

# **BVGer B-1264/2010 vom 18. November 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-11-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1264\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1264_2010)

FR: TAF B-1264/2010 du 18 novembre 2010

IT: TAF B-1264/2010 del 18 novembre 2010

## **Regeste**

Finanzmarktaufsicht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Am 1. Januar 2009 trat das Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1) vollständig in Kraft, welches Änderungen des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) sowie weiterer finanzmarktrechtlicher Erlasse bewirkte. Auch trat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA an die Stelle der EBK (Art. 58 Abs. 1 FINMAG). Sofern - wie hier - keine Übergangsbestimmungen einschlägig sind, richtet sich die Frage, welches Recht bei einer derartigen Änderung Anwendung findet, nach dem Grundsatz, dass diejenigen materiellen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, wogegen neue verfahrensrechtliche Regeln sofort zur Anwendung gelangen. Bezüglich der Voraussetzungen, die für eine Konkursliquidation erfüllt sein mussten, ist somit jenes Recht anwendbar, welches im Zeitpunkt der Konkurseröffnung (26. Januar 2010) in Kraft war. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass der angefochtene Entscheid am 25. Januar 2010 erlassen und die Untersuchung gegen die Beschwerdeführenden im August/September 2009 eingeleitet wurde. Sofern im Hinblick auf einzelne Vorschriften keine materielle Rechtsänderung stattgefunden hat, erscheint es daher gerechtfertigt, die neuen bzw. geänderten Vorschriften zu zitieren, selbst wenn sich der streitrelevante Sachverhalt möglicherweise teilweise bereits vor dem 1. Januar 2009 ereignet hat.

### **E. 1.2**

Der Entscheid der Vorinstanz vom 25. Januar 2010 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Nach Art. 31 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 5 und 44 VwVG können Verfügungen der Vorinstanz mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Die Beschwerdeführenden haben vor der Vorinstanz am Verwaltungsverfahren teilgenommen und sind Adressaten der angefochtenen Verfügung. Sie sind durch die jeweils sie selbst betreffenden Feststellungen und Anordnungen im Dispositiv der angefochtenen Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Sie sind daher in diesem Umfang zur Beschwerdeführung legitimiert. Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurden fristgerecht einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), es liegen rechtsgültige Vollmachten der

Rechtsvertreter vor. Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (Art. 47 ff. VwvG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## **E. 2**

Die Verfügung der Vorinstanz ist nicht angefochten und somit in Rechtskraft erwachsen, soweit sie die Feststellung der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen durch die Beschwerdeführenden 1-9 betrifft (Dispositiv-Ziff. 1). Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 beanstanden jedoch die ihnen gegenüber angeordnete Konkursliquidation und beantragen eine ordentliche Liquidation durch ihre ehemaligen Organe (Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 2-6). In diesem Zusammenhang wird auch eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben durch die Vorinstanz geltend gemacht. Ferner beantragt der Beschwerdeführer 10 die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 18 bis 20 (Werbeverbot). Alle Beschwerdeführenden beantragten die Reduktion der Kosten im Zusammenhang mit der angefochtenen Verfügung (Dispositiv-Ziff. 26) und die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zusätzlich die Reduktion der Kosten im Zusammenhang mit der Konkurseröffnung. Soweit der Beschwerdeführer 10 in eigenem Namen auftritt, ist er nur in Bezug auf Dispositiv-Ziff. 18 bis 20 (Werbeverbot) sowie 26 (Verfahrenskosten) der Verfügung vom 25. Januar 2010, von welchen er persönlich berührt ist, zur Beschwerde legitimiert. Demgegenüber ist der Beschwerdeführer 10 gemäss ständiger Rechtsprechung nicht zur Beschwerde in eigenem Namen legitimiert, soweit er auch die Aufhebung derjenigen Teile der angefochtenen Verfügung beantragt, die sich gegen die Gesellschaften richten. Die Beschwerdeführerinnen 3 bis 9 sind nicht legitimiert, die Aufhebung derjenigen Teile der angefochtenen Verfügung zu beantragen, die sich gegen die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 sowie den Beschwerdeführer 10 richten. Nur insoweit ist auf die Beschwerde einzutreten.

