

## **BGer 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016**

Bundesgericht, 2016-12-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_352\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_352_2016)

FR: TF 2C\_352/2016 du 9 décembre 2016

IT: TF 2C\_352/2016 del 9 dicembre 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführerinnen 1, 2 und 3 sowie der Beschwerdeführer 4 (zusammen die Beschwerdeführenden) haben frist- ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und formgerecht ( Art. 42 BGG ) eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Die Beschwerde richtet sich in dem Umfang, wie die Beschwerdeführenden die Aufhebung des angefochtenen Urteils beantragen, gegen einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist insoweit zulässig ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG ). Nicht eingetreten werden kann auf die Beschwerde insofern, als die Beschwerdeführenden die Aufhebung der

erstinstanzlichen Verfügung der FINMA vom 21. März 2016 beantragen, welche durch das angefochtene vorinstanzliche Urteil ersetzt worden ist ( Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ; Urteil 2C\_903/2010 vom 6. Juni 2011 E. 1, nicht publiziert in BGE 137 II 233 ; zum Devolutiveffekt BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; 129 II 438 E. 1 S. 441).

#### **E. 1.2**

Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat ( Art. 89 Abs. 1 lit. b und lit. c BGG ); dies setzt voraus, dass die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens noch beeinflusst werden kann ( BGE 140 II 214 E. 2.1 S. 218; 133 II 409 E. 1.3 S. 413).

Die Beschwerdeführenden haben in dem Umfang, wie auf ihre Beschwerde einzutreten ist, die vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen vorinstanzlichen Urteils beantragt. Dieser Antrag gibt deswegen, weil die Beschwerdeführenden mit der Aufhebung des angefochtenen Urteils die für sie nachteiligen Rechtsfolgen vollständig beseitigen können, zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass (zum fehlenden Erfordernis eines negativen Feststellungsantrages Urteil 2C\_444/2015 vom 4. November 2015 E. 1.2). Zu prüfen ist nachfolgend jedoch im Einzelnen, ob die Beschwerdeführenden an der Behandlung des gestellten Antrags auf Aufhebung des angefochtenen Urteils ein schutzwürdiges, aktuelles und praktisches Interesse haben.

##### **E. 1.2.1**

Grundsätzlich geht das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung gegen die direkt angeordnete Liquidation nicht dadurch verloren, dass die

FINMA mit der im vorinstanzlichen Verfahren angefochtenen Verfügung vom 24. April 2015, Dispoziff. 23, über die Beschwerdeführerin 1 (X. \_\_\_\_\_), sowie mit Verfügung vom 8. Oktober 2015 über die Beschwerdeführerin 2 (Y. \_\_\_\_\_)

den Konkurs eröffnet hat. Anders als in durch den

ordentlichen Konkursrichter eröffneten (Art. 189 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 [SchKG; SR 281.1])

Konkursverfahren wurden die Konkursöffnungen vorliegend durch

anfechtbare Verfügungen der FINMA (vgl. zur Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen dem ordentlichen Konkursrichter und der FINMA Art. 33 ff. des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 [BankG; SR 952.0] und Art. 173b SchKG) angeordnet, sowie Verwertungshandlungen bis zum Eintritt in Rechtskraft der betreffenden Verfügungen der FINMA auf sichernde und werterhaltende Massnahmen beschränkt. Die Eröffnung des Konkurses steht somit einer Beschwerdeführung an sich nicht entgegen. Die mit Verfügung der FINMA vom 8. Oktober 2015, Dispoziff. 1 angeordnete Konkursöffnung über die Beschwerdeführerin 2 (Y. \_\_\_\_\_) ist jedoch während laufender Rechtsmittelfrist unangefochten geblieben und in (formelle) Rechtskraft erwachsen, womit sich der Beschwerdeantrag auf Einstellung des Konkursverfahrens ungeachtet seiner Zulässigkeit auf jeden Fall als verspätet erweist. Die Konkursöffnung über die Beschwerdeführerin 2 ist nach dem vorliegenden Verfahrensstand

unabwendbar geworden, weshalb die Beschwerdeführerin 2 bereits im Zeitpunkt der Einreichung ihrer Beschwerde bei Bundesgericht

kein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung mehr hatte. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist daher nicht einzutreten.

