwartungsdruck, Parallelverfahren, Alternativen, Ressourcen, Erfolgsaussichten; zum Ganzen vgl. KATJA ROTH PELLANDA/LARA KOPP, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 30 Rz. 4 ff.; URS ZULAUF/DAVID WYSS ET. AL., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 89 f.; Leitlinien der FINMA zum Enforcement vom 24. September 2014). Die Entscheidung darüber, ob ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnet oder die Untersuchung nach den Vorabklärungen beendet werden soll, bildet den Abschluss der Vorabklärungen.

**3.4** Die Vorinstanz erwägt, die X. \_\_\_\_\_ AG, der Beschwerdeführer und die weiteren Beteiligten hätten das Enforcementverfahren, mithin auch die Untersuchung durch die Untersuchungsbeauftragte gemeinsam veranlasst, indem im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung hinreichende objektive Anhaltspunkte dafür bestanden hätten, dass sie unerlaubt eine Emissionshaustätigkeit sowie eine bewilligungspflichtige Tätigkeit nach Kollektivanlagerecht ausgeübt hätten. Im Übrigen habe auch das Bundesgericht festgehalten, dass die X. \_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellt hätten, in der Anfangsphase ihrer Geschäftstätigkeit dem Aufsichtsrecht nicht die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt zu haben.

**3.5** Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe das Verfahren nicht veranlasst. Es habe kein Anfangsverdacht in Bezug auf eine Verletzung des Kollektivanlagerechts bestanden. Die X. \_\_\_\_\_ AG habe wiederholt darauf hingewiesen, dass sie operativ tätig sei und dass die Wertschöpfung über den Wertzuwachs der – für die Dienstleistungen und das vermittelte Know-how – erhaltenen Aktien generiert werde. Damit seien diese, vom Bundesgericht in den Vordergrund gestellten Kriterien, die gegen eine Unterstellung sprächen, schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt für die Vorinstanz erkennbar gewesen. Hätte sie diese Aussagen damals richtig gewürdigt, wäre eine Verletzung des Kollektivanlagerechts kein Thema gewesen. Die

vorinstanzliche Aussage betreffend Aufmerksamkeit in Bezug auf das Aufsichtsrecht treffe nur für einen frühen Zeitpunkt der (Vor-)Untersuchung zu (2013). Spätestens in diesem Jahr habe sich durch die anwaltliche Beratung ein anderes Bewusstsein in Bezug auf aufsichtsrechtliche Fragen durchgesetzt. Die entsprechende Aussage der Vorinstanz könne sich nicht auf das Jahr 2015 beziehen, für welches die Involvierten nun kostenpflichtig werden sollen. Zudem seien spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem das Aktionariat soweit bereinigt gewesen sei, dass keine unqualifizierten Anleger mehr vorhanden gewesen seien, sämtliche Zweifel an der Rechtmässigkeit der Geschäftstätigkeit der X. \_\_\_\_\_ AG beseitigt gewesen. Am 13. November 2014 – fast ein halbes Jahr vor Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten – sei die Gesellschaft in eine Selbstregulierungsorganisation (SRO) aufgenommen worden, was diese nicht getan hätte, wenn die X. \_\_\_\_\_ AG eine unbewilligte Tätigkeit ausgeübt hätte, auch wenn die SRO nicht in erster Linie Fragen der Unterstellungspflicht prüfe. Spätestens Ende 2014 hätte die Vorinstanz erkennen müssen, dass die X. \_\_\_\_\_ AG keine SICAF betreibe.

Auch habe kein Anfangsverdacht in Bezug auf eine Verletzung des Börsengesetzes bestanden. Die X. \_\_\_\_\_ AG habe stets dargetan, dass sie, indem sie Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG verkaufe, nicht auf dem Primärmarkt tätig sei. Die Verantwortlichen hätten zu jener Zeit nicht nachvollziehen können, weshalb die Vorinstanz mit ihrem Fragebogen überhaupt in Richtung Unterstellungspflicht ziele. Auch sei es nicht statthaft, dem Beschwerdeführer diesbezüglich mangelnde Kooperation vorzuwerfen. Es sei damals nicht ersichtlich gewesen, welche Unterlagen einzureichen seien und warum man sich wofür rechtfertigen müsse. Dem Untersuchungsbericht könne schliesslich nichts entnommen werden, was die These des Primärmarkts stütze. Die Vorinstanz hätte somit 2013 wissen müssen, dass die X. \_\_\_\_\_ AG nicht auf dem Primärmarkt tätig sei.

