

# **BVGer B-1617/2013 vom 3. März 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1617\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1617_2013)

FR: TAF B-1617/2013 du 3 mars 2015

IT: TAF B-1617/2013 del 3 marzo 2015

## **Regeste**

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Februar 2013, mit welcher diese den Konkurs über die Y. \_\_\_\_\_ eröffnet. Sie stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen, welche von Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG), worunter auch die Vorinstanz fällt (Art. 4 i.V.m. Art. 54 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1]).

### **E. 1.2**

Vorerst streitig und zu prüfen ist, ob und inwiefern die Beschwerdeführer zur Beschwerde gegen die Konkursöffnung legitimiert sind.

#### **E. 1.2.1**

Die Vorinstanz bestreitet die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 1 "in eigener Sache". Zur Begründung hält sie fest, dass er als Drittbeschwerdeführer nicht Verfügungsadressat sei. Eine Beschwerdebefugnis komme ihm lediglich in seiner Funktion als Organ der Y. \_\_\_\_\_ zu. Diese verlange aber eine unmittelbare Betroffenheit. Er habe aber bloss ein mittelbares Interesse. Die Umstände für eine materielle Beschwerde seien nicht ausreichend. Er sei selbst nicht an ihrem Verfahren als natürliche Person beteiligt gewesen und habe explizit nicht um eine Teilnahme unter seinem Namen ersucht. Er sei daher nicht beschwerdebefugt. Nach ihrer Auffassung sind Organe juristischer Personen im Namen der Gesellschaft im Kontext eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens beschwerdelegitimiert, wenn die juristische Person aufsichtsrechtlich in Liquidation versetzt und den Organen die Vertretungsbefugnis entzogen worden ist. Dass die früher zeichnungsberechtigten Organe in Bezug auf die separate Konkursverfügung als beschwerdebefugt gelten können, ergebe sich aus der Rechtsweggarantie (Art. 29a Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Der Beschwerdeführer 1 habe die Y. \_\_\_\_\_ als einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats vor der aufsichtsrechtlichen Liquidation vertreten. Dementsprechend beschränke sich seine Beschwerdebefugnis darauf, Beschwerde im Namen der Gesellschaft und nicht "in eigener Sache" zu erheben, wie dies vorliegend der Fall sei. Im Dezember 2012 sei er als Organ der Y. \_\_\_\_\_ eingeladen worden, zum Antrag auf Konkursöffnung Stellung zu nehmen. Er

habe aber in dieser Eigenschaft mit Schreiben vom 7. Februar 2013 mitgeteilt, dass er auf eine Stellungnahme verzichten würde. Ferner sei die Erweiterung der Beschwerde auf die Y. \_\_\_\_\_ erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgt, womit nicht darauf einzutreten sei. Im Übrigen verfüge er auch als (Mit-)Gesellschafter der Y. \_\_\_\_\_ über keine Beschwerdelegitimation.

#### **E. 1.2.2**

Der Beschwerdeführer 1 sieht sich demgegenüber zur Beschwerdeführung legitimiert. Er sei Adressat der Verfügung und durch die ihn betreffenden Feststellungen und Anordnungen in ihrem Dispositiv besonders berührt. Er habe überdies ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Denn er sehe sich Regressansprüchen von Anlegern persönlich ausgesetzt und habe ein unmittelbares Interesse daran, dass der Konkurs aufgehoben werde, es zu einer bestmöglichen Befriedigung der Anleger komme und damit etwaige Regressansprüche ihm gegenüber entfallen würden. Im Übrigen sei seine Beschwerde auch im Namen der Y. \_\_\_\_\_ eingereicht worden.

