



Abteilung II  
B-2330/2013

## Urteil vom 28. August 2014

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Frank Seethaler,  
Richter Philippe Weissenberger,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

1. **X. \_\_\_\_\_ Invest AG,**  
2. **Y. \_\_\_\_\_ Holdings AG,**  
3. **Z. \_\_\_\_\_,**  
alle vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rolf Müller,  
Bahnhofstrasse 44, 8022 Zürich,  
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Bewilligungsentzug / Unterstellung / Liquidation.

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

**A.a** Die X. \_\_\_\_\_ Invest AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) wurde am 12. Juni 2009 im Handelsregister des Kantons (...) eingetragen. Sie erhielt am 1. September 2010 von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: FINMA oder Vorinstanz) die Bewilligung als direkt unterstellte Finanzintermediärin (DUFI). Sie ist als Vermögensverwalterin von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen tätig und verwaltet den E. \_\_\_\_\_ Fund und den A. \_\_\_\_\_ Fund, beide Subfonds des I. \_\_\_\_\_ Fund mit Sitz in Singapur, sowie den K. \_\_\_\_\_ Fund mit Sitz auf den Cayman Islands. Diese Fonds verfügen über keine Genehmigung der Vorinstanz zum öffentlichen Vertrieb in der Schweiz.

Die X. \_\_\_\_\_ Invest Ltd. mit Sitz in (...), UK, ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 1 mit einer Zweigniederlassung im Kanton (...) (nachfolgend: X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung). Die Beschwerdeführerin 1 übernahm am 1. Januar 2012 die Mandate der X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung, namentlich die Verwaltung des I. \_\_\_\_\_ Fund mit Sitz in (...). In der Folge wurde die X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung am 30. Mai 2012 aus dem Handelsregister des Kantons (...) gelöscht.

Die Y. \_\_\_\_\_ Holdings AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) mit Sitz im Kanton (...) ist ebenfalls eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 1. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie den Erwerb, das Halten und die Verwaltung von Beteiligungen im In- und Ausland. Sie ist weder einer anerkannten Selbstregulierungsorganisation angeschlossen noch verfügt sie über eine Bewilligung der Vorinstanz.

**A.b** Z. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer 3) ist Geschäftsführer und Präsident des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin 1. Er war Geschäftsführer und Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift sowie GwG-Verantwortlicher der X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung. Als Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift ist er ferner einziges im Handelsregister eingetragenes Organ der Beschwerdeführerin 2.

**A.c** Mit Schreiben vom 28. September 2012 bzw. 4. Februar 2013 teilte die Vorinstanz den Beschwerdeführenden mit, dass sie ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnet habe. Im Zusammenhang mit den Abklärungen insbesondere bezüglich allenfalls unzulässiger öffentlicher Werbung für

ausländische Fonds sowie der Untersuchung der britischen Aufsichtsbehörde Financial Services Authority FSA betreffend mutmasslicher Marktmanipulationen seien bei ihr Zweifel entstanden, ob die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des DUFI-Status der Beschwerdeführerin 1 noch gegeben seien.

**A.d** In der Folge stellte die Vorinstanz den Beschwerdeführenden verschiedene schriftliche Fragen, verlangte Unterlagen ein und führte eine Parteieinvernahme mit dem Beschwerdeführer 3 durch.

**A.e** Am 4. Februar 2013 stellte die Vorinstanz den Beschwerdeführenden den Sachverhalt zur abschliessenden Stellungnahme zu.

**A.f** Die Beschwerdeführenden äusserten sich dazu mit Email vom 18. Februar 2013.

**A.g** Mit Verfügung vom 19. April 2013 stellt die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin 1 ohne Bewilligung bzw. Genehmigung öffentlich Werbung für ausländische kollektive Kapitalanlagen betrieben und damit gegen das Kollektivanlagengesetz sowie die Gewährserfordernis verstossen habe und damit die Voraussetzungen für eine Bewilligung als Finanzintermediärin nicht mehr erfülle (Ziffer 1 des Dispositives).

Im Weiteren stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin 2 ohne Bewilligung den Begriff Bank verwendet und ohne Bewilligung bzw. Genehmigung öffentlich Werbung für ausländische kollektive Kapitalanlagen betrieben und damit gegen das Bankengesetz und das Kollektivanlagengesetz verstossen habe (Ziffer 2 des Dispositives).

Die Vorinstanz stellte sodann fest, dass der Beschwerdeführer 3 aufgrund seines massgeblichen Beitrags zur Tätigkeit der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 ohne Bewilligung den Begriff Bank verwendet und ohne Bewilligung bzw. Genehmigung öffentlich Werbung für ausländische kollektive Kapitalanlagen betrieben und damit gegen das Bankengesetz und das Kollektivanlagengesetz verstossen habe.

Die Vorinstanz entzog der Beschwerdeführerin 1 die Bewilligung zur Ausübung einer finanzintermediären Tätigkeit und ordnete ihre Auflösung und Liquidation an (Ziffern 4-6 des Dispositives).

Im Weiteren untersagte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 1 und ihren Organen unter Strafandrohung, ohne Zustimmung der Liquidatorin weitere

geschäftliche Rechtshandlungen auszuüben, und auferlegte ihr die Pflicht, der Liquidatorin sämtliche Informationen und Unterlagen zu den Geschäftsaktivitäten zur Verfügung zu stellen und Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen (Ziffern 7-8 des Dispositives). Sodann entzog die Vorinstanz den bisherigen Organen der Beschwerdeführerin 1 die Vertretungsbefugnis (Ziffer 9 des Dispositives) und wies das Handelsregisteramt des Kantons (...) an, den folgenden Eintrag vorzunehmen:

"Mit Verfügung der FINMA vom 19. April 2013 wurde die X.\_\_\_\_\_ Invest AG in Liquidation gesetzt. Die Gesellschaft wird aufgelöst und die G.\_\_\_\_\_ GmbH, (...), wird als Liquidatorin eingesetzt. Sie vertritt die Gesellschaft mit Einzelunterschrift. Die Gesellschaft besteht nur noch bis zur Beendigung der Liquidation weiter und zwar unter der Firma "X.\_\_\_\_\_ Invest AG in Liquidation". Sämtliche bisherigen Unterschriften sind erloschen."

sowie die sich aus diesen Anordnungen ergebenden Änderungen und weiteren Einträge im Handelsregister nachzuführen (Ziffer 10 des Dispositives).

Die Vorinstanz auferlegte die Kosten der Liquidation der Beschwerdeführerin 1 und ermächtigte die Liquidatorin, von der Beschwerdeführerin 1 einen Kostenvorschuss zu beziehen (Ziffer 11 des Dispositives).

Die Vorinstanz verbot sodann unter Androhung der Strafandrohung der Beschwerdeführerin 2, ohne Bewilligung eine nach den Finanzmarktgesetzen unterstellungspflichtige Tätigkeit vorzunehmen und untersagte dem Beschwerdeführer 3 generell, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte ohne Bewilligung kollektive Kapitalanlagen zu vertreiben sowie den Bankenbegriff zu verwenden (Ziffern 12-14 des Dispositives).

Schliesslich ordnete die Vorinstanz an, dass die Ziffern 13 und 14 des Dispositives bezüglich des Beschwerdeführers 3 nach Eintritt der Rechtskraft für die Dauer von zwei Jahren auf ihrer Internetseite veröffentlicht würden (Ziffer 15 des Dispositives).

Die Vorinstanz erklärte die Ziffern 4-11 des Dispositives als sofort vollstreckbar und beschränkte bis zur Rechtskraft der Verfügung die Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland (Ziffer 16 des Dispositives).

Die Vorinstanz sah in der angefochtenen Verfügung schliesslich vor, dass die Verfügung vom 19. April 2013 dem Handelsregisteramt des Kantons

(...) am 26. April 2013 zur sofortigen Vollstreckung von Dispositivziffer 10 zu eröffnen sei.

**B.**

Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 sowie der Beschwerdeführer 3 mit Eingabe vom 25. April 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen darin die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung, eventualiter die Rückweisung des Verfahrens zur Sachverhaltsermittlung an die Vorinstanz. Weiter beantragen sie die superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Das Handelsregisteramt des Kantons (...) sei anzuweisen, keine Änderungen sowie Einträge betreffend die Beschwerdeführerin 1 nachzuführen.

**C.**

Die Instruktionsrichterin hiess mit superprovisorischer Verfügung vom 25. April 2013 das Gesuch der Beschwerdeführerin 1 um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde teilweise gut, stellte die aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Dispositivziffern 4, 5 und 10 der angefochtenen Verfügung zurzeit wieder her und wies die Vorinstanz an, von einer Eröffnung an das Handelsregisteramt des Kantons (...) vorerst abzusehen.

**D.**

Die Vorinstanz beantragt mit Stellungnahme vom 13. Mai 2013, die aufschiebende Wirkung sei in Bezug auf die Ziffern 4, 5 und 10 des Dispositives der Verfügung vom 19. April 2013 wieder zu entziehen.

**E.**

Mit Verfügung vom 15. Mai 2013 hiess die Instruktionsrichterin das Gesuch der Beschwerdeführerin 1 vom 25. April 2013 um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gut und stellte die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her. Gleichzeitig wies sie die Beschwerdeführerin 1 an, sich bei ihrer Geschäftstätigkeit strikte an die gesetzlichen Schranken und die Weisungen der FINMA zu halten und der Vorinstanz oder deren Beauftragtem auf erstes Verlangen sämtliche Informationen und Unterlagen zu den Geschäftsaktivitäten zur Verfügung zu stellen und ihr Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen.

**F.**

Mit Beschwerdeergänzung vom 22. Mai 2013 beantragen die Beschwerdeführenden, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, eventualiter sei gegenüber den Beschwerdeführenden eine mildere Massnahme anzuordnen, und subeventualiter sei das Verfahren zur Sachverhaltsermittlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**G.**

Mit Vernehmlassung vom 18. Juni 2013 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

**H.**

Mit Replik vom 19. August 2013 halten die Beschwerdeführenden an ihren Rechtsbegehren fest.