Der Beschwerdeführer bringt ferner vor, dass er Ende 2014 aus dem Verwaltungsrat der X. \_\_\_\_\_ AG ausgeschieden sei. Insofern komme eine Haftung seinerseits für die später entstandenen Kosten per se nicht in Frage. Er habe auf die weiteren Entwicklungen innerhalb der Gesellschaft keinen Einfluss mehr gehabt und trage dafür keine Verantwortung. Eine Kostenaufgabe falle deshalb von vornherein ausser Betracht.

Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, offensichtlich sei das Gefahrenpotential der X. \_\_\_\_\_ AG für den Finanzmarkt als gering eingestuft worden, ansonsten die Vorabklärungen nicht so lange gedauert hätten

und man schon früher Massnahmen ergriffen hätte. Im Oktober 2014 sei ein Strafverfahren gegen ihn eröffnet worden, das die Vorinstanz offenbar aufgeschreckt habe, denn kurz darauf sei die Untersuchungsbeauftragte eingesetzt worden. Das Strafverfahren sei immer noch nicht abgeschlossen; die Unschuldsvermutung werde mit Füssen getreten.

**3.6** Die Vorinstanz legt dar, die Ausführungen des Beschwerdeführers seien unzutreffend und würden einem Rückschaufehler unterliegen. Der begründete Anfangsverdacht ergebe sich aus der superprovisorischen Einsetzungsverfügung vom 26. März 2015; die Verdachtsmomente seien darin ausführlich dargelegt und hinreichend begründet. Das Urteil des Bundesgerichts vermöge daran nichts zu ändern bzw. aus dessen Ergebnis könne der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Vielmehr sei mit dem Urteil eine Rückweisung zur weiteren Sachverhaltsabklärung erfolgt, deren Vornahme analog zum Zeitpunkt der Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten einen begründeten Anfangsverdacht voraussetze. Auf eine unterstellungspflichtige Tätigkeit hin untersucht worden sei der Zeitraum 2012 bis 2015. Der Beschwerdeführer sei als einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied erst Ende 2014 ausgeschieden, womit er in einem Grossteil des untersuchten Zeitraums als oberstes Organ der X. \_\_\_\_\_ AG tätig gewesen sei. Aus dem Zeitpunkt seines Ausscheidens könne er nichts zu seinen Gunsten ableiten, insbesondere ändere dies nichts am begründeten Anfangsverdacht. Der Beschwerdeführer habe damit die für den untersuchten Zeitraum entstandenen Kosten veranlasst.

### **3.7**

**3.7.1** In der superprovisorischen Einsetzungsverfügung vom 26. März 2015 stellte die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht den Zweck, die Organisation und die Beteiligungsverhältnisse betreffend die X. \_\_\_\_\_ AG sowie die Tätigkeiten der involvierten Personen fest. Sie anerkannte, dass die X. \_\_\_\_\_ AG per 13. November 2014 zwar in eine SRO aufgenommen worden war, jedoch über keine Bewilligung der FINMA verfügte. Sie beschrieb die öffentliche Werbung der X. \_\_\_\_\_ AG für ihre "Investment-Szenarien", deren Geschäftstätigkeit, Strategie und Finanzierung, alles aufgrund der Angaben der Gesellschaft. Die Vorinstanz legte dar, dass die Kontounterlagen zahlreiche Verkäufe von eigenen und von Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG belegten, und dass nicht sämtliche Anleger qualifiziert i.S. des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) gewesen seien. Sie führte aus, wie die Transaktionen mit Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG gemäss Angaben der X. \_\_\_\_\_ AG erfolgt waren, dass