#### **E. 1.2.3**

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

#### **E. 1.2.4**

Als Parteien in einem Verwaltungsverfahren gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, sowie Personen oder Organisationen, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c; vgl. BGE 129 II 286 E. 4.3.1; BGE 139 II 279 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 1.2.5**

Wird eine Überschuldung in einem separaten Konkurserkennnis festgestellt, ist der betroffene und bereits in (aufsichtsrechtliche) Liquidation versetzte Intermediär gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung berechtigt, das Vorliegen der für die Konkursöffnung erforderlichen Voraussetzungen richterlich überprüfen zu lassen. Dies gilt selbst dann, wenn der Liquidationsentscheid als solcher - wie dies vorliegend der Fall ist - getroffen und in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. Urteil des BGer 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.1.1). Der Entscheid über die Konkursöffnung ist von eigenständiger Bedeutung (vgl. BGE 136 II 306 E. 1.2; Urteil des BGer 2C\_101/2011 E. 1.1.1; Urteil des BVerB-4888/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 1.3-1.4; Thomas Bauer/Olivier Hari/Vincent Jeanneret, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N 10 zu Art. 33, S. 685, mit weiteren Hinweisen). Es geht hier um die Modalitäten der Auflösung des Finanzintermediärs.

#### **E. 1.2.6**

Diese richterlichen Überprüfungsmöglichkeiten und -pflichten ergeben sich aus der Rechtsweggarantie. Danach hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich

Anspruch unter anderem auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde (Art. 29a BV; vgl. Giovanni Biaggini, Kommentar BV, 2007, N 10 zu Art. 29a, S. 222 f.; Andreas Kley, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N 1 ff. zu Art. 29a, S. 678 ff.). Ohne Beschwerdelegitimation bestünde gegen die aufsichtsrechtliche Konkursöffnung kein richterlicher Rechtsschutz, was vom ordentlichen Konkursverfahren abweichen würde, da dort der Gemeinschuldner gegen den Entscheid des Konkursgerichts Beschwerde erheben kann (vgl. Urteil des BGer 2C\_101/2011 E. 1.1.2; Magdalena Rutz, Weiterziehung des Konkursdekretes, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser [Hrsg.], Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, 2000, S. 343 ff.). Die FINMA könnte damit die Eröffnung des Konkurses bzw. die entsprechenden Voraussetzungen der (verwaltungs-)richterlichen Kontrolle entziehen, ohne dass über die im Bankenkonzurs zulässigen zivilrechtlichen Rechtswege und diejenigen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1) ein hinreichender Ausgleich geschaffen würde (Art. 24 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 [Bankengesetz, BankG, SR 952.0] in der Fassung vom 3. Oktober 2003; vgl. BBl 2002 8060 Ziff. 2.2.1.6; BGE 131 II 306 E. 1.1; Tomas Poledna/Davide Jermini, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 24, S. 556, mit weiteren Hinweisen).

### **E. 1.2.7**

Vorliegend hat der Beschwerdeführer 1 seine Beschwerde zunächst "in seiner eigenen Sache" und alsdann zudem "in der Sache der Y. \_\_\_\_\_" eingereicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei seiner selbst verfassten Beschwerde um eine Laienbeschwerde handelt. Es kann somit nicht erwartet werden, dass er die rechtlichen Formalien wie ein Anwalt kennt und anwendet. Die angefochtene Verfügung betrifft und verpflichtet die Gesellschaft, und nicht den Beschwerdeführer 1. Dieser stellt denn auch einzig Begehren im Interesse der Gesellschaft, wozu er gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts als Organ der Gesellschaft - trotz Entzugs der Vertretungsbefugnis - berechtigt ist (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.1). Bei der gegebenen Situation nicht auf die Beschwerde einzutreten, würde das Verbot des überspitzten Formalismus tangieren bzw. könnte als formelle Rechtsverweigerung gewertet werden (vgl. Urteil des BGer 2C\_756/2010 vom 19. Januar 2011 E. 3.2.4, mit weiteren Hinweisen; BGE 135 I 6 E. 2.1, mit weiteren Hinweisen; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 380 ff.; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 294 ff.). Es kann dementsprechend festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer 1 soweit als beschwerdebefugt anzusehen ist, als er im Namen der Y. \_\_\_\_\_ Beschwerde gegen die Konkursöffnung erhebt (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.1-1.2.2, mit weiteren Hinweisen). Ob auf die Beschwerde auch einzutreten wäre, soweit der Beschwerdeführer 1 in seinem eigenen Namen Beschwerde führt, kann offen bleiben, nachdem nur im Interesse der Beschwerdeführerin 2 Begehren gestellt und zu beurteilen sind, mithin diesbezüglich ohnehin einzutreten ist.