## **E. 3**

Die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde über die Banken, Börsen und den Effektenhandel trifft, soweit hier interessierend, die zum Vollzug von Banken- und Börsengesetz bzw. von deren Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 3 und Art. 6 Abs. 1 FINMAG). Erhält sie von Verstössen gegen die Gesetze des Finanzmarktrechts oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG). Da die Aufsichtsbehörde allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr bereits unterstellten Betriebe (insbesondere Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen bzw. Börsen und Effektenhändler) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der in Frage stehenden banken- bzw. börsenrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft oder Person (vgl. Art. 1 und 3 ff. BankG). Praxisgemäss kann sie daher die in den Gesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. Personen einsetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.1). Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die Vorinstanz von Gesetzes wegen befugt und verpflichtet, die zur Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Erweist sich, dass die in Frage stehende natürliche oder juristische Person unbewilligt unterstellungspflichtige Aktivitäten ausgeübt hat und ihre Tätigkeit nicht bewilligungsfähig ist, so können diese Anordnungen bis zum Verbot der betreffenden Tätigkeit bzw. zur Liquidation und - bei Überschuldung - zur Konkurseröffnung reichen (vgl. BGE 132 II 382

E. 4.2). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Vorinstanz im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (insbesondere Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot sowie Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits, Rechnung zu tragen (Anleger- und Funktionsschutz; BGE 130 II 351 E. 2.2; BGE 126 II 111 E. 3b; BGE 121 II 147 E. 3a). Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem "technischen Ermessen" anheim gestellt (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1.2, BGE 126 II 111 E. 3b). Bezüglich der Frage, ob die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 nur zu liquidieren gewesen wären oder ob wegen Überschuldung/dauernder Zahlungsunfähigkeit der Konkurs zu eröffnen war, ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 nicht auf die finanziellen Verhältnisse per 25. Januar 2010 abzustellen. Wenn die Vorinstanz eine unterstellungspflichtige und unbewilligte Tätigkeit feststellt und die aufsichtsrechtliche Liquidation verfügt, so kann sie auch nachträglich noch ein Konkursverfahren eröffnen, wenn und sobald sich genügend Anhaltspunkte für eine Überschuldung ergeben (vgl. BGE 131 II 306 E. 4.1.3 ff.). Selbst wenn die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 daher im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung nicht dauernd zahlungsunfähig bzw. überschuldet gewesen sein sollten, könnte das Konkurserkennnis durch das Bundesverwaltungsgericht nicht aufgehoben werden, solange aus aufsichtsrechtlicher Sicht eine Liquidation begründet ist und die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 im Urteilszeitpunkt als überschuldet erscheinen.

#### **E. 4**

Laufend, d.h. ab Januar 2010: Bestätigung der P. \_\_\_\_\_ für Überweisung des Betrages an jeden einzelnen Kunden ("Swiftkopie"), zu adressieren an: Gesellschaft, \_\_\_\_\_

#### **E. 4.1**

Der in Art. 9 der Bundesverfassung (BV) verankerte Grundsatz von Treu und Glauben statuiert ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens und verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (BGE 131 II 627 Erw. 6.1). Voraussetzung für eine Berufung auf den Vertrauensschutz ist indes, dass die betroffene Person sich berechtigterweise auf die Vertrauensgrundlage verlassen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann; die Berufung auf Treu und Glauben scheidet sodann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (BGE 131 II 636 ff. Erw. 6; 129 I 170 Erw. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, N 622 ff.). Eine Auskunft begründet schutzwürdiges Vertrauen nur, wenn sie vorbehaltlos erteilt worden ist. Nicht schutzwürdig ist das Vertrauen Privater in eine Auskunft, wenn die Behörde wenigstens dem Sinn nach klar zum Ausdruck bringt, dass sie sich nicht festlegen will (Vorbehaltlosigkeit der Auskunft; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 680 f.). Nachdem die Vorinstanz - wie noch zu zeigen sein wird - nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen hat, kann offen bleiben, ob der Gutgläubensschutz nicht bereits an dem unwidersprochen gebliebenen Vorbehalt scheidet, mit welchem die Vorinstanz die Auskunft erteilt hat.

#### **E. 4.2**

Am 23. November 2009 fand eine Besprechung zwischen Vertretern der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer 10 und den beiden Rechtsvertretern der Beschwerdeführenden statt. Der entsprechenden von B. \_\_\_\_\_ unterzeichneten Aktennotiz bzw. dem Protokoll vom 26. November 2009 zufolge wurde der Ablauf der Rückabwicklung wie folgt festgehalten: 1. Ende November 2009: Versand der Schreiben an Kunden durch den Beschwerdeführer 10 mit folgendem Inhalt: Schilderung der Situation Kündigung des Darlehens Bestätigung der Rückzahlung von 100% des einbezahlten Kapitals (Darlehen) + der vertraglich vereinbarten erwirtschafteten Erträge + der Zinsen von 6% (pro rata temporis) + des allenfalls vereinbarten einmaligen Bonus von 4% individuelle Aufstellung + Auflistung des genauen Betrages Aufforderung an Kunden zur Bestätigung des genauen Betrages (d.h. die Kapitaleinlage inkl. Zins/Gewinn/Bonus) = Saldobestätigung Adressat der Rückmeldung: Gesellschaft, \_\_\_\_\_ 2. Unterschrift des Beschwerdeführers 10 (allenfalls zusammen mit der Untersuchungsbeauftragten). Ende November 2009: Kündigung der Festgelder auf Konten der Marshall Islands-Gesellschaften bei der P. \_\_\_\_\_ spätestens per 31.12.2009. Gemäss Aussagen des Beschwerdeführers 10 sollten so die Gelder ab dem 1. Januar 2010 frei verfügbar sein. 3. Ab 2./3. Januar 2010 bis voraussichtlich Ende Januar 2010: Rücküberweisung der Beträge an Kunden durch den Beschwerdeführer 10.