diese Angaben aber aufgrund der eingereichten Unterlagen derzeit nicht schlüssig nachvollzogen werden könnten und auch unklar sei, ob die X. \_\_\_\_\_ AG die Verkäufe von Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG tatsächlich per Anfang 2014 eingestellt habe. Die Vorinstanz erstellte, dass die Angaben der X. \_\_\_\_\_ AG bezüglich der ebenfalls in die Betrachtung miteinbezogenen und mutmasslich verbundenen Gesellschaften teilweise nicht mit den vorhandenen Akten übereinstimmten. Schliesslich führte sie aus, dass die X. \_\_\_\_\_ AG Massnahmen zur Bereinigung der Sachlage im Zusammenhang mit Transaktionen der Z. \_\_\_\_\_ -Aktien sowie in Bezug auf ihre übrige Geschäftstätigkeit unternommen, diese aber nur lückenhaft dokumentiert habe, und dass eine Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer u.a. wegen Verdachts auf Vermögensdelikte im Zusammenhang mit Aktientransaktionen über die Z. \_\_\_\_\_ AG und die X. \_\_\_\_\_ AG geführt werde.

Die Vorinstanz erwog in der Einsetzungsverfügung von 2015, derzeit sei davon auszugehen, dass die X. \_\_\_\_\_ AG für Aktientransaktionen von einer Vielzahl von Personen Gelder entgegengenommen, zu diesem Zweck Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG fest übernommen und diese an zahlreiche Dritte verkauft habe. Derzeit könne nicht ausgeschlossen werden, dass diese Aktien von mit der X. \_\_\_\_\_ AG eng verbundenen Personen und Gesellschaften erworben worden seien und den vorgelagerten Aktientransaktionen daher keine reale, wirtschaftliche Bedeutung zugemessen werden könne. Somit bestehe der Verdacht, dass die Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG erstmals von der X. \_\_\_\_\_ AG öffentlich auf dem Primärmarkt angeboten worden seien, wobei sie dieses Geschäft aufgrund der hohen Anzahl Investoren gewerbsmässig betrieben und beworben habe, und demnach eine Bewilligungspflicht nach Art. 10 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (aBEHG, AS 1997 68; per 1. Januar 2020 aufgehoben durch Anhang I des Finanzinstitutsgesetzes vom 15. Juni 2018 [FINIG, SR 954.1]) als Emissionshaus bestanden habe. Mit Blick auf die lückenhafte Dokumentation sei derzeit nicht klar, ob diese Tätigkeiten tatsächlich eingestellt worden seien. Die Vorinstanz stellte schliesslich fest, dass der Beschwerdeführer selbst nach dem vorgenommenen Kontrollwechsel noch 10 % an der X. \_\_\_\_\_ AG halte.

Die Vorinstanz erwog in der Einsetzungsverfügung ferner, dass die Tätigkeit der X. \_\_\_\_\_ AG vermutlich darin bestanden habe, in andere Gesellschaften zu investieren, sich bis zum heutigen Zeitpunkt zahlreiche Investoren an der X. \_\_\_\_\_ AG beteiligt hätten, die mutmasslich nicht alle qua-

liziert i.S. des KAG gewesen seien, die erworbenen Beteiligungen ausschliesslich Anlagezwecken gedient hätten und gestützt auf die vorliegenden Akten konkrete Hinweise auf eine operative, unternehmerische Tätigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Bst. d KAG fehlten. Folglich bestehe aufgrund der derzeitigen Aktenlage der Verdacht, dass die X. \_\_\_\_\_ AG eine bewilligungspflichtige SICAF gemäss Art. 110 i.V.m. Art. 13 Abs. 2 Bst. d KAG betrieben habe bzw. noch betreibe.

**3.7.2** Der in der Einsetzungsverfügung dargestellte Sachverhalt wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Er bringt mit Bezug auf das KAG vor, die fragliche Geschäftstätigkeit sei von dessen Geltungsbereich – für die Vorinstanz im Moment der Verfahrenseröffnung erkennbar – ausgenommen gewesen, da die Gesellschaft operativ tätig gewesen sei. Zwar trifft es zu, dass die X. \_\_\_\_\_ AG bzw. der Beschwerdeführer als damaliges Organ und Geschäftsführer der Gesellschaft im Laufe der Vorabklärungen stets betont haben, operativ tätig zu sein und nicht nur eine passive Anlagetätigkeit auszuüben, und dass der Vorinstanz zwei Verträge mit Unternehmen über die Venture-Capital Finanzierung mit den entsprechenden Klauseln vorlagen, gleichwohl haben es die X. \_\_\_\_\_ AG bzw. der Beschwerdeführer versäumt, diese behauptete aktive Mitwirkung und vertraglich festgelegten Einflussmöglichkeiten in den betreffenden Gesellschaften frühzeitig nachvollziehbar zu belegen. Mit Blick auf eine allfällige Bewilligungspflicht nach KAG waren somit Anhaltspunkte vorhanden, dass die erworbenen Beteiligungen insoweit reinen Anlagezwecken dienten und zudem (noch) nicht qualifizierte Anleger vorhanden waren.

