

## **BGer 2C\_858/2017 vom 15. März 2018**

Bundesgericht, 2018-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_858\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_858_2017)

FR: TF 2C\_858/2017 du 15 mars 2018

IT: TF 2C\_858/2017 del 15 marzo 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführer 1-3 haben eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Sie richtet sich gegen einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG ).

#### **E. 1.2**

Die Beschwerde hat ein Rechtsbegehren zu enthalten ( Art. 42 Abs. 1 BGG ). Da die Beschwerde an das Bundesgericht ein reformatorisches Rechtsmittel ist ( Art. 107 Abs. 2 BGG ), darf sich die Beschwerde grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Urteils zu beantragen, sondern muss einen Antrag in der Sache stellen ( BGE 134 III 379 E. 1.3 S. 383; 133 III 489 E. 3.1 S. 489 f.). Die Beschwerdeführer stellen einen rein kassatorischen Antrag, was bei belastenden Anordnungen ohne Weiteres zulässig ist. Aus der Begründung der Beschwerde, die zur Interpretation des Rechtsbegehrens nach Treu und Glauben beigezogen werden kann (anstatt vieler BGE 137 II 313 E. 1.3 S. 317), ist zudem ersichtlich, dass sie anstelle der vorinstanzlich bestätigten Konkursliquidation die Anordnung einer gesellschaftsrechtlichen Auflösung anstreben. Auf das gestellte Rechtsbegehren kann eingetreten werden.

#### **E. 1.3**

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 ), das praktisch und aktuell sein muss ( BGE 139 I 206 E. 1.1 S. 208 ; 137 I 296 E. 4.2 S. 299 ; 137 I 23 E. 1.3 S. 24 f.). Hat eine Vorinstanz das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses im vorinstanzlichen Verfahren zu Unrecht bejaht und (anstelle eines Nichteintretensentscheids) einen materiellen Beschwerdeentscheid erlassen, so ist, wie die FINMA dies in jenem Verfahrensstadium vernehmlassungsweise geltend machte, der materielle Beschwerdeentscheid auf Beschwerde hin aufzuheben ( BGE 131 II 587 E. 5.1 S. 592; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 6 VwVG ). Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz im vorinstanzlichen Verfahren zu Recht ein aktuelles, praktisches und schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers bejahte, andernfalls der angefochtene Entscheid aufzuheben ist.

##### **E. 1.3.1**

Ein praktisches Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG kann nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die

überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden können und die

konkret als Rechtsbegehren gestellt werden (Urteil 2C\_383/2014 vom 15. September 2014 E. 4.6, unter Verweis auf BGE 137 II 313 E. 3.3.1 S. 320 f.). Die Beschwerdeführer haben sich im vorinstanzlichen Verfahren nicht gegen die Auflösung und Versetzung in den Liquidationszustand (Dispositivziffer 3) gewendet, sondern nur die

Aufhebung der Konkureröffnung (Dispositivziffer 4) und die Modalitäten der Liquidation auf dem Konkursweg (Dispositivziffern 5-10) anbegehrt; eine positive Anordnung einer Auflösung nach den anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Regeln ( Art. 913 OR ; zur Auflösung nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln gemäss Art. 739 ff. OR vgl. BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321) haben sie jedoch nicht beantragt. Die Aufrechterhaltung der Versetzung in Auflösung und in das Liquidationsstadium (Dispositivziffer 3) ohne jegliche aufsichtsrechtliche Anordnungen über die Liquidation (vorliegend Dispositivziffern 4-10) widerspricht jedoch zum Vornherein der Vorgabe von Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) in Verbindung mit Art. 36 BEHG ,

wonach die FINMA bei aufsichtsrechtlich begründeten Liquidationen den Liquidator zu bezeichnen und dessen Tätigkeit zu überwachen hat (URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement - Verfahren zur Durchsetzung des Schweizerischen Finanzmarktrechts, 2. Aufl. 2014, S. 257; THOMAS BAUER, Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 4 zu Art. 36 BEHG ; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen 2010, S. 70). Das im vorinstanzlichen Verfahren gestellte Rechtsbegehren (auf Aufrechterhaltung der Liquidation unter Aufhebung jeglicher Anordnungen über dessen Abwicklung) konnte mit der Beschwerde somit nicht erreicht werden, weshalb darauf grundsätzlich nicht eingetreten werden könnte.