### **E. 1.2.2**

Zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass gibt im vorliegenden Verfahren der Umstand, dass die Beschwerdeführenden 1, 3 und 4 eine

nachträgliche Bewilligung ihrer Tätigkeit in ihrer Beschwerde nicht thematisiert haben. Bei der unterstellungspflichtigen Tätigkeit, welche die Beschwerdeführenden allenfalls ausgeübt haben, handelt es sich um die

gewerbsmässige Entgegennahme von Publikums geldern im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG. Eine nachträgliche Erteilung einer Bankbewilligung ( Art. 3 Abs. 1 BankG ) zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 [FINMAG; SR 956.1]) fällt mangels vorgeschriebenem Mindestkapital ( Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG ) und einer adäquaten Organisation ( Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG ) zum Vornherein ausser Betracht, weshalb die FINMA direkt gestützt auf Art. 37 Abs. 3 FINMAG in Verbindung mit Art. 23

quinquies BankG die Liquidation der beschwerdeführenden Gesellschaften als Rechtsfolge der bewilligungslosen Ausübung einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit angeordnet hat (vgl. hingegen zur Rechtslage in Anwendung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 [GwG; SR 955.0]; Urteil 2C\_303/2016 vom 24. November 2016 E. 2.6). Die Frage, ob das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung deswegen verloren ging, weil die Rechtsfolge der Liquidation mit der Verweigerung der nachträglichen Bewilligung unabwendbar geworden

ist, stellt sich somit nicht.

### **E. 1.2.3**

Nicht eingetreten werden kann jedoch auf den Antrag der Beschwerdeführenden auf Aufhebung des angefochtenen Urteils in dem Umfang, wie die Vorinstanz ihre Beschwerde gegen die erstinstanzliche

Feststellung einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten abgewiesen hat. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

Ausschlaggebend dafür, ob die FINMA im erstinstanzlichen Verfahren eine Verfügung erlassen hat, ist grundsätzlich der

materielle Verfügungsbegriff von Art. 5 VwVG ( Art. 53 FINMAG in Verbindung mit Art. 5 VwVG ; Urteil 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 2, mit Hinweisen; UHLMANN, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N. 17 ff., N. 132 zu Art. 5 VwVG ; MARKUS MÜLLER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, N. 7 zu Art. 5 VwVG ). Der Erlass von Feststellungsverfügungen mit "Sanktionscharakter" (so Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2881) ist in Art. 32 FINMAG geregelt; diese spezialgesetzliche Bestimmung geht Art. 25 VwVG vor (zur Abgrenzung vgl. HSU/BAHAR/RENNINGER, Basler Kommentar zum Börsengesetz | Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 3 ff. zu Art. 32 FINMAG ). Art. 32 FINMAG bestimmt, dass die FINMA, sofern die oder der Beauftragte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, jedoch

keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes angeordnet werden müssen, eine Feststellungsverfügung treffen kann (so genannte "Subsidiarität" der Feststellungsverfügung, vgl. ausführlich HSU/BAHAR/RENNINGER, a.a.O., N. 24 zu Art. 32 FINMAG ). In allen übrigen Fällen, in welchen die FINMA - wie im vorliegenden Fall - zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes eine Leistungsverfügung und/oder eine repressive Sanktion auszusprechen hat, kommt der Feststellung der (schweren) Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen nur

Begründungsfunktion zu (HSU/BAHAR/RENNINGER, a.a.O., N. 24 zu Art. 32 FINMAG ; zum fehlenden Verfügungscharakter trotz Erwähnung im Dispositiv vgl. auch BGE 118 Ib 172 E. 6 S. 173 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 2.9). An der Aufhebung dieser

der Begründung der Auflösung und Liquidation dienenden Feststellung fehlte und fehlt den Beschwerdeführenden 1, 3 und 4 jedoch das

schutzwürdige Interesse ( Art. 48 Abs. 1 VwVG ; MARANTELLI/HUBER, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N. 15 zu Art. 48 VwVG ), weshalb die Vorinstanz in diesem Punkt zu Unrecht auf die im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Beschwerde eingetreten ist. Weil sich der Streitgegenstand

im Verfahren des nachträglichen Verwaltungsjustizverfahrens im Laufe des Verfahrens nur verengen, aber nicht erweitern ( BGE 136 II 165 E. 5 S. 174; 133 II 30 E. 2 S. 31 f.) kann, führt dies dazu, dass ungeachtet derer materiellen Behandlung durch die Vorinstanz auch im bundesgerichtlichen Verfahren von einer fehlenden selbstständigen Feststellung auszugehen ist, und auf den (sinngemässen) Antrag auf Aufhebung des angefochtenen

