

# **BVGer B-1113/2021 vom 10. August 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-08-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1113\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1113_2021)

FR: TAF B-1113/2021 du 10 août 2021

IT: TAF B-1113/2021 del 10 agosto 2021

## **Regeste**

Finanzmarktaufsicht (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und anwaltlich vertreten. Die Rechtsanwältin wurde am 14. Juli 2020 vom ehemaligen einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten sowie von einem vormals einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft mandatiert. Diesen wurde die Vertretungsbefugnis für die Beschwerdeführerin anlässlich der Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten am 13. August 2019 durch die Vorinstanz zwar entzogen und der Entzug mit Verfügung vom 12. Mai 2020, mit welcher die Beschwerdeführerin aufgelöst und in Liquidation versetzt wurde, bestätigt. Die sich aus der Organstellung bzw. Organvertretung (Art. 55 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) ergebende Befugnis, mit direkter Wirkung für die juristische Person Beschwerde zu führen, wird jedoch praxisgemäss durch den Eintritt in die Liquidation, die Einsetzung eines Liquidators und die Konkursöffnung nicht berührt (BGE 131 II 306 E. 1.2.1; Urteil des BGer 2C\_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 1.2 m.H.). Daher sind ehemals zeichnungsberechtigte Organe einer durch die Vorinstanz in Liquidation oder Konkurs versetzten Gesellschaft trotz Entzugs bzw. Dahinfallens ihrer Vertretungsbefugnis berechtigt, gegen den entsprechenden Unterstellungs- bzw. Liquidationsentscheid sowie gegen das nachträgliche Konkurserkennntnis zwar nicht im eigenen Namen, jedoch in jenem der Gesellschaft in aufsichtsrechtlicher Liquidation Beschwerde zu führen (Urteil des BGer 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.2.1).

### **E. 1.3**

Zur Beschwerde ist berechtigt, 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 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerdeführerin hat ein schutzwürdiges Interesse daran, die Modalitäten der Durchführung der Liquidation (gemäss den anwendbaren

gesellschaftsrechtlichen Normen oder gemäss aufsichtsrechtlicher Spezialgesetzgebung) überprüfen zu lassen und ist daher zur Beschwerde legitimiert (Urteil des BGer 2C\_858/2017 vom 15. März 2018 E. 1.3.2 in fine).

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin stellt nebst dem Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Anordnung der ordentlichen Liquidation ein Feststellungsbegehren. Grundsätzlich sind Feststellungsentscheide gegenüber rechtsgestaltenden bzw. leistungsverpflichtenden Verfügungen subsidiär (BGE 131 I 166 E. 1.4; Urteil des BGer 2C\_963/2017 vom 25. Juli 2018 E. 1.2). Das fragliche Rechtsbegehren, wonach festzustellen sei, dass die Beschwerdeführerin nicht überschuldet sei, hat keine selbständige Bedeutung, weil mit dem Gestaltungsbegehren letztlich dasselbe erreicht werden kann, namentlich die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und damit die Aufhebung des Konkurserkennnisses. Auf das Feststellungsbegehren (Antrag 2 in der Beschwerdeschrift vom 16. Februar 2021) ist daher nicht einzutreten.

#### **E. 1.5**

Die Beschwerdeführerin hat den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist im dargelegten Umfang einzutreten.

#### **E. 2.1**

Der durch Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewährleistete und in den Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren des Bundes konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (BGE 140 I 99 E. 3.4). Als Mitwirkungsrecht umfasst der Anspruch alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen und auf den Prozess der Entscheidungsfindung Einfluss nehmen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1).

#### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Vorinstanz habe ohne Kenntnis der Beschwerdeführerin Beweise von einer Dritten eingeholt (E-Mail Z.\_\_\_\_\_ AG vom 11. Januar 2021) und in nicht nachvollziehbarer Weise auf dieser Grundlage über die Konkursöffnung entschieden, obwohl die Beschwerdeführerin belegt habe, dass die fragliche Verbindlichkeit nicht bestehe. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, stütze sich die angebliche Überschuldung doch einzig auf diese bisher unbekannte Verbindlichkeit. Der Beschwerdeführerin sei das rechtliche Gehör zu den Ausführungen der Z.\_\_\_\_\_ AG nicht gewährt und das Akteneinsichtsrecht sei verletzt worden, indem diese Korrespondenz nicht offengelegt worden sei. Im Übrigen seien die (erhöhten) Anforderungen an die Begründungspflicht vorliegend nicht eingehalten worden.

#### **E. 2.3**

Die Vorinstanz führt aus, sie habe der Beschwerdeführerin mehrmals Gelegenheit zu Äusserung gegeben und diese habe sich wiederholt, insbesondere auch zur Bewertung der Geschäftsvorfälle Y.\_\_\_\_\_ Ltd/Z.\_\_\_\_\_ AG geäußert. Die unklare Urhebererschaft der von der Beschwerdeführerin im Dezember 2020 eingereichten Dokumente habe Anlass

gegeben, deren Echtheit durch die Liquidatorin abklären zu lassen. Zudem habe eine Besprechung stattgefunden, an welcher die Beschwerdeführerin ihre Sicht darlegen können. Darüber hinaus seien ihre Stellungnahmen in der angefochtenen Verfügung berücksichtigt worden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liege nicht vor.

#### **E. 2.4**

Art. 29 BV garantiert die ordnungsgemässe Anwendung des jeweils anwendbaren Verfahrensrechts (Urteil des BGer 2C\_918/2015 vom 20. Juli 2016 E. 3.2.2; BVGE 2018 IV/5 E. 4.3). Das Verfahren vor der FINMA richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG (Art. 53 FINMAG). Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls der genannten Beweismittel, wobei deren Aufzählung nicht abschliessend ist (Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.4.2). Die Behörde hat im Rahmen des Zumutbaren den entscheidenderheblich erscheinenden Umständen nachzugehen (Urteil des BVGer B-616/2012 vom 11. Juli 2012 E. 2.2.1). Entscheid- bzw. rechtserheblich sind alle Tatsachen, welche die tatbeständlichen Voraussetzungen der anwendbaren Norm erfüllen (Urteil des BGer 2C\_168/2019 vom 15. April 2019 E. 2.5).