### **E. 1.3**

Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 49 VwVG). Auf die durch den Beschwerdeführer 1 im Namen der Beschwerdeführerin 2 erhobene Beschwerde ist deshalb einzutreten.

## **E. 2**

In der Sache rügen die Beschwerdeführer, die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung seien nicht erfüllt. Demgegenüber hält die Vorinstanz an der Feststellung der Überschuldung der Y.\_\_\_\_\_ und der darauffolgenden rechtmässigen Konkursöffnung fest. Es ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass die Y.\_\_\_\_\_ überschuldet sei, mit der Folge, dass in diesem Fall (nachträglich) der Bankenkurs anzuordnen wäre.

### **E. 2.1.1**

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts steht mit der Anordnung der Liquidation einer illegal als Bank oder Finanzintermediär tätigen Gesellschaft fest, dass eine Fortführung als bewilligter Betrieb nicht möglich ist (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2; BGE 132 II 382 E. 7.2; BGE 131 II 306 E. 4.1.3). Erweist sich der Finanzintermediär als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, so ordnet die Vorinstanz in analoger Anwendung von Art. 33 ff. BankG die Eröffnung des Bankenkurses sowie seine Durchführung an.

### **E. 2.1.2**

Bei ihrem Vorgehen trägt die Vorinstanz stets den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, insbesondere der bankenrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger und der Anleger sowie der Lauterkeit des Finanzplatzes Schweiz, Rechnung (Art. 5 FINMAG; vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2). Sie ist deshalb gehalten, die allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze sowie die Mindestgarantien von Art. 6 EMRK zu berücksichtigen (Art. 37 Abs. 3 FINMAG; vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2; BGE 131 II 306 E. 3.1.2). Die ergriffenen Massnahmen müssen insbesondere die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, der Rechtsgleichheit, von Treu und Glauben, des Verhältnismässigkeitsgebots und des Willkürverbots berücksichtigen. Sie müssen überdies zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels beitragen (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK). Zudem müssen sie genügend bestimmt und voraussehbar sein und dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erforderlich, geeignet und verhältnismässig i.e.S. ist (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 133 ff.; Benjamin Schindler, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, a.a.O., N 1 ff., 18 ff., 42 ff. zu Art. 5, S. 103 ff.; Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, Droit administratif, Vol. I, Les fondements, 3. Aufl. 2012, S. 814 ff.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 152 ff.).

### **E. 2.1.3**

Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (vgl. BGE 131 II 306 E. 4.3). Im Rahmen der Finanzmarktaufsicht ist der Nachweis einer formellen Überschuldung nicht erforderlich. Das Vorliegen vernünftiger, nachvollziehbarer Umstände, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen, wie ernsthafte Liquiditätsprobleme, genügt. Diese liegen vor, wenn der Finanzintermediär 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 (vgl. EBK-Bankeninsolvenzbericht vom Januar 2008, S. 12; BGE 104 IV 77 E. 3d). Dabei erachtet es das Bundesgericht als zulässig, im

Interesse der Gläubiger die Aktiven und die Forderungen der potenziellen Gemeinschuldnerin vorsichtig zu bewerten (vgl. Urteil des BGer 2C\_101/2011 E. 4.1.1; BGE 131 II 306 E. 4.3.1). Wann der kritische Punkt zur Besorgnis einer Überschuldung erreicht ist (Art. 25 BankG), lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht allgemein sagen. Der Vorinstanz als Fachbehörde kommt diesbezüglich ein nicht unerheblicher (technischer) Ermessensspielraum zu. Daher muss sie ihren Entscheid im Einzelfall rechtsgenügend und die Einschätzungen in nachvollziehbarer Weise begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Eine bloss abstrakte Vermutung einer Überschuldung genügt nicht (vgl. Urteil des BGer 2C\_101/2011 E. 4.1.1; Christian Haas/Thomas Bauer, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, a.a.O., N 20 ff. zu Art. 25, S. 592 f.).