Mit Bezug auf das aBEHG macht der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe die Transaktionen mit Z. \_\_\_\_\_ -Aktien fälschlicherweise dem Primärmarkt zugeordnet, obschon das Gegenteil im Rahmen der Vorabklärungen und im späteren Untersuchungsbericht ersichtlich gewesen sei. Der Beschwerdeführer übersieht, dass die Vorinstanz im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aufgrund der damaligen Aktenlage nicht ausschliessen konnte, dass die fraglichen Aktien von mit der X. \_\_\_\_\_ AG eng verbundenen Personen und Gesellschaften erworben worden waren und damit eine Bewilligungspflicht nach aBEHG in Betracht fiel. Die X. \_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdeführer hatten zwar stets erklärt, auf dem Sekundärmarkt tätig zu sein, hatten aber diesbezüglich im Rahmen der Vorabklärungen ungenaue Angaben gemacht (Erwerb durch die X. \_\_\_\_\_ AG oder Erwerb durch ihre 100 %-ige Tochtergesellschaft; Erwerb von der W. \_\_\_\_\_ Holding AG; Erwerb von deren einzigem Verwaltungsrat, der auch Verwaltungsratspräsident der W. \_\_\_\_\_ Holding AG

war), die aufgrund der Akten nicht schlüssig nachvollzogen werden konnten. Jedenfalls bestanden Anhaltspunkte, dass den vorgelagerten Aktientransaktionen möglicherweise keine reale, wirtschaftliche Bedeutung zuzumessen war und damit ein Tatbestand des Primärmarkts vorlag. Der Vorinstanz lagen somit im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung in zweifacher Hinsicht begründete objektive Anhaltspunkte für mögliche Aufsichtsrechtsverletzungen vor, die eine Verfahrenseröffnung gegen die X. \_\_\_\_\_AG rechtfertigten.

**3.7.3** Der Beschwerdeführer beruft sich auf sein Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der X. \_\_\_\_\_AG Ende 2014 und macht geltend, er habe keinen Einfluss auf die weiteren Entwicklungen innerhalb der Gesellschaft mehr gehabt, weshalb eine Kostenaufgabe ausscheide. Sinngemäss bringt er damit vor, er habe das Verfahren nicht veranlasst. Der Beschwerdeführer verkennt, dass für die nachträgliche Prüfung der Frage, ob ein hinreichend begründeter Anlass für Abklärungen in einem Fall von Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV bestanden hat, der Eröffnungszeitpunkt des Verwaltungsverfahrens massgebend ist, dass jedoch auf das Sachverhaltsgeschehen im Untersuchungszeitraum – vorliegend 2012 bis 2015 – abgestellt wird. Die X. \_\_\_\_\_AG gab im Rahmen der Beantwortung des ersten Fragebogens der FINMA im August 2013 an, dass der Beschwerdeführer als damaliger Verwaltungsratspräsident Kontaktperson für die Gesellschaft, als Mitglied der Geschäftsführung tätig und Mehrheitsaktionär (72 %) sei. Später führte die X. \_\_\_\_\_AG aus, dass der Beschwerdeführer seit Mitte 2014 "stückweise die operative Geschäftsführung" abgegeben habe und an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 22. Dezember 2014 aus dem Verwaltungsrat und der Geschäftsführung ausgeschieden sei. Seine bisherige Beteiligung habe er bis auf einen Anteil von rund 10 % an zwei Direktoren der Gesellschaft übertragen. Diese Angaben konnte die Vorinstanz anhand der Akten verifizieren. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz den Umstand, dass der Beschwerdeführer während eines Grossteils des Untersuchungszeitraums Organ und Geschäftsführer der X. \_\_\_\_\_AG war, zum Anlass nahm, in einem Verwaltungsverfahren seinen allfälligen Beitrag zu den mutmasslichen Aufsichtsrechtsverletzungen zu prüfen.