#### **E. 2.5**

Vorliegend bestand Anlass für die Vorinstanz bzw. die Liquidatorin, die Umstände der fraglichen Geschäftsvorfälle näher abzuklären, zumal die Beschwerdeführerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht und mehrmals ausgeführt hatte, dass diese Verbindlichkeit aus ihrer Sicht gar nicht (mehr) bestehe bzw. dass sie der Y. \_\_\_\_\_ Ltd nichts mehr schulde. Die Beschwerdeführerin hatte mit Eingaben vom 7. und 9. Dezember 2020 der Vorinstanz Dokumente eingereicht, aus denen nach Ansicht der Vorinstanz nicht klar erkennbar gewesen sei, ob die fragliche Forderung tatsächlich (noch) Bestand hatte oder nicht. Der Umstand, ob und in welcher Höhe eine Forderung der Y. \_\_\_\_\_ Ltd oder der Z. \_\_\_\_\_ AG bestand bzw. besteht, ist für die Frage der Überschuldung der Beschwerdeführerin und damit für die Beurteilung der Voraussetzungen nach Art. 25 Abs. 1 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) rechtserheblich.

#### **E. 2.6**

Die Behörde hört die Parteien an, bevor sie verfügt (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Entsprechend besteht ein Anspruch, vor Erlass der Verfügung Stellung zu nehmen. Das rechtliche Gehör vermittelt einen Anspruch, der dem Betroffenen in Bezug auf die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und das Beweisergebnis zusteht, hingegen keinen Anspruch auf vorgängige Anhörung zur Rechtsanwendung (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.4; BGE 129 II 497 E. 2.2). Die Wirksamkeit des Anhörungsrechts ist von weiteren Teilgehalten des rechtlichen Gehörs abhängig, insbesondere vom Akteneinsichtsrecht (Art. 26-28 VwVG) und von genügenden Kenntnissen über den Verfahrensverlauf, indem die Parteien in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg zu orientieren sind (BGE 140 I 99 E. 3.4). Wie weit dieses Recht geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen; entscheidend ist, ob dem Betroffenen ermöglicht wurde, seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (BGE 144 I 11 E. 5.3).

#### **E. 2.7**

Es ist unbestritten, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung nicht zu ihren bzw. den Abklärungen der Liquidatorin

hinsichtlich der fraglichen Verbindlichkeit angehört hat, obwohl sie in der angefochtenen Verfügung u.a. auf diese Abklärungen abstellt. Die Unterlagen, namentlich die E-Mail der Z.\_\_\_\_\_ AG vom 11. Januar 2021, wurden - soweit ersichtlich - lediglich zu den Akten genommen. Damit hat die Vorinstanz das Äusserungsrecht verletzt. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2). Indem das Bundesverwaltungsgericht das entsprechende Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin gutgeheissen und ihr die gesamte fragliche Korrespondenz zugestellt hat (vgl. Sachverhalt, Bst. G), sind die genannten Voraussetzungen erfüllt und da die Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Äusserung vor Bundesverwaltungsgericht hatte, bleibt die diesbezügliche Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz folgenlos.

#### **E. 2.8**

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung einer Verfügung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 141 III 28 E. 3.2.4). Die Verfügung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2). Die verfassungsrechtlich geforderte Begründungsdichte ist nicht einheitlich festgelegt. Deren Anforderungen sind je nach Komplexität des Sachverhalts und/oder des der Behörde eingeräumten Ermessensspielraums sowie der Eingriffsintensität des Entscheids unterschiedlich (BGE 129 I 232 E. 3.3; BGE 125 II 369 E. 2c).

#### **E. 2.9**

Die Begründung in der angefochtenen Verfügung für die Konkurseröffnung genügt den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an die Begründungspflicht. Die Vorinstanz führt aus, weshalb und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin überschuldet und daher der Konkurs zu eröffnen sei. Diesbezüglich sind auch die sich aus dem Ermessensspielraum der FINMA als Fachbehörde ergebenden erhöhten Anforderungen an die Begründungspflicht (vgl. E. 3.2 in fine) erfüllt. Gleiches gilt für die Einsetzung der ehemaligen Liquidatorin als Konkursliquidatorin sowie den von der Vorinstanz beurteilten Verfahrens Antrag der Beschwerdeführerin auf Sistierung des Liquidationsverfahrens. Eine Verletzung der Begründungspflicht ist nicht ersichtlich.

#### **E. 3.1**

Geht eine Gesellschaft unbewilligt einer den Banken oder - wie vorliegend - den bewilligten Effekthändlern vorbehaltenen Tätigkeit nach, kann die FINMA sie im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze aufsichtsrechtlich liquidieren (BGE 139 II 279 E. 4.2; BGE 136 II 43 E. 3.2 m.H.; Art. 37 Abs. 2 und 3 FINMAG vorliegend i.V.m. Art. 36 aBörsengesetz vom 24. März 1995 [aBEHG, AS 2008 5207 ff., 5244]). Die aufsichtsrechtliche Liquidation erfolgt grundsätzlich nach gesellschaftsrechtlichen Regeln (vgl. Art. 739 ff. OR; BGE 131 II 306 E. 4.1.3). Erweist sich die Gesellschaft als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, ist über den unbewilligt handelnden Finanzintermediär analog den Art. 33 ff. BankG der Bankenkonkurs zu eröffnen und durchzuführen (für Effekthändler: Art. 36a aBEHG; Urteil des BGer 2C\_898/2010 vom 29. Juni 2011 E. 3.1). Das allgemeine Schuldbetreibungs- und Konkursrecht kommt in diesem Fall bloss in entsprechend modifiziertem Umfang zur Anwendung (Urteil des BGer 2C\_858/2017 vom 15. März 2018 E. 2.4). Die Sanierungsfähigkeit (Art. 28 ff. BankG) des unbewilligt tätigen Finanzintermediärs braucht i.d.R. nicht mehr gesondert geprüft zu werden: Mit der nachträglichen Verweigerung der Erteilung der erforderlichen Bewilligung und der Anordnung der Liquidation ist eine Fortführung als bewilligter bzw. unterstellter Betrieb ausgeschlossen (BGE 136 II 43 E. 3.2; Urteil des BGer 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.2).