Urteils in diesem Punkt mangels schutzwürdigen Interesses nicht eingetreten werden kann (ebenso Urteil 2C\_303/2016 vom 24. November 2016 E. 2.5.1).

#### **E. 1.2.4**

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 1 und 3 sowie des Beschwerdeführers 4, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben, mit ihren Anträgen unterlegen sind und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen vorinstanzlichen Urteils haben, ist somit im Sinne der oben stehenden Erwägungen einzutreten ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 1.3**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f. mit Hinweis). Die Verletzung von Grundrechten untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

#### **E. 1.4.1**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann von Amtes wegen oder auf Rüge hin berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 1.4.2**

Offensichtlich unrichtig festgestellt ist ein Sachverhalt, wenn er willkürliche Feststellungen beinhaltet ( BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62). Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, beruht auch eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung auf einer Rechtsverletzung: Was rechtserheblich ist, bestimmt das materielle Recht (Urteil 5A\_733/2009 vom 10. Februar 2010 E. 2.2 [nicht veröffentlicht in BGE 136 III 209 ] mit Hinweis auf BGE 123 III 35 E. 2b S. 40 f.; MEYER, Wege zum Bundesgericht - Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 146/2010 S. 857). Eine in Verkennung der Rechtserheblichkeit unvollständige Erstellung der für die rechtliche Beurteilung massgeblichen Tatsachen stellt eine Verletzung materiellen Rechts dar ( BGE 136 II 65 E. 1.4 S. 68, 134 V 53 E. 4.3 S. 62; MEYER, a.a.O., S. 857). Geht der zu ergänzende Sachverhalt eindeutig und unter gewahrtem Gehörsanspruch der Betroffenen aus den Akten hervor, kann das Bundesgericht ihn selbst ergänzen; eine Rückweisung an die Vorinstanz zur weiteren Sachverhaltsfeststellung käme diesfalls einem unnötigen Leerlauf gleich ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; Art. 107 Abs. 2 BGG ; BGE 131 II 470 E. 2 S. 476; CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 19 zu Art. 107 BGG ; MEYER, a.a.O., S. 875; zur fehlenden Qualifikation solcher Sachverhaltselemente als Noven BGE 136 V 365 E. 3.3.1 S. 364 f.; CORBOZ, a.a.O., N.

13a zu Art. 99 BGG ).

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 sowie der Beschwerdeführer 4 rügen vorab, der Sachverhalt sei durch die Vorinstanz in Verletzung des Selbstbelastungsverbots ( Art. 6 Ziff. 1 EMRK ) erstellt worden; der behauptete Sachverhalt könne ohne Berücksichtigung der Aussagen von A.\_\_\_\_\_ nicht als bewiesen gelten. Als Eventualstandpunkt machen sie geltend, die behauptete Geschäftstätigkeit würde deswegen nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG qualifizieren, weil die Ausnahmebestimmung (Waren- und/oder Dienstleistungsvertrag) von Art. 3a Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (aBankV; AS 1972 821) Anwendung finde: In den abgeschlossenen Rechtsgeschäften seien den Käufern dingliche Rechte an Grundstücken übertragen worden, weshalb die entgegen genommenen Gelder eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung von Eigentum bilden würden und somit nicht als Einlagen qualifizieren könnten. Die Vorinstanz habe zu Unrecht die Rechtsfrage des Eigentumserwerbs nach schweizerischem anstelle von spanischem Recht beurteilt, was das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291) verletze.