#### **E. 4.3**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden und übereinstimmend mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass letztere stets die umgehende Überweisung der Gelder der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 bei der P. \_\_\_\_\_ auf Konten der beiden Gesellschaften in der Schweiz verlangt hat. Dies geht zweifelsfrei aus dem Protokoll vom 26. November 2009 hervor, wo auf Seite 2 festgehalten wird, die Vorinstanz verlange, dass die Salden auf den Konten der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 bei der P. \_\_\_\_\_ auf ihre Konten in der Schweiz zu überweisen seien (A01 687). Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerinnen selber in ihrem Schreiben vom 19. November 2009 auf die fraglichen Überweisungen seitens der P. \_\_\_\_\_ auf ihre Schweizer Konten hinweisen und dass die Vorinstanz alsdann die fraglichen Überweisungen wiederholt abgemahnt hat, so dass sich auch insofern keine andere Sichtweise rechtfertigt. Für das Bundesverwaltungsgericht steht somit fest, dass diese Überweisungen von Anfang an Vorbedingung für eine vertragliche Abmachung im Sinne eines Entgegenkommens bildeten, von welcher nicht abgewichen werden konnte. Wenn die Vorinstanz von den Beschwerdeführenden die Überweisung der beiden Salden der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 bei der P. \_\_\_\_\_ auf Schweizer Konten verlangt hat, hat sie damit weder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, noch sich widersprüchlich verhalten (*venire contra proprium factum*). Gestützt auf die beigebrachten Unterlagen durften die Beschwerdeführenden keinesfalls davon ausgehen, dass sie gemäss den mit der Vorinstanz getroffenen Abmachungen mit der Überweisung der Salden der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 auf der P. \_\_\_\_\_ auf Konten in die Schweiz bis Ende März zuwarten durften.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 bestreiten, dass sie im Zeitpunkt der Konkurseröffnung überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig gewesen seien. Die Vorinstanz behauptet das Gegenteil.

#### **E. 5.1**

Besteht begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, so kann die Vorinstanz gestützt auf Art. 25 Abs. 1 Bst. c BankG unter Umständen die Liquidation der Bank (Bankenkonkurs nach Art. 33 ff. BankG) anordnen. Eine Überschuldung bzw. dauernde Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn die Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungszwecken gedeckt sind (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG; BGE 131 II 306 E. 4.3.1).

