

# **BVGer B-3229/2019 vom 9. Oktober 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-10-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3229\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3229_2019)

FR: TAF B-3229/2019 du 9 octobre 2019

IT: TAF B-3229/2019 del 9 ottobre 2019

## **Regeste**

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie hat den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 (FINMA-GebV; SR 956.122) ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst (Bst. a); ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird (Bst. b); eine Dienstleistung der FINMA beansprucht (Bst. c).

### **E. 2.2**

Die Gebührenregelung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV stellt eine spezialgesetzliche Regelung dar, die für die Gebührenpflicht auf das Veranlasserprinzip abstellt. Wer ein Aufsichtsverfahren im Bereich des Finanzmarktaufsichtsrechts veranlasst, wird gebührenpflichtig, auch wenn das Verfahren eingestellt wird.

### **E. 2.3**

Die Gebührenpflicht tritt unter der Voraussetzung ein, dass die Verfahrenspartei das Aufsichtsverfahren veranlasst hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV). Der Aufwand der Vorinstanz, der im Rahmen von Vorabklärungen - d.h. vor Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens - entsteht, kann der Partei von vornherein nicht auferlegt werden. Das Aufsichtsverfahren wird von der Vorinstanz erst eröffnet und den Parteien angezeigt, wenn sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ergeben (Art. 30 FINMAG). Auch unter Art. 5 Abs. 1 FINMA-GebV gilt, dass nicht jedes Setzen eines Anlasses für eine Kostenauflage ausreicht. Eine Veranlassung liegt nur vor, wenn das Verhalten der Partei einen hinreichend begründeten Anlass dazu gibt, dass ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde als angezeigt erscheint. Die Verfahrenseröffnung durch die Vorinstanz muss begründet sein. Wenn im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung keine Anhaltspunkte bestehen, so scheidet eine Kostenauflage aus. Bestehen hingegen hinreichende Anhaltspunkte für Abklärungen, ist unerheblich, ob nachträglich eine

Massnahme getroffen oder davon abgesehen wird oder ob das Verfahren aus irgendwelchen Gründen eingestellt wird.

#### **E. 2.4**

Was ein hinreichend begründeter Anlass für Abklärungen im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens der Aufsichtsbehörde bildet, kann nicht abstrakt festgelegt werden, sondern ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen. In der Regel wird die Vorinstanz entsprechende Erkenntnisse aus ihrer laufenden Überwachungstätigkeit zum Anlass nehmen, Vorabklärungen durchzuführen und bei Erhärtung entsprechender Anhaltspunkte ein Verfahren eröffnen (vgl. Art. 30 FINMAG). Beaufsichtigte melden relevante Vorkommnisse häufig auch selber der Aufsichtsbehörde. Bei möglicherweise unbewilligt Tätigen bilden beispielsweise Anzeigen von Privatpersonen (Anleger, Kunden, Mitarbeitende) Auslöser für Vorabklärungen und anschliessende Verfahrenseröffnungen. Ziel der Vorabklärungen ist die Feststellung, ob ein anfänglicher Anhaltspunkt ausgeräumt werden kann oder sich erhärtet und somit Grund zur Annahme besteht, dass die Betroffenen Aufsichtsrecht verletzt haben (vgl. zu den Vorabklärungen der Vorinstanz Urteil des BVGer B-3844/2013 vom 7. November 2013 E. 1.4.2.3.1). Die Vorinstanz trifft ihren Entscheid über die Verfahrenseröffnung nach Kriterien, die direkt mit den Betroffenen und ihren Handlungen zusammenhängen (Gefährdung von Anlegern, Versicherten, Gläubigern, Investoren, Beaufsichtigten, der Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes oder dessen Reputation, Schwere der möglichen Aufsichtsrechtsverletzung, Aktualität usw.), aber auch nach Kriterien zum Umfeld und den Rahmenbedingungen (Erwartungsdruck, Parallelverfahren, Alternativen, Ressourcen, Erfolgsaussichten; zum Ganzen vgl. Katja Roth Pellanda/Lara Kopp, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl. 2019, Art. 30 Rz. 4 ff.; Urs Zulauf/David Wyss et. al., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 89 f.; Leitlinien der FINMA zum Enforcement vom 24. September 2014). Die Entscheidung darüber, ob ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnet oder die Untersuchung nach den Vorabklärungen beendet werden soll, bildet den Abschluss der Vorabklärungen.

#### **E. 2.5**

Gemäss Art. 36 Abs. 4 FINMAG tragen die Beaufsichtigten die Kosten der Untersuchungsbeauftragten. Diese Kostenregelung folgt dem Störer- bzw. Verursacherprinzip und findet auch auf Finanzintermediäre Anwendung, die in Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen bewilligungslos tätig waren (BGE 137 II 284 E. 4.2.2). Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht; es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch die Kontrolle vor Ort beziehungsweise durch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen abschliessend geklärt werden kann (BGE 137 II 284 E. 4.2.1). Die Pflicht zur Übernahme der Kosten besteht selbst dann, wenn sich der Anfangsverdacht der Vorinstanz als unbegründet erweisen sollte (Urteil des BVGer B-422/2015 vom 8. Dezember 2015 E. 3.3.2).