### **E. 2.1**

Gemäss im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten gebliebenen Sachverhaltsfeststellungen (vgl. angefochtenes Urteil, S. 13) und den in den Akten liegenden

Musterverträgen bietet X.\_\_\_\_\_ seit 2013 interessierten Kunden die Möglichkeit zu einem "Direktinvestment in Olivenhaine" in Spanien. Das Angebot besteht darin, dass Anleger mit Abschluss eines "Kauf-, Miet- und Rückkaufvertrages" einen "Bestand an ausgewachsenen Olivenbäumen" (Olivenhain) erwerben und diesen unmittelbar für eine feste Laufzeit von 10 Jahren an die X.\_\_\_\_\_ zu einem "Mietzins" von 10 % des Kaufpreises jährlich zurückvermieten, womit den Anlegern letztlich eine Verdoppelung ihres Einsatzes angeboten wird. Bereits bei Vertragsschluss vereinbarten die Parteien, dass X.\_\_\_\_\_ am Ende der Laufzeit der Verträge auf entsprechende Ausübung eines Gestaltungsrechts des Investors hin verpflichtet ist, die Olivenhaine zum ursprünglichen Kaufpreis wieder zu erwerben; den Investoren steht somit bei Ende der Laufzeit der Verträge ein unbedingter Anspruch auf Rückleistung der getätigten Investition zu. Die Untersuchung (insbesondere die

Auswertung einer EDV-Datei ) ergab, dass effektiv über 560 Olivenhaine zu einem Gesamterlös von mindestens CHF 5.3 Mio. verkauft worden sind. Für diese Investitionsmöglichkeit warb X.\_\_\_\_\_ auf einer eigens dafür eingerichteten Internetseite; in der Folge wurde die Verantwortung für die Seite auf die Z.\_\_\_\_\_ übertragen. Wie aus den

abgeschlossenen und aktenkundigen Verträgen hervorgeht, war der Kaufpreis gewöhnlich auf Konten der X.\_\_\_\_\_ zu begleichen, wobei in mehreren Verträgen den Anlegern ein Konto der Y.\_\_\_\_\_ als Zahlstelle angegeben wurde. Aus der

Buchhaltung geht hervor (vgl. dazu den [in diesem Punkt unbestrittenen] Bericht des Untersuchungsbeauftragten vom 13. August 2014, S. 37 f., NN. 9.2.1, 9.2.2), dass die jährliche Ausrichtung der Zinszahlung von 10 % des Kaufpreises bis anhin nur mit Geldern neuer Anleger finanziert werden konnte; nicht nachvollziehbar ist anhand dieser

Unterlagen, wie am Ende der Laufzeit der Verträge die Rückkaufpreise finanziert werden könnten.

## **E. 2.2**

Dieser aus den

zitierten Urkunden hervorgehende Sachverhalt ist auch dem bundesgerichtlichen Verfahren zu Grunde zu legen ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; zur Möglichkeit der Sachverhaltsergänzung im bundesgerichtlichen Verfahren aus im Recht liegenden Akten BGE 131 II 470 E. 2 S. 476; CORBOZ, a.a.O., N. 19 zu Art. 107 BGG ; zur fehlenden Qualifikation solcher Sachverhaltselemente als Noven BGE 136 V 365 E. 3.3.1 S. 364 f.; CORBOZ, a.a.O., N. 13a zu Art. 99 BGG ). Konnte der

rechtserhebliche Sachverhalt im vorinstanzlichen Verfahren

durch Urkunden belegt oder kann er im bundesgerichtlichen Verfahren durch unbestritten gebliebene, von den Beschwerdeführenden selbst erstellte und im Recht liegende

Urkunden ergänzt werden, vermögen die Aussagen von A. \_\_\_\_\_ im erstinstanzlichen Verfahren sowie die übrigen Sachverhaltsfeststellungen im Bericht des Untersuchungsbeauftragten vom 13. August 2014

den Verfahrensausgang nicht zu beeinflussen . Die Behebung der gerügten Mängel, wonach die erst- bzw. die vorinstanzliche

Sachverhaltsfeststellung in Verletzung des konventionsrechtlich garantierten Selbstbelastungsverbots ( Art. 6 Ziff. 1 EMRK ; EGMR-Urteile

Marttinen gegen Finnland vom 21. April 2009 [Nr. 19235/03] § 60;