**I.**

Mit Vernehmlassung vom 18. September 2013 hält die Vorinstanz an ihrem Antrag fest.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (Art. 7 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

**1.1** Die Verfügung der Vorinstanz vom 19. April 2013 stellt eine Verfügung nach Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 und Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2** Zur Beschwerde ist legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Die Beschwerdeführenden haben vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen und sind Adressaten der angefochtenen Verfügung. Sie sind durch die jeweils sie selbst betreffenden Dispositivziffern offensichtlich besonders berührt und haben daher ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind daher in Bezug auf diese Dispositivziffern zur Beschwerdeführung legitimiert.

**1.3** Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG) und die Kostenvorschüsse wurden innert der erstreckten Frist bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 VwVG).

**1.4** Auf die Beschwerden der Beschwerdeführenden ist somit im dargelegten Umfang einzutreten.

## **2.**

Ändert sich das anwendbare Recht während eines hängigen Verwaltungsverfahrens, so sind bei Fehlen ausdrücklicher Übergangsbestimmungen die in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung entwickelten Prinzipien heranzuziehen. Die Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer derartigen Änderung Anwendbarkeit findet, richtet sich nach dem Grundsatz, dass in materieller Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben.

Der im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Sachverhalt ist grundsätzlich derjenige, der Gegenstand der Abklärungen der Vorinstanz im Herbst 2012 war, nämlich insbesondere der Betrieb der Website *www.x.\_\_\_\_\_invest.ch* in den Jahren 2009 bis 2011, der Website *www.h.\_\_\_\_\_ch* anfangs 2012 und der Website *www.bank-of-(...).com* in den Jahren 2011 bis 2012.

Damit sind die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Finanzmarktaufsichtsgesetz, das Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), das Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997 (GwG, SR 955.0), das Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) in der bis zum 28. Februar 2013 gültigen Fassung (AS 2006 5379) sowie die Kollektivanlagenverordnung vom 22. November 2006 (KKV, SR 951.311) in der bis zum 28. Februar 2013 gültigen Fassung (AS 2006 5787). Im Folgenden wird mit Bezug auf das Kollektivanlagengesetz und die Kollektivanlagenverordnung die zugehörige

Fundstelle in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) zitiert, sofern die Bestimmungen per 1. März 2013 geändert wurden, ansonsten die (unveränderte) Fassung der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR).

### **3.**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügen die Beschwerdeführenden vorab eine Verletzung der Begründungspflicht sowie des Anklageprinzips durch die Vorinstanz. Die Behauptungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid seien völlig unsubstantiiert und pauschal und genügen den Anforderungen an die Begründungspflicht in keiner Weise. Das im Strafrecht geltende Anklageprinzip sei analogieweise heranzuziehen. Dieses leite sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziffern 1 und 3 Bst. a und b der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) ab und besage, dass der Sachverhalt klar umschrieben sein müsse und eine wirksame Verteidigung nur dann möglich sei, wenn der Angeklagte überhaupt wisse, was ihm konkret zur Last gelegt werde. Nur schon aufgrund dieser verfahrensrechtlichen Verfehlungen auf Seiten der Vorinstanz sei die angefochtene Verfügung aufzuheben.

**3.1** Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) ergibt sich eine Verpflichtung der verfügenden Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei kann sie sich indessen auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft geben kann und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (vgl. BGE 136 V 351 E. 4.2, BGE 134 I 83 E. 4.1).

**3.2** Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz den massgeblichen Sachverhalt substantiiert dargelegt. Eine Verletzung der Begründungspflicht ist nicht ersichtlich. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführenden ist offensichtlich unbegründet.

### **4.**

Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung fest, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hätten ohne Bewilligung resp. Genehmigung öffentlich Werbung für ausländische kollektive Kapitalanlagen betrieben und damit gegen das Kollektivanlagengesetz verstossen (Dispositivziffer 1 Bst. a bzw. Dispositivziffer 2).



Konkret hätten die Beschwerdeführerin 1 und die X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung auf der gemeinsam betriebenen Website *www.x. \_\_\_\_\_ invest.ch* Werbung für drei ausländische Fonds – namentlich den L. \_\_\_\_\_ Fonds, den A. \_\_\_\_\_ Fonds und den F. \_\_\_\_\_ Fonds – in und von der Schweiz aus betrieben, ohne über eine Bewilligung als Vertriebssträgerin der entsprechenden Produkte zu verfügen. Die beiden letzteren Fonds seien in der Schweiz überhaupt nicht zum Vertrieb zugelassen gewesen.

Auch der Beschwerdeführerin 2 wirft die Vorinstanz vor, auf ihrer Website für ausländische kollektive Kapitalanlagen – namentlich den Q. \_\_\_\_\_ Fonds – in und von der Schweiz aus öffentlich geworben zu haben, ohne über eine Vertriebssträgerbewilligung der Vorinstanz zu verfügen.

Der Beschwerdeführer 3 sei als Organ der Beschwerdeführerin 1 und der X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung sowie als einziges Organ der Beschwerdeführerin 2 massgeblich für diese unbewilligte Tätigkeit verantwortlich gewesen.

Die Beschwerdeführenden rügen diesbezüglich eine unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie eine unrichtige Anwendung der massgeblichen Gesetzesbestimmungen. Sie bestreiten nicht, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 keine Bewilligung für das Verwalten, das öffentliche Anbieten oder den öffentlichen Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen besitzen. Sie stellen aber in Abrede, für ausländische kollektive Kapitalanlagen öffentliche Werbung im Sinne von aArt. 3 KAG betrieben zu haben.

**4.1** Wer öffentlich Anteile einer kollektiven Kapitalanlage anbietet oder vertritt, bedarf dazu einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde (aArt. 19 Abs. 1 KAG). Ausländische kollektive Kapitalanlagen, für die in oder von der Schweiz aus öffentlich geworben wird, sind, unabhängig von ihrer Rechtsform, den einschlägigen Bestimmungen des Kollektivanlagengesetzes, d.h. Art. 119 ff. KAG, unterstellt (vgl. Art. 2 Abs. 4 KAG). Werden ausländische kollektive Kapitalanlagen in oder von der Schweiz aus öffentlich vertrieben, so bedürfen deren massgebende Dokumente wie Verkaufsprospekt, Statuten oder Fondsvertrag der Genehmigung der Vorinstanz (aArt. 120 KAG), und die Fondsleitung und die Gesellschaft müssen vorgängig einen Vertreter beauftragen, welcher die ausländische kollektive Kapitalanlage gegenüber Anlegern und der Vorinstanz vertritt (vgl. Art. 123 f. KAG). Dieser Vertreter benötigt eine Bewilligung der Vorinstanz (vgl. Art. 13 Abs. 2 Bst. h KAG).

Das KAG enthält somit ein differenziertes Bewilligungs- und Genehmigungsregime. Die beteiligten Subjekte bedürfen einer Bewilligung, und diejenigen Dokumente, die das jeweilig angebotene Produkt definieren, unterliegen einer Prüf- und Genehmigungspflicht. Bewilligungen beziehen sich demnach auf die Trägersubjekte (z.B. die Fondsleitung oder im Falle von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen deren Vertreter), wogegen Genehmigungen produktbezogen sind (vgl. FRANCO TAISCH, Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Kap. 3, Rz. 61 f.; FRANÇOIS M. BIANCHI/SARO A. GRANO, in: Watter/Vogt/Bösch/Rayroux/Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz (nachfolgend: Basler Kommentar KAG), Basel 2009, N. 1 zu Art. 15 KAG).

**4.2** Das Kollektivanlagengesetz verwendet in den zitierten Stellen unterschiedliche sprachliche Wendungen wie "öffentlich geworben" (vgl. aArt. 2 Abs. 4 KAG), "öffentlich...anbietet oder vertreibt" (vgl. aArt. 19 Abs. 1 KAG) und "öffentlich vertrieben" (vgl. aArt. 120 KAG). In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass es sich hierbei um ein gesetzgeberisches Versehen handelt und alle diese Wendungen letztlich mit dem Begriff der öffentlichen Werbung gemäss aArt. 3 KAG übereinstimmen (vgl. RENÉ BÖSCH, in: Basler Kommentar zum KAG, a.a.O., N. 7 zu Art. 3 KAG; STEPHANIE COMTESSE/JOEL FISCHER/ERIC STUPP, in: Basler Kommentar KAG, a.a.O., N. 12 zu Art. 120 KAG, mit Hinweisen; anderer Meinung anscheinend JÜRIG FRICK, in: Basler Kommentar zum KAG, a.a.O., N. 5 zu Art. 19 KAG).

Dieser überwiegenden Auffassung ist zuzustimmen. Bereits in der Botschaft wurde ausgeführt, die öffentliche Werbung stelle bei den ausländischen kollektiven Kapitalanlagen das Unterstellungskriterium dar (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23. September 2005 zum Kollektivanlagengesetz, BBl 2005 6438). Auch eine systematische Auslegung führt zum gleichen Ergebnis: Art. 148 Abs. 1 Bst. d KAG stellt die öffentliche Werbung für eine ausländische kollektive Kapitalanlage ohne Bewilligung bzw. Genehmigung ausdrücklich unter Strafe. Daraus ergibt sich der zwingende Schluss, dass die "öffentliche Werbung" im Sinne dieser Bestimmung mit dem "öffentlichen Vertrieb" im Sinne von aArt. 120 KAG bzw. aArt. 123 f. KAG deckungsgleich sein muss. Auch die Rechtsprechung geht von dieser Auslegung aus (vgl. BGE 137 II 284 E. 5.2.1; Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-7764/2008 vom 26. November 2009 E. 8.1).

Es ist daher davon auszugehen, dass, wer öffentlich Anteile einer ausländischen kollektiven Kapitalanlage anbietet oder vertreibt, indem er dafür öffentliche Werbung macht, hierfür einer Bewilligung der Vorinstanz bedarf.

**4.3** Was als "öffentliche Werbung" zu qualifizieren ist, ergibt sich aus der Definitionsbestimmung von aArt. 3 KAG. Als öffentliche Werbung im Sinne des Gesetzes gilt "jede Werbung, die sich an das Publikum richtet. Nicht als Werbung zu qualifizieren ist namentlich die von beaufsichtigten Finanzintermediären erstellte Publikation von Preisen, Kursen und Inventarwerten. Die Werbung gilt als nicht öffentlich, wenn sie sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 richtet."