#### **E. 2.1.4**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Problematik der Überschuldung mit freier Kognition. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies auch, wenn es sich um eine technische Frage handelt und es sich deshalb eine gewisse Zurückhaltung auferlegen darf (Art. 49 lit. c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; vgl. Urteil des BGer 2C\_101/2011 E. 4.1.2; Urteil des BGer 2C\_199/2010 vom 12. April 2011 E. 11.3.1; Urteil des BGer 5A\_591/2009 vom 22. Oktober 2009 E. 2.2). Diese ist dann gerechtfertigt, wenn im konkreten Fall keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts bestehen und die spezialisierte Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und ihre Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (vgl. Urteil des BGer 2C\_101/2011 E. 4.1.2; BGE 136 I 184 E. 2.2.1; Urteil des BVGer B-5051/2012 vom 10. April 2014 E. 3.3-3.4.1). Bestehen aber begründete Zweifel, kann das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf den Anspruch auf rechtliches Gehör des Betroffenen gehalten sein, selber weitere Abklärungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen (vgl. Urteil des BGer 2C\_101/2011 E. 4.1.2; BGE 136 I 184 E. 2.2.2).

#### **E. 2.2**

Vorliegend bestreiten die Beschwerdeführer ausdrücklich die von der Vorinstanz vorgenommenen Bewertungen, die zur Feststellung einer Überschuldung und zur Konkurseröffnung geführt haben. Die Wertansätze seien nicht nachvollziehbar und die Aktiven und Passiven falsch bewertet worden. Eine Bewertung soll nach ihrer Meinung zu den Fortführungswerten erfolgen. Die Bilanzen und Jahresrechnungen für die Jahre 2010-2011 seien unrichtig. Einzelne Positionen wie in Bezug auf den Vertrag der Z.\_\_\_\_\_ seien zum Nachteil der Y.\_\_\_\_\_ abgeändert worden. Eine Abfindung sei nur noch zum Buchwert möglich, was in einem auffälligen Missverhältnis zum Ertragswert stehe und keinen Sinn mache. Sie heben des Weiteren hervor, dass es in Bezug auf die Z.\_\_\_\_\_ nur ein Parteigutachten gebe, welches das mutmassliche Ziel verfolge, einen möglichst günstigen Preis für die Erwerbung der Anteile durch die Z.-Gruppe zu erzielen. Zudem hätten die Liquidatoren in Kaufverträgen einen Verzicht ausgehandelt und seien von hohen Forderungen ausgegangen, die niemals in die Überschuldungsbetrachtung hätten einfließen dürfen. Ein Forderungsankauf und die Vereinigung sämtlicher Forderungen in einer juristischen Person seien geplant. Schliesslich werde ein Investor die benötigten Kaufpreiszahlungen zur Verfügung stellen.

#### **E. 2.3**

Die Vorinstanz ihrerseits stellte aufgrund ihrer Sachverhaltsfeststellungen fest, dass die Y.\_\_\_\_\_ am 30. November 2012 gemäss Entwurf der Jahresrechnung 2011 über Aktiven