Murray gegen Vereinigtes Königreich vom 8. Februar 1996 [Nr. 18731/ 91], Recueil CourEDH 1996-I S. 30 § 45 f.; vgl. BGE 140 II 384 E. 3.3.2 S. 390 f.; 138 IV 47 E. 2.6.1 S. 51 f.; 131 IV 36 E. 3.1 S. 40 ff.; Urteil 2C\_739/2015 vom 25. April 2016 E. 3.4, zur Publ. vorg.), in Vorverurteilung (pauschale Unterstellung des Betriebs eines Schneeballsystems) oder in Verletzung der Unschuldsvermutung durch voreingenommene Untersuchungsbeamte erfolgt sei, die zudem auch noch unzutreffende rechtliche Würdigungen getätigt hätten, würde somit am Verfahrensausgang nichts ändern. Die Sachverhaltsrüge (vgl. zur Qualifikation als solche MARKUS SCHOTT, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 16 ff. zu Art. 97 BGG ) erweist sich deshalb zum Vornherein als unbegründet ( Art. 97 Abs. 1 BGG ), weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

## **E. 3.1**

Nicht als Einlagen im Sinne der in zeitlicher Hinsicht anwendbaren bankenrechtlichen Vorschriften ( Art. 1 Abs. 2 BankG ; Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV) gelten Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden. Massgeblich ist, ob dem einzelnen Vertragspartner

tatsächlich dingliche Rechte übertragen werden (Urteil 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2.1). Als Vorfrage gälte es somit zu klären, ob den Vertragspartnern gemäss dem nach Bundesrecht (IPRG) anwendbaren Recht dingliche Rechte an in Spanien liegenden Grundstücken übertragen worden sind, was das Bundesgericht als Frage des Bundesrechts

frei überprüfen könnte ( BGE 138 II 536 E. 5.4.1 S. 541 f.). Diese im vorinstanzlichen Verfahren behandelten und durch die Beschwerdeführenden in der Beschwerdeschrift ausdrücklich gerügten Rechtsfragen können jedoch deswegen offen bleiben, weil in der vorliegenden Konstellation wegen

Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften nicht auf die von den Parteien getroffene zivilrechtliche Rechtsgestaltung abgestellt werden kann.

### **E. 3.2**

Bei Gestaltungen, welche jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegen, ist näher zu prüfen, ob die Ausnahmebestimmung von Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV

missbräuchlich, d.h. zu Zwecken, die nicht in Übereinstimmung mit den Zielen und Zwecken des Gesetzes stehen, angerufen wird. Wird eine solche missbräuchliche Anrufung bejaht, ist der aufsichtsrechtlichen Beurteilung sachverhaltsmässig nicht die gewählte zivilrechtliche, sondern diejenige Rechtsgestaltung zu Grunde zu legen, welche sachgemäss gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen (

Sachverhaltsfiktion). Aufsichtsrechtliche Bestimmungen zwecks Anleger-, Investoren- und Gläubigerschutz, insbesondere solche über Bewilligungen als Voraussetzung für einen Marktzutritt, sollen nicht durch konstruierte zivilrechtliche Rechtsgestaltungen umgangen werden können (vgl. ebenso zur Gruppenbetrachtung bei nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten arbeitsteiligem Vorgehen BGE 136 II 43 E. 4.3.1 S. 49 f.; Urteil 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 2.2; zur vergleichbaren Situation des Rechtsmissbrauchstatbestandes bei der Steuerumgehung BGE 138 II 239 E. 4.1 S. 243 ff.; 131 II 627 E. 5.2 S. 636; Urteil 2C\_476/2010 vom 19. März 2012 E. 3.1; BEAT BAUMGARTNER, Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz, Diss. Zürich 2010, S. 240 f.).