## **E. 5.2**

Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführenden Darlehen entgegen genommen haben, welche in ein "Forex Trading System" investiert worden sind. Mindestens 795 Kunden haben mit einer der auf den Marshall Islands domizilierten Gesellschaften Darlehensverträge abgeschlossen und insgesamt mindestens EUR 12.8 Mio. investiert. Die Investoren schlossen mit einer der auf den Marshall Islands domizilierten Gesellschaften sog. "Verträge über ein partiarisches Darlehen", teilweise kombiniert mit sog. "Übernahme- und Beteiligungsverträgen" ab. Danach wurden sie von der jeweiligen Gesellschaft angewiesen, den vereinbarten Darlehensbetrag auf ein bestimmtes Konto der Gesellschaft einzubezahlen. In den Darlehensverträgen verpflichtete sich der Investor, an eine der auf den Marshall Islands domizilierten Gesellschaften ein Darlehen mit einer Laufzeit von 380 oder 390 Tagen zu einem jährlichen Zinssatz von 6% zu gewähren. Gemäss "Übernahme- und Beteiligungsvertrag" wurde dem Investor neben der festen Verzinsung eine Gewinnbeteiligung an den Erträgen der entsprechenden Gesellschaft zugesichert. Die einzelnen auf den Marshall Islands domizilierten Gesellschaften gewährten wiederum der Beschwerdeführerin 1, der Beschwerdeführerin 5, der N.\_\_\_\_\_, sowie der NI\_\_\_\_\_, beide mit Hauptsitz in G.\_\_\_\_\_, Darlehen, welche über die P.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ in "Forex Trading Strategien" investiert wurden. Zwischen den auf den Marshall Islands domizilierten Gesellschaften einerseits und der S.\_\_\_\_\_ andererseits wurden sog. "Service Level Agreements" abgeschlossen (A01 448-497, insbesondere 470). Die Beschwerdeführerin 1 wies Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der L.\_\_\_\_\_ und der K.\_\_\_\_\_ von EUR 1'005'000.-- aus, die Beschwerdeführerin 2 hatte gegenüber der L.\_\_\_\_\_ und der K.\_\_\_\_\_ Darlehensverbindlichkeiten von EUR 878'000.-- (A01 639-653, 655-684). Auf den bekannten Schweizer Konten verfügten die Beschwerdeführerin 1 per 11. November 2009 über einen Saldo von USD 3'562.-- und die Beschwerdeführerin 2 über einen Saldo von CHF 36'445.-- (A01 835). Weiter besteht eine Saldobestätigung vom 13. November 2009 der P.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_, wonach sich auf dem Konto der Beschwerdeführerin 1 EUR 165'401.89 befanden (A01 634). Gemäss Saldobestätigung vom 13. November 2009 verfügte die Beschwerdeführerin 2 bei der P.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ über einen Saldo von EUR 61'458.47 (A01 616). Am 25. Januar 2010 bzw. 26. Januar 2010 überwies die N.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin 1 EUR 100'000.-- (A01 847) bzw. der Beschwerdeführerin 2 EUR 50'000.-- (A01 851). Unter Berücksichtigung der jeweiligen Kündigungsfristen der Arbeits-, Leasingverträge und des Mietvertrages hatte die Beschwerdeführerin 1 gemäss eigener Zugabe laufende Verbindlichkeiten im Umfang von EUR 62'835.05 (A01 667). Bei der Beschwerdeführerin 2 beliefen sich diese auf EUR 5'971.95 (Lohn an F.\_\_\_\_\_ bis Dezember 2009; A01 665/666). Mit Schuldübernahmeverträgen vom 21. Januar 2010 (A01 786/787, 808/809) übernahm die M.\_\_\_\_\_ die Darlehensschulden der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 gegenüber der K.\_\_\_\_\_ und der L.\_\_\_\_\_ im Umfang von EUR 1'005'000.-- (Beschwerdeführerin 1) und EUR 878'000.-- (Beschwerdeführerin 2). Die

Beschwerdeführerin 1 verfügte gemäss eigener, aber nicht näher belegter Darstellung über Immobilien in Deutschland im Wert von rund EUR 800'000.--. Die Beschwerdeführerin 2 hat gemäss eigener, aber nicht näher belegter Darstellung gegenüber E.\_\_\_\_\_ eine Forderung in der Höhe von CHF 900'000.--. Gestützt auf diese Aktenlage erachtete die Vorinstanz sowohl bei der Beschwerdeführerin 1 als auch bei der Beschwerdeführerin 2 die Besorgnis einer Überschuldung als begründet. Sie argumentierte im Wesentlichen, der Saldo auf dem Konto bei der P.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin 1 sei nicht werthaltig, die Beschwerdeführerin 1 habe eine Darlehensschuld gegenüber der K.\_\_\_\_\_ und der L.\_\_\_\_\_ von über EUR 1 Mio., die benötigte Liquidität sei nicht durch sie selber, sondern eine Drittgemeinschaft überwiesen worden, die Immobilien im Wert von EUR 800'000.-- bzw. - ohne Sperrvermerk - von EUR 300'000.-- seien nicht zu berücksichtigen; schliesslich seien im Rahmen des Konkurses Forderungen von insgesamt rund CHF 1 Mio. eingegangen. Der Saldo auf dem Konto bei der P.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin 2 sei gleichfalls nicht zu berücksichtigen, der Betrag von EUR 50'000.-- der N.\_\_\_\_\_ sei erst nach der Konkurseröffnung überwiesen worden, weshalb er nicht zu den liquiden Mitteln zu zählen sei; ausserdem seien nicht nur die Aktiven, sondern auch die Passiven im selben Umfang erhöht worden; bei vorsichtiger Bewertung sei auch die Forderung der Beschwerdeführerin 2 gegenüber E.\_\_\_\_\_ nicht zu den liquiden Mitteln zu zählen. Auf der Passivseite seien nebst den Verbindlichkeiten von CHF 15'798.-- Steuern, Honorarforderungen für die Rechtsvertretung, die Untersuchungskosten im Umfang von über CHF 78'000.-- sowie allfällige Verpflichtungen gegenüber den Vermittlern zu berücksichtigen.