### **E. 3.2**

Eine Überschuldung liegt vor, 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), d.h. wenn die Aktiven nicht mehr das gesamte Fremdkapital decken, 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 (Urteile des BGer 2C\_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 3.5.1 und 2C\_858/2017 vom 15. März 2018 E. 3.3 m.H.). 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 des BGer 2C\_858/2017 vom 15. März 2018 E. 3.3 m.H.). Das Bundesgericht erachtet es als zulässig, im Interesse der Gläubiger die Aktiven und die Forderungen der potenziellen Gemeinschuldnerin vorsichtig zu bewerten, doch müssen die entsprechenden Einschätzungen jeweils nachvollziehbar begründet werden (Urteil des BGer 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Wann der kritische Punkt zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung oder ernsthafte 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 begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG), die bloss abstrakte Vermutung einer Überschuldung genügt nicht (Urteil des BGer 2C\_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 3.3).

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwägt, die Beschwerdeführerin verfüge über Aktiven von Fr. 2'889'538.61, denen Passiven von Fr. 3'987'441.06 gegenüberstünden, woraus eine Unterdeckung von Fr.

1'097'902.45 resultiere. Das Fremdkapital werde durch die Aktiven nicht mehr in vollem Umfang gedeckt. Es bestehe daher nicht nur die begründete Besorgnis einer Überschuldung, sondern selbige sei bereits eingetreten. Die Überschuldung sei grösser als der im Entwurf vorliegende Rangrücktritt der Gläubigerin D. \_\_\_\_\_ über Fr. 92'000.-, der daher bedingungsgemäss für den Konkursfall keine Berücksichtigung finde. Bei dem in Aussicht gestellten Zuschuss von A. \_\_\_\_\_ über Fr. 500'000.- handle es sich lediglich um einen unverbindlichen Hoffnungswert, der mangels Zahlungseingangs bzw. rechtsverbindlicher Zusage nicht berücksichtigt werden könne. Demzufolge sei der Konkurs über die Beschwerdeführerin zu eröffnen.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, die angefochtene Verfügung sei unverhältnismässig. Bei zutreffender Sachverhaltsermittlung sei sie nicht überschuldet. Im Gegenteil resultiere ein Aktivenüberschuss von mehr als Fr. 100'000.-. Die Liquidationseröffnungsbilanz sei tatsachenwidrig und die Bewertung der Passiven durch die Liquidatorin nicht korrekt. Folglich fehle es an der begründeten Besorgnis einer Überschuldung. Diese werde konstruiert. Der Vollzug des Konkurses hätte vorliegend einen zusätzlichen Strafcharakter, der nicht im Sinne des Kapitalmarkts sei. Auch nach dem Schuldenruf und im Verlauf des Liquidationsverfahrens seien keine neuen Forderungen hinzugekommen, die nicht bereits von der Untersuchungsbeauftragten festgestellt worden und in die Verfügung vom 12. Mai 2020 eingeflossen seien, in der lediglich die Liquidation angeordnet worden sei. Es bestehe daher kein Grund, nun fast ein Jahr später den Konkurs auszusprechen.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz führt vernehmlassungsweise aus, den Vorbringen der Beschwerdeführerin sei nichts zu entnehmen, das am Vorliegen eines Konkursgrundes, wie in der angefochtenen Verfügung dargestellt, etwas zu ändern vermöchte. Im Ergebnis trage die Beschwerdeführerin keinen anderen Sachverhalt vor, den die Vorinstanz vermeintlich unberücksichtigt gelassen oder unrichtig festgestellt habe. In der Verfügung sei von einer Überschuldung von Fr. 1'097'902.45 ausgegangen worden. Diese reduziere sich in Berücksichtigung der Einspracheentscheide der kantonalen Steuerverwaltung nun auf Fr. 960'892.-. Selbst wenn die Verbindlichkeit aus den Geschäftsvorfällen Y. \_\_\_\_\_ Ltd/Z. \_\_\_\_\_ AG unberücksichtigt bleibe, sei die Beschwerdeführerin überschuldet. Im Übrigen stelle im Falle einer Insolvenzerklärung, wie vorliegend mit dem Antrag der Liquidatorin vom 2. Oktober 2020 erfolgt, der Nachweis des Wegfalls einer einzelnen Forderung kein Konkurshindernis dar. Stattdessen müsse der Nachweis erbracht werden, sämtliche Verbindlichkeiten bedienen zu können.

#### **E. 4.4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Steuerverbindlichkeit betrage nach dem Einspracheentscheid vom 11. Februar 2021 Fr. 500'710.- (in der Liquidationseröffnungsbilanz noch mit Fr. 636'584.- bilanziert). Durch das Ergreifen weiterer Rechtsmittel sei eine weitere Reduktion um Fr. 70'000.- auf Fr. 430'000.- möglich. Sinngemäss macht sie geltend, die Prüfung eines Konkursgrundes könne nicht auf diese Position gestützt werden, da das Steuerverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Zudem würde die Gläubigerin durch die Konkursöffnung geschädigt, weil die Forderung im Bankenkurs nur in der 3. Klasse kollektiert werde.

#### **E. 4.4.2**

Die Vorinstanz bestreitet die Reduktion der Steuerverbindlichkeit nicht. Diese betrage per Saldo noch Fr. 499'573.75. Eine weitere Reduktion sei aber unrealistisch. Im Übrigen verkenne die Beschwerdeführerin das Wesen eines Konkursöffnungsverfahrens. Dieses sei summarisch. Wichtigster Grundsatz sei die Verfahrensbeschleunigung im Hinblick auf ein rasches Eingreifen. Eine rasche Entscheidung sei wichtiger als die abschliessende Untersuchung der materiellen Wahrheit. Ein streitiger Umstand sei nicht im strikten Sinn zu beweisen. Vielmehr gelte ein solcher als erstellt, wenn dieser mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgewiesen sei. Andernfalls könne die Gemeinschuldnerin in spe die Rechtsdurchsetzung einfach durch Bestreitung von Verbindlichkeiten behindern. Selbst wenn man die Steuerverbindlichkeit nicht als erwiesen erachten wollte, sei die Gemeinschuldnerin aus buchhalterischer Sicht ohnehin gehalten, zumindest eine Rückstellung in Höhe der ernsthaft geltend gemachten, ungewissen Steuerverbindlichkeit zu verbuchen.