### **E. 3.3**

Wirtschaftlich betrachtet wirkten X., Y. und Z. arbeitsteilig als Gruppe (vgl. dazu BGE 136 II 43 E. 4.3.1 S. 49 f.; Urteil 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 2.2) dahingehend zusammen, dass sie gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber mehr als 20 Kunden eingingen, mit denen sie selber zu Rückzahlungsschuldern der entsprechenden Leistung wurden bzw. verbotenerweise dafür Werbung betrieben haben (vgl. zu den sachverhaltsmässigen Grundlagen oben, E. 2.1). Damit haben sie den Tatbestand der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumsgeldern bzw. verbotener Werbung dafür erfüllt ( Art. 1 Abs. 2 BankG ; Art. 3, Art. 3a Abs. 2 aBankV; BGE 136 II 43 E. 4.2 S. 48 f.; 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391; Urteile 2C\_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.5; 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 2.1; 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 2.1; 2C\_89/2010, 2C\_106/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1, nicht publ. in BGE 137 II 284 ; 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 2.1; 2C\_74/2009 vom 22. Juni 2009 E. 2.2.1). Insbesondere auf Grund des gänzlich fehlenden Geschäftsmodells dafür, wie zusätzlich zu den jährlichen Zinszahlungen von 10 % des Kaufpreises die Rückkaufpreise finanziert werden sollten, ist nicht von einer realen Investition in Olivenhaine bzw. in daraus gewonnene Produkte, sondern von einer zivilrechtlichen Rechtsgestaltung auszugehen, welche zwecks Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften über bankengesetzliche Bewilligungsvorschriften gewählt worden ist (vgl. oben, E. 3.2). Die Ausnahmebestimmung von Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV kommt somit wegen missbräuchlicher Anrufung nicht zur Anwendung; massgeblich für die aufsichtsrechtliche

Beurteilung ist vielmehr die

wirtschaftlich im Vordergrund stehende, aus Sicht des Investors unbedingt bestehende Rückzahlungsverpflichtung der getätigten Investition. Damit erweist sich die Rechtsauffassung der Vorinstanz, die Beschwerdeführenden hätten ohne Bewilligung ( Art. 3 Abs. 1 BankG ) gewerbsmässig Publikumseinlagen ( Art. 1 Abs. 2 BankG ; Art. 3a Abs. 2 aBankV ) entgegen genommen bzw. dafür verbotenerweise geworben ( Art. 3 Abs. 1 aBankV ), und somit bewilligungslos eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ( Art. 37 Abs. 3 FINMAG ) ausgeübt, als zutreffend.

#### **E. 4.1**

Als Rechtsfolge einer bewilligungslos ausgeübten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen sieht der Gesetzeswortlaut ( Art. 37 Abs. 3 und Abs. 2 FINMAG in Verbindung mit Art. 23

quinquies Abs. 1 BankG)

zwingend die Liquidation vor (zur zwingenden Rechtsfolge der Liquidation unbewilligt tätiger, nicht bewilligungsfähiger Banken bzw. Effekthändler BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321; 116 Ib 193 E. 2d S. 197; 115 Ib 55 E. 3 S. 58; 98 Ib 269 E. 4 S. 272 ff.; zur Lehre RETO ARPAGAU, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, NN. 3, 6 zu Art. 23

quinquies BankG [Ausgabe Juli 2015]; TOMAS POLEDNA/ DAVIDE JERMINI, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 13, N. 15 zu Art. 23

quinquies BankG; KATJA ROTH PELLANDA, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz | Finanzmarktgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 24 zu Art. 37 FINMAG ; ZULAUF, a.a.O., S. 223, S. 242; ebenso der historische Gesetzgeber in Botschaft BankG 2002, BBl 2002 8075 f.; so bereits Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970 [Botschaft BankG 1970], BBl 1970 I 1179). Die strenge Sanktion dient dem effektiven Gläubigerschutz (POLEDNA/JERMINI, a.a.O., N. 15 zu Art. 23

quinquies BankG; Botschaft BankG 1970, BBl 1970 I 1179). Dem unbewilligt als Bank tätig gewesenen Rechtsträger muss unter diesem Aspekt insbesondere nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, seine rechtswidrige Geschäftstätigkeit in eine legale zu überführen ( BGE 132 II 382 E. 7.1 S. 396; ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHKE/EYMANN/AMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 258 f.; POLEDNA/ JERMINI, Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 15 zu Art. 23

quinquies BankG). In Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ( Art. 5 Abs. 2 BV ) rechtfertigt sich eine vollständige Liquidation, wenn der betreffende Rechtsträger vorwiegend im bewilligungspflichtigen Bereich tätig war und davon ausgegangen werden muss, dass er seine Tätigkeit ohne Bewilligung fortsetzen wird ( BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321; 129 II 438 E. 4.1 S. 447; ROTH PELLANDA, a.a.O., N. 27 zu Art. 37 FINMAG ). Geht eine Gesellschaft sowohl einer bewilligungspflichtigen wie auch einer finanzmarktrechtlich unbedenklichen Tätigkeit nach, ist, unter der Voraussetzung deren selbstständiger Bedeutung und einer buchhalterisch möglichen Abgrenzung, nur der bewilligungspflichtige Teil zu liquidieren ( BGE 131 II 306 E. 3.3 S. 317).