### **E. 5.3.1**

Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 wenden ein, nach der Übernahme ihrer Darlehensschulden durch die M.\_\_\_\_\_ sei ihre Überschuldung massiv entschärft worden. Ferner seien ihnen durch die N.\_\_\_\_\_ liquide Mittel im Umfang von EUR 100'000.-- (Beschwerdeführerin 1) und 50'000.-- (Beschwerdeführerin 2) zugeflossen. Nebst ihren Salden auf den Schweizer Konten seien auch die Salden auf ihren Konten bei der P.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ zu berücksichtigen (Beschwerdeführerin 1: EUR 165'401.89; Beschwerdeführerin 2: EUR 61'458.47). Zwingend zu berücksichtigen seien sodann die zwei Immobilien der Beschwerdeführerin 1 in Deutschland im Wert von ca. EUR 800'000.-- bzw., weil auf einer Liegenschaft ein Sperrvermerk von ca. EUR 500'000.-- laste, zumindest ein Betrag von EUR 300'000.--. Der Beschwerdeführerin 2 stehe sodann eine Forderung im Betrag von CHF 900'000.-- gegenüber E.\_\_\_\_\_ zu.

### **E. 5.3.2**

Die Vorinstanz macht demgegenüber im Einzelnen geltend, die Salden der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 bei der P.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ seien nicht zu den liquiden Mitteln zu zählen. Gemäss einer Medienmitteilung der nordzyprischen Aufsichtsbehörde vom 17. März 2010 sei die Bankbewilligung der P.\_\_\_\_\_ bereits am 11. Dezember 2009 provisorisch sistiert und mit Entscheid vom 12. März 2010 sei sie dauerhaft entzogen worden. Es müsse angenommen werden, dass die P.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ massive Liquiditätsprobleme habe und der Beschwerdeführer 10, welcher eine bedeutende Kontrolle über die P.\_\_\_\_\_ habe, sei offenbar in zweifelhafte Einlagengeschäfte involviert. So hätten denn auch sowohl die Untersuchungsbeauftragte als auch sie die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 und die P.\_\_\_\_\_ wiederholt, aber vergeblich aufgefordert, die Gelder in die Schweiz zu überweisen. Die Salden beider

Beschwerdeführerinnen bei dieser Bank seien demnach aller Wahrscheinlichkeit nach nicht werthaltig. Auf Grund der Schuldübernahmeverträge durch die M. \_\_\_\_\_ seien die Beschwerdeführerinnen zwar nicht mehr massiv überschuldet gewesen; dennoch hätten auch nach Abschluss dieser Schuldübernahmeverträge immer noch erhebliche Liquiditätsprobleme sowie die begründete Besorgnis einer Überschuldung bestanden. Was die überwiesenen Beträge der N. \_\_\_\_\_ anbelange, so sei dazu festzuhalten, dass nicht nur die liquiden Mittel der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zugenommen hätten, sondern im gleichen Umfang auch die Passiven. Zudem sei aus dieser "Vorfinanzierung" einer Drittgesellschaft zu schliessen, dass die Salden auf den Konten bei der P. \_\_\_\_\_ in G. \_\_\_\_\_ nicht verfügbar seien, was die oben dargelegten Befürchtungen bestätige. Was den Differenzbetrag von EUR 300'000.-- bezüglich der Immobilien der Beschwerdeführerin 1 in Deutschland anbelange, so seien für deren Bestand und Verfügbarkeit keinerlei Beweise beigebracht worden, so dass anzunehmen sei, dass es sich hier um Behauptungen bzw. um nicht verfügbare Werte handle, die bei der gebotenen vorsichtigen Einschätzung nicht berücksichtigt werden dürften. Die Forderung im Betrag von CHF 900'000.-- der Beschwerdeführerin 2 gegenüber E. \_\_\_\_\_ mit Wohnsitz in Moskau sei gemäss den glaubwürdigen Ausführungen der Untersuchungsbeauftragten nicht einbringlich. Die im Rahmen des Schuldenrufs eingegangenen Forderungen von Gläubigern der Beschwerdeführerin 1 beliefen sich auf ca. CHF 1 Mio (A01 1175-1179). Daneben habe sie - wie erwähnt - Darlehensschulden im Umfang von EUR 1'005'000.--. Die laufenden Verbindlichkeiten beliefen sich auf rund EUR 63'000.--. Im Rahmen des Schuldenrufs seien bei der Beschwerdeführerin 2 Forderungen von CHF 225'460.63 geltend gemacht worden. Daneben habe sie - wie erwähnt - Darlehensschulden im Umfang von EUR 878'000.--. Beide Beschwerdeführerinnen hätten demnach zu Folge der Vorinstanz und entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführenden Liquiditätsprobleme gehabt und ferner habe eine begründete Besorgnis bestanden, dass beide Beschwerdeführerinnen überschuldet gewesen seien.