**4.4** Die Kollektivanlagenverordnung führt dazu weiter aus, es liege keine öffentliche Werbung vor, wenn sich diese ausschliesslich an qualifizierte Anlegerinnen und Anleger im Sinne von Artikel 10 Absätze 3 und 4 des Gesetzes richte und nur die für diesen Markt üblichen Werbemittel eingesetzt würden (vgl. Art. 3 Abs. 1 KKV). Die Publikation von Preisen, Kursen, Inventarwerten und Steuerdaten in den Medien von in der Schweiz nicht zum öffentlichen Vertrieb zugelassenen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen stelle keine öffentliche Werbung dar, sofern die Publikation keine Kontaktangabe enthalte (vgl. Art. 3 Abs. 2 KKV). Sodann gelte für das öffentliche Anbieten und Vertreiben von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen derselbe Öffentlichkeitsbegriff wie für die öffentliche Werbung (vgl. Art. 3 Abs. 3 KKV). Ob sich diesen Verordnungsbestimmungen allenfalls zusätzliche Kriterien für die Definition der "öffentlichen Werbung" entnehmen lassen, kann offen gelassen werden, da das Gesetz keine Delegationsnorm enthält, welche dem Verordnungsgeber die Kompetenz erteilen würde, diesbezüglich zusätzliche Kriterien festzulegen.

**4.5** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu aArt. 3 KAG gilt jede Werbung, ohne Rücksicht auf ihre Form, als "öffentlich", die sich nicht an einen eng umschriebenen Kreis von Personen richtet. Der Kreis der Beworbenen kann dabei entweder *qualitativ* aufgrund bestimmter Beziehungen oder aber *quantitativ* (zahlenmässig) beschränkt sein, wobei jeweils die Umstände des konkreten Einzelfalls den Ausschlag geben (vgl. BGE 137 II 284 E. 5.3.1 f., mit Hinweisen).

Der Begriff der Werbung bzw. des öffentlichen Angebots findet sich auch in anderen Finanzmarktgesetzen und -verordnungen, beispielsweise in Art. 2 Bst. d des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) bzw. Art. 3 Abs. 2 der Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996 (BEHV, SR 54.11)

und in Art. 3 Abs. 1 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 (BankV, SR 952.02). Auch in Art. 652a des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) findet sich eine Definition des öffentlichen Angebots von Aktien zur Zeichnung. Diese Definitionen sind zwar nicht alle zwingend deckungsgleich, aber inhaltlich offensichtlich wesensverwandt. Insbesondere beim Vergleich zwischen dem öffentlichen Angebot von Effekten im Sinne von Art. 2 Bst. d BEHG bzw. Art. 3 Abs. 2 BEHV und der öffentlichen Werbung für bzw. dem öffentlichen Angebot von kollektiven Kapitalanlagen sind keine wesentlichen Unterschiede in der Formulierung bzw. im rechtlichen oder sachverhaltlichen Kontext auszumachen, die eine unterschiedliche Auslegung rechtfertigen würden. Auf die Rechtsprechung zur Auslegung dieser Begriffe im Sinne von Art. 2 Bst. d BEHG bzw. Art. 3 Abs. 2 BEHV kann daher hier abgestellt werden. Demnach gelten Angebote insbesondere dann als öffentlich, wenn sie durch elektronische Medien verbreitet werden und damit einem unbestimmten Personenkreis zugänglich sind (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_898/2011 vom 29. Juni 2011 E. 2.1 und 2C\_276/2009 vom 22. September 2009 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4409/2008 vom 27. Januar 2010 E. 7.2, mit Hinweisen). Weiter hat das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise auch den Einsatz eines professionellen Vermittlers als öffentliche Werbung eingestuft, da und soweit der Anbieter damit die Kontrolle abgibt, an welche und wie viele Adressaten sein Angebot letztlich übermittelt wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 4.1).

**4.6** Bezüglich der Frage, was als "Werbung" oder "Angebot" in diesem Sinne zu verstehen ist, gibt es unterschiedliche Auffassungen in der Literatur. Nach derjenigen Lehrmeinung, welche diese Begriffe im Kollektivanlagengesetz als inhaltlich übereinstimmend interpretiert, liegt "Werbung" dann vor, wenn eine Tätigkeit darauf abzielt, direkt oder indirekt auf eine kollektive Kapitalanlage aufmerksam zu machen und diese abzusetzen und zu vertreiben. Der Informationsgehalt der Angaben des Anbieters oder Vertreibers muss ein gewisses Mindestmass aufweisen, damit von einem "Angebot" gesprochen werden kann, d.h. es muss ein konkreter Inhalt vermittelt werden, der das Verhalten des Angesprochenen beeinflussen kann. Die Informationsvermittlung muss sich auf ein bestimmtes oder zumindest bestimmbares Produkt beziehen, um als Werbung qualifiziert zu werden. Allgemeine Umschreibungen von Finanzmarktprodukten (Charakteristika, Wirkungsweise und Risiken) taugen demnach nicht dazu, einen Kaufentscheid in Bezug auf ein spezifisches Produkt kausal auszulösen (vgl. BÖSCH, a.a.O., N. 12 ff. zu Art. 3 KAG). Gemäss der von den Beschwerdeführenden zitierten anderen Lehrmeinung soll ein "Angebot" im Sinne von

aArt. 19 Abs. 1 KAG erst vorliegen, wenn ein Vertriebsträger einem konkreten Anleger eine Offerte unterbreitet, d.h. wenn ein Vertriebsträger einem konkreten Anleger seinen verbindlichen Geschäftswillen erklärt, einen Vertrag mit einem bestimmten Inhalt abzuschliessen, und zwar in der Weise, dass der Vertrag ohne weiteres Zutun zustande kommt, wenn der Anleger die Offerte annimmt (vgl. FRICK, a.a.O., N. 5 zu Art. 19 KAG).

In seiner Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der öffentlichen Werbung bzw. des öffentlichen Angebots im Kontext von Art. 2 Bst. d BEHG bzw. Art. 3 Abs. 2 BEHV hat das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung abgelehnt, dass darunter nur Werbemassnahmen fallen sollten, die ausdrücklich sämtliche wesentlichen Vertragspunkte enthalten, da diese Definition den Zweck dieser Normen, den Schutz nicht qualifizierter Anleger, unberücksichtigt lässt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gilt als "öffentliches Angebot" von Aktien vielmehr jede Werbemassnahme, die dazu dient, einen nicht begrenzten Kreis oder eine sehr grosse Anzahl von bestimmten Personen darüber zu informieren, dass und wo Aktien eines bestimmten Emittenten gezeichnet werden können. Dabei ist insbesondere wesentlich, ob die betreffende Werbung auch konkrete Kontaktangaben in Bezug auf die Emissionsstelle oder zumindest auf diesbezüglich weiterführende Informationen enthält (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4409/2008 vom 27. Januar 2010 E. 7.5, mit Hinweisen).

Auf diese Rechtsprechung ist auch bei der Auslegung der Begriffe "öffentlich geworben" (vgl. aArt. 2 Abs. 4 KAG), "öffentlich...anbietet oder vertreibt" (vgl. aArt. 19 Abs. 1 KAG) und "öffentlich vertrieben" (vgl. aArt. 120 KAG) abzustellen.

**4.7** Gemäss dem Rundschreiben der Vorinstanz stellt der Inhalt einer Website in der Schweiz eine öffentliche Werbung für eine kollektive Kapitalanlage oder für die Tätigkeit als Vertreter und/oder Vertriebsträger von kollektiven Kapitalanlagen dar, wenn er sich an Anleger mit Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz richtet. Nicht erheblich ist dabei, ob Anteile von kollektiven Kapitalanlagen online gezeichnet werden können. Auch ein Factsheet ist als Werbemittel im Sinne von Art. 3 KAG anzusehen (vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/8: Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen vom 20. November 2008 [nachfolgend: FINMA-RS 08/8], Rz. 7). Dass sich eine Website an Anleger in der Schweiz richtet, wird vermutet, wenn Indizien in ihrer Gesamtwirkung einen Bezug zur Schweiz herstellen

(FINMA-RS 08/8, Rz. 24 ff.). Eine Website stellt dann keine öffentliche Werbung in der Schweiz dar, wenn sie ein Angebot an Anleger in der Schweiz ausdrücklich ausschliesst (Disclaimer) oder eine Zugangsbeschränkung enthält. Wird das Angebot durch einen Disclaimer ausgeschlossen, darf es nicht möglich sein, dass der Disclaimer durch den Besucher einer Website umgangen wird, was namentlich dadurch sichergestellt werden kann, dass er automatisch auf dem Bildschirm erscheint und der Anleger bestätigen muss, davon Kenntnis genommen zu haben. Der Disclaimer muss entweder erscheinen, bevor der Besucher überhaupt Zugang zum Inhalt der Website erhalte oder spätestens beim Anwählen all jener Seiten, auf denen Informationen über nicht in der Schweiz zum Vertrieb genehmigter kollektiver Kapitalanlagen enthalten sind. Der Disclaimer muss sodann, sobald es möglich ist, Anteile von kollektiven Kapitalanlagen online zu zeichnen, in dem Augenblick erscheinen und dessen Kenntnisnahme bestätigt werden, in dem der Anleger den Anbieter der kollektiven Kapitalanlage online kontaktiert, um eine Zeichnung vorzunehmen. Liegt keine Genehmigung zum Vertrieb in oder von der Schweiz aus vor, so muss der Disclaimer ausdrücklich darauf hinweisen, dass die betreffenden kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz nicht angeboten oder öffentlich vertrieben werden dürfen. Ein allgemeiner Disclaimer, wonach die Website in denjenigen Ländern, in denen keine Vertriebsgenehmigung vorliegt, nicht als öffentliche Werbung gilt, genügt nicht (vgl. FINMA-RS 08/8, Rz. 24 ff.).

Das Rundschreiben 2008/8 bildet eine für die richterlichen Behörden unverbindliche Verwaltungsverordnung. Das Gericht soll aber Verwaltungsverordnungen bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (vgl. BGE 121 II 473 E. 2b, mit weiteren Hinweisen).

Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall gegeben. Die dargelegten Passagen aus dem Rundschreiben der Vorinstanz konkretisieren die in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmungen in einer Art und Weise, die deren Sinn und Zweck entspricht und nicht zu beanstanden ist.