## **E. 4.2**

Die aufsichtsrechtliche Liquidation erfolgt grundsätzlich nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln (vgl. Art. 739 ff. OR ; BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321). Erweist sich die Gesellschaft als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, kann die FINMA gemäss Art. 33 BankG die Konkursliquidation anordnen ( Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 FINMAG ; Art. 25 ff., Art. 33 ff. BankG ); das allgemeine SchKG kommt in diesem Fall bloss im entsprechend modifizierten Umfang zur Anwendung. Die Sanierungsfähigkeit ( Art. 28 ff. BankG ) des unbewilligt tätigen Finanzintermediärs braucht in der Regel jeweils nicht mehr gesondert geprüft zu werden; mit der nachträglichen Bewilligungsverweigerung und der Anordnung der Liquidation steht fest, dass eine Fortführung als bewilligter Betrieb ausgeschlossen ist. Nach Art. 29 BankG kann ein Sanierungsplan in jedem Fall nur genehmigt werden, wenn er die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen gesetzlichen Vorschriften auch künftig sicherstellt; dies ist bei einem nachträglich nicht bewilligungsfähigen, illegal tätigen Finanzintermediär zum Vornherein nicht möglich ( BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321).

### **E. 4.3.1**

Ob die Liquidation auf dem Weg des Konkursverfahrens gegenüber der Beschwerdeführerin 2 (Y.\_\_\_\_\_) verhältnismässig war, muss vorliegend nicht vertieft werden (oben, E. 1.2.1).

### **E. 4.3.2**

Die Beschwerdeführerin 1 (X.\_\_\_\_\_) und die Beschwerdeführerin 3 (Z.\_\_\_\_\_) machen ihrerseits nicht ansatzweise geltend, sie hätten neben der bewilligungslos ausgeübten, bewilligungspflichtigen Tätigkeit auch finanzmarktrechtlich unbedenkliche Tätigkeiten ausgeübt, weshalb sich ihre vollständige Auflösung und Versetzung in Liquidation unter diesem Gesichtspunkt als verhältnismässig erweist. Der Beschwerdeführerin 1 ist entgegen ihrer Rechtsauffassung unter

Verhältnismässigkeitskriterien nicht die Gelegenheit einzuräumen, ihre Geschäftstätigkeit dem geltenden Recht anzupassen (oben, E. 4.).

### **E. 4.3.3**

Bei der Beschwerdeführerin 1 (X.\_\_\_\_\_) bestand im Zeitpunkt der Eröffnung der Konkursliquidation eine begründete Besorgnis der Überschuldung (vgl. angefochtenes Urteil, E. 4.4.1), weshalb die Abwicklung auf dem Wege der Konkursliquidation nicht zu beanstanden ist. Wegen der

fehlenden Rechtserheblichkeit der

Sanierungsfähigkeit eines unbewilligten Rechtsträgers (vgl. oben, E. 4.2, E. 1.4.2) ist die Vorinstanz entgegen der Beschwerdeschrift nicht in Willkür verfallen, als sie bei den tatsächlichen Feststellungen zu den

finanziellen Mitteln der Beschwerdeführerin 1 entsprechende Möglichkeiten ausser Acht liess.

### **E. 4.3.4**

Zusammenfassend erweist sich die vollständige Liquidation der Beschwerdeführenden 1 und 3 als eine verhältnismässige Rechtsfolge für die bewilligungslos ausgeübte Tätigkeit als

Bank. Auch die für die Beschwerdeführerin 1 angeordnete Abwicklung auf dem Wege der Konkursliquidation ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 5**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG ). Parteientschädigungen werden nicht gesprochen ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.