von ca. CHF 4,765 Millionen gegenüber einem Fremdkapitalbetrag von ca. CHF 83 Millionen verfügt habe. Neben Bankguthaben von ca. CHF 765'000.- auf der Aktivseite habe es danach eine Beteiligung von 47.5 % an der Z. \_\_\_\_\_ gegeben, der aufgrund der Einschätzung der Liquidatoren ein Wert von maximal CHF 4 Millionen beizumessen sei. Hauptgläubiger seien ca. 4'500 Anleger, von denen bislang rund 1'600 Forderungen von ca. CHF 25,5 Millionen im Liquidationsverfahren angemeldet hätten sowie die Z. \_\_\_\_\_ und die W. \_\_\_\_\_, die Forderungen aus Investitions- und Finanzverträgen für einen Betrag von ca. CHF 57,4 Millionen geltend machen würden. Die Vorinstanz hielt zudem fest, dass es in Bezug auf die Geschäftsanteile der Y. \_\_\_\_\_ an der Z. \_\_\_\_\_ keine seriöse Grundlage gebe, um den von den Beschwerdeführern erwähnten Wert von 58 Millionen Euro anstelle von CHF 4 Millionen zu belegen. Zudem seien die Änderung vom Ertragswert zum Buchwert und seine Anwendung für die Bewertung der Aktiven und Passiven nicht vom Konkursliquidator veranlasst worden. Sie seien vielmehr erfolgt, als der Beschwerdeführer 1 allein zeichnungsberechtigt gewesen sei. Er unterbreite zwar ein Gutachten, um seine Aussagen und Bewertungen zu belegen. Dieses Gutachten sei aber auf einer unsicheren und unbelegten Basis erstellt worden. Es bestehe denn auch der Anschein, dass die Planungsrechnung allein auf mündlichen Angaben des Beschwerdeführers 1 beruhe. Auch in Bezug auf eine behauptete Rückübertragung weiterer Geschäftsanteile an die Z. \_\_\_\_\_ bleibe eine weitergehende Überprüfung der Lage nicht möglich. Würde es aber tatsächlich einen Rückübertragungsanspruch geben, so würde dieser ohnehin nicht genügen, um die Überschuldung der Y. \_\_\_\_\_ zu beseitigen. Zudem befinde sich das Kraftwerk noch in der Testphase, so dass zuverlässige Zukunftsprognosen in Bezug auf seine Weiterentwicklung kaum möglich seien. Des Weiteren seien die vom Beschwerdeführer 1 erwähnten Pläne, Forderungen der Y. \_\_\_\_\_-Gläubiger zu erwerben, nicht umgesetzt worden. Dies gelte gleichermassen in Bezug auf Kaufangebote eines Investors, die nicht schriftlich vorliegen würden und deren Existenz bestritten werde. Im Übrigen gebe es ohnehin keine Aussicht auf Sanierung der Y. \_\_\_\_\_. In rechtlicher Hinsicht erwog die Vorinstanz zunächst, dass die Y. \_\_\_\_\_ bereits rechtskräftig in Liquidation sei. Dies schliesse nach dem Willen des Gesetzgebers ein nachträgliches Sanierungsverfahren ohnehin aus. Ferner liege es in ihrem Ermessen, bei begründeter Besorgnis auf eine Überschuldung zu schliessen oder bei ernsthaften Liquiditätsproblemen die in Art. 25 BankG vorgesehenen Schutzmassnahmen anzuordnen. Für eine begründete Besorgnis würden vernünftige, nachvollziehbare Umstände genügen. Da eine Weiterführung des Unternehmens nicht in Frage komme, würden für die Bewertung des Unternehmenswertes auch keine Fortführungswerte angewendet. Es erfolge allein eine Prüfung zu Liquidationswerten. Vorliegend würde sich auch bei einer im Interesse der Gläubiger vorsichtig vorgenommenen Bewertung der Aktiven und Passiven der Y. \_\_\_\_\_ eine Unterbilanz von CHF 78,235 Millionen ergeben. Diese Bewertung sei von den ehemaligen Organen der Y. \_\_\_\_\_ nicht beanstandet worden. Die Gesellschaft sei daher überschuldet und der Konkurs in analoger Anwendung von Art. 33 Abs. 1 BankG zu eröffnen.