### **E. 1.3.2**

An einem praktischen und aktuellen Interesse an der Beschwerdeführung fehlt es insbesondere auch, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation eines Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens nicht mehr beeinflusst werden kann ( BGE 140 II 214 E. 2.1 S. 218; 133 II 409 E. 1.3 S. 413; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N. 946), wobei es einem Beschwerdeführer offen steht, die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Ausnahme von diesem Erfordernis in seiner Beschwerdeschrift darzulegen. Diese Prozessvoraussetzung führt bei Liquidations- und Verwertungsanordnungen dazu, dass an Beschwerden gegen unumkehrbare Liquidations- oder Verwertungshandlungen grundsätzlich kein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung besteht (grundlegend Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004 E. 2.2, letztmals bestätigt in Urteil 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 1.2.1; ebenso Urteil 2C\_1087/2017 vom 3. Januar 2018 E. 2.4.1). Die materielle Verknüpfung zwischen Bewilligungszug ( Art. 37 Abs. 1 FINMAG ) bzw. bewilligungsloser Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit ( Art. 37 Abs. 3 FINMAG ) und Versetzung in das Liquidationsstadium gemäss anwendbarem Spezialgesetz ( Art. 37 Abs. 2 FINMAG ) kann zudem dazu führen, dass durch die rechtskräftige Verweigerung einer nachträglichen Bewilligung die Auflösung und

Versetzung in das Liquidationsstadium unabwendbar wird, weshalb es in solchen Konstellationen ebenfalls an einem aktuellen und praktischen Interesse an einer Beschwerdeführung gegen die

Auflösung und Versetzung in das Liquidationsstadium fehlen kann. Wie die Vorinstanz jedoch zutreffend erkannte, sind selbst bei nicht mehr abwendbaren Liquidationen die

Modalitäten der Durchführung der Liquidation (gemäss den anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Normen oder gemäss aufsichtsrechtlicher Spezialgesetzgebung, vgl. ausführlich URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 257 ff.; TERLINDEN, a.a.O., S. 69 f.) Verfügungsmässig zu regeln und hat ein Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse daran, die

Modalitäten der Durchführung der Liquidation überprüfen zu lassen (Urteile 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.1, 2C\_829/2013 vom 7. März 2014 E. 1.3; ebenso Urteil 2C\_97/2015 vom 28. April 2015 E. 2.3 in fine).

### **E. 1.3.3**

Die Vorinstanz legte jedoch das im vorinstanzlichen Verfahren gestellte kassatorische Rechtsbegehren auf Aufhebung der Anordnungen der FINMA über die Konkursliquidation gestützt auf die Beschwerdebegründung nach Treu und Glauben dahingehend aus, die Beschwerdeführer wollten die Modalitäten der Durchführung der Liquidation der betroffenen Gesellschaften auf dem Wege der aufsichtsrechtlichen Liquidation überprüfen lassen, und bejahte ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführer ( Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG ) an der vorinstanzlichen Beschwerdeführung. Diese Auslegung und Anwendung der Prozessvoraussetzung des schutzwürdigen Interesses im vorinstanzlichen Verfahren ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführer, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und mit ihren Anträgen unterlegen sind, haben auch im bundesgerichtlichen Verfahren ein schutzwürdiges Interesse ( Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG ) auf Abänderung (vgl. dazu oben, E. 1.2) des angefochtenen Entscheids. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.4**

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

### **E. 2**

Mit dem Entzug verliert die oder der Beaufsichtigte das Recht, die Tätigkeit auszuüben. Die übrigen Folgen des Entzugs richten sich nach den anwendbaren Finanzmarktgesetzen.

### **E. 2.1**

Vorliegend hatte die FINMA in ihrer Verfügung vom 24. April 2015 zusammenfassend (ausführlich oben, Sachverhalt A) erwogen, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hätten

gemeinsam als Gruppe ohne Bewilligung den Effektenhandel betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Der Beschwerdeführer 3 sei aufgrund seines

massgeblichen Beitrags an der unbewilligten Tätigkeit (ohne Bewilligung) gewerbsmässig als Effektenhändler tätig geworden und habe dadurch aufsichtsrechtliche Bestimmungen (BEHG) schwer verletzt. Als Rechtsfolge der unbewilligt ausgeübten bewilligungspflichtigen Tätigkeit ordnete die FINMA die

Auflösung und den

Eintritt in das Liquidationsstadium der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 an und verfügte, die Liquidation werde auf dem

Wege des Konkurses durchgeführt.