**4.8** In Bezug auf die von der Beschwerdeführerin 1 und der X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung \_\_\_\_\_ gemeinsam betriebene Website [www.x.\\_\\_\\_\\_\\_invest.ch](http://www.x._____invest.ch) machte die Vorinstanz konkret geltend, dass der Zugang zu den auf den Websites aufgeschalteten Informationen nicht aus-

reichend eingeschränkt worden sei. Auf der Startseite sei ohne jede Einschränkung eine Grafik über die Performance mit ISIN-Nummer des A.\_\_\_\_\_ Fund zu sehen gewesen, und es sei der Satz verwendet worden: *"Auch Kleinanleger partizipieren mit aktiv verwalteten Fonds, wie z.B. dem A.\_\_\_\_\_ Fonds, an dem interessanten Renditepotenzial jener Märkte, die dem Privatanleger oftmals durch hohe Transaktionskosten, notwendiges Know How oder Marktzutrittsbarrieren verwehrt bleiben."* Ein Link habe direkt, d.h. ohne Einschränkung oder Disclaimer, zu einer Seite geführt, wo weitergehende Fondsunterlagen zu den erwähnten Fonds hätten bestellt werden können. Erst beim Aufruf des Factsheets zum entsprechenden Fonds habe zwingend zuerst ein Disclaimer gelesen und bestätigt werden müssen. Der Disclaimer habe indessen keinen Hinweis enthalten, dass der Fonds nicht in der Schweiz angeboten oder vertrieben werden dürfe und habe damit nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen entsprochen (Vorakten p. 1B 103-140). Diese Homepage sei bis anfangs September 2009 frei zugänglich gewesen.

Auf Veranlassung der Vorinstanz sei im September 2009 ein angepasster Disclaimer aufgeschaltet worden (Vorakten p. 1B 097-098), doch sei der Zugang zu sämtlichen Fonds-Unterlagen via Websites Dritter nach wie vor möglich gewesen (Vorakten p. 1B 141-177). Die Vorinstanz habe daher mit Schreiben vom 22. März 2010 die Beschwerdeführerin 1 und die X.\_\_\_\_\_ Zweigniederlassung aufgefordert, alle Arten des Zugangs zu ihrer Homepage, insbesondere auch diese Zugriffsmöglichkeiten auf die Fondsunterlagen, per sofort mit einer unumgänglichen Zugangssperre bzw. einem unumgänglichen Disclaimer zu versehen (Vorakten p. 1B 032-033 resp. 1B 037-038). Der Beschwerdeführer 3 habe in der Folge vor der Startseite einen Disclaimer aufgeschaltet. Zwar habe der Text den Hinweis enthalten, dass die auf der Internetseite genannten kollektiven Kapitalanlagen bzw. Fonds weder angeboten noch vertrieben würden, insbesondere weder an in der Schweiz noch in den Vereinigten Staaten ansässige Personen oder Bürger. Indes habe der angepasste Disclaimer nicht ausdrücklich erwähnt, dass die betreffenden kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz nicht angeboten oder öffentlich vertrieben werden dürfen. Die Vorinstanz habe daher am 17. Mai 2010 gegenüber der Beschwerdeführerin 1 und der X.\_\_\_\_\_ Zweigniederlassung die sofortige Anpassung am Disclaimertext angeordnet (Vorakten p. 1B 021-022 resp. 1B 023-024). Im Juni 2010 sei der Disclaimer mit dem FINMA-RS 08/8 konform gewesen, was die Vorinstanz mit Schreiben vom 21. Juni 2010 festgestellt habe (Vorakten p. 1B 015-017 resp. 1B 018-020, 1B 093). Die Vorinstanz habe indessen mit Schreiben vom 11. April 2011 der Beschwerdeführerin 1 und

der X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung mitgeteilt, dass der Disclaimer den Anforderungen des FINMA-RS 08/8 nicht (mehr) entspreche. Der Disclaimer habe leicht durch Anwählen bestimmter Menüpunkte umgangen werden können, und sämtliche User hätten zum gesamten Inhalt, der auf der Website publiziert sei, Zugang erhalten. Die Vorinstanz habe die Beschwerdeführerin 1 erneut aufgefordert, die öffentliche Werbung umgehend einzustellen und den Disclaimer unumgänglich zu machen (Vorakten p. 1B 013-014). Die Unumgänglichkeit des Disclaimers beim Zugang zur Website der Beschwerdeführerin 1 sei erst am 28. April 2011 sichergestellt worden.

In den der Vorinstanz vorliegenden Fondsunterlagen sei keine Bestimmung enthalten, wonach sich diese ausschliesslich an qualifizierte Anleger im Sinne des schweizerischen Kollektivanlagenrechts richten würden (Vorakten p. 2 147-225, 2 093). In Werbeunterlagen der Beschwerdeführerin 1 (Stand Februar 2010) würden insbesondere auch "Kleinanleger" für die Investition in die von ihr verwalteten Fonds angesprochen (Vorakten p. 1 B 298). Die online gestellten Fondsunterlagen und Factsheets hätten konkrete Angaben zum spezifischen Fonds (u.a. Name des Fonds, Periodizität zur Zeichnung, Betrag zum Mindestinvestment, Sitz des Fonds, Name des Managers, Administrators sowie Prüfers, ISIN- und Valor-Nummern, monatliche Renditen) sowie konkrete Kontaktangaben der Beschwerdeführerin 1 mit Adresse und Telefonnummern in der Schweiz sowie einer kurzen Beschreibung ihrer Geschäftstätigkeit enthalten (Vorakten p. 1B 139-140, 1B 128, 1B 108-109, 1B 091-092, 1B 084-086). Der Informationsgehalt der online gestellten Fondsunterlagen und Factsheets zu den ausländischen Fonds sei daher ausreichend gewesen, um als Werbung im Sinne des KAG zu gelten, denn die Informationen seien klar darauf ausgerichtet gewesen, potenzielle Anleger zum Erwerb von Anteilen dieser ausländischen Fonds zu gewinnen.

Was die Beschwerdeführerin 2 betrifft, so wirft ihr die Vorinstanz vor, sie habe noch im Januar 2012 über ihre Internetseiten [www.h.\\_\\_\\_\\_\\_ch](http://www.h._____ch) und [www.bank-of-\(...\).com](http://www.bank-of-(...).com) ohne Disclaimer für ausländische kollektive Kapitalanlagen, namentlich den Q. \_\_\_\_\_ Fonds geworben (Vorakten p. 1D 98-106, 1D 187-195). Der Q. \_\_\_\_\_ Fonds bewerbe fokussiert den "Schweizer Wohnungsmarkt" und in der Domain seien entweder "Bank of (...)" oder "Schweizer (...)" enthalten. Der Bezug zur Schweiz sei offensichtlich. Die Angaben auf den Websites seien folglich als öffentliche Werbung zu qualifizieren. Mit Schreiben vom 24. Januar 2012



habe die Vorinstanz die Beschwerdeführerin 2 aufgefordert, per sofort jegliche Tätigkeit der Y. \_\_\_\_\_ Bank of (...) bzw. jegliche damit verbundene Werbung einzustellen (Vorakten p.1 D 086). Zwar sei nach Anpassung der Internetseite [www.h.\\_\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.h._____.ch) neu im Impressum die Y. \_\_\_\_\_ Capital GmbH, eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 2, aufgeführt (Vorakten p. 5 230, 5 232, 1D 069). Unter der Rubrik "Beteiligungsportfolio" werde aber unter anderem für den E. \_\_\_\_\_ Fund geworben. Es habe ein Factsheet zum genannten Fonds heruntergeladen werden können. Der Nutzer sei mittels Link direkt auf die Internetseite [www.x.\\_\\_\\_\\_\\_.invest.ch](http://www.x._____.invest.ch) weiter geleitet worden, ohne dass ein entsprechender Disclaimer vorgeschaltet gewesen sei (Vorakten p. 5 222-5 226).

**4.9** Die Beschwerdeführenden bestreiten nicht die von der Vorinstanz angeführten Sachverhaltsumstände, sondern lediglich deren rechtliche Qualifikation. Sie stellen in Abrede, für ausländische kollektive Kapitalanlagen öffentliche Werbung im Sinne von aArt. 3 KAG betrieben zu haben. Konkret wenden sie ein, die Beschwerdeführerin 1 sei nie materiell Privatanleger bzw. "nicht qualifizierte Anleger" zwecks Akquisition angegangen, sondern habe sich stets an "qualifizierte Anleger" im Sinne des Kollektivanlagengesetzes, z.B. an Banken, gewandt. Die Verkaufsprodukte der Fonds hätten klare Formulierungen enthalten, wer zeichnungsberechtigt sei und wer nicht. Auch der Newsletter sei nur an qualifizierte Anleger versandt worden. Dieser weise zudem nicht das erforderliche Mindestmass an Informationsgehalt auf, um als Werbung zu gelten. Die online publizierten Factsheets zu verschiedenen Fonds auf der Website [www.x.\\_\\_\\_\\_\\_.invest.ch](http://www.x._____.invest.ch) seien nicht als öffentliche Werbung gemäss aArt. 19 Abs. 1 KAG einzustufen. Weder sei es möglich gewesen, bei den Factsheets Verkaufsunterlagen herunterzuladen oder zu zeichnen, noch seien kollektive Kapitalanlagen öffentlich angeboten oder vertrieben worden. Ein Angebot im Sinne von aArt. 19 Abs. 1 KAG liege ohnehin erst vor, wenn ein Vertriebsträger einem konkreten Anleger eine Offerte unterbreite, d.h. wenn ein Vertriebsträger einem konkreten Anleger seinen verbindlichen Geschäftswillen erkläre, einen Vertrag mit einem bestimmten Inhalt abzuschliessen, und zwar in der Weise, dass der Vertrag ohne weiteres Zutun zustande komme, wenn der Anleger die Offerte annehme. Dies sei bei den Factsheets nicht der Fall gewesen. Die Beschwerdeführenden seien überdies stets den Anweisungen der Vorinstanz nachgekommen.