#### **E. 2.4**

Die Y. \_\_\_\_\_ wurde mit Verfügung der Vorinstanz vom 24. August 2012 in Liquidation gesetzt (Art. 37 FINMAG und Art. 23quinquies BankG), weil sie ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 3a Abs. 2 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, BankV, SR 952.02) verstossen hatte. Diese Verfügung ist, soweit

die Y. \_\_\_\_\_ betroffen ist, in Rechtskraft erwachsen. Insofern steht fest, dass die Y. \_\_\_\_\_ ohnehin nicht weitergeführt wird. Es geht nun deshalb nur noch um die Fragen, ob und inwiefern die Y. \_\_\_\_\_ überschuldet und die Eröffnung des Konkurses durch die Vorinstanz rechtmässig ist. Zu diesem Zweck muss der Wert der Y. \_\_\_\_\_ ermittelt werden. Dabei stellt sich zunächst die Frage, nach welcher Methode die Y. \_\_\_\_\_ zu bewerten ist.

#### **E. 2.4.1**

Ein Unternehmen oder ein kaufmännisches Gewerbe wird nach den anerkannten Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre bewertet. Um den Wert eines Unternehmens zu ermitteln, gibt es verschiedene Methoden. Das Bundesgericht stützt sich dabei unter anderem auf den Substanzwert, den Ertragswert nach der Brutto- oder Gesamtkapitalmethode oder den Ertragswert nach der "Discounted Cash Flow"-Methode (vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2). Als Ausgangspunkt für die Bewertung und die Wahl einer Bewertungsmethode eines Unternehmens ist aber stets zu berücksichtigen, ob das Unternehmen weitergeführt wird oder nicht. Je nach Antwort auf diese Frage ist der Fortführungswert oder der Liquidationswert zu ermitteln (vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2.2; BGE 121 III 152 E. 3c, je mit weiteren Hinweisen). Bei der Ermittlung des Liquidationswertes findet keine Fortschreibung der historisch gewachsenen Buchwerte statt (vgl. Urteil des BGer 4A\_324/2011 vom 16. Januar 2012 E. 2.2.2; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 1848 f.). Dabei ist allerdings hervorzuheben, dass im Streitfall letztlich die Gerichte und nicht die Experten entscheiden, nach welchem Massstab und welcher Bewertungsmethode ein Unternehmen zu bewerten ist. Denn es handelt sich hierbei um eine Rechtsfrage. Sachfrage ist einzig die Schätzung des tatsächlichen Wertes (vgl. BGE 125 III 1 E 5.a; Urteil des BGer 5A\_591/2009 E. 2.2; Hausheer/Aebi-Müller, a.a.O., N 6 zu Art. 211, S. 1199).

#### **E. 2.4.2**

Zwecks Ermittlung des Wertes der Y. \_\_\_\_\_ verlangen die Beschwerdeführer, dass der Ertragswert angewendet wird. Eine Ermittlung des Wertes eines Unternehmens aufgrund des Ertragswertes ist aber in der Regel dann vorzunehmen, wenn der Fortführungswert des Unternehmens festgelegt werden soll. Als zukunftsorientierte Bewertungsmethode wird sie jeweils mit einer Bewertung nach dem Substanzwert ergänzt (vgl. BGE 136 III 209 S. 216; Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl. 2010, N 16 zu Art. 211, S. 1200). Weil vorliegend feststeht, dass keine Fortführung der Y. \_\_\_\_\_ geplant ist und folglich sein Liquidationswert zu ermitteln ist, wäre die Anwendung des Ertragswertes nicht adäquat (vgl. BGE 121 III 152 E. 3.c.; Hausheer/Aebi-Müller, a.a.O., N 16-17 zu Art. 211, S. 1200; Carl Helbling, Unternehmensbewertung und Steuern, 5. Aufl. 1989, S. 51/52). Im Gegenteil hat die Bewertung des Unternehmens nach dem (nicht zukunftsorientierten) Buchwert zu erfolgen.