#### **E. 5.4.1**

In der Bundesverwaltungsrechtspflege gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]). Frei ist die Beweiswürdigung vor allem darin, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, die dem Richter genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zu Stande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben (Christoph Auer, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N 17 zu Art. 12; BGE 130 II 482 E. 3.2). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verlangt, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat oder nicht. Veranschlagt wird dabei das beigebrachte Beweismaterial wie ferner auch das Beweisverhalten der Parteien. Beweis ist geleistet, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Die von der eigenen Sachkunde des Richters oder der Lebenserfahrung und praktischen Vernunft getragene, mit Gründen gestützte Überzeugung kann genügen (Gygi, a. a. O., S. 279 mit Hinweisen). Im Verfahren zur Abklärung einer allfälligen Unterstellungs- und Bewilligungspflicht nach dem Bankengesetz trifft die Betroffenen eine relativ weit gehende Auskunfts- und Mitwirkungspflicht. Diese beinhaltet insbesondere die Erteilung sämtlicher Auskünfte und die Herausgabe aller Unterlagen, welche die Vorinstanz

benötigt, um ihrer Aufsichtstätigkeit nachzugehen und die Unterstellungspflicht abzuklären (vgl. Art. 1 BankV; BGE 121 II 147 E. 3a sowie Urteil des Bundesgerichts 2A.509/1999 vom 24. März 2000 E. 3b).

#### **E. 5.4.2**

Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hatten zum Zeitpunkt der Konkureröffnung keine nennenswerten Aktiven auf den bekannten schweizerischen Konten. Die Beschwerdeführerinnen 1 bzw. 2 verfügten bei der P. \_\_\_\_\_ in G. \_\_\_\_\_ über einen Saldo von EUR 165'401.89 bzw. EUR 61'458.17. Daneben bestehen Darlehensschulden von EUR 1'005'000.-- (Beschwerdeführerin 1) und EUR 878'000 (Beschwerdeführerin 2). Die M. \_\_\_\_\_ übernahm diese Darlehensschulden der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 gemäss Schuldübernahmeverträgen vom 25. Januar 2010. Im Januar 2010 überwies die N. \_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin 1 EUR 100'000.-- und der Beschwerdeführerin 2 EUR 50'000.--. Beide Beschwerdeführerinnen hatten laufende Verbindlichkeiten: die Beschwerdeführerin 1: rund CHF 1 Mio. (A01 1175-1179); die Beschwerdeführerin 2: CHF 225'460.60 (A01 1171-1173).

#### **E. 5.4.3**

Die Werthaltigkeit der beiden Kontensalden bei der P. \_\_\_\_\_ in G. \_\_\_\_\_ wurde von der Vorinstanz zu Recht in Zweifel gezogen, weil der überschuldeten P. \_\_\_\_\_ einerseits dauerhaft die Bankenbewilligung entzogen worden war und weil andererseits die Beschwerdeführenden wiederholt die Rückzahlung der Darlehen durch die P. \_\_\_\_\_ versprochen und diese Versprechen nie einhielten. Gestützt darauf und nachdem die Liquidität der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 im Januar 2010 wiederum nicht durch die P. \_\_\_\_\_, sondern durch eine Drittgesellschaft erhöht wurde, ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass die Gelder bei der P. \_\_\_\_\_ gar nicht verfügbar waren.

#### **E. 5.4.4**

Die Einbringlichkeit der Forderung der Beschwerdeführerin 2 gegenüber E. \_\_\_\_\_ mit Wohnsitz in Moskau über CHF 900'000.-- bzw. EUR 594'660.-- wurde bereits von der Untersuchungsbeauftragten mit guten Gründen in Zweifel gezogen, da sie betreffend Hintergrund und Werthaltigkeit der Forderung trotz Nachfragen keine weiteren Informationen erhalten hat (A01 451). Auch die Werthaltigkeit des Differenzbetrages in der Höhe von EUR 300'000.-- bezüglich der Immobilien der Beschwerdeführerin 1 in Deutschland erscheint dem Bundesverwaltungsgericht mangels Belegen als in hohem Masse fraglich und demnach unbewiesen, zumal die Beschwerdeführerin selber in ihrer Eingabe vom 19. November 2009 dieses Aktivum nicht berücksichtigt hat, da dessen Realisation unklar sei.

#### **E. 5.4.5**

Die Überweisungen der N. \_\_\_\_\_ hatten nicht nur eine Erhöhung der Aktiven, sondern auch der Passiven in gleichem Umfang zur Folge.