### **E. 2.2**

Art. 37 FINMAG (Entzug der Bewilligung, der Anerkennung, der Zulassung oder der Registrierung) lautet wie folgt:

1 Die FINMA entzieht einer oder einem Beaufsichtigten die Bewilligung, die Anerkennung, die Zulassung oder die Registrierung, wenn sie oder er die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 haben

gemeinsam als Gruppe eine auch

nachträglich nicht bewilligungsfähige, als gewerbsmässigen Effektenhandel zu qualifizierende Tätigkeit betrieben bzw. hat Beschwerdeführer 3

massgeblich zu dieser unbewilligten Tätigkeit beigetragen; sämtliche Beschwerdeführer haben somit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Steht fest, dass ein

bewilligungslos ausgeübter (gewerbsmässiger) Effektenhandel auch

nachträglich nicht bewilligt werden kann, erweist sich die

Auflösung und Versetzung in das Liquidationsstadium nach der von der EBK begründeten Praxis als einzige angemessene Rechtsfolge; aus Gründen des Investorenschutzes sind weder ein Verzicht auf das gesetzliche Bewilligungserfordernis noch die bewilligungslose Fortführung der bewilligungspflichtigen Tätigkeit angezeigt (Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission [EBK] vom 19. August 2004 in der Sache S. SA, E. 4 f., veröffentlicht in EBK-Bulletin 46/2004 S. 172; ebenso Verfügung der EBK vom 29. Oktober 2002 in der Sache Braro Roveredo, E. 3 [bestätigt durch Urteil 2A.565/2002 vom 2. April 2003 E. 5.3.2], veröffentlicht in EBK-Bulletin 45/2003 S. 146-148). Diese Praxis der EBK zur Auflösung und Versetzung in das Liquidationsstadium

klar illegaler Banken und Effektenhändlerinnen sollte nach dem Willen des historischen Gesetzgebers in Art. 37 Abs. 3 FINMAG verankert werden, wonach die (jeweils spezialgesetzlich geregelten [ Art. 37 Abs. 2 FINMAG ])

Folgen des Bewilligungsentzugs analog auf

unbewilligt tätige Institute angewendet werden (Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2885, unter Verweis auf EBK-Bulletin 46/2004 S. 61 ff. [ BGE 130 II 351 ]). Für den unbewilligt ausgeübten Effektenhandel bedeutet dies, dass - im Interesse eines effektiven Investorenschutzes - bei fehlender nachträglicher Bewilligungsfähigkeit das unbewilligte Institut nicht nur die bewilligungspflichtige Tätigkeit nicht mehr ausüben darf, sondern auch zu liquidieren ist (THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 3 zu Art. 36 BEHG ; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 254). Geht die Gesellschaft oder die Einzelfirma sowohl einer bewilligungspflichtigen wie auch einer unbedenklichen Tätigkeit nach, ist nur der bewilligungspflichtige Teil zu liquidieren, sofern dies technisch möglich ist und die erlaubte Tätigkeit eine eigenständige Bedeutung hat ( BGE 136 II 43 E. 3.3 S. 47; Urteil 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1). Im Falle einer bloss untergeordneten Bedeutung der legalen Tätigkeit und fehlender buchhalterischer Abgrenzung ist hingegen der gesamte und nicht nur der bewilligungspflichtige Teil der Aktivitäten zu liquidieren ( BGE 131 II 306 E. 3.3 S. 317; ebenso URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 258 f.); insbesondere muss dem Institut keine Möglichkeit eingeräumt werden, die illegale Tätigkeit in eine legale zu überführen (Urteil 2A.565/2002 vom 2. April 2003 E. 5.3).