**4.10** Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie dargelegt, ist als öffentliches Angebot jede Werbemassnahme einzustufen, welche dazu dient, einen nicht begrenzten Kreis von Personen darüber zu informieren,

dass und wo die in Frage stehenden Kollektivanlagen erworben werden können, sofern die betreffende Werbung konkrete Kontaktangaben oder zumindest diesbezüglich weiterführende Informationen enthält (vgl. E. 4.6 hievor). Aktenmässig erstellt ist, dass die Beschwerdeführerin 1 auf der Website *www.x.\_\_\_\_\_invest.ch* und die Beschwerdeführerin 2 auf den Websites *www.bank-of-(...).com* und *www.h.\_\_\_\_\_ch* Informationen zu ausländischen Fonds aufgeschaltet hatten. Hierbei handelte es sich vor allem um eine Beschreibung von deren Details inkl. ISIN, Valorenummer, Name der Anlage, Kurse, Renditen, Angaben zur Zeichnung (Preise und Gebühren), aber auch umfangreiche Kontaktangaben, nämlich die Adresse der Beschwerdeführerin 1 in der Schweiz inkl. Telefon, Fax, E-Mail- und Internetadresse.

Erstellt und unbestritten ist im Weiteren, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin 1, die X.\_\_\_\_\_ Zweigniederlassung sowie den Beschwerdeführer 3 seit September 2009 mehrfach schriftlich ermahnte, auf ihrer Website eine wirksame Beschränkung des Zugangs zu den von ihr aufgeschalteten Informationen über die genannten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen vorzunehmen und ihnen detaillierte Angaben vermittelte, wie eine wirksame Zugangsbeschränkung auszusehen habe (Schreiben der Vorinstanz vom 22. März 2010, vom 17. Mai 2010, vom 21. Juni 2010 und vom 11. April 2011). Sämtliche Schreiben der Vorinstanz, in welchem diese auf die unzulässige Werbung hinwies, waren auch an den Beschwerdeführer 3 adressiert, der als Organ der Beschwerdeführerin 1 für deren Tätigkeit Verantwortung trug. Die Vorinstanz forderte die Adressaten der Schreiben jeweils auf, den Zugang zur Homepage per sofort einzuschränken und setzte ihnen eine kurze Frist an zur schriftlichen Bestätigung der Umsetzung der Massnahme. Zudem wies die Vorinstanz jeweils darauf hin, dass sie gegen Personen, die ohne Bewilligung der Vorinstanz tätig würden, nach Art. 37 Abs. 3 FINMAG i.V.m. Art. 135 Abs. 1 KAG die Auflösung verfügen könne, sowie, dass sich strafbar mache, wer vorsätzlich nach Art. 148 Abs. 1 Bst. d KAG ohne Bewilligung für in- und ausländische kollektive Kapitalanlagen werbe. Die korrekte Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben durch die Beschwerdeführerin 1 und die X.\_\_\_\_\_ Zweigniederlassung erfolgte indes erst im Juni 2010 und nur vorübergehend, da bereits im April 2011 der Zugang zu den auf ihren Websites aufgeschalteten Informationen erneut unzureichend eingeschränkt war.

Aktenkundig ist im Weiteren, dass die Beschwerdeführerin 2 vom November 2011 bis Januar 2012 auf den Internetseiten *www.h.\_\_\_\_\_ch* und *www.bank-of-(...).com* für den ausländischen

Fonds "Q.\_\_\_\_\_ Fonds" warb, ohne einen Disclaimer vorzuschalten, sowie, dass sie die betreffende Internetseite zwar korrigiert, indessen erneut im August 2012 auf derselben Website u.a. für den E.\_\_\_\_\_ Fund erworben und ein Facsheet eingefügt hat, ohne einen entsprechenden Disclaimer einzufügen.

Aktenmässig erstellt ist ferner, dass die Beschwerdeführerin 1 sich im Jahr 2010 in einer Werbeunterlage sogar ausdrücklich an "Kleinanleger" wandte (Vorakten p. 1B 298, 1A 387).

Wie dargelegt, sind die von der Vorinstanz in ihrem Rundschreiben definierten Kriterien, auf welche Weise Disclaimer vorgeschaltet werden müssen, damit Werbung im Internet als nicht öffentlich qualifiziert werden kann, nicht zu beanstanden. Aus den dargelegten aktenkundigen und unbestrittenen Abläufen ergibt sich, dass die Beschwerdeführenden diese Kriterien in mehreren Fällen nicht einhielten und erst auf Anweisung der Vorinstanz sowie teilweise erst nach längerer Zeit oder nur vorübergehend die verlangten Verbesserungen vornahmen.

**4.11** Im Ergebnis erweist sich der Vorwurf der Vorinstanz, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hätten ohne Bewilligung resp. Genehmigung öffentlich Werbung für ausländische kollektive Kapitalanlagen betrieben und damit gegen das KAG verstossen und der Beschwerdeführer 3 habe als Organ der Beschwerdeführerinnen dazu einen massgeblichen Tatbeitrag geleistet, als zutreffend. Die von den Beschwerdeführenden erhobene Rüge, die angefochtene Verfügung verletze in diesem Punkt Bundesrecht und basiere auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, erweist sich somit als unbegründet.

## **5.**

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführenden weiter vor, die Beschwerdeführerin 2 habe im Zusammenhang mit ihren online geschalteten Internetseiten den Begriff "Bank" verwendet. Auf den Internetseiten *www.h.\_\_\_\_\_ch* und *www.bank-of-(...).com* habe sie unter dem Begriff "Private Banking" Produkte wie "Multi Währungskonten, Portfolio Management, Depots, Währungstausch, Steuerberatung, Kreditkarten" angeboten. Die Verwendung des Ausdrucks Bank in der Geschäftsreklame sei nur bewilligten Instituten erlaubt. Selbst wenn es sich lediglich um ein Projekt gehandelt habe, liege eine unrechtmässige Verwendung des Bankenbegriffs vor. Der Beschwerdeführer 3 sei in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer

und einziges Organ der Beschwerdeführerin 2 für diese Tätigkeit verantwortlich gewesen. Weiter habe der Beschwerdeführer 3 selbst gegenüber einem Vertreter der SRO PolyReg eine Visitenkarte, die ihn als Geschäftsführer der "Bank of (...)" ausgewiesen habe, verwendet.

Die Beschwerdeführenden bestreiten diese Vorwürfe und machen geltend, der Beschwerdeführer 3 habe sich nie den Bankentitel im Geschäftsverkehr angeeignet oder diesen für irgendeine Gesellschaft missbraucht. Auf der damaligen aufgeschalteten Homepage sei zwar über Private Banking berichtet worden, indes sei der Begriff "Bank" nicht mit dem Gesellschaftszweck in Verbindung gesetzt oder in die Reklame einbezogen worden. Auch habe die Beschwerdeführerin 2 nie Bankdienstleistungen, d.h. regulierungspflichtige Beratungsdienstleistungen im Sinne von Art. 1 BankG, angeboten oder angepriesen, vielmehr sei stets klar kommuniziert worden, dass es sich um ein künftiges Projekt handle. Bei der von der Vorinstanz erwähnten Karte habe es sich lediglich um eine Mustervisitenkarte gehandelt, welche offensichtlich entwendet und der Vorinstanz von einem dem Beschwerdeführer 3 feindlich gesinnten Mitkonkurrenten anonym zugehalten worden sei.

**5.1** Der Ausdruck «Bank» oder «Bankier», allein oder in Wortverbindungen, darf in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszweckes und in der Geschäftsreklame nur für Institute verwendet werden, die eine Bewilligung der Vorinstanz als Bank erhalten haben (Art. 1 Abs. 4 S. 1 BankG).

Diese Regelung dient dem Gläubigerschutz und soll verhindern, dass Unternehmen, die dem Bankengesetz nicht unterstellt sind, bei Kunden den Eindruck erwecken, dass sie es mit einem bewilligten Institut zu tun haben. Auf diese Weise können die Kunden ohne Weiteres ersehen, ob es sich bei ihrem Geschäftspartner um ein bewilligtes und dem Bankengesetz unterstehendes Unternehmen handelt (vgl. RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz [nachfolgend: Basler Kommentar BankG], Basel/Genf/München 2013, N. 74 zu Art. 1 BankG). Selbst wenn tatsächlich keine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt wird, darf nicht der Eindruck erweckt werden, es handle sich um ein von der Finanzmarktaufsicht überwachtes Institut (vgl. BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/STEFAN KRAMER, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2011, N. 93 zu Art. 1 BankG). Unter Art. 1 Abs. 4 BankG fällt jede Verwendung der Begriffe "Bank" oder "Bankier", sofern sie ein im Finanzbereich tätiges Institut bezeichnet (vgl.

BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 74 f. zu Art. 1 BankG). Auch die Verwendung der Begriffe "Investment Banking" und "Private Banking" kann von Art. 1 Abs. 4 BankG erfasst sein, wenn der Eindruck entsteht, dass es sich um ein be-willigtes, dem Bankengesetz unterstehendes Institut handelt (vgl. BA-HAR/STUPP, a.a.O., N. 78 f. zu Art. 1 BankG; KLEINER/SCHWOB/KRAMER, a.a.O., N. 95 f. zu Art. 1 BankG; Urteil des Bundesver-waltungsgerichts B-2991/2011 vom 20. März 2011 E. 3.4).

**5.2** Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer 3 Domaininhaber der In-ternetseite *www.bank-of-(...).com* ist (vgl. Vorakten p. 1 D 109-110) und am 16. Juni 2010 bzw. 15. Juli 2010 die Wortmarke "Y.\_\_\_\_\_ Bank of (...)" hinterlegen bzw. eingetragen sowie am 7. Januar 2011 die Wort-/Bildmarke "Y.\_\_\_\_\_ BANK OF (...)" eintragen liess. Inhaberin der Wortmarke sind die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 3; Inhaber der Wort-/Bildmarke ist die Beschwerdeführerin 2.

Unbestritten und aktenmässig erstellt ist ferner, dass die Website *www.bank-of-(...).com* mindestens im November und Dezember 2011 on-line aufgeschaltet war. Auf der Homepage teilte die "Y.\_\_\_\_\_ - Bank Of (...)" mit, sie biete einen neuen Ansatz für Schweizer Private Banking Lö-sungen und Vermögensverwaltungsdienstleistungen an (vgl. Vorakten p. 1D 187, 1D 189). Dass es sich bei der "Y.\_\_\_\_\_ Bank Of (...)" lediglich um ein künftiges Projekt handle, geht dagegen aus den in den Akten be-findlichen Internetausdrucken nicht hervor.