#### **E. 4.4.3**

Die Vorinstanz durfte die Steuerverbindlichkeit (im zwischenzeitlich reduzierten Umfang von Fr. 499'573.75) berücksichtigen. Streitige Verbindlichkeiten sind in der Liquidation sicherzustellen (Art. 744 Abs. 2 OR). Bedingte und bestrittene Gläubigerforderungen sind in der Liquidationseröffnungsbilanz zu passivieren (Massimo Calderan/Riccardo Geiser, in: Jeannette K. Wibmer [Hrsg.], Kommentar Aktienrecht, Zürich 2016, Art. 742 N 6). Mittlerweile ist die Sache soweit die direkte Bundessteuer betreffend vor dem kantonalen (Gericht) hängig. Der Ausgang des Verfahrens braucht aber für Beurteilung der Frage der Überschuldung der Beschwerdeführerin nicht abgewartet zu werden. Die Frage, in welcher Klasse eine Forderung künftig kolloziert wird, ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin für die Überschuldungsprüfung unerheblich.

#### **E. 4.5.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, aus den Geschäftsvorfällen Y. \_\_\_\_\_ Ltd/Z. \_\_\_\_\_ AG existiere keine Verbindlichkeit. Die diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanz seien zivilrechtlich und damit materiell-rechtlich falsch, da eine inexistente Forderung nicht abgetreten werden könne. Wenn die Z. \_\_\_\_\_ AG eine eigene Forderung geltend machen wolle, müsse sie diese belegen. Die Vorinstanz könne nicht einfach eine Forderung umdeuten. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Y. \_\_\_\_\_ Ltd und die Z. \_\_\_\_\_ AG durch die Geltendmachung einer nicht (mehr) existenten Forderung zum Nachteil der Beschwerdeführerin bereichern wollten.

#### **E. 4.5.2**

Die Vorinstanz führt aus, es sei streitig, ob und in welcher Höhe aus den komplexen Geschäftsvorfällen im Dreiecksverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin, der Y. \_\_\_\_\_ Ltd und der Z. \_\_\_\_\_ AG Forderungen und Verbindlichkeiten resultierten. Nach unterschiedlichen Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren sei die Beschwerdeführerin nun der Ansicht, es resultiere insgesamt keine Verbindlichkeit, da die Y. \_\_\_\_\_ Ltd erklärt habe, per 30. November 2020 mit der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt zu sein. Diese Erklärung bestätige aber nicht, dass generell keine Forderungen und Verbindlichkeiten resultierten, sondern sie betreffe nur das Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Y. \_\_\_\_\_ Ltd. Das ursprüngliche Dreiecksverhältnis werde zu einem Zweiparteienverhältnis. Bei der Abklärung der Urhebererschaft dieser Erklärung habe die Y. \_\_\_\_\_ Ltd klargelegt, dass ihre Aussagen nicht das Verhältnis der Beschwerdeführerin zur Z. \_\_\_\_\_ AG betreffen würden. Seither

mache die Z. \_\_\_\_\_ AG eine Forderung gegenüber der Beschwerdeführerin geltend. Im Ergebnis habe sich daher an der Bewertung dieser Geschäftsvorfälle und an der Vermögenssituation der Beschwerdeführerin nichts geändert. Es werde weiterhin eine Verbindlichkeit von Fr. 493'000.- geltend gemacht. Für die Frage der Überschuldung sei nicht relevant, ob diese Verbindlichkeit gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ Ltd oder der Z. \_\_\_\_\_ AG bestehe, sondern einzig, ob eine solche bestehe bzw. ernsthaft geltend gemacht werde. Die Bezeichnung der Gläubigerin spiegle damit weniger eine materiell abschliessende Zuordnung der Verbindlichkeit zu einer konkreten Gläubigerin wieder, zumal die beiden Gesellschaften nach Angaben der Beschwerdeführerin von denselben Eigentümern kontrolliert würden. Selbst wenn man diese Verbindlichkeit nicht berücksichtigen wollte, sei die Beschwerdeführerin überschuldet.

#### **E. 4.5.3**

Es ist erstellt, dass die Y. \_\_\_\_\_ Ltd keine Forderung (mehr) gegenüber der Beschwerdeführerin geltend macht. Dies haben die Abklärungen der Beschwerdeführerin übereinstimmend mit denjenigen der Vorinstanz bzw. der Liquidatorin ergeben. Es ist ebenfalls erstellt, dass nun die Z. \_\_\_\_\_ AG eine Forderung von Fr. 493'000.- gegenüber der Beschwerdeführerin geltend macht. Diese Verpflichtung haben die Vorinstanz und die Liquidatorin in der Überschuldungsprüfung berücksichtigt. Mit E-Mail vom 11. Januar 2021 reichte die Z. \_\_\_\_\_ AG der Liquidatorin Unterlagen zu ihrer geltend gemachten Forderung ein. Darin legt die Z. \_\_\_\_\_ AG dar, Zahlungen an die Y. \_\_\_\_\_ Ltd ausgerichtet zu haben für den Erwerb von Anlehensobligationen (Bezeichnung), welche den Kunden der Beschwerdeführerin zustünden. Daraus ist zwar nicht ersichtlich, ob die Z. \_\_\_\_\_ AG einen Forderungsübergang oder eine neue eigene Forderung geltend macht. Aber jedenfalls steht fest, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG eine Forderung gegenüber der Beschwerdeführerin geltend macht, weshalb es nicht zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz diese Forderung bei der Beurteilung der Überschuldung der Beschwerdeführerin berücksichtigt hat. Die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang beantragte Zeugeneinvernahme des ehemaligen Untersuchungsbeauftragten ist in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, weil daraus keine entscheidungswesentlichen neuen Erkenntnisse zu erwarten sind, da seine Abklärungen in diejenigen der Liquidatorin bereits eingeflossen sind. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin gegenüber der Z. \_\_\_\_\_ AG im Gegenzug eine Forderung von Fr. 569'266.25 geltend macht, die letztere bestreitet, weshalb die Forderung in Anwendung des Vorsichtsprinzips von der Liquidatorin mit Fr. 0.00 bewertet worden und auch von einer Verrechnung abgesehen worden ist.