#### **E. 2.4.3**

Wenn die Beschwerdeführer die Bewertung des Unternehmens nach dem Fortführungswert verlangen, übersehen sie zudem, dass dieser von vornherein nicht in Frage kommt, was sich bereits aus dem Umstand ergibt, dass die Anordnung zur Liquidation rechtskräftig ist. Auch bei den von den Beschwerdeführern erwähnten Plänen, um die Forderungen der Y. \_\_\_\_\_-Gläubiger zu erwerben, und bei dem von ihnen erwähnten Kaufangebot eines Investors handelt es sich um Behauptungen, die keineswegs belegt werden und daher nicht

berücksichtigt werden können. Zudem gilt die Bewertung nach dem Buchwert auch für die Geschäftsanteile der Z.\_\_\_\_\_. Das diesbezüglich von den Beschwerdeführern unterbreitete Gutachten, das einen Ertragswert errechnet, wurde, wie die Vorinstanz zu Recht aufführt, effektiv auf einer unsicheren Basis erstellt und bleibt unbelegt. Dies genügt deshalb keinesfalls, um die Bewertung nach dem Buchwert zu widerlegen. Zwar führt der unter dem Blickwinkel der Schätzung des Liquidationswertes berechnete Buchwert eines Unternehmens generell zu einer Wertuntergrenze, die unabhängig davon gelten kann, ob das Unternehmen fortgeführt oder liquidiert wird (vgl. BGE 136 III 209 E. 6.4.3, mit weiteren Hinweisen; zur Liquidationsbilanz und den Bewertungen vgl. auch Karl Käfer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die kaufmännische Buchführung, Kommentar zu Art. 958-964 OR, 1981, N 443 ff. zu Art. 960, S. 1072 ff.). Angesichts des vorliegend ermittelten hohen Betrages der Überschuldung kann aber ohnehin davon ausgegangen werden, dass auch eine andere Methode nicht zu einem günstigeren Ergebnis als zur Feststellung einer Überschuldung geführt hätte.

## **E. 2.5**

Des Weiteren ist streitig, ob die Erklärungen zum Rangrücktritt nach dem schweizerischen oder nach dem deutschen Recht zu beurteilen sind.

### **E. 2.5.1**

Die Beschwerdeführer heben hervor, es sei nicht berücksichtigt worden, dass die Verträge mit den Anlegern überwiegend mit einem qualifizierten Rangrücktritt unterschrieben worden seien. Dabei sei das deutsche Recht zumindest analog in der Schweiz anzuwenden. Dementsprechend seien die Forderungen der Gläubiger im Konkursfall aufgrund der Erklärungen zum Rangrücktritt nicht zu berücksichtigen. Nach ihrer Auffassung sollen deshalb die Verträge mit den Anlegern - wie ursprünglich vereinbart - nicht in einem Insolvenzstatus gegenüber der Y.\_\_\_\_\_ erscheinen und bewertet werden. Die Anleger würden das geleistete Kapital zurückerhalten. Die diesbezüglich angegebenen Forderungen seien daher eine Luftnummer. Ein Gutachten sei zu erheben, um festzustellen, welches Recht überhaupt Anwendung finde.

### **E. 2.5.2**

Demgegenüber hält die Vorinstanz fest, dass die Ausführungen der Beschwerdeführer das Vorliegen eines Insolvenzgrundes keineswegs in Abrede stellen könnten. Die rechtliche Tragweite von Rangrücktrittsvereinbarungen beurteile sich nicht nach dem deutschen Recht, wie von den Beschwerdeführern gefordert, sondern nach dem schweizerischen Recht. Demnach werde einem Rangrücktritt kein Forderungsverzicht beigemessen. Vorliegend hätten die Anleger auch nicht auf ihre Forderungen verzichtet. Zudem bleibe die von ihnen geforderte Verringerung der Passiva aufgrund erklärter Rangrücktritte zu unbestimmt. Sie könne betragsmässig nicht genau beziffert werden und es stehe nicht fest, wie viele Gläubiger diesen Rangrücktritt vereinbart hätten. Die zu diesem Zeitpunkt berücksichtigten Verbindlichkeiten würden den im Liquidationsverfahren angemeldeten Forderungen von ca. 1'600 Gläubigern entsprechen. Sie seien demnach auch nicht aus der Luft gegriffen, wie von den Beschwerdeführern behauptet. Ausserdem wäre die Durchsetzung der Rangrücktrittserklärungen ohnehin unsicher. Es bestehe überdies die Möglichkeit, dass die Verträge mangels einer Erlaubnis der deutschen Aufsichtsbehörde nichtig seien. Vorsichtshalber seien daher sämtliche Forderungen der Anleger im Überschuldungsstatus anzusetzen.