In den Akten befindet sich weiter eine Visitenkarte des Beschwerdefüh-rers 3 mit der Firmenbezeichnung "Bank of (...)", welche nach Darstellung des Geschäftsführers der Selbstregulierungsvereinigung POLYREG im Kontext der GwG-Prüfung eines anderen Unternehmens, dessen Verwal-tungsratspräsident der Beschwerdeführer 3 war, durch den Beschwerde-führer 3 der Prüfstelle überreicht wurde. Der Beschwerdeführer 3 behaup-tet zwar, er habe diese Visitenkarte nie gegenüber Drittpersonen verwen-det. Dies muss allerdings als reine Schutzbehauptung eingestuft werden, da weder konkret geltend gemacht noch aufgrund der Akten ersichtlich ist, dass die betreffende Drittperson Gelegenheit gehabt hätte, diese Karte selbst in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführenden zu behändigen o-der auf eine andere Weise zu erlangen.

Im Ergebnis ist damit als erstellt anzusehen, dass sowohl auf der Website *www.bank-of-(...).com*, deren Begründung und Gestaltung dem Beschwer-deführer 3 zuzurechnen ist, wie auch auf einer gegenüber Drittpersonen

verwendeten Visitenkarte unrechtmässig der Begriff Bank verwendet wurde, obwohl dieser gemäss Art. 1 Abs. 4 BankG in der Firma und der Geschäftsreklame nur für Institute verwendet werden darf, die über eine Bewilligung der Vorinstanz verfügen. Erstellt ist ferner, dass auf der erwähnten Website für Dienstleistungen geworben wurde, die gemäss den Finanzmarktgesetzen bewilligungspflichtig sind.

**5.3** Die Vorinstanz ist somit zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführenden 2 und 3 den Bankbegriff im Rechtsverkehr unrechtmässig verwendet und damit gegen Art. 1 Abs. 4 BankG verstossen haben.

## **6.**

Die Vorinstanz erachtete diese Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen als derart schwer, dass den Beschwerdeführenden 1 und 3 die erforderliche Gewähr zur Ausübung einer finanzintermediären Tätigkeit abzusprechen sei.

Die Beschwerdeführenden rügen, der von der Vorinstanz verfügte Entzug dieser Bewilligung sei unrechtmässig, eventualiter unverhältnismässig. Der Begriff der Gewähr nach Art. 14 GwG sei nicht identisch mit dem Gewährsbegriff der übrigen von der Vorinstanz beaufsichtigten Finanzintermediäre. Bei Finanzintermediären nach Art. 2 Abs. 3 GwG beschränke sich die Aufsicht auf die Einhaltung des Geldwäschereigesetzes, wogegen bei den übrigen von der Vorinstanz beaufsichtigten Finanzintermediären eine umfassende, sog. prudentielle Aufsicht vorliege. Es gehe nicht um die fachliche Qualifikation des Beschwerdeführers 3, sondern um die Vertrauenswürdigkeit bezüglich der einzuhaltenden Pflichten. Diese sei bei allen Beschwerdeführenden gegeben. Die von der Vorinstanz angewendeten Kriterien – die angeblich fehlende fachliche Kompetenz des Beschwerdeführers 3 sowie sein Verhalten im Geschäftsverkehr – dürften im Rahmen der Gewährsprüfung nach Art. 14 GwG nicht gewichtet werden. Der Beschwerdeführer 3 sei in den Jahren 2009-2011 sämtlichen Anforderungen der Vorinstanz nachgekommen und habe alle Beanstandungen zu ihrer Zufriedenheit behoben. Es sei nie ein Fall von Geldwäscherei aufgetreten, somit hätten die Beschwerdeführenden dem Finanzplatz Schweiz nicht geschadet. Die Gewähr gemäss Art. 14 Abs. 2 GwG sei nach wie vor gegeben. Anlässlich der Bewilligungserteilung am 1. September 2010 sei die Vorinstanz von der fachlichen Kompetenz des Beschwerdeführers überzeugt gewesen, weshalb sie sich heute nicht auf den Standpunkt stellen könne, es bestünden diesbezüglich Zweifel. Es gehe nicht an, dass sich die Vorinstanz für den Entzug nun auf einen Sachverhalt abstütze, der sich vor Erteilung dieser

Bewilligung zugetragen habe. Diesbezüglich stelle die Vorinstanz zu Unrecht auf den Sanktionsentscheid aus dem Jahr 2008 gegen den Beschwerdeführer 3 ab, denn diese Ereignisse hätten sich nie wiederholt. Auch in Bezug auf ihre Vorwürfe bezüglich Widerhandlungen gegen das Kollektivanlagegesetz führe sie Sachverhaltsumstände aus dem Jahr 2009 an, die länger zurück lägen und offensichtlich behoben worden seien. Die Anordnungen der Vorinstanz seien jeweils umgehend befolgt worden, die Internetseite *www.bank-of-(...).com* sei nicht mehr zugänglich, der Negativlisteneintrag sei am 26. April 2013 gelöscht worden und auf der Internetseite *www.h.\_\_\_\_\_ch* sei der Inhalt angepasst worden.

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, beim Begriff der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit handle es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Der Aufsichtsbehörde komme deshalb ein Ermessensspielraum zu. Obwohl der Gewährsbegriff sich nach dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 GwG nur auf die Erfüllung der Pflichten nach dem Geldwäschereigesetz beziehe, sei materiell betrachtet der Unterschied zum Gewährsbegriff in anderen Finanzmarktgesetzen nicht wesentlich. Wer keine Gewähr dafür bieten könne, dass er die Regeln des Geldwäschereigesetzes einhalte, könne auch nach Banken- und Börsenrecht eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht glaubwürdig darlegen und umgekehrt. Für die Gewährsprüfung im Sinne des Geldwäschereigesetzes könnten daher die bewährten Grundsätze der Aufsichtsbehörde aus den übrigen Aufsichtsbereichen ohne Weiteres herangezogen werden. Insbesondere im Bereich des Bankenrechts wie auch des Börsenrechts seien die Anforderungen an die Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit im Rahmen einer langjährigen, vom Bundesgericht regelmässig bestätigten Praxis der Eidgenössischen Bankkommission (EBK, Vorgängerorganisation der FINMA) präzisiert worden. Danach müssten die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen sowie die betreffenden Gesellschaften grundsätzlich zwei Anforderungen genügen: Auf der einen Seite müssten sie fachlich kompetent sein und auf der anderen Seite müssten sie sich im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr sei in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der im Finanzmarktrecht geltenden Gesetze und Verordnungen, aber auch der im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und der internen Vorschriften und Regelwerke der Institute zu verstehen. Mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit sei demnach nicht zu vereinbaren, wenn das Geschäftsgebaren gegen einschlägige Rechtsnormen, internes Regelwerk, Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden bzw. gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten diesen gegenüber verstosse.

**6.1** Finanzintermediäre, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen, müssen entweder einer anerkannten Selbstregulierungsorganisation angeschlossen sein oder eine Bewilligung der FINMA für die Ausübung ihrer Tätigkeit einholen (vgl. Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 GwG). Die Bewilligung wird nur erteilt, wenn die Gesellschaft selbst sowie die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für die Erfüllung der Pflichten nach dem Geldwäschereigesetz bieten (vgl. Art. 14 Abs. 2 Best. c GwG). Für Direktunterstellte nach dieser Bestimmung wie für aufgrund anderer Finanzmarktgesetze durch die FINMA Beaufsichtigte gilt, dass die FINMA einem Beaufsichtigten die Bewilligung oder Zulassung entzieht, wenn er die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Pflichten schwer verletzt (vgl. Art. 37 Abs. 1 FINMAG).

**6.2** Der Begriff der Gewähr der einwandfreien Geschäftstätigkeit stammt aus dem Bankenrecht und ist aus diesem in die Börsengesetzgebung übernommen worden. Das Bundesgericht liess offen, ob die in diesen Bereichen entwickelte Praxis vollumfänglich auf den Gewährsbegriff nach dem Geldwäschereigesetz übertragen werden könne (vgl. BGE 129 II 438 E. 3.3.1). Das Bundesverwaltungsgericht sprach sich in der Folge für eine kohärente Auslegung der Gewährsbegriffe in den verschiedenen Finanzmarktgesetzen aus (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-798/2012 vom 17. November 2013 E. 4.1, B-2274/2012 vom 19. Juni 2013 E. 4.1.3 sowie B-2318/2006 vom 23. Juni 2006 E. 3.2; URS ZULAUF, Gewähr im Gericht, FINMA Sonderbulletin 2/2013, S. 16 f.).

Typisch für den Gewährsbegriff in den verschiedenen Finanzmarktgesetzen ist ohnehin, dass die Frage, ob eine bestimmte Person im finanzmarktrechtlichen Sinn hinreichende Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit biete, nur in Bezug auf konkrete Aufgaben und Funktionen beantwortet werden kann (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_30/2011 2C\_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.1, 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004 E. 2.4, 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 E. 1; BVGE 2013/56 E. 1.3.1 sowie Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1360/2009 vom 11. Mai 2010 E. 3.3.1 und B-2896/2007 vom 12. Juli 2008 E. 3.3.3; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHE/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 76 ff.; GREGOR T. CHATTON, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, AJP 2011, S. 1215 f.). Insofern trifft es zu, dass die Gewährsanforderungen gemäss Art. 14 Abs.



2 Best. c GwG im Lichte der spezifischen rechtlichen Pflichten eines Finanzintermediärs zu prüfen sind.

Dies bedeutet indessen nicht, dass lediglich allfällige Widerhandlungen gegen spezifische Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes berücksichtigt werden dürften bzw. Anlass für einen allfälligen Bewilligungsentzug wegen fehlender Gewähr darstellen könnten. Vielmehr gehen die Lehre und die Gerichtspraxis zum Gewährens begriff in anderen Finanzmarkt Bereichen – welche, wie dargelegt, aus Kohärenzgründen jedenfalls sinngemäss heranzuziehen sind – davon aus, dass die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit allgemein eine Beachtung der Rechtsordnung voraussetzt. Darunter sind zwar in erster Linie die Gesetze und Verordnungen im betreffenden Finanzmarkt Bereich zu verstehen. Die Gewähr in Frage stellen können aber auch Verstösse gegen Bestimmungen anderer Finanzmarktgesetze sowie des Zivil- und Strafrechts (vgl. BGE 126 II 438 E. 3.3.2; 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; BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2005, N. 191 ff. zu Art. 3 BankG; CHRISTOPH WINZELER, in: Basler Kommentar BankG, a.a.O., N. 16 und 25 zu Art. 3 BankG; PHILIPPE A. HUBER/PETER HSU, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz, 2. Aufl., Basel 2011, N. 60 zu Art. 10 BEHG, je mit Hinweisen). In der Botschaft zum Geldwäschereigesetz wurden denn auch ausdrücklich ausgeführt, dass insbesondere auch Widerhandlungen gegen die Bankengesetzgebung geeignet sind, Zweifel an der persönlichen Eignung des massgebenden Funktionsträgers eines Finanzintermediärs zu begründen und die Bewilligung gegebenenfalls zu verweigern (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 17. Juni 1996 zum Geldwäschereigesetz, BBl 1996 III 1137).