#### **E. 4.6.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, obwohl A. \_\_\_\_\_ Fr. 500'000.- zugesagt habe, sei dieser Betrag nicht in die Aktiven aufgenommen worden. Die ehemaligen Organe der Beschwerdeführerin seien bereit, diesen Betrag der Gesellschaft Zug um Zug gegen die Aufhebung des Konkurses zur Verfügung zu stellen, um die ordentliche Liquidation durchführen zu können.

#### **E. 4.6.2**

Die Vorinstanz führt aus, A. \_\_\_\_\_ habe mit nicht unterzeichnetem Schreiben vom 29. September 2020 erklärt, Fr. 500'000.- zur Verfügung zu stellen, um einen Konkurs abzuwenden. Als Gegenleistung verlange er die Abtretung mehrerer Vermögenswerte

(Wert: in der Buchhaltung mit Fr. 1'445'106.19 angeben, in der Liquidationseröffnungsbilanz mit Fr. 22'000.- beziffert). Bis heute sei aber weder ein Zahlungseingang bei der Beschwerdeführerin eingegangen noch habe diese einen rechtlich verbindlichen Anspruch auf einen Vermögenszuwachs gegenüber A. \_\_\_\_\_ erhalten. Dieser sei lediglich gewillt, aber nicht verpflichtet, den Zuschuss zu leisten, wie die Beschwerdeführerin selber einräume. Zudem stehe die Bereitschaft unter der Bedingung, dass kein Konkurs eröffnet werde. Daher verändere sich die Vermögenssituation im Rahmen der Überschuldungsprüfung nicht. Wäre der Zuschuss bereits geleistet, würde der Aktivposition eine entsprechende Passivposition gegenüberstehen, weil der Zuschuss zurückerstattet werden müsste. Ein Zuschuss könnte auch nur dann von Relevanz sein, wenn die festgestellte Überschuldung geringer sei als der Mittelzufluss, was ohnehin nicht der Fall sei.

#### **E. 4.6.3**

Aus den Akten geht hervor, dass A. \_\_\_\_\_ am 29. September 2020 eine mit "Absichtserklärung" bezeichnete Bestätigung zu Händen der Liquidatorin verfasst hat. Darin bestätigt er, einen Betrag von Fr. 500'000.- auf ein Sperrkonto einzubezahlen, um die Liquidation der Beschwerdeführerin zu ermöglichen und einen Konkurs abzuwenden. Weiter erklärt er, dass der einbezahlte Betrag zurückerstattet werden müsse, sollte die Liquidation nicht durchgeführt werden können. Ausserdem macht er seine Zahlung von einer schriftlichen Bestätigung der Liquidatorin abhängig. Für die Zahlung soll die Gesellschaft sechs Positionen an ihn zedieren (drei Forderungen und drei Aktienpakete). Die Absichtserklärung ist nicht unterzeichnet und die Liquidatorin hat keine entsprechende schriftliche Bestätigung ausgestellt. Da weder eine Zahlung eingegangen noch ein Rechtsanspruch der Beschwerdeführerin auf Leistung des Betrags entstanden ist, ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz den in Aussicht gestellten Zuschuss für die Beurteilung der Überschuldung der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt hat.

#### **E. 4.7.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Zusage von D. \_\_\_\_\_, wonach sie bereit sei, auf einen Teil ihrer Forderung zu verzichten, nicht berücksichtigt. Dadurch reduzierten sich die Passiven um Fr. 92'000.- im Falle einer ordentlichen Liquidation.

#### **E. 4.7.2**

Die Vorinstanz erklärt, der Vergleichsvertrag zwischen D. \_\_\_\_\_ und der Beschwerdeführerin sei bislang nicht rechtsverbindlich geschlossen worden. Die Vermögenssituation der Beschwerdeführerin bleibe aber auch in Berücksichtigung dieses Vergleichs unverändert. Für den Fall der Konkurseröffnung entfalte der Vertrag keine Wirkung, da der Rangrücktritt durch die Konkurseröffnung auflösend bedingt sei, und für den Fall der Liquidation bleibe die Verbindlichkeit gegenüber der Gläubigerin passivierungspflichtig. Ein Rangrücktritt entfalte überdies nur dann seine Wirkungen, wenn er in ausreichendem Umfang erklärt werde. Vorliegend werde die bilanzielle Unterdeckung durch den Rangrücktritt nicht beseitigt. Die Verbindlichkeit gegenüber D. \_\_\_\_\_ sei in der Liquidationseröffnungsbilanz korrekterweise mit Fr. 272'000.- bewertet worden.

#### **E. 4.7.3**

Aus den Akten geht hervor, dass D. \_\_\_\_\_ am 14. August 2020 eine Forderung von Fr. 272'000.- gestützt auf eine Zessionsvereinbarung vom 5. April 2016 in der Liquidation der

Beschwerdeführerin angemeldet hat. Weiter ist ein Entwurf zu einem Vergleichsvertrag vom 6. Oktober 2020 zwischen D. \_\_\_\_\_ und der Beschwerdeführerin aktenkundig. Dieser beinhaltet eine bedingte Rangrücktrittserklärung im Umfang von Fr. 92'000.-. Die Bedingung lautet, dass die Beschwerdeführerin nicht in Konkurs fällt. Zudem ist vorgesehen, dass der Gläubigerin die verbleibenden Fr. 180'000.- innert 30 Tagen überwiesen würden, nachdem feststehe, ob die Liquidatorin der Vorinstanz beantrage, die Beschwerdeführerin konkursamtlich zu liquidieren oder die Liquidation nach den Vorschriften von Art. 739 ff. OR durchzuführen. Ein Rangrücktritt besteht darin, dass der rücktrittsbelastete Gläubiger verbindlich zu Gunsten aller anderen Gläubiger erklärt, dass er im Fall der Insolvenz oder der Liquidation der Gesellschaft für bestimmte finanziellen Ansprüche erst befriedigt werden will, wenn die Schulden gegenüber allen anderen Gesellschaftsgläubigern vollständig erfüllt sind (Urteil des BGer 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003 E. 2.2). Der Rangrücktritt hat aber keinen Einfluss auf die Aktiven; er kann gegebenenfalls Ausfälle anderer Gläubiger verhindern oder verringern. Die Rangrücktrittserklärung beinhaltet jedoch keinen Forderungsverzicht (Urteil des BGer 4A\_277/2010 vom 2. September 2010 E. 2.3). Das Dokument ist jedoch von keiner Partei unterzeichnet, weshalb dessen Inhalt für die Frage der Überschuldung der Beschwerdeführerin ohnehin unerheblich ist. Daher ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die angemeldete Forderung in vollem Umfang unter den Passiven berücksichtigt hat.