**3.7.4** Soweit sich der Beschwerdeführer auf Umstände stützt, die nach Verfahrenseröffnung erfolgten (Untersuchungsbericht), ist festzuhalten, dass diese für die nachträgliche Prüfung der Veranlassung des Aufsichtsverfahrens unerheblich sind. Für die Beurteilung des Veranlassens im Fall von Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV ist auf den Zeitpunkt der Eröffnung des

Verfahrens abzustellen. Aus dem Umstand, dass die Vorabklärungen rund eineinhalb Jahre in Anspruch nahmen, kann entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht gefolgert werden, dass das Gefahrenpotential der X. \_\_\_\_\_ AG für den Finanzmarkt als gering eingestuft worden wäre. Aus den Akten ergibt sich, dass die Dauer der Vorabklärungen wesentlich von den Beteiligten durch zahlreiche Fristerstreckungsgesuche, einen Anwaltswechsel sowie teilweise unvollständig eingereichte Unterlagen bzw. Antworten beeinflusst wurde, sodass die Vorinstanz den Entscheid über eine allfällige Verfahrenseröffnung kaum früher hat treffen können. Die vom Beschwerdeführer zitierten Strafakten lagen der Vorinstanz bei Verfahrenseröffnung vor. Es bleibt jedoch unklar, was er zu seinen Gunsten daraus ableiten will, macht er doch nicht geltend, die Strafakten hätten für den Entscheid über die Verfahrenseröffnung nicht verwendet werden dürfen. Die Berufung auf die Unschuldsvermutung geht an der Sache vorbei, da es nicht um ein Strafverfahren geht und die strafprozessuale Verfahrensgarantien im Enforcementverfahren ohnehin nicht zum Tragen kommen (BVGE 2018 IV/5 E. 4.2). Schliesslich ist der Umstand, dass die X. \_\_\_\_\_ AG per 13. November 2014 einer SRO angeschlossen war, hinsichtlich der Abklärung der Bewilligungspflicht unter aBEHG und KAG unerheblich, da die nach dem Geldwäschereigesetz anerkannten SRO – nebst ihren selbstgewählten branchenspezifischen Aufgaben – die Einhaltung der Sorgfaltspflichten zur Prävention und Vermeidung von Geldwäscherei kontrollieren (vgl. Art. 24 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 [GwG, SR 955.0]) und die FINMA für die Klärung finanzmarktrechtlicher Bewilligungspflichten zuständig ist (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und Art. 3 Bst. a FINMAG). Der Antrag auf Zeugeneinvernahme der Geschäftsleitung der fraglichen SRO zum Umstand, dass sie die X. \_\_\_\_\_ AG "nicht aufgenommen hätte, wenn diese offensichtlich unbillige Tätigkeiten ausgeführt hätte", ist demzufolge in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen.

**3.8** Demnach war ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde in Form eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens vorliegend angezeigt. Der Beschwerdeführer hat das Aufsichtsverfahren i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV veranlasst, weshalb eine Gebührenpflicht besteht.

#### **4.**

Hinsichtlich der Höhe der auferlegten Verfahrenskosten erwägt die Vorinstanz, die Gebühr für ein Enforcementverfahren richte sich nach Zeitaufwand und Bedeutung der Sache. Der Zeitaufwand sei so zu bestimmen, wie wenn die FINMA im Verlauf des Verfahrens zu demselben Ergebnis

gekommen wäre wie das Bundesgerichtsurteil, was frühestens nach Studium des Untersuchungsberichts möglich gewesen wäre; bis und mit Studium des Untersuchungsberichts sei ein Aufwand von 131.68 verrechenbaren Stunden entstanden, der in Anbetracht der Komplexität des Verfahrens bzw. der sich stellenden Rechtsfragen sowie der Bedeutung des Streitgegenstands angemessen und verhältnismässig sei. Die Verfahrenskosten seien somit neu gesamthaft auf gerundet Fr. 37'000.– festzusetzen. Der Beschwerdeführer bringt nichts dagegen vor. Insbesondere macht er nicht geltend, die Kosten seien zu hoch. Der Betrag erscheint, gestützt auf die dem Gericht durch die Vorinstanz eingereichte Leistungsübersicht, als angemessen.