Insofern greift die Auffassung der Beschwerdeführenden klarerweise zu kurz, dass die festgestellten Verstösse gegen das Kollektivanlagengesetz und gegen das Bankengesetz im Kontext einer Gewährsprüfung nach Art. 14 Abs. 2 Best. c GwG nicht relevant seien, weil es sich nicht um Verstösse gegen das Geldwäschereigesetz selbst handle.

**6.3** Was die Frage der Einhaltung des Geldwäschereigesetzes selbst betrifft, so weisen die Beschwerdeführenden diesbezüglich an sich zur Recht darauf hin, dass die Prüfer seit den Vorkommnissen, welche dem Sanktionsentscheid des Vereins zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen VQF vom 12. Februar 2008 zugrunde lagen, keine weiteren Verstösse gegen das Geldwäschereigesetz festgestellt hatten. Andererseits ist aber

auch die Argumentation der Vorinstanz nachvollziehbar, wonach die Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers 3 zu diesen Vorkommnissen unrichtig gewesen sei und aufgezeigt habe, dass er die Tragweite seiner Pflichten falsch einschätze. Hinzu kommt, wie sich aus den entsprechenden Prüfberichten ergibt, dass die Beschwerdeführerin 1 in den letzten Jahren offenbar überhaupt keine GwG-relevante Tätigkeit ausgeübt hat. Aus dem Umstand, dass die Prüfer keine diesbezüglichen Verstösse festgestellt haben, kann daher nichts zu Gunsten der Beschwerdeführenden abgeleitet werden, das den negativen Eindruck aufgrund der Verstösse gegen das Kollektivanlagengesetz und gegen das Bankengesetz allenfalls relativeren könnte.

**6.4** Unbegründet ist ferner die Rüge der Beschwerdeführenden, die Vorinstanz könne sich nicht teilweise auf Sachverhalte abstützen, die sich vor Erteilung der Bewilligung für die Tätigkeit als Finanzintermediärin am 1. September 2010 zugetragen hätten, um daraus den Schluss zu ziehen, eine Bewilligungsvoraussetzung sei nicht gegeben.

Unbestritten und aktenkundig ist zwar, dass die Vorinstanz vor der Erteilung der Bewilligung bereits zweimal die Website der Beschwerdeführerin 1 beanstandete. Mit Schreiben vom 21. Juni 2010 stellte sie indessen ausdrücklich fest, dass auf ihre Aufforderungen hin die von ihr festgestellte öffentliche Werbung sofort entfernt und der auf der Homepage erscheinende Disclaimer angepasst worden seien. Offensichtlich glaubte die Vorinstanz in jenem Zeitpunkt, vor der Bewilligungserteilung, noch, es habe sich um nur versehentliche Verstösse gehandelt und die Beschwerdeführerin 1 werde sich künftig an die Vorschriften halten. Erst nachdem die Beschwerdeführerin im April 2011, nur einige Monate nach der Bewilligungserteilung, ihre Website erneut abänderte, erkannte die Vorinstanz, dass diese Annahme wohl unzutreffend war. Nachdem die Beschwerdeführenden in diesem Beschwerdeverfahren wiederholt behauptet haben, allfällige Verstösse seien lediglich versehentlich erfolgt, und beteuern, sie würden sich künftig rechtsgetreu verhalten, kann der Vorinstanz jedenfalls nicht vorgeworfen werden, sie verhalte sich widersprüchlich, wenn sie derartigen Beteuerungen zu einem früheren Zeitpunkt noch Glauben geschenkt und die Bewilligung nicht bereits damals verweigert hatte.

Es ist nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz erst aufgrund der in der Folge festgestellten erneuten Verstösse schliesslich zur Auffassung gelangt ist, der Beschwerdeführer 3 sei offenbar "unbelehrbar".

**6.5** Auch die Argumentation der Beschwerdeführenden, aus den geschilderten Abläufen ergebe sich, dass sie offensichtlich willig seien, allen Anweisungen der Vorinstanz sofort Folge zu leisten, überzeugt nicht.

Nachdem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin 1 mit Schreiben vom 22. März 2010 ausführlich über die Rechtslage informiert hatte, fällt es schwer, die weiteren Verstösse nach diesem Zeitpunkt noch mit der Annahme eines derartigen guten Willens seitens des Beschwerdeführers 3 zu vereinbaren und nur mit mangelnden Fachkenntnissen seinerseits zu erklären. Letztlich kann indessen offen gelassen werden, inwieweit die in Frage stehenden Verstösse gegen das Kollektivanlagengesetz und gegen das Bankengesetz auf mangelnde Fachkenntnis, ungenügende Einsicht oder auf einen fehlenden Willen zu rechtskonformem Verhalten seitens des Beschwerdeführers 3 zurückzuführen sind, denn wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, beinhaltet die Gewähr sowohl eine fachliche wie auch eine charakterliche Komponente. Nur wenn beide gegeben sind, kann darauf vertraut werden, dass der in Frage stehende Funktionsträger künftig seinen Pflichten in einwandfreier Weise nachkommt.

**6.6** Angesichts der dargelegten Verstösse gegen das Kollektivanlagengesetz und das Bankengesetz ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss kam, der Beschwerdeführer 3 erfülle die Gewähransforderungen, die an ein Organ eines Finanzintermediärs zu stellen seien, nicht.

## **7.**

Als Konsequenz entzog die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 1 die Bewilligung zur Ausübung einer finanzintermediären Tätigkeit und verfügte ihre aufsichtsrechtliche Liquidation. In Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 beschränkte sie sich darauf, dieser das Werbeverbot in Erinnerung zu rufen. Weitergehende Massnahmen wären unverhältnismässig, da die Beschwerdeführerin 2 den ordnungsgemässen Zustand wieder hergestellt habe.

Die Beschwerdeführenden rügen, die Massnahmen gegenüber der Beschwerdeführerin 1 seien unverhältnismässig. Entgegen den Behauptungen der Vorinstanz hätten sie weder die Reputation des Finanzplatzes Schweiz noch Gläubiger geschädigt. Vielmehr hätten die Kunden allesamt nur Gewinne erzielt. Die Vorinstanz habe nie zuvor den Vorwurf erhoben, es seien Kunden geschädigt worden und keinen konkreten Einzelfall genannt, in welchem Anleger- und/oder Gläubigerinteressen unmittelbar oder

mittelbar geschädigt worden seien. Weder seien Konten gesperrt worden noch habe sich ein Schadensfall ereignet. Sämtliche Transaktionen seien korrekt ausgeführt worden. Bereits aufgrund fehlender Gläubigerschädigung sei nicht von einer derart schweren Verletzung der Bewilligungsvoraussetzungen auszugehen, dass der Gesellschaft die Bewilligung entzogen und sie in Liquidation gesetzt werden müsse.

Die Vorinstanz habe die von ihr verfügten Sanktionsmassnahmen auch nie schriftlich angedroht. Anlässlich der Anzeige der Verfahrenseröffnung sei nur generell auf die möglichen Konsequenzen hingewiesen und der Zweck des Verfahrens erklärt worden. Ein (sofortiger) Entzug ohne vorherige Androhung mittels Verfügung könne jedoch nur in Frage kommen, wenn unhaltbare Umstände oder unaufschiebbare Handlungen dies nahe legen würden oder Verbesserungen objektiv auszuschliessen seien. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Schliesslich lägen die Vorkommnisse, die ihnen die Vorinstanz vorwerfe, teilweise mehrere Jahre zurück. Die Beschwerdeführenden seien sämtlichen Anforderungen der Vorinstanz nachgekommen und hätten alle Beanstandungen umgehend und zu deren Zufriedenheit behoben. Die Verstösse wie der anfänglich nicht richtig aufgeschaltete Disclaimer seien längstens behoben. Zudem handle es sich nicht um schwere Verletzungen, und es sei auch die mangelnde Schwere eines allfälligen Verschuldens zu berücksichtigen. Der Entzug der Bewilligung sei ultima ratio des Aufsichtssystems und bedeute den endgültigen Niedergang. Die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung nicht geprüft, ob ein milderer Mittel als ein Bewilligungsentzug sowie die Auflösung und Liquidation in Frage kommen würde.

**7.1** Die Vorinstanz entzieht einem Beaufsichtigten die Bewilligung, wenn er die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Mit dem Entzug verliert der Beaufsichtigte das Recht, die Tätigkeit auszuüben. Die übrigen Folgen des Entzugs richten sich nach den anwendbaren Finanzmarktgesetzen (vgl. Art. 37 Abs. 1 und 2 FINMAG). Entzieht die Vorinstanz aufgrund dieser Bestimmung einem ihr direkt unterstellten Finanzintermediär die Bewilligung, so bewirkt dies bei juristischen Personen die Auflösung (vgl. Art. 20 GwG).

**7.2** Wie dargelegt, ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz angesichts der von ihr festgestellten Verstösse gegen das Kollektivanlagengesetz und das Bankengesetz zum Schluss kam, der Beschwerdeführer 3

erfülle die Gewährsanforderungen nicht, die an ein Organ eines Finanzintermediärs zu stellen seien. Der Beschwerdeführer 3 ist nicht nur Geschäftsführer und Präsident des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin 1, sondern auch ihr Mehrheitsaktionär. Vorschläge, wie er in diesen Funktionen durch einen geeigneteren Gewährsträger ersetzt werden könnte, hat die Beschwerdeführerin 1 nicht gemacht. Die von den Beschwerdeführenden angeführte Absicht, dass er sich künftig "im täglichen Geschäftsbereich anwaltlich begleiten" lassen wolle, ist offensichtlich ungenügend. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss kam, die Beschwerdeführerin 1 erfülle die Bewilligungsvoraussetzungen an einen direkt unterstellten Finanzintermediär nicht, weshalb keine mildere Massnahme zur Verfügung stehe, als ihr die Bewilligung zu entziehen.