#### **E. 4.8**

Weitere Bilanzpositionen werden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten oder zusätzlich zu den vorinstanzlichen Erhebungen geltend gemacht. Damit bestand im Zeitpunkt der Konkursöffnung eine Unterdeckung von Fr. 1'097'902.45 und besteht nach wie vor in Berücksichtigung der inzwischen reduzierten Steuerverbindlichkeit (vgl. E. 4.4.3) eine Unterdeckung im Umfang von Fr. 960'892.-, weshalb die Vorinstanz von der begründeten Besorgnis einer Überschuldung ausgehen durfte und die Konkursöffnung sich als rechtmässig erweist.

#### **E. 4.9**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, es bestünden abgesehen von der kantonalen Steuerverwaltung keine Drittgläubiger. Auch deshalb sei kein Konkurs zu eröffnen. Die Vorinstanz verweist diesbezüglich auf die von der Liquidatorin erstellte "Übersicht Passiven" und führt aus, dass das Finanzmarktrecht nebst Anlegern sämtliche Gläubiger schütze (Art. 4 FINMAG). Die Bilanz der Beschwerdeführerin weise Passiven von rund 3.83 Mio. Fr. aus. Davon entfielen 0.499 Mio. Fr. auf die kantonale Steuerverwaltung (vgl. E. 4.4) und 1.61 Mio. Fr. auf B. \_\_\_\_\_ (Provisionsforderungen aus Arbeitsverhältnis). Es verblieben Verbindlichkeiten von rund 1.7 Mio. Fr. gegenüber ca. 20 Gläubigern. Dazu ist festzuhalten, dass es für die Überschuldungsprüfung der Beschwerdeführerin unerheblich ist, wie viele Drittgläubiger bestehen bzw. Forderungen angemeldet haben.

#### **E. 4.10**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Konkursöffnung sei unverhältnismässig. Die Ziele der finanzmarktrechtlich induzierten Liquidation eines ohne Bewilligung operierenden Marktteilnehmers (Entfernung von Finanzmarkt, Vermeidung Gläubigerschädigung) könnten mit der mildereren Massnahme der ordentlichen Liquidation erreicht werden. Dies gelte umso mehr, als es sich bei der Beschwerdeführerin nicht um eine Bank mit unzähligen

Drittgläubigern, sondern um eine Gesellschaft mit unbewilligter Tätigkeit nach aBEHG handle. Es bestünden keine geschädigten Anleger im Sinne des Finanzmarktrechts. Im Unterschied zu vielen Fällen unbewilligter Finanzmarktaktivität verfüge die Beschwerdeführerin über Vermögen, das liquidiert werden könne, um die einzige Gläubigerin aus der unbewilligten Tätigkeit zu befriedigen. Die Vorinstanz führt aus, zwischen einer aufsichtsrechtlichen Zwangsliquidation und einem Konkursverfahren bestehe kein Stufenverhältnis. Die Eingriffsnormen basierten auf unterschiedlichen Tatbestandselementen (schwerer Verstoß gegen Finanzmarktrecht, unzureichende finanzielle Verhältnisse), weshalb der eine Tatbestand nicht eine strengere oder mildere Stufe des anderen sei. Erwiesen sich die finanziellen Verhältnisse, wie vorliegend, als unzureichend, sei der Konkurs zu eröffnen. Es könne dann nicht in einem Liquidationsverfahren verharret werden, das von der Maxime beherrscht sei, dass sämtliche Gläubiger vollständig befriedigt würden. Wie bereits ausgeführt sieht das Gesetz als Rechtsfolge einer bewilligungslos ausgeübten Emissionshaustätigkeit nach aBEHG die Liquidation vor. Erweist sich die betreffende Gesellschaft als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, ist der Konkurs zu eröffnen (vgl. E. 3).

#### **E. 4.11**

Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss vorbringt, es sei widersprüchlich, weshalb nicht bereits mit Unterstellungsverfügung vom 12. Mai 2020 der Konkurs eröffnet worden sei, zumal im Liquidationsverfahren keine neuen Gläubiger hinzugekommen seien, ist darauf hinzuweisen, dass diese inzwischen in Rechtskraft erwachsene Verfügung nicht Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet, weshalb nicht zu prüfen ist, ob nicht bereits damals der Konkurs über die Beschwerdeführerin hätte eröffnet werden sollen.

#### **E. 4.12**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, durch den Konkurs würden unnötig Vermögenswerte vernichtet. Die Vorinstanz hält fest, dass sich das Vermögen der Beschwerdeführerin aus flüssigen Mitteln, Forderungen, einer Eigentumswohnung und verschiedenen Finanzanlagen zusammensetze. Es sei nicht erkennbar, warum in einer (OR-)Liquidation ein höherer Verwertungserlös erzielt werden solle als im Konkurs. Die flüssigen Mittel und die Forderungen würden durch deren Nominalwert bestimmt und seien darüber hinaus von der Bonität der Debitoren abhängig. Der Wert der Eigentumswohnung verändere sich nicht in Abhängigkeit von der Liquidationsart. Bei den Finanzanlagen handle es sich um Obligationen, Aktien und Darlehen. Obligationen und Darlehen würden durch den Nominalwert bestimmt und seien überdies abhängig von der Bonität der Gegenpartei. Der Wert der Aktien bestimme sich nach den erwarteten Geschäftsaussichten der betreffenden Gesellschaft. Keiner dieser Faktoren sei von der Liquidationsart abhängig. Nur wenn die Verwertung nicht lege artis vorgenommen werde, bestehe die Gefahr von Verkäufen unter Wert. Dafür würden die konkursrechtlichen Bestimmungen die Beteiligung der interessierten Kreise vorsehen und eine behördliche sowie gerichtliche Überprüfung ermöglichen (vgl. Art. 34 der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA vom 30. August 2012 [BIV-FINMA, SR 952.05]). Diesen Ausführungen der Vorinstanz ist nichts hinzuzufügen.