#### **E. 2.4**

Von der in Art. 36 BEHG (anwendbar in Verbindung mit Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 FINMAG ) spezialgesetzlich angeordneten Rechtsfolge der

Auflösung und Versetzung in das Liquidationsstadium der als GmbH organisierten Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zu unterscheiden ist die

eigentliche Durchführung der Liquidation, die vorliegend Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens bildet. Für die Durchführung der Liquidation wird in erster Linie, soweit vorhanden, auf die anwendbaren spezialgesetzlichen

(gesellschaftsrechtlichen und aufsichtsrechtlichen) Regeln und nur subsidiär auf das SchKG abgestellt (URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 257, S. 258; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen 2010, S. 69 f.). Für als

Aktiengesellschaften organisierte

Banken gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass sie grundsätzlich nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln über die freiwillige Auflösung ( Art. 739 ff. OR ) liquidiert, im Falle der

Überschuldung oder

dauernder Zahlungsunfähigkeit jedoch in Anwendung der aufsichtsrechtlichen Regelung von

Art. 33 ff. BankG (Bankenkonkurs) zu liquidieren sind; das allgemeine Schuldbetreibungs- und Konkursrecht kommt in diesem Fall bloss im entsprechend modifizierten Umfang zur

Anwendung ( BGE 131 II 306 E. 4.1.2 S. 321; 132 II 382 E. 7.2 S. 397). Diese Rechtsprechung findet auch auf die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 Anwendung ( Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 FINMAG , Art. 36 f. BEHG, Art. 33 BankG ; Art. 913 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 739 ff. OR ). Zu beachten ist in jedem Fall - selbst bei einer Abwicklung der Liquidation nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln von Art. 739 ff. OR - die spezialgesetzliche Modifikation von Art. 36 BEHG , wonach die FINMA den Liquidator bezeichnet und seine Tätigkeit überwacht (Urteil 2C\_829/2013 vom 7. März 2014 E. 4.3; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 257).

3.

### **E. 3**

Die Bestimmungen über das Nachlassverfahren (Art. 293-336 SchKG2), über das aktienrechtliche Moratorium (Art. 725 und 725a des Obligationenrechts) und über die Benachrichtigung des Richters (Art. 729b Abs. 24 des Obligationenrechts) sind auf Banken nicht anwendbar.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil die durch die FINMA angeordnete Konkursliquidation (vgl. oben, Sachverhalt, A) mit der Begründung gestützt, die Liquidation auf dem Konkursweg sei anzuordnen, wenn eine Gesellschaft überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig sei ( Art. 36a BEHG in Verbindung mit Art. 33 ff. BankG ). Ob eine Überschuldung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 vorliege, könne deswegen offen bleiben, weil der Konkursgrund der ernsthaften Liquiditätsprobleme der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 erstellt seien: Es sei nicht ersichtlich, wie die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 auf absehbare Zeit wieder ihren fälligen Zahlungsverpflichtungen nachkommen könnten (angefochtenes Urteil, E. 5.2.4).

#### **E. 3.2**

Die vorliegend

sinngemäss ( Art. 36a BEHG ) zur Anwendung gelangende Vorschrift von Art. 33 BankG knüpft inhaltlich an Art. 25 BankG an. Die FINMA wird demnach tätig, wenn die betreffende Gesellschaft

überschuldet ist,

ernsthafte Liquiditätsprobleme hat oder die

Eigenmittelvorschriften nicht mehr einhält (Urteil 2C\_829/2013 vom 7. März 2014 E. 4.3; BAUER/HARI/JEANNERET, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 16 zu Art. 33 BankG ); die FINMA kann diesfalls Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG anordnen ( Art. 25 Abs. 1 lit. a BankG ), ein Sanierungsverfahren nach den Art. 28-32 BankG einleiten ( Art. 25 Abs. 1 lit. b BankG ) oder die

Konkursliquidation nach den Art. 33-37g BankG ( Art. 25 Abs. 1 lit. c BankG ) verfügen. Zu berücksichtigen ist im vorliegenden Zusammenhang, dass die FINMA gegenüber den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 die Auflösung, Versetzung in den Liquidationszustand und die Durchführung der Liquidation auf dem Konkursweg (anstelle einer Auflösung nach den anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, vgl. oben, E. 2.4) infolge

unbewilligt ausgeübtem (gewerbsmässigem) Effektenhandel ausgesprochen hat. Die Bestimmungen über das Sanierungsverfahren sind nicht auf die Konstellation der Liquidation eines unbewilligt tätigen Instituts zugeschnitten, weshalb sie, vorbehaltlich eines öffentlichen Interesses, praxisgemäss auch keine Anwendung finden ( BGE 136 II 43 E. 3.2 S. 46; 132 II 382 E. 7.2 S. 397; 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321; [mittlerweile] Art. 2 Abs. 2 Bankeninsolvenzverordnung [oben, E. 2.2]; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 342). Ein Sanierungsplan könnte zudem nur genehmigt werden, wenn er die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen gesetzlichen Vorschriften auch künftig sicherstellt; dies ist bei einem nachträglich nicht bewilligungsfähigen, illegal tätigen Institut zum Vornherein nicht möglich ( BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321). Die Rüge, die Vorinstanz habe Art. 25 BankG verletzt, erweist sich zum Vornherein als unbegründet.