#### **E. 5.4.6**

Für das Bundesverwaltungsgericht ergibt sich daher folgendes Bild. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 agierten bereits im Zusammenhang mit den Salden der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 auf den Konten bei der P. \_\_\_\_\_ wenig glaubwürdig. Ferner wirkten auch ihre Vorbringen betreffend angeblichen Aktiven in annähernder Millionenhöhe (Forderung gegenüber einer Privatperson, Immobilien im Ausland) wenig

überzeugend und mehr im Sinne von Schutzbehauptungen. Dass eine dritte Partei für beide Beschwerdeführerinnen eine Gesamtschuld von rund EUR 2 Mio. ohne Gegenforderung übernimmt, wirkt ebensowenig glaubwürdig und entspricht nicht einem vernünftigen Geschäftsgebaren. Vielmehr besteht auch hier - vor dem Hintergrund der gesamten Umstände - ein begründeter Verdacht auf ein Scheinmanöver bzw. auf den Erweis einer Gefälligkeit. Die Beschwerdeführenden, die durch ihr gesamtes Verhalten diese Vermutung nahe legen, vermögen nichts Ernsthaftes darzutun, um dem zu widersprechen. Mit der Pflicht zur vorsichtigen Bewertung zum Schutz der Gläubigerinteressen ist es andererseits der Vorinstanz verwehrt, leichtgläubig auf zweifelhafte Vorbringen einzugehen. Nachdem sie aufgrund der Geschehnisse im Zusammenhang mit den Konten bei der P.\_\_\_\_\_ schlechte Erfahrungen gemacht hatte, durfte und musste sie vom Weiterbestand der namhaften Überschuldung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 ausgehen. Was die beiden geltend gemachten Aktivposten anbelangt, die Immobilien in Deutschland im Wert von zumindest EUR 300'000.--, räumt die Beschwerdeführerin 1 selber deren geringe Werthaltigkeit ein und bringt auch für diese keinen Beweis. Die Vorinstanz verneinte die Werthaltigkeit der Forderung gegenüber E.\_\_\_\_\_ in der Höhe von CHF 900'000.--; die Beschwerdeführerin 2 konnte dem nichts Substantielles entgegen halten. Insofern misslang es den Beschwerdeführerinnen 1 und 2, die begründete Befürchtung ihrer Überschuldung zu zerstreuen. Bei einer derartigen massiven Überschuldung vermögen auch die Darlehen der N.\_\_\_\_\_ zu keinem anderen Befund zu führen.

#### **E. 5.4.7**

Einbringlichen Aktiven von rund EUR 100'000.-- der Beschwerdeführerin 1 stehen damit Verbindlichkeiten von EUR 1'068'000.-- gegenüber. Einbringlichen Aktiven von rund EUR 50'000.-- der Beschwerdeführerin 2 stehen damit Verbindlichkeiten von EUR 884'000.-- gegenüber (A01 1171-1173). Wenn die Vorinstanz bei dieser Sachlage von einer Überschuldung bzw. einer dauernden Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 ausging, ist dies nicht zu beanstanden.

#### **E. 5.4.8**

Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die namhaften, auch für sich allein zu einer begründeten Besorgnis der Überschuldung führenden Schulden (vgl. vorne E. 5.3.2 am Ende) bei den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 beim Schuldenruf korrekt eingegeben wurden, da so oder anders eine namhafte Überschuldung vorliegt.

#### **E. 5.4.9**

Soweit die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 im Übrigen rügen, für die Untersuchungskosten über CHF 78'000.-- hafteten sämtliche Beschwerdeführer solidarisch, weshalb diese Kosten nicht bei beiden Beschwerdeführerinnen unter den Verbindlichkeiten zu berücksichtigen seien, ist dem entgegenzuhalten, dass der Gläubiger zivilrechtlich jeden Solidarschuldner nach freier Wahl für einen Teil oder auch für die ganze Forderung belangen kann, unbeschadet des Rückgriffsrechts des Zahlenden gegen seine Mitschuldner (Art. 144 und 148 Abs. 2 OR). Befinden sich mehrere Solidarschuldner im Konkurs, so gestattet das Konkursrecht dem Gläubiger, seine Forderung in jedem Konkurs im vollen Betrage geltend zu machen (Art. 216 Abs. 1 SchKG). Dadurch wird die Wirksamkeit der Solidarität beachtlich verstärkt; der Gläubiger konkursiter Solidarschuldner könnte sonst wohl nie zu voller Befriedigung gelangen. Andererseits darf die Anwendung dieser Regel nicht dazu führen, dass der Gläubiger aus mehreren Konkursen insgesamt mehr erhält, als ihm im

Ganzen zivilrechtlich zusteht. Darum wird sie dahin ergänzt, dass ein allfälliger Überschuss der Zuteilungen aus den verschiedenen Konkursen nach Massgabe der unter den Mitverpflichteten bestehenden Rückgriffsrechte an die Massen zurückfällt (Art. 216 Abs. 2 SchKG). Der Rückgriff unter den Massen setzt somit die volle Befriedigung des Konkursgläubigers voraus (Art. 216 Abs. 3 SchKG). Nachdem die Konkursdividende bei den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 noch nicht feststeht, wurden die Untersuchungskosten zu Recht in beiden Konkursen in vollem Umfang eingegeben (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, 8. Aufl., § 42 Rz. 38 ff.).