#### **E. 4.13**

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die angefochtene Verfügung sei willkürlich und daher aufzuheben, stütze sich die angebliche Überschuldung doch einzig

auf die (bisher unbekannte) Forderung der Z. \_\_\_\_\_ AG. Nach ständiger Rechtsprechung liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 140 III 167 E. 2.1 m.H.). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Die vorinstanzliche Rechtsanwendung ist nicht zu beanstanden.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe die Vorinstanz wiederholt auf die fehlende Eignung der Liquidatorin und ihren "Interessenkonflikt, einen Konkurs zu provozieren, den sie dann wieder risikofrei durchführen" könne, hingewiesen. Die Vorinstanz sei aber untätig geblieben. Die Liquidatorin habe keinerlei Anstrengungen unternommen, Forderungen einzutreiben, Aktiven zu versilbern oder Kosten abzuwenden. Sie habe Mahnungen ignoriert und Betreibungen in Kauf genommen (z.B. bei der Mehrwertsteuer-Rechnung, weshalb es zu einem Strafbescheid der Eidgenössischen Steuerverwaltung und zur Betreibung gekommen sei). Sodann habe sie dem Steuerexperten das Mandat in Steuersachen entzogen, obwohl dieser Steuerersparnisse erreicht habe. Damit habe man die Gelegenheit verpasst, den Steuerbescheid anzufechten und die Schuld weiter zu reduzieren. Zudem werde B. \_\_\_\_\_ durch die Unfähigkeit der Liquidatorin geschädigt, indem seine Lohnforderung nun als Darlehensforderung bilanziert sei. Dies widerspreche dem Entscheid der kantonalen Steuerverwaltung vom 11. Februar 2021. Der Liquidatorin gehe es nur um eine schnelle Liquidation und die Sicherung ihres Honorars, nicht um das Interesse der Gesellschaft. Sie habe von Beginn weg ein feindliches Verhalten gegenüber der Gesellschaft und ihren ehemaligen Organen gezeigt. Eine Kooperation sei unmöglich gewesen. Die Liquidatorin habe weder auf die sorgfältigen Ergebnisse des Untersuchungsberichts abgestellt noch das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin verstanden. Die Vorinstanz habe die Honorare ohne weiteres gebilligt. Die festgelegten Stundensätze seien am oberen Limit und unverhältnismässig, wenn man bedenke, dass die Liquidatorin einen öffentlich-rechtlichen Auftrag erfülle und nicht einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit nachgehe. Sie sei abzusetzen und durch eine unbefangene und für diese Aufgabe geeignete zu ersetzen.

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz führt aus, es entbehre jeder Grundlage, dass die Liquidatorin eigene Honorarinteressen verfolge. Die Honoraransätze unterschieden sich nicht von denjenigen einer Konkursliquidatorin. Es bleibe unklar, warum die Liquidatorin ein Konkursverfahren "risikofrei" durchführen könne. Die Konkursliquidatorin habe die Eigner und Gläubiger in ihre Handlungen einzubinden, während eine (OR-)Liquidatorin weitgehend aus eigenem Ermessen entscheiden könne. Wenn schon, dann erscheine eine (OR-)Liquidation für die Liquidatorin einfacher abzuwickeln. Die eingesetzte Konkursliquidatorin verfüge über die notwendigen Kenntnisse und die personellen Ressourcen. Interessenkonflikte seien keine ersichtlich. Die bisherige Liquidatorin sei in der Lage, die Aktiven zu verwerten und die Passiven festzustellen. Sie habe sich in die Sachverhaltsumstände eingearbeitet und sei mit der Sache vertraut. Es entspreche dem Gebot der Effizienz, die erworbenen Kenntnisse über die finanzielle Situation und Gegebenheiten nicht verloren gehen zu lassen, sondern für das

Verfahren weiter verfügbar zu halten. Eine Pflichtverletzung sei nicht ersichtlich, vielmehr sei die Liquidatorin ihren Pflichten nachgekommen, indem sie den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt habe, als sie eine Überschuldung festgestellt habe.

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz hatte gestützt auf Art. 36 aBEHG in der Unterstellungsverfügung vom 12. Mai 2020 die Liquidatorin bezeichnet. Nun, im Bankenkonzurs, ernennt die FINMA einen oder mehrere Konkursliquidatoren. Diese unterstehen der Aufsicht der FINMA und erstatten ihr auf Verlangen Bericht (Art. 33 Abs. 2 BankG). Die Konkursliquidatoren sind Beauftragte der FINMA (vgl. Art. 14 Abs. 4 FINMAG sowie Art. 12 BIV-FINMA; Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG] vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 ff., 2870 f.). Zwischen ihnen und der FINMA besteht ein öffentlich-rechtlicher bzw. verwaltungsrechtlicher Vertrag (Urteile des BVGer B-4284/2020 und B-4285/2020 vom 8. März 2021 je E. 2.8). Setzt die FINMA einen Konkursliquidator oder eine Konkursliquidatorin ein, so hat sie bei der Auswahl darauf zu achten, dass dieser oder diese zeitlich und fachlich in der Lage ist, den Auftrag sorgfältig, effizient und effektiv auszuüben, und keinen Interessenkonflikten unterliegt, welche der Auftragserteilung entgegenstehen (Art. 12 Abs. 2 BIV-FINMA). Die Konkursliquidatoren sind für die Abwicklung des Konkursverfahrens verantwortlich. Ihre Tätigkeit besteht insbesondere in der Sicherung und Verwertung der Aktiven sowie der Prüfung der Forderungen der Gläubiger. Sie nehmen notwendige Geschäftsführungsaufgaben wahr, vertreten die Konkursmasse vor Gericht und anderen Behörden und nehmen die Erhebung und Auszahlung der gesicherten Einlagen vor (Art. 13 BIV-FINMA).