### **E. 3.3**

Unter Berücksichtigung dessen, dass die Vorschriften über den Bankenkurs von Art. 33 ff. BankG vorliegend im Zusammenhang mit der Liquidation eines unbewilligten Instituts gestützt auf Art. 36a BEHG in Verbindung mit Art. 36 BEHG , Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 FINMAG

sinngemäss zur Anwendung gelangen, ist im Lichte der ständigen bundesgerichtlichen Praxis davon auszugehen, dass eine

Überschuldung vorliegt, wenn die Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind ( BGE 131 II 306 E. 4.3.1 S. 322 f.), wobei im Rahmen der Finanzmarktaufsicht der Nachweis einer formellen Überschuldung nicht erforderlich ist; das Vorliegen vernünftiger, nachvollziehbarer Umstände, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen, genügt hierfür (Urteil 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Von

ernsthaften Liquiditätsproblemen ist auszugehen, wenn das unbewilligte Institut nicht mehr in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, bzw. die bestehende Liquidität die fällig gewordenen oder in Kürze fällig werdenden Forderungen nicht mehr deckt (Urteil 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1, unter Verweis auf den EBK-Bankeninsolvenzbericht vom Januar 2008, S. 12; BGE 104 IV 77 E. 3d S. 83). Wann der kritische Punkt zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung oder ernsthafter Liquiditätsprobleme erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen, weshalb der FINMA als Fachbehörde diesbezüglich ein nicht unerheblicher (technischer) Ermessensspielraum zukommt. Dieser Ermessensspielraum geht jedoch mit erhöhten Anforderungen an die Begründungspflicht einher: Die FINMA muss ihren Entscheid im Einzelfall rechtsgenügend (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG ) begründen; die blosse abstrakte Vermutung einer Überschuldung genügt nicht (Urteil 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1).

### **E. 3.4**

Die Beschwerdeführerinnen beschränken sich in ihrer Beschwerdeschrift zum von der Vorinstanz als tragend erachteten (oben, E. 3.1) aufsichtsrechtlichen Konkursgrund der ernsthaften Liquiditätsprobleme darauf zu rügen, die Vorinstanz habe ihre Ausführungen betreffend Liegenschaften in ihrer Urteilsbegründung nicht berücksichtigt und deren Rechtserheblichkeit dadurch verkannt, dass eine Aufwertung dieser Liegenschaften die

Beschaffung von Liquidität stark vereinfacht (Beschwerdeschrift, NN. 37, 41, 45, 54); implizit machen sie wohl auch geltend, eine andere Bewertung verschiedener Aktien (Beschwerdeschrift, N. 30 ff., N. 47 ff.) oder Beteiligungen (Beschwerdeschrift, N. 39) sowie die Berücksichtigung bestimmter Schuldbriefe (Beschwerdeschrift, NN. 61 f.) würden sich positiv auf die Liquidität auswirken. Auf diese Sachverhaltsrüge ist jedoch deswegen nicht weiter einzugehen, weil sie

keinerlei Auswirkungen auf den Verfahrensausgang ( Art. 97 Abs. 1 BGG ) zu entfalten vermag. Die Vorinstanz hat erwogen, die Untersuchung habe ergeben, dass die Beschwerdeführerin 1 einen kumulierten Liquiditätssaldo habe, welcher negativ sei und einen eindeutigen Negativtrend zeige (April 2015: Fr. -1'875'085.--, Mai 2015: Fr. -1'375'032.--, Juni 2015: Fr. -2'120'032; Juli 2015: Fr. -2'120'032; später: Fr. -3'801'458.--), und in ihrer Bilanz einen Posten "weitere Forderungen und unbezahlte Rechnungen" mit einem Betrag von Fr. 300'000.-- ausweisen würde. Zur Beschwerdeführerin 2 geht aus dem Bericht des Untersuchungsbeauftragten hervor, dass den flüssigen Mitteln und kurzfristig eintreibbaren Forderungen im Umfang von Fr. 453'000.-- Verpflichtungen von mindestens Fr. 2'100'000.-- gegenüber stehen würden. Selbst bei einer Korrektur der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung wie von den Beschwerdeführern beantragt, wäre somit nicht annähernd dargetan, dass die verbesserten Liquiditätspositionen ausreichen würden, um die fällig gewordenen oder in Kürze fällig werdenden Forderungen der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zu decken; die Beschwerdeschrift schweigt sich dazu vielmehr vollkommen aus. Die Beschwerdeschrift ist somit nicht geeignet, den aufsichtsrechtlichen Konkursgrund der ernsthaften Liquiditätsprobleme zu entkräften, weshalb die Anordnung der Liquidation auf dem Konkursweg wegen ernsthafter Liquidationsprobleme nicht zu beanstanden ist.