#### **E. 6**

Der Beschwerdeführer 10 macht geltend, auch die gegenüber ihm angeordneten Massnahmen seien unverhältnismässig. Nach Art. 31 FINMAG sorgt die Aufsichtsbehörde für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands und für die Beseitigung der Missstände. Der Beschwerdeführer 10 war zweifellos als Teil einer Gruppe tätig, welche einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit (gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen) nachging. Mit dem Verbot, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen bzw. der Werbung für eine solche, wurde ihm lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Es handelt sich dabei im Resultat nicht um eine eigenständige Massnahme, sondern um eine Warnung bzw. Ermahnung. Da von einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen auszugehen ist, steht der Veröffentlichung des Verbots nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung nichts im Wege (Art. 34 FINMAG; Entscheid des Bundesgerichts 2C\_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 5.1).

#### **E. 7**

Die Beschwerdeführenden rügen schliesslich auch die Kosten im Zusammenhang mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung (CHF 15'000.--). Die Kosten, die seit der Konkurseröffnung angefallen seien und noch anfallen würden, seien von der Vorinstanz zu tragen, da diese ohne zeitliche Not die Konkurseröffnung über die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 verfügt habe.

##### **E. 7.1**

Die Vorinstanz führt dazu zu Recht aus, dass der Antrag bezüglich der Kosten, die seit der Konkurseröffnung angefallen seien oder künftig noch anfallen würden, nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sein könne, da diese Kosten auch nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung seien. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

##### **E. 7.2**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung (FINMA-GebV, SR 956.122) ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst. Gestützt auf Art. 8 Abs. 1 FINMA-GebV sowie Ziff. 1.9 im Anhang der FINMA-GebV erhebt die FINMA für ihre Verfahren über die Zwangsunterstellung von natürlichen oder juristischen Personen Gebühren in der Höhe von CHF 10'000.-- bis CHF 30'000.-- je Partei. Art. 6 FINMA-GebV legt fest, dass sich die Erhebung von Gebühren zur Deckung von Verfahrenskosten nach der Allgemeinen Gebührenverordnung (Allg. GebV, SR 072.041.1) vom 8. September 2004 richtet, soweit die FINMA-GebV keine besondere Regelung enthält. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 2 Abs. 2 GebV). Die Bestimmung der Höhe der Verfahrenskosten im Einzelfall liegt im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz. Die von der Vorinstanz erhobenen Verfahrenskosten haben in einem angemessenen Verhältnis zum

tatsächlichen Aufwand zu stehen (Urteil des BVGer B-7734/2008 vom 30. März 2009 E. 2.6).

### **E. 7.3**

Die Beschwerdeführenden scheinen zu übersehen, dass die Vorinstanz nicht nur die Verfügung verfassen, sondern auch die Beschwerdeschriften/Stellungnahmen der Beschwerdeführenden lesen, deren Argumente untersuchen und abwägen sowie die Akten erneut studieren mussten. Es kommt hinzu, dass sich die Vorinstanz zunächst auf eine einvernehmliche Lösung einliess, die entsprechend zeitaufwändig war (Besprechung, mehrfache Aufforderungen zur Überweisung vereinbarter Beträge etc.), dass die Kooperationsbereitschaft des Beschwerdeführers 10 zu wünschen übrig liess und dass das Verfahren einen Auslandbezug aufweist. Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern die Anordnung des Konkurses anstelle der Liquidation über die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 eine Erhöhung der Verfahrenskosten zur Folge gehabt haben soll. Ausserdem ist die Vorinstanz im angefochtenen, gegen 10 Verfügungsadressaten gerichteten Entscheid vom 25. Januar 2010 trotz vergleichsweise aufwändigem Verfahren mit Verfahrenskosten von CHF 15'000.-- ausserordentlich weit von der oberen Kostengrenze entfernt geblieben. Insgesamt ist ihr Kostenentscheid nicht zu beanstanden.

### **E. 8**

Die Beschwerde erweist sich demnach in allen Teilen als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

### **E. 9**

Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführenden nach Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten zu tragen und es wird ihnen gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) keine Parteientschädigung ausgerichtet. Die Verfahrenskosten werden im Rahmen von Art. 4 VGKE auf Fr. 2'000.-- für die Beschwerdeführenden 1, 2 und 10 und auf Fr. 500.-- für die Beschwerdeführenden 3-9, somit gesamthaft auf Fr. 9'500.--, festgelegt. Die Verfahrenskosten werden mit den am 3. Mai 2010 geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von insgesamt Fr. 5'500.-- verrechnet. Den die Kostenvorschüsse übersteigenden Betrag von Fr. 4'000.-- haben die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 binnen 30 Tagen nach der Rechtskraft des vorliegenden Urteils unter solidarischer Haftbarkeit der Gerichtskasse zu überweisen. Einzahlungsscheine werden mit separater Post zugestellt.

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