### **E. 5.4**

Im Umstand, dass die Liquidatorin bei Feststellung einer Überschuldung ihrer Pflicht nachkommt und vorliegend die FINMA (und nicht den Richter, da aufsichtsrechtliche Liquidation) benachrichtigt (vgl. Art. 743 Abs. 2 OR), ist weder eine mangelhafte Pflichterfüllung noch ein irgendwie gearteter Interessenkonflikt zu erkennen. Die mit Unterstellungsverfügung vom 12. Mai 2020 eingesetzte Liquidatorin hat nach Rechtskraft der Verfügung mit der Erstellung des Inventars und der Liquidationseröffnungsbilanz per 12. Mai 2020 (vgl. Art. 742 Abs. 1 OR) - somit per Stichtag der Auflösung - auf Grundlage des Untersuchungsberichts vom 17. Dezember 2019 aus dem Enforcementverfahren begonnen, Besprechungen mit den ehemaligen Organen abgehalten, den Schuldenruf durchgeführt (vgl. Art. 745 Abs. 2 OR) und die bekannten Gläubiger angeschrieben (vgl. Art. 742 Abs. 2 OR). Die Liquidationseröffnungsbilanz dient der Feststellung der im Zeitpunkt der Auflösung effektiv vorhandenen Vermögenswerte der Gesellschaft. Nach Abschluss der Arbeiten, hat die Liquidatorin eine Überschuldung der Beschwerdeführerin festgestellt und daher der Vorinstanz am 2. Oktober 2020 die Konkurseröffnung beantragt (vgl. Art. 743 Abs. 2 OR). Die Beschwerdeführerin bewertet den Umstand, dass die Liquidatorin nun den Konkurs beantrage und durchführen wolle, weil dies für sie "risikofrei" sei und sie dadurch ihr Honorar sichern wolle, als Interessenkonflikt. Diese Ausführungen sind, wie die Vorinstanz ebenfalls festgehalten hat (vgl. E. 5.2), unverständlich. Im Übrigen bewegen sich die Honoraransätze (Dispositiv-Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung) im üblichen Rahmen.

### **E. 5.5**

Konkret wirft die Beschwerdeführerin der Liquidatorin vor, sie vernichte Aktiven, versilbere keine Aktiven, treibe keine Forderungen ein und habe Mahnungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung ignoriert, die zu Folgekosten geführt hätten. Die Beanstandungen bezüglich Aktiven sind widersprüchlich. Die Beschwerdeführerin ist offenbar der Ansicht, die Liquidatorin generiere zu hohe Kosten und schreite gleichzeitig nicht zur Verwertung. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Liquidatorin seit Beginn ihres Mandats einen grossen Aufwand hatte, da die Beschwerdeführerin ihre letzte Generalversammlung 2016 durchgeführt hatte, weshalb für die Geschäftsjahre bis zum Zeitpunkt der Einstellung der Geschäftstätigkeit keine genehmigten Jahresrechnungen mehr vorlagen. Auch wurden ab 2018 keine Steuererklärungen mehr eingereicht. Ferner wies die Buchhaltung verschiedene Mängel auf, weshalb diese mehrmals überarbeitet werden musste. Auch das Aktionariat ist teilweise bis heute unklar. Die Liquidatorin hat Bestand und Einbringlichkeit der Aktiven geprüft und diese zu Veräusserungswerten bewertet (vgl. Urteil des BGer 4C.139/2001 vom 13. August 2001 E. 2a/aa). Sie hat mit den ehemaligen Organen vereinbart, dass diese aus Kostengründen Abklärungen und Verhandlungen mit Gläubigern und Schuldnern grösstenteils selber vornahmen. Die Liquidatorin hat diese Tätigkeiten überwacht und nur im Bedarfsfall an sich gezogen. Ferner sind Bemühungen zum Verkauf der Eigentumswohnung, die im Anlagevermögen der Beschwerdeführerin bilanziert ist, aktenkundig. Abklärungen zu den Forderungen wurden vorgenommen. Offene Verpflichtungen durfte die Liquidatorin - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht erfüllen, sobald sie Kenntnis davon hatte, dass eine Überschuldung vorliegt (vgl. Art. 743 Abs. 1 OR). Dies dient der Vermeidung einer allfälligen Gläubigerbevorzugung. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der fragliche Strafbescheid der Eidgenössischen Steuerverwaltung von insgesamt Fr. 610.-, welcher der Betreuung zugrunde liegt, wegen Nichteinreichung der Abrechnung betreffend das 1. Quartal 2019 erfolgte und die Untersuchungsbeauftragte von der Vorinstanz erst am 13. August 2019 eingesetzt wurde. Die ehemaligen Organe haben diesen Umstand mithin selber zu vertreten. Ferner hatte die Liquidatorin einem Steuerexperten die Vollmacht zur Vertretung in Steuerangelegenheiten der Beschwerdeführerin erteilt. Nachdem dieser gegen die Veranlagungsentscheide der kantonalen Steuerverwaltung betreffend 2015-2020 vereinbarungsgemäss Einsprache erhoben hatte, die auch teilweise erfolgreich war, hat die Liquidatorin dem Steuerexperten das Mandat entzogen, weil er einen Antrag in der Einsprache (betreffend die Qualifikation einer Forderung von B.\_\_\_\_\_ gegenüber der Gesellschaft als Lohnforderung statt als Darlehen) entgegen ihrer Weisung nicht fallen gelassen hatte. Mittlerweile ist die Sache soweit die direkte Bundessteuer betreffend vor dem kantonalen (Gericht) hängig. Die übrigen Vorwürfe der Beschwerdeführerin an die Liquidatorin erschöpfen sich in pauschalen Vorhaltungen, die keine Stütze in den Akten finden. Ausstandsgründe bringt die Beschwerdeführerin keine vor.

#### **E. 5.6**

Es besteht demnach kein Anlass, die angefochtene Verfügung in diesem Punkt aufzuheben und eine andere Konkursliquidatorin einzusetzen. Es liegen keine Umstände vor, die objektiv betrachtet eine ordentliche Durchführung der Konkursliquidation verhindern könnten. Gesellschafts- und Aktionärsinteressen scheinen weder gefährdet noch verletzt.

#### **E. 6**

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

## **E. 7**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE), wobei sich dieser vorliegend nicht konkret beziffern lässt, und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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