#### **E. 4**

Die Anordnungen der FINMA umfassen sämtliches Vermögen der Bank mit Aktiven und Passiven und Vertragsverhältnisse, ob sie sich nun im In- oder im Ausland befinden.

Art. 33 BankG (Anordnung der Konkursliquidation und Ernennung der Konkursliquidatoren) regelt folgendes:

1 Besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert, so entzieht die FINMA der Bank die Bewilligung, ordnet die Konkursliquidation an und macht diese öffentlich bekannt.

2 Die FINMA ernennt einen oder mehrere Konkursliquidatoren. Diese unterstehen der Aufsicht der FINMA und erstatten ihr auf Verlangen Bericht.

3 Sie orientieren die Gläubiger mindestens einmal jährlich über den Stand des Verfahrens.

Art. 1 und Art. 2 der Verordnung vom 30. August 2012 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, SR 952.05) bestimmen folgendes:

Art. 1 Bankeninsolvenzverordnung-FINMA Gegenstand

Diese Verordnung konkretisiert das Sanierungs- und Konkursverfahren nach den Artikeln 28-37g BankG.

Art. 2 Bankeninsolvenzverordnung-FINMA Geltungsbereich

1 Diese Verordnung gilt für folgende, nachfolgend als Banken bezeichnete Institutionen und Personen:

- a. Banken nach dem BankG;
- b. Effektenhändler nach dem BEHG;
- c. Pfandbriefzentralen nach dem PfG.

2 Für natürliche und juristische Personen, die ohne die erforderliche Bewilligung tätig sind, sind die Bestimmungen zur Bankensanierung (Art. 40-57) nicht anwendbar. Die FINMA kann sie jedoch dann für anwendbar erklären, wenn ein hinreichendes öffentliches Interesse vorliegt.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführer kritisieren weiter das Vorgehen der als Konkursliquidatorin eingesetzten D. \_\_\_\_\_ AG; dieser hätten bereits als Untersuchungsbeauftragten die erforderliche Unabhängigkeit sowie die zu erwartenden fachlichen Fähigkeiten gefehlt. Ihr "Vorpreschen" sei weder aus Sicht des Gläubigerschutzes noch im Sinne einer "werterhaltenden oder sichernden Massnahme" angezeigt gewesen, weshalb das Verhalten der D. \_\_\_\_\_ AG den Beschwerdeführern einen unnötigen und irreversiblen Schaden zugefügt habe. Damit habe die D. \_\_\_\_\_ AG auch gleich bewiesen, dass ihr als Konkursliquidatorin sowohl die fachlichen Fähigkeiten als auch das notwendige Fingerspitzengefühl fehle.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführer verkennen, dass der FINMA bei der Ernennung des Untersuchungsbeauftragten bzw. der Konkursliquidatorin ein Beurteilungsspielraum und damit ein technisches Ermessen zukommt, welches das Bundesgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüft ( BGE 131 II 306 E. 3.4.1 S. 318). Eine solche liegt nicht vor: Es ist nicht ersichtlich, weshalb die D. \_\_\_\_\_ AG bei ihrer Ernennung als Konkursliquidatorin nicht in der Lage gewesen sein sollte, die angeordnete Liquidation sachgerecht und gesetzeskonform durchzuführen; nach der Ernennung angeblich zugefügte Imageschäden sind zum Vornherein nicht geeignet, die Ernennung in Frage zu stellen ( BGE 131 II 306 E. 3.4.1 S. 318). Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen.

#### **E. 5**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführern 1, 2 und 3, welche das aufsichtsrechtliche Verwaltungsverfahren gemeinsam veranlasst haben, zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG ). Parteientschädigungen werden nicht gesprochen ( Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG ).

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