## 5.

**5.1** Gemäss Art. 36 Abs. 4 FINMAG tragen die Beaufsichtigten die Kosten der Untersuchungsbeauftragten. Diese Kostenregelung folgt dem Störer- bzw. Verursacherprinzip. Sie findet auch auf Finanzintermediäre Anwendung, die in Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen bewilligungslos tätig waren oder potentiell bewilligungslos einer bewilligungspflichtigen finanzmarktrelevanten Aktivität nachgehen (BGE 137 II 284 E. 4.2.2; Urteil des BGer 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 7.1). Für die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht; es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch die Kontrolle vor Ort bzw. durch die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen abschliessend geklärt werden kann (BGE 137 II 284 E. 4.2.1). Je weniger die von einem Aufsichtsverfahren betroffenen natürlichen oder juristischen Personen bereit sind, bei der Sachverhaltsabklärung mitzuwirken, umso eher rechtfertigt es sich, dass die Aufsichtsbehörde sich die nötigen Informationen über eine Untersuchungsbeauftragte beschafft (Urteil des BGer 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 7.2). Deren Einsetzung muss wegen der damit verbundenen Konsequenzen indessen verhältnismässig bleiben, d.h. zum Schutz der Gläubiger und des Finanzmarkts geeignet und erforderlich erscheinen sowie das Übermassverbot respektieren (Urteil des BGer 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 7.2 m.H.). Die Pflicht zur Übernahme der Kosten besteht selbst dann, wenn sich der Anfangsverdacht der Vorinstanz nachträglich als unbegründet erweisen sollte (Urteil des BVer B-2188/2016 vom 4. Dezember 2017 E. 6.1 m.H.).

**5.2** Dass die Vorinstanz im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung hinreichende objektive Anhaltspunkte für mögliche Aufsichtsrechtsverletzungen annehmen durfte, wurde bereits ausgeführt (vgl. E. 3.7). Ferner ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zur Klärung des Sachverhalts und zum Schutz allfälliger Anlegerinteressen die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten als erforderliches und geeignetes Mittel erachtet hat, weshalb der Beschwerdeführer auch die Untersuchungskosten zu tragen hat.

**5.3** Der Beschwerdeführer bringt vor, dass eine Übernahmepflicht der Untersuchungskosten nach der Rechtsprechung zwar bestehe, jedoch grosse Zweifel bestünden, ob diese auch auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung finde. In den entsprechenden Urteilen sei es um deutlich höhere Deliktsummen gegangen, vorliegend gehe es nur um einen tiefen siebenstelligen Betrag, oder den Anlegern seien völlig unrealistische Gewinnversprechungen gemacht worden, was vorliegend nicht der Fall sei (die von der X. \_\_\_\_\_ AG kommunizierten Renditeerwartungen bewegten sich in einem für den Private Equity Bereich üblichen Rahmen), oder die fragliche Gesellschaft sei quasi im Begriff gewesen, eine unterstellungspflichtige Tätigkeit aufzunehmen, im Unterschied zur X. \_\_\_\_\_ AG, die das Geschäftsmodell schon länger praktiziert habe. Den angeführten Fällen sei gemein, dass eine operative bzw. unternehmerische Tätigkeit von den betroffenen Gesellschaften nicht einmal behauptet worden sei, während dieses Element vorliegend den Ausschlag gegeben habe, dass das Bundesgericht keine kollektive Kapitalanlage habe erkennen können. Wenn die Vorinstanz aus der angeführten Rechtsprechung auch für den vorliegenden Fall eine Möglichkeit der Kostenaufgabe ableiten wolle, dann missachte sie das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit.

**5.4** Der Beschwerdeführer verkennt, dass die Pflicht zur Übernahme der Untersuchungskosten bereits von Gesetzes wegen besteht, weshalb seine diesbezüglichen Vorbringen unbehelflich sind. Die Höhe der Untersuchungskosten wird vom Beschwerdeführer ferner nicht in Frage gestellt. Soweit er mit seinen Ausführungen zur Einzelfallgerechtigkeit sinngemäss rügt, die Kosten seien ihm nicht zurechenbar, ist festzuhalten, dass er das Aufsichtsverfahren veranlasst hat (vgl. E. 3.7.3).

## **6.**

Die angefochtene Verfügung ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

**7.**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat der unterliegende Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Astrid Hirzel

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: