

BVGer B-2757/2015 vom 21. März 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-03-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2757_2015

FR: TAF B-2757/2015 du 21 mars 2016

IT: TAF B-2757/2015 del 21 marzo 2016

Regeste

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerden 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. 1.1

Die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 1-3 wurden, in ihrem Namen, vom Beschwerdeführer 4 bzw. seinen Rechtsvertretern eingereicht. Der Beschwerdeführer 4 verfügte bei der Beschwerdeführerin 1 gemäss Handelsregistrauszug bis zum 22. Mai 2014 über eine Einzelzeichnungsberechtigung. Die Einzelzeichnungsberechtigung ist mit der Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten durch die Vorinstanz am 22. Mai 2014 dahingefallen. Seither ist er Mitglied des Verwaltungsrates ohne Zeichnungsberechtigung. Bei der Beschwerdeführerin 2 war er gemäss Handelsregistrauszug bis zur Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten am 24. April 2015 Zeichnungsberechtigter mit Einzelunterschrift und ist seither unbestrittenermassen formelles oder zumindest faktisches Organ der Beschwerdeführerin 2. Bei der Beschwerdeführerin 3 ist er im Handelsregister als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift eingetragen. Die sich aus der jeweiligen Organstellung bzw. Organvertretung (Art. 55 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; BGE 121 III 176 E. 4d) ergebende Befugnis des Beschwerdeführers 4, für die Beschwerdeführerinnen 1-3 Beschwerde zu führen, wird praxisgemäss durch den Eintritt in die Liquidation, die Einsetzung eines Liquidators und die Konkureröffnung nicht berührt (BGE 132 II 382 E. 1.1 m.H.). Der Beschwerdeführer 4 ist somit befugt, im Beschwerdeverfahren die Beschwerdeführerinnen 1-3 zu vertreten bzw. vertreten zu lassen.

E. 1.2

Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch die sie selbst betreffenden Feststellungen und Anordnungen im Dispositiv der angefochtenen Verfügung besonders berührt und haben als Verfügungsadressaten insoweit ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Aus den Beschwerden geht nicht eindeutig hervor, wer welche Rügen erhebt bzw. ob die Beschwerdeführenden alle Rügen für sich erheben. Die Rügen werden im Folgenden jeweils nur bezogen auf diejenige beschwerdeführende Partei geprüft, wenn sie einen

direkten Zusammenhang zu ihr aufweisen. Die Beschwerdeführenden sind somit in diesem Umfang zur Beschwerdeführung legitimiert.

E. 1.3

Die Beschwerden sind im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht worden und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerden ist somit unter dem erwähnten Vorbehalt (E. 1.2 am Ende) einzutreten.

E. 2

Ändert sich das anwendbare Recht während eines hängigen Verwaltungsverfahrens, so richtet sich die Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer derartigen Änderung Anwendung findet, bei Fehlen ausdrücklicher Übergangsbestimmungen, nach dem Grundsatz, dass in materieller Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 2 m.w.H.). Der im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Sachverhalt hat sich im Wesentlichen in den Jahren 2013 und 2014 ereignet. Da keine übergangsrechtlichen Bestimmungen vorliegen, die vom erwähnten Grundsatz abweichen würden, sind hier die zwischen 2013 und 2014 geltenden Rechtssätze anwendbar, insbesondere die alte Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, in Kraft bis zum 31. Dezember 2014 (aBankV, AS 1972 821).

E. 3

Die Beschwerdeführenden bestreiten, eine finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt zu haben. In einem ersten Schritt ist daher zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen 1-3 als Gruppe sowie ebenfalls der Beschwerdeführer 4 aufgrund seines massgeblichen Beitrages bewilligungspflichtige Publikumseinlagen entgegengenommen haben oder ob, wie von der Beschwerdeführerin 1 vorgebracht, die Ausnahme in Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV einschlägig ist. Die Vorinstanz verneint die Anwendbarkeit von Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV, weil keine Eigentumsübertragung stattgefunden habe.

E. 3.1

Nach Art. 1 Abs. 2 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ohne Bewilligung keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig für eigene Rechnung Fremdgelder entgegennimmt und selbst zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird. Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2). Die Definition als Einlage verlangt weder, dass die gesamte Summe zurückbezahlt werden muss, noch dass die Rückzahlung sofort ohne Zwischentransaktion erfolgen muss (Urteil des BGer 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/bb). Ausgenommen sind unter gewissen, eng umschriebenen Voraussetzungen fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter, insbesondere Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen (Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV). Massgebend ist dabei nicht die Bezeichnung eines Vertrages, sondern dessen Zweck (vgl. Urteil des BVGer B-8227/2007 vom 20. März 2009 E. 5.2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die Kaufobjekte bzw. Dienstleistungen

genügend bestimmt sein, so dass sie den betreffenden Investoren zugeordnet werden können und die Zahlung eine Gegenleistung darstellt (Urteile des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2 und 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/cc). Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 aBankV) oder wer in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (vgl. Art. 3 Abs. 1 aBankV; BGE 136 II 43 E. 4.2 m.H.).

E. 3.2

Nach Ansicht der Vorinstanz sei unklar, ob mit den in den Verträgen erwähnten Olivenhainen lediglich Bäume mit dem darunterliegenden Boden oder Parzellen mit Bäumen darauf veräussert worden seien. Die Vertragsbeilage enthalte die GPS-Koordinaten der Bäume und nicht des jeweiligen Grundstücks. Ferner gehe aus den Vertragsunterlagen nicht hervor, welches Grundstück genau Vertragsgegenstand gewesen sein soll. Die Käufer wüssten lediglich allgemein, dass ihr Olivenhain ca. 0.1 ha umfasse und zehn über 80-jährige Olivenbäume aufweise. Die von der Beschwerdeführerin 1 erstellten Lagepläne würden in keinem der untersuchten Fällen mit den mitgeteilten GPS-Koordinaten der Bäume übereinstimmen. Weder für den Käufer noch für den vertragsfremden Dritten sei das Vertragsobjekt demnach eindeutig definiert bzw. definierbar, womit die Grundstücke nicht rechtsgenügend bestimmt worden und die Kaufverträge nach anwendbarem schweizerischem Recht nicht gültig zustande gekommen seien. Bei dieser Beurteilung brauche nicht mehr geprüft zu werden, ob der Anleger nicht dennoch nach spanischem Recht Eigentum an den Grundstücken erworben habe. Auch eine Beurteilung der Verträge nach deren Zweck führe zum selben Ergebnis. Da bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs der Olivenhaine der Rückkauf durch die Beschwerdeführerin 1 zum Ankaufspreis vereinbart worden sei, werde offensichtlich, dass es den Anlegern nicht um den Kauf von Olivenhainen gegangen sei. Vielmehr dürften Renditeüberlegungen und somit das Investment im Zentrum gestanden haben. Im Ergebnis sei der Zweck des Geschäftes derselbe wie bei der Gewährung eines verzinslichen Darlehens gewesen: Die Beschwerdeführerin 1 habe Kapital erhalten, das jährlich fest verzinst wurde und am Ende der Laufzeit an die Anleger hätte zurückbezahlt werden müssen. Dies zeige sich auch daran, dass der vertragliche Erwerb von Grundeigentum in keinem offiziellen spanischen Register bzw. Grundbuch eingetragen sei. Ausserdem habe der von der Beschwerdeführerin 1 verlangte Kaufpreis in keinem Verhältnis zum eigentlichen Wert der Grundstücke gestanden, welche die Beschwerdeführerin 1 im Schnitt zu einem rund zehnmal tieferen Preis erworben habe. Der Investor habe somit nicht über einen realen Gegenwert verfügt. Hinzu komme, dass der Besitz an den Grundstücken bei der Beschwerdeführerin 1 verblieben und nie effektiv an die Investoren übergegangen sei, womit diese de facto nicht besser gestellt gewesen seien als Darlehensgeber.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin 1 bringt zur Anwendbarkeit von Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV vor, Hauptvertragszweck sei der tatsächliche Erwerb der Olivenhaine durch die Käufer gewesen, weshalb ihnen eine Eigentumsurkunde überreicht und sog. "Investorenreisen" zu den Olivenhainen angeboten worden seien. Es habe sich um ein klassisches Sale-and-Lease-Back Konzept gehandelt, wobei jeder Käufer die Absicht verfolgt habe, effektiv Eigentümer eines Olivenhains zu werden, verbunden mit dem Ziel, eine Rendite zu erwirtschaften. Dabei ergebe sich aus den Unterlagen klar, dass die Parzellen und nicht

lediglich die Bäume veräussert worden seien. Der Käufer hätte im Falle der Insolvenz sein Grundstück an einen Dritten veräußern und sich damit schadlos halten können. Da somit beim Käufer kein Ausfallrisiko bestanden habe, könne auf den aufsichtsrechtlichen Gläubigerschutz verzichtet werden. Die Beschwerdeführerin 1 habe der Vorinstanz sodann angeboten, in Zukunft auf die Rückkaufvereinbarung zu verzichten. Zutreffend seien die Ausführungen der Vorinstanz, dass nur Verträge über eine bestimmte Anzahl von Olivenhainen mit einer Fläche von je ca. 0.1 Hektar und einem Baumbestand von je zehn Olivenbäumen abgeschlossen worden seien, ohne dass den Käufern im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die genaue Form und Lage der Olivenhaine bekannt gewesen seien, und den Käufern zum Teil falsche Koordinaten der Olivenbäume mitgeteilt worden seien. Für die Käufer sei jedoch ohnehin nur relevant gewesen, dass sie eine bestimmte Anzahl Olivenhaine mit den vorgenannten Eigenschaften erhielten. Deshalb könne nicht behauptet werden, der Verkaufsgegenstand sei weder bestimmt noch bestimmbar gewesen, zumal die Parteien nicht die Verpflichtung zur Übertragung eines ganz bestimmten Grundstückes hätten begründen wollen. Die Beschwerdeführerin 1 habe von Beginn an einen Parzellierungsplan für die von ihr erworbenen Flurstücke erstellt, der im Rathaus von [...] sowie beim Notar in Spanien zur Einsicht hinterlegt sei. Nach Abschluss jedes einzelnen Vertrages habe sie jeweils die entsprechende Vertragsnummer in den Parzellierungsplan eingetragen. Dadurch seien Lage und Form einer jeden Parzelle eindeutig bestimmt worden und die Verträge gültig zustande gekommen.

E. 3.4

Damit das Konzept der Beschwerdeführerin 1 gestützt auf Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV bewilligungsfrei betrieben werden kann, musste dem einzelnen Erwerber der Olivenhaine tatsächlich das Eigentum an den konkreten Grundstücken übertragen werden. Das war beim Konzept der Beschwerdeführerin 1, wie sich aus den Akten ergibt, jedoch nicht der Fall. Der vermeintliche Käufer eines Olivenhains erhielt mit Abschluss des Vertrages ein von der Beschwerdeführerin 1 konzipiertes "Zertifikat" mit Koordinaten der ihm angeblich zugeteilten Olivenbäume. Die Untersuchungsbeauftragte führte zwanzig Stichproben durch. Das Ergebnis war, dass bei sämtlichen zwanzig "Zertifikaten" die Koordinaten der Bäume nicht mit der Lage der angeblich von der Beschwerdeführerin 1 zugeteilten Grundstücke übereinstimmten. Bereits diese fehlende Übereinstimmung führte dazu, dass eine effektive Zuordnung der angeblich erworbenen Grundstücke auf die tatsächlich lokalen Parzellen ausgeschlossen und den Käufern eine Überprüfung des Vertrages unmöglich war. Daher ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass in einer Vielzahl von Fällen keine ausreichende Individualisierung der Olivenhaine und Baumbestände stattfand. Die Beschwerdeführerin 1 vermag denn auch nicht zu überzeugen, wenn sie darlegt, den Anlegern sei es nicht um die Übertragung eines bestimmten Grundstückes gegangen, weshalb das Wahlrecht ihr zugestanden sei. Wenn dem so wäre, hätte sie auf den Urkunden erst gar keine (angeblichen) Koordinaten für die verkauften Olivenhaine anbringen müssen. Das Geschäft der Beschwerdeführerin 1 ähnelte vielmehr dem Verkauf von Wertpapieren, verbunden mit einem Renditeversprechen, oder einem Darlehen. Es kann dabei offen gelassen werden, ob, wie die Beschwerdeführerin 1 behauptet, der Grundstückverkauf in Spanien keiner notariellen Form bedürfe und auch die Eintragung der Käufer im Grundbuch nicht zwingend erforderlich sei. Wenn der Hauptvertragszweck tatsächlich der Erwerb der Olivenhaine durch die Anleger hätte sein sollen, ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführerin 1 den Anlegern bloss eine selbst ausgefertigte Urkunde aushändigte, auf der zumindest teilweise falsche Koordinaten standen. Auf die von der

Beschwerdeführerin 1 beantragte Einholung eines Gutachtens zur Rechtslage nach spanischem Recht kann daher verzichtet werden. Der Vertragszweck weist auf einen Darlehenscharakter der Verträge hin. Die Beschwerdeführerin 1 war verpflichtet, die fraglichen Olivenhaine nach Ablauf der zehnjährigen Vertragsdauer zum ursprünglichen Verkaufspreis zurückzukaufen. Während der Vertragsdauer schuldete sie Mieten bzw. Zinsen von jährlich 10% des Kaufpreises. Die Investoren konnten somit (theoretisch) ihren Einsatz über die gesamte Vertragsdauer verdoppeln bzw. eine Rendite von 100% erzielen. Die Beschwerdeführerin 1 warb denn auch damit, dass durch den vereinbarten Rückkaufpreis in der Höhe von 100% des ursprünglichen Kaufpreises für den Investor das Risiko von Preisschwankungen entfalle. Des Weiteren waren die Grundstückkaufpreise pro Hektare (rund EUR 2'300.- bis EUR 27'000.-) erheblich geringer als die durch die Beschwerdeführerin 1 festgesetzten Weiterveräußerungspreise von EUR 7'800.- pro Hain in der Grösse von ca. 0.1 Hektare. Schliesslich liegt der Verdacht nahe, dass es sich beim Geschäft der Beschwerdeführerin 1 um ein sogenanntes Schneeballsystem gehandelt hat, wobei die Gelder neuer Investoren für die Pachtzinsen der alten Investoren verwendet wurden oder in die Tätigkeit der Beschwerdeführerin 2 flossen. Weder die Beschwerdeführerin 1 noch der Beschwerdeführer 4 als deren einziges Organ konnten plausible Angaben dazu machen, wie die Beschwerdeführerin 1 die anfallenden Pachtzinsen sowie die vereinbarten Rückkäufe hätte finanzieren wollen, wobei auch der Verbleib der von den Anlegern investierten Gelder unklar geblieben ist.

E. 3.5

Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV ist nach dem Gesagten vorliegend nicht einschlägig und die von der Beschwerdeführerin 1 entgegengenommenen Gelder sind als Einlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG zu qualifizieren. Da die Beschwerdeführerin 1 sodann zu Recht nicht bestreitet, gewerbsmässig (vgl. Sachverhalt A.d) gehandelt zu haben, haben die von den Käufern der Olivenhaine einbezahlten Gelder als gewerbsmässig entgegengenommene Publikumseinlagen im Sinne des Bankengesetzes zu gelten.

E. 3.6

Ferner bilden die Beschwerdeführerinnen 1-3 aufgrund der engen finanziellen, organisatorischen und personellen Verflechtungen gemeinsam eine Gruppe und haben als solche gemeinsam gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und dafür Werbung betrieben. Gemäss der Rechtsprechung sind verschiedene natürliche und juristische Personen in Bezug auf die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit dann aufsichtsrechtlich als Gesamtheit zu betrachten, wenn eine derart enge wirtschaftliche Verflechtung besteht, dass nur eine gesamthafte Betrachtungsweise den faktischen Gegebenheiten gerecht wird und Gesetzesumgehungen verhindern kann (vgl. etwa Urteil des BVGer B-3759/2014 vom 11. Mai 2015 E. 3.3 m.w.H.). Die wesentlichen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 beschränken sich darauf, dass sie keine Anlagegelder aus den abgeschlossenen Verträgen bezogen hätten, was nicht zu überzeugen vermag. Der Beschwerdeführer 4 führte gegenüber der Untersuchungsbeauftragten aus, die Erlöse aus dem Verkauf der Grundstücke würden in die Grundstücke selbst, in die Produktion, die Entwicklung, die Forschung, in Löhne und Gehälter, in Provisionen, die Administration und die Büromiete (Einvernahmeprotokoll vom 27. Mai 2014) und damit in die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 2 fliessen. Ferner waren auf manchen Verträgen statt der Kontoangaben der Beschwerdeführerin 1 diejenigen der Beschwerdeführerin 2 als Zahlstelle für den Kaufpreis angegeben. Der Beschwerdeführer 4 ist sodann einziges Organ

und gemäss eigenen Angaben Alleinaktionär der Beschwerdeführerinnen 1-3. Ferner wurde die Beschwerdeführerin 3 zum Zweck geschaffen, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 unter einem Dach zusammenzufassen, und sie beteiligte sich auch an der Werbung für das Investitionsangebot der Beschwerdeführerin 1.

E. 3.7

Die ausschliesslich den Beschwerdeführer 4 betreffende Dispositiv-Ziff. 2, wonach dieser aufgrund seines massgeblichen Beitrages an der unbewilligten Tätigkeit ebenfalls ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe, ist zwar gemäss der eingereichten Beschwerde mitangefochten, doch hat es der Beschwerdeführer 4 unterlassen, die Beschwerde insoweit zu begründen. Aufgrund der obigen Ausführungen sowie der Organstellung des Beschwerdeführers 4 bei den Beschwerdeführerinnen 1-3 ist die Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung offensichtlich nicht zu beanstanden.

E. 3.8

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen 1-3 als Gruppe sowie aufgrund seines massgeblichen Beitrages auch der Beschwerdeführer 4 ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen sowie dafür Werbung betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt haben. Die Vorinstanz hat die Verletzungen zu Recht als schwer gewertet. Die Beschwerdeführenden bringen nichts vor, was diese Wertung in Zweifel zu ziehen vermöchte.

E. 4

Die Beschwerdeführenden rügen ferner, die Vorinstanz habe durch die verfügten Massnahmen das verfassungsrechtlich geschützte Prinzip der Verhältnismässigkeit verletzt.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin 1 bringt im Wesentlichen vor, der Vorinstanz wären durchaus weniger einschneidende Massnahmen als die Konkureröffnung zur Verfügung gestanden. So hätte die vorgeworfene Mangelhaftigkeit der Verträge beseitigt werden können. Ferner hätten "[...]-Gesellschaften" im Ausland, welche u.a. Eigentümer von mehr als 800'000 km² Land in Spanien und finanziell in der Lage seien, die übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen, die Bezahlung der Pachtzinsen sowie die Rückkaufverpflichtung übernommen und mit 293 von 297 Käufern eine neue Vereinbarung geschlossen. Nach dieser neuen Vereinbarung hätten die Käufer die gleiche Anzahl an Grundstücken kostenlos übereignet erhalten, wie im ursprünglichen Kaufvertrag mit der Beschwerdeführerin 1 vorgesehen. Somit werde das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 1 nun von anderen Gesellschaften im Ausland weiterbetrieben. Die Beschwerdeführerin 2 bringt sodann vor, sie sei weder überschuldet noch illiquid, die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger seien problemlos gedeckt. Sie verfüge über verschiedene Vertriebskanäle für ihre Produkte und habe gerade den ersten [...]Store eröffnet. Die Unverhältnismässigkeit der verfügten Massnahmen sei vor dem Hintergrund ihrer erfolgreichen Tätigkeit und der stark wachsenden Umsätze besonders offensichtlich. Die Beschwerdeführerin 3 macht schliesslich geltend, sie übe keinerlei Geschäftstätigkeit aus bzw. halte ausschliesslich Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften.

E. 4.2

Die Vorinstanz führt dagegen aus, bei einer finanzmarktrechtlich unerlaubten Tätigkeit, wie die der Beschwerdeführerin 1, sei die Sanierungsfähigkeit nicht zu prüfen und die Liquidation die Regel, da die Tätigkeit ohnehin nicht weitergeführt werden könne. Erweise sich das betroffene Unternehmen darüber hinaus als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, so sei der Bankenkonzurs zu eröffnen. Damit verstosse die Liquidation der Beschwerdeführerin 1 auf dem Wege des Konkurses nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Eine Teilliquidation wäre allenfalls bei der Beschwerdeführerin 2 in Betracht gekommen, wobei die Verfügung auch bei ihr verhältnismässig gewesen sei; da inzwischen der Konkurs eröffnet worden sei, komme eine Teilliquidation ohnehin nicht mehr in Betracht. Im Übrigen sei nicht nachvollziehbar, weshalb bei einem angeblich derart florierenden Geschäft bis anhin praktisch alle laufenden Ausgaben aus Olivenhainverkäufen der Beschwerdeführerin 1 hätten finanziert werden müssen.

E. 4.3

Geht eine Gesellschaft unbewilligt einer Bankentätigkeit nach und fällt eine nachträgliche Erteilung der hierfür erforderlichen Bewilligung ausser Betracht, hat die rechtswidrig ausgeübte finanzintermediäre Tätigkeit zwingend die Liquidation der betreffenden Gesellschaft zur Folge (Art. 37 Abs. 2 und 3 FINMAG, Art. 23quinquies BankG). Steht diese Rechtsfolge mit der Verweigerung der nachträglichen Bewilligung der bewilligungslos ausgeübten, jedoch bewilligungspflichtigen Tätigkeit fest, ist in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips der Umfang der Liquidation verfügungsweise durch die FINMA zu regeln. Die vollständige Liquidation rechtfertigt sich, wenn die Gesellschaft vorwiegend im bewilligungspflichtigen Bereich tätig ist und davon ausgegangen werden muss, dass sie ihre Tätigkeit ohne Bewilligung fortsetzen wird (vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C_97/2015 vom 28. April 2015 E. 2.2 f. m.H.). Geht eine Gesellschaft sowohl einer bewilligungspflichtigen als auch einer finanzmarktrechtlich unbedenklichen Aktivität nach, ist nur der bewilligungspflichtige Teil zu liquidieren, falls dies technisch möglich und die erlaubte Geschäftstätigkeit von eigenständiger Bedeutung ist. Es dürfen keine buchhalterisch nicht abgrenzbare finanzielle Mittel, die in Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen generiert wurden, in die nicht bewilligungspflichtige Tätigkeit geflossen sein; zudem muss - etwa aufgrund eines Wechsels in der Geschäftsleitung oder dem Verwaltungsrat - davon ausgegangen werden können, dass künftig kein relevantes Risiko mehr besteht, dass wiederum gesetzeswidrig bewilligungspflichtige Aktivitäten entfaltet werden könnten (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.3 m.H.).

E. 4.4

Die von der Vorinstanz verfügten Massnahmen betreffend die Beschwerdeführerinnen 1-3 erweisen sich als verhältnismässig.

E. 4.4.1

Da bei der Beschwerdeführerin 1 mangels Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen (vgl. Art. 3 Abs. 2 BankG) die nachträgliche Erteilung der erforderlichen Bewilligung ausser Betracht fällt, ergab sich die Liquidation zwingend als Folge der festgestellten schweren Verletzung von Aufsichtsrecht durch die unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 während des Verfahrens Verträge mit Dritten abgeschlossen oder auf Dritte übertragen hat, vermag nichts daran zu ändern, dass sie zuvor die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllte und Aufsichtsrecht

schwer verletzt hat. Die diesbezüglichen Einwände der Beschwerdeführerin 1 sind offensichtlich unbehelflich. Insofern kann der Vorinstanz auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorgeworfen werden, wie die Beschwerdeführerin 1 in Bezug auf die Wiedererwägungsverfügung der Vorinstanz vom 8. Oktober 2015 geltend macht. Die Vorinstanz war sodann nicht gehalten, der Beschwerdeführerin 1 Gelegenheit zu bieten, die Geschäftstätigkeit an die gesetzlichen Vorgaben anzupassen (vgl. Urteil des BGer 2C_97/2015 vom 28. April 2015 E. 2.2). Da ferner die begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand, waren gemäss Art. 25 Abs. 1 BankG die notwendigen Insolvenzmassnahmen und -verfahren anzuordnen. Für eine begründete Besorgnis ist es dabei ausreichend, wenn vernünftige, nachvollziehbare Umstände vorliegen, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung bzw. eingetretene oder unmittelbar drohende ernsthafte Liquiditätsprobleme schliessen lassen (Urteil des BGer 2C_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1 m.H.), was die Untersuchungsbeauftragte sowie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung überzeugend aufzeigten. Eine Teilliquidation war bei der Beschwerdeführerin 1 ferner nicht möglich, da sie keiner nicht unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachging. Schliesslich trug die Vorinstanz dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung, indem sie die Verwertungshandlungen bis zur Rechtskraft der Verfügung auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland beschränkte (Dispositiv-Ziff. 35).

E. 4.4.2

Die Vorinstanz ordnete weiter die Liquidation der Beschwerdeführerin 2 an, wobei sie bis zur Rechtskraft der angefochtenen Verfügung eine Untersuchungsbeauftragte einsetzte. Diese wurde beauftragt, sich zuhanden der Vorinstanz ein Bild über die Geschäftstätigkeit zu machen, die finanzielle Lage der Gesellschaft zu ermitteln sowie deren Vermögenswerte zu sichern. Mit Verfügung vom 8. Oktober 2015 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über die Beschwerdeführerin 2, da die von der Untersuchungsbeauftragten festgestellte finanzielle Situation eine Überschuldung aufzeigte. Ob vorliegend die Verhältnismässigkeit der mit der angefochtenen Verfügung angeordneten Massnahmen trotz der zwischenzeitlich erfolgten Konkurseröffnung noch zu prüfen bzw. die Beschwerde diesbezüglich gegenstandslos geworden ist, kann vorliegend offengelassen werden, da die Beschwerde in diesem Punkt ohnehin abzuweisen wäre. Zwar übte die Beschwerdeführerin 2 teilweise auch eine nicht bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit aus, doch war diese derart mit der unzulässigen gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verbunden, dass sie hiervon nicht getrennt werden konnte. Der erforderlichen Abgrenzung stehen insbesondere die ausgeprägten personellen und finanziellen Verflechtungen entgegen, zumal der Aufbau des entsprechenden Geschäftszweigs mit Kundengeldern aus dem (illegalen) Geschäft der Beschwerdeführerin 1 finanziert wurde (vgl. E. 3.4 und 3.6). Die Vorinstanz war deshalb nicht gehalten, nur das illegale Finanzgeschäft zu liquidieren oder der Beschwerdeführerin 2 Gelegenheit zu geben, ihre Aktivitäten den gesetzlichen Vorgaben anzupassen. Die Vorinstanz trug dem Verhältnismässigkeitsprinzip sodann Rechnung, indem sie ursprünglich bis zur Rechtskraft der Liquidation eine Untersuchungsbeauftragte einsetzte, welche sich zuhanden der Vorinstanz ein Bild über die Geschäftstätigkeit und die finanzielle Lage der Gesellschaft zu machen sowie deren Vermögenswerte zu sichern hatte. Die mit Verfügung vom 8. Oktober 2015 angeordnete Konkurseröffnung ist mit Blick auf die von der Vorinstanz ausführlich dargelegte finanzielle Lage der Beschwerdeführerin 2 und der damit aufgezeigten begründeten Besorgnis einer Überschuldung (vgl. E. 4.4.1) schliesslich ebenfalls nicht zu beanstanden.

E. 4.4.3

Bezüglich der angeordneten Liquidation der Beschwerdeführerin 3 ist darauf hinzuweisen, dass die Annahme einer Gruppe zur Folge hat, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Mitglieder treffen, selbst wenn in Bezug auf einzelne davon - isoliert betrachtet - nicht alle Tatbestandselemente erfüllt sind oder sie selbst keine nach aussen erkennbaren finanzmarktrechtlich relevanten Tätigkeiten ausgeübt haben (vgl. Urteil des BVGer B-7095/2013 vom 6. August 2014 E. 3.2 m.H.). Angesichts der unerlaubten Tätigkeit, dem Zweck der Gesellschaft sowie dem Beschwerdeführer 4 als einziges (faktisches) Organ und Alleineigentümer der Beschwerdeführerin 3 ist die verfügte Liquidation verhältnismässig.

E. 4.5

Die ausschliesslich den Beschwerdeführer 4 betreffenden Dispositiv-Ziff. 31-33 - Unterlassungsanweisung und Veröffentlichung - sind zwar gemäss der eingereichten Beschwerde mitangefochten, der Beschwerdeführer 4 hat es jedoch unterlassen, diesbezüglich etwas vorzubringen.

E. 4.5.1

Bei fehlender entsprechender Bewilligung gilt das Verbot der Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit ohne Bewilligung und der entsprechenden Werbung bereits von Gesetzes wegen, weshalb die von der Vorinstanz ausgesprochene Unterlassungsanweisung gemäss ständiger Rechtsprechung keine eigenständige Massnahme darstellt. Dem Betroffenen wird dabei, unter Strafandrohung, lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt (BGE 135 II 356 E. 5.1 m.H.). Angesichts der festgestellten Verstösse des Beschwerdeführers 4 rechtfertigt sich die Anordnung der Unterlassungsanweisung und des Werbeverbots unter Strafandrohung.

E. 4.5.2

Die Veröffentlichung gemäss Art. 34 FINMAG ist eine verwaltungsrechtliche Sanktion und bezweckt als solche eine abschreckende und generalpräventive Wirkung; die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes - Funktions-, Anleger- und Gläubigerschutz - müssen die Sanktion und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung rechtfertigen (Urteil des BGer 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2 f. m.H.). In Anbetracht der Schwere der festgestellten Verletzung (vgl. E. 3.8) und in Übereinstimmung mit den obigen Ausführungen sowie der angefochtenen Verfügung (Rz. 87-89, auf welche vorliegend verwiesen werden kann) ist die nach Eintritt der Rechtskraft verfügte Publikation der Unterlassungsanweisung gegenüber dem Beschwerdeführer 4 für die Dauer von 5 Jahren und sind damit die Dispositiv-Ziff. 31-33 der angefochtenen Verfügung nicht zu beanstanden. Schliesslich hat es der Beschwerdeführer 4 wie erwähnt unterlassen, in seiner Beschwerde diesbezüglich überhaupt etwas vorzubringen.

E. 5

Die Vorinstanz auferlegte den Beschwerdeführenden mit Dispositiv-Ziff. 36 solidarisch die bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung angefallenen Kosten der mit superprovisorischer Verfügung vom 22. Mai 2014 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von Fr. 109'615.35 sowie die Verfahrenskosten der Vorinstanz von Fr. 50'000.- (Dispositiv-Ziff. 37). Die Höhe der von der Vorinstanz geltend gemachten Kosten wird von den Beschwerdeführenden nicht beanstandet. Da diese nicht offensichtlich übersetzt sind,

brauchen sie hier daher nicht näher überprüft zu werden.

E. 6

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen 1-3 als Gruppe sowie aufgrund seines massgeblichen Beitrages auch der Beschwerdeführer 4 ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen sowie dafür Werbung betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt haben. Die gegen sie getroffenen Massnahmen sowie die Kostenaufgabe sind recht- und verhältnismässig. Die Beschwerden erweisen sich daher als unbegründet und sind abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 7

Entsprechend dem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden, unter Berücksichtigung der Zwischenentscheide vom 4. Mai und 23. Juni 2015 (Beschwerdeführerin 1) bzw. 2. Juni und 26. August 2015 (Beschwerdeführende 2-4) sowie mehreren Noveneingaben und dem damit verbundenen Aufwand für das Gericht, auf insgesamt Fr. 15'000.- festgesetzt und den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 in der Höhe von je Fr. 5'000.- und den Beschwerdeführenden 3 und 4 in der Höhe von je Fr. 2'500.- auferlegt. Die am 3. Juni 2015 (Beschwerdeführerin 1) bzw. am 11. August 2015 (Beschwerdeführende 2-4) geleisteten Kostenvorschüsse in entsprechender Höhe werden zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Anträge der Beschwerdeführenden, ihnen sei vor dem Entscheid des Gerichts Gelegenheit einzuräumen, eine detaillierte Kostennote einzureichen, werden damit hinfällig.

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