### **E. 2.5.3**

Die Y. \_\_\_\_\_ ist eine nach schweizerischem Recht organisierte Gesellschaft. Sie wurde nach den Vorschriften des schweizerischen Rechts in Liquidation gesetzt. Auch das Konkursverfahren wird nach den Vorschriften des schweizerischen Rechts durchgeführt. Dies betrifft somit auch die Erklärungen betreffend den Rangrücktritt, die ebenfalls nach dem schweizerischen Recht zu beurteilen sind. Nicht zuletzt aus diesem Grund haben bereits zahlreiche Anleger ihre Forderungen trotz eines qualifizierten Rangrücktritts im Konkursverfahren angemeldet. Im schweizerischen Recht führt der Rangrücktritt nicht zu einem Forderungsverzicht (Art. 725 OR; vgl. Böckli, a.a.O., S. 1858; Hanspeter Wüstiner, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 47 zu Art. 725, S. 1179). Es handelt sich vielmehr um einen "Rücktritt im Rang" (vgl. Böckli, a.a.O., S. 1856 ff.). Gemäss dem schweizerischen Konzept des Rangrücktritts ist dieser in sinnvoller Weise als Instrument im Rahmen einer Sanierung einsetzbar. Insbesondere können damit die Sanierung eines Unternehmens begünstigt und die Eröffnung eines Konkurses abgewendet werden (vgl. Böckli, a.a.O., S. 1856 ff.; Wüstiner, a.a.O., N 47 zu Art. 725, S. 1179), was vorliegend allerdings gerade nicht zutrifft. Indessen ist es - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer - nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Kriterien die Tragweite von Rangrücktrittserklärungen nach dem deutschen Recht beurteilt werden sollte. Insoweit als in casu das deutsche Recht nicht zur Anwendung kommt, sondern das schweizerische Recht, ergibt sich auch keine Änderung in Bezug auf die festgestellte Überschuldung der Y. \_\_\_\_\_.

### **E. 2.6**

Ferner verlangen die Beschwerdeführer die Absetzung der Konkursliquidatoren und die Einsetzung neutraler Liquidatoren. Dazu stellen sie aber weder einen formellen Antrag noch substantiieren sie ihre Begehren genügend. Nach Ansicht der Vorinstanz sind die eingesetzten Konkursliquidatoren unabhängig und sie würden auch über die erforderlichen Kenntnisse verfügen. Es gebe deshalb keine Anhaltspunkte, die auf Befangenheit oder einen Interessenkonflikt dieser Konkursliquidatoren schliessen lassen würden. Aufgrund der Vorgehensweise, der Arbeiten und der Schätzungen der Konkursliquidatoren in diesem Verfahren ist die Stellungnahme der Vorinstanz vollumfänglich in der Weise zu bestätigen, dass es vorliegend keine Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Absetzung der Konkursliquidatoren gibt.

### **E. 2.7**

Zusammenfassend ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Beschwerdeführer ihre Angaben weder näher erläutern noch belegen konnten. Diese machen vielmehr pauschale Äusserungen, die kaum glaubhaft sind. Zudem ist festzuhalten, dass auch die Anwendung einer anderen Bewertungsmethode kaum dazu geführt hätte, den festgestellten hohen Überschuldungsbetrag überhaupt zu tilgen. Die Anordnung der Konkurseröffnung durch die Vorinstanz ist daher nicht nur verhältnismässig, sondern aufgrund der festgestellten Überschuldung zwingend erforderlich.

### **E. 3**

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

### **E. 4**

Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführer als unterliegende Parteien die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie werden auf CHF 3'000.- festgelegt (Art. 1 i.V.m. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss im Gesamtbetrag von CHF 3'000.- verrechnet.

#### **E. 5**

Unterliegenden Parteien wird keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat auch bei Obsiegen keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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