**7.3** Die Vorinstanz ist befugt, bei Verletzung von Finanzmarktgesetzen oder zur Beseitigung von Missständen für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu sorgen (vgl. Art. 31 FINMAG). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Vorinstanz im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (insbesondere Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot sowie 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 132 II 382 E. 4.1, mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 3 und 6).

Der Entzug der Bewilligung als direkt unterstellte Finanzintermediärin bewirkt eo ipso die Auflösung der Beschwerdeführerin 1 (vgl. Art. 20 GwG). Angesichts der dargelegten fehlenden Gewähr des Geschäftsführers, Verwaltungsratspräsidenten und Hauptaktionärs der Beschwerdeführerin 1 ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz den Vollzug dieser Auflösung durch eine aufsichtsrechtliche Liquidation anordnete.

## **8.**

Der Beschwerdeführenden rügen weiter die vorgesehene Veröffentlichung des Werbeverbots. Diese sei unverhältnismässig. Der Beschwerdeführer 3 habe die Tragweite seiner Pflichten verstanden, was sich auch daraus ergebe, dass er vorhabe, sich künftig im täglichen Geschäftsbereich anwaltlich begleiten zu lassen. Selbst wenn die Veröffentlichung auf zwei Jahre begrenzt würde, würde dadurch seine Karriere zerstört, zumal er seinen

Lebensunterhalt mit Einnahmen der Beschwerdeführerin 1 bestreite. Auch eine zeitliche Begrenzung vermöge diese Massnahme nicht zu rechtfertigen, da sie einer strafrechtlichen Anklage gleichkomme; dies sei angesichts der nicht gravierenden aufsichtsrechtlichen Verstösse weder rechtmässig noch verhältnismässig. Durch die allfällige Veröffentlichung der Endverfügung unter Angabe von Personendaten würde auch das Grundrecht des Beschwerdeführers 3 auf informelle Selbstbestimmung verletzt.

Die Vorinstanz begründet die verfügte Publikation damit, dass der Beschwerdeführer 3 als Organ der Beschwerdeführerin 1 und der X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung massgeblich für die unbewilligte Tätigkeit verantwortlich sei. Diese sei als schwere Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu qualifizieren. Der Beschwerdeführer 3 habe zwar Anpassungen am Disclaimer-Text auf der Internetseite der Beschwerdeführerin 1 und der X. \_\_\_\_\_ Zweigniederlassung vorgenommen und veranlasst, dass die Internetseite der Beschwerdeführerin 2 (*www.bank-of-(...).com*) unzugänglich gemacht werde. Dies aber erst nach mehrmaliger Aufforderung seitens der Vorinstanz. Er habe aus den mehrfachen Aufforderungen seitens der Vorinstanz, den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen, und insbesondere die öffentliche Werbung für kollektive Kapitalanlagen zu unterlassen, nichts gelernt, sondern erneut eine unerlaubte Tätigkeit ausgeübt und zudem den Bankenbegriff leichtfertig verwendet. Dies sei als schwere Verletzung von Aufsichtsrecht zu qualifizieren. Zudem sei dem Beschwerdeführer 3 keine günstige Prognose zu stellen. Er wolle die Geschäftsidee, mit der Beschwerdeführerin 2 eine Bank namens "Bank of (...)" zu gründen, immer noch umsetzen. Es bestehe daher die Gefahr, dass er seine auf dem Finanzmarkt ausgeübte Tätigkeit in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft und erneut unter Einbezug einer Internetplattform in ähnlicher Weise wieder aufnehme. Das öffentliche Interesse am Funktionsschutz und Individualschutz überwiege die privaten Interessen des Beschwerdeführers 3. Als besonders schwerwiegend sei vorliegend die Unbelehrbarkeit des Beschwerdeführers zu beurteilen, welche es rechtfertige, die potentiellen Anleger zu warnen. Mit der zeitlichen Begrenzung der Publikation auf zwei Jahre werde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Publikation den Beschwerdeführer 3 schwer treffe.

**8.1** Mit dem Verbot, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte ohne Bewilligung kollektive Kapitalanlagen zu vertreiben sowie den Bankenbegriff zu verwenden, wurde dem Beschwerdeführer 3 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 lediglich um eine Warnung bzw. Ermahnung. Das Bundesgericht erachtet ein derartiges Werbeverbot gegenüber den verantwortlichen Organen 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. Die Anforderungen an die Anordnung eines derartigen Verbots sind daher gering (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.2 und 2C\_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.1; BGE 135 II 356 E. 5.1, mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 7).

Im vorliegenden Fall bestand nach dem bisher Gesagten ein ausreichender Grund, um gegenüber dem Beschwerdeführer 3 als verantwortlichem Organ der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 förmlich auf dieses Werbeverbot und die damit verknüpfte Strafdrohung hinzuweisen.

**8.2** Eine andere Frage ist, ob auch die Publikation dieses Werbeverbots angemessen war.

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

Wie das Bundesgericht bereits in mehreren Urteilen festgestellt hat, stellt es einen wesentlichen Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dar, wenn – wie hier – mit dem Werbeverbot gleichzeitig gestützt auf Art. 34 FINMAG auch dessen Veröffentlichung angeordnet wird ("naming and shaming"). Eine derartige verwaltungsrechtliche Massnahme setzt eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss im Einzelfall verhältnismässig sein. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht. 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 Be-

troffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen. Dabei ist davon auszugehen, dass Art. 34 FINMAG in erster Linie eine Grundlage bildet, um Verstösse gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben beaufsichtigter Betriebe zu sanktionieren. In den vom Bundesgericht bisher beurteilten Fällen von illegalen gewerbsmässigen Entgegennahmen von Publikumseinlagen wurde daher erkannt, dass bei derartigen Tatbeständen regelmässig bereits schon von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen sei. Eine bloss untergeordnete Implikation oder besondere Umstände, die darauf hinweisen würden, dass es künftig zu keiner weiteren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kommen werde ("tätige Reue"), könnten dagegen der Publikation dennoch entgegenstehen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C-359/2012 vom 1. November 2012 E. 3.2, 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3, 2C\_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2 und 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1).

**8.3** Die im vorliegenden Fall festgestellten Widerhandlungen gegen das Kollektivanlagen- und gegen das Bankengesetz sind zwar je einzeln nicht alle als schwere Verletzungen einzustufen. Vor allem wiegen die Sachverhaltsumstände des vorliegenden Falls nicht gleich schwer wie die Umstände, die den angeführten Urteilen des Bundesgerichts zu Grunde lagen, da sich aus den Akten nicht ergibt, dass durch die unbewilligten Tätigkeiten in grösserem Umfang Anleger zu Schaden gekommen wären. Zwar hatten sich offenbar Anleger bei der Vorinstanz beklagt, weil die Rückzahlung ihrer Fondsanteile nicht vertragsgemäss erfolgte, doch handelte es sich hierbei nach Darstellung der Beschwerdeführenden lediglich um Liquiditätsprobleme. Dies allein kann indessen keine unabdingbare Voraussetzung dafür sein, dass die Vorinstanz nach der Feststellung einer unbewilligten Tätigkeit eine Publikation anordnen darf.

Im vorliegenden Fall ist zu Ungunsten des Beschwerdeführers 3 zu berücksichtigen, dass dieser sich in kurzen zeitlichen Abständen und nach einschlägigen Ermahnungen der Vorinstanz dennoch immer wieder ähnliche Widerhandlungen zu Schulden kommen liess. Insbesondere diese "Unbelehrbarkeit" und Uneinsichtigkeit des Beschwerdeführers 3 spricht in der Tat gegen die Annahme, dass ein nicht publiziertes Werbe- und Tätigkeitsverbot eine genügende Wirkung auf ihn haben würde, denn wie er selbst ausführt, beabsichtigt er, weiterhin eine Karriere im Finanzbereich zu verfolgen. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz es unter



diesen Umständen als erforderlich erachtete, potentielle Anleger vor ihm zu warnen.

Die vergleichsweise weniger gravierenden Umstände berücksichtigte die Vorinstanz insofern, als sie die Veröffentlichungsdauer mit zwei Jahren wesentlich kürzer ansetzte als die Publikationsdauer in den angeführten Vergleichsfällen.

**8.4** Eine Veröffentlichung des Werbeverbots während zweier Jahre erscheint daher insgesamt nicht als unverhältnismässig.

**9.**

Insgesamt erweisen sich die Beschwerde somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

**10.**

Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführenden als unterliegend, weshalb ihnen die Verfahrenskosten für den Endentscheid aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Bei der Festlegung der Höhe der jeweiligen Verfahrenskosten ist die gemeinsame Beschwerdeführung als aufwandmindernd zu berücksichtigen. Die Kosten der zusätzlichen Zwischenverfügung, mit der über den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bzw. Erlass von vorsorglichen Massnahmen entschieden wurde, sind grundsätzlich unabhängig vom Ergebnis in der Hauptsache zu verlegen. Da den Anträgen der Beschwerdeführenden in wesentlichen Punkten, aber nicht vollständig stattgegeben wurde, ist ihnen von den diesbezüglichen Verfahrenskosten nur ein Teil aufzuerlegen.

**11.**

Ausgangsgemäss ist den unterliegenden Beschwerdeführenden in Bezug auf den Endentscheid keine Parteientschädigung zuzusprechen. Da sie indessen in Hinblick auf die Zwischenverfügung vom 15. Mai 2013 als teilweise obsiegend anzusehen sind, ist ihnen dafür eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 12'000.– werden den Beschwerdeführenden auferlegt.

Die einbezahlten Kostenvorschüsse in der Höhe von je Fr. 5'000.– werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet und den Beschwerdeführenden wird je Fr. 1'000.– zurück erstattet.

**3.**

Den Beschwerdeführenden wird zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde; Beilagen: 3 Rückerstattungsformulare)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 29. August 2014