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat erwogen, die Beschwerdeführerin habe das erstinstanzliche Enforcementverfahren veranlasst. Der begründete Anfangsverdacht ergebe sich aus der superprovisorischen Verfügung vom 2. März 2017. Einerseits habe im Zeitpunkt der

Verfahrenseröffnung eine unklare Faktenlage bestanden und es habe nicht ausgeschlossen werden können, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der ausgelobten Geschäftstätigkeit gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit einer bewilligungspflichtigen Geschäftstätigkeit nachgegangen sei. Andererseits sei die Beschwerdeführerin ihren Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nicht hinreichend nachgekommen, namentlich habe sie gezielt Informationen bezüglich ihrer bereits aufgenommenen Geschäftstätigkeit zu verschleiern versucht. Nur durch die Kontrolle vor Ort beziehungsweise durch die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen habe der Sachverhalt angemessen und abschliessend abgeklärt werden können.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, der Vorwurf, sie habe wichtige Fakten verschwiegen, gehe fehl. Aus den Antworten auf den Fragebogen der Vorinstanz gehe klar hervor, dass sie ihre Geschäftstätigkeit bereits aufgenommen habe. Ausserdem gehöre sie nicht zu den Beaufsichtigten gemäss Art. 3 FINMAG, weshalb sie auch eine nichtbewilligungspflichtige Tätigkeit aufnehmen durfte. Weiter erläutere die Vorinstanz nicht, warum eine unklare Faktenlage bestanden habe. Sie habe bereits im Oktober 2016 ein Gesuch auf eine Negativbestätigung gestellt. Daraus und aus den Antworten auf den Fragebogen der Vorinstanz würden bereits alle wesentlichen und relevanten Elemente, welche später auch Gegenstand des Untersuchungsberichts gewesen seien, hervorgehen. So sei auch die umstrittene "Auszahlungsgarantie" im Wortlaut dem Gesuch beigelegt worden. Sowohl die Untersuchungsbeauftragte als auch das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht seien zum Schluss gekommen, dass es sich bei der "Auszahlungsgarantie" um keine Rücklagegewähr und damit auch um keine Einlage handle. Auch die drei Musterverträge seien im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs vorhanden gewesen und nachher - ohne sie materiell zu verändern - zusammengefasst worden. So habe der Untersuchungsbericht nichts hervorgebracht, was nicht bereits vorgängig bekannt gewesen sei. Somit habe keine unklare Faktenlage bestanden. Auch eine Verletzung der Mitwirkungspflichten liege nicht vor. Sie sei proaktiv auf die Vorinstanz zugegangen, um ihr offen, transparent und vollständig das Konzept, die Verträge und die Gesellschaft offen zu legen. Auch die Untersuchungsbeauftragte habe keine Hinweise auf irgendwelche Probleme festgehalten. Der Vorwurf sei unbegründet und aktenwidrig. Dementsprechend habe sie das Verfahren nicht veranlasst und die Kostenverfügung sei aufzuheben. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die Massnahme der Vorinstanz nicht gerechtfertigt und klar unverhältnismässig gewesen sei.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz verweist in ihrer Begründung auf die superprovisorische Verfügung vom 2. März 2017. Das Datum dieser Verfügung stellt den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens gegen die Beschwerdeführerin dar. Zu diesem Zeitpunkt muss für die Vorinstanz ein hinreichend begründeter Anlass zur Einleitung eines Enforcementverfahrens bestanden haben. Nur dann können der Beschwerdeführerin die Kosten des nachfolgenden Verfahrens auferlegt werden. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, welche ihr Verhalten nach Verfahrenseröffnung, den Untersuchungsbericht oder die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts betreffen, spielen für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Kostenauflegung daher keine Rolle und gehen an der Sache vorbei.

#### **E. 4.2**

In der angesprochenen superprovisorischen Verfügung nimmt die Vorinstanz unter anderen auf die Unterstellungsanfrage der Beschwerdeführerin sowie auf die von ihr eingereichten Unterlagen Bezug. So beschreibt die Vorinstanz das Projekt der Beschwerdeführerin (Rz. 10 f.), nimmt auf die drei miteinander verbundenen Verträge Bezug (Rz. 12), auf die Werbebroschüre (Rz. 13), den zu erwartenden Zins (Rz. 13 iii) und auch auf die gewährleistete "Auszahlungsgarantie" (Rz. 14). Ebenfalls wird ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin gemäss den Kontounterlagen ihre Geschäftstätigkeit offenbar bereits aufgenommen hatte (Rz. 17 ff.). Weiter führt die Vorinstanz aus, dass bereits mindestens 30 Verträge mit Investoren abgeschlossen worden seien (Rz. 22) und das Projekt aktiv beworben werde (Rz. 23). In rechtlicher Hinsicht hält sie fest, dass keine konkreten Anzeichen dafür vorliegen würden, dass eine der in Art. 5 Abs. 2 und 3 der Bankenverordnung vom 24. April 2014 (BankV, SR 952.02) genannten Ausnahmen gegeben seien (Rz. 32) und darüber hinaus ohnehin eine "Auszahlungsgarantie" zugunsten der Investoren als stipuliert gelte und damit eine Rückzahlungsverpflichtung bestehe (Rz. 33). Weiter sei von gewerbsmässigem Handeln auszugehen und es werde für das Projekt aktiv Werbung betrieben (Rz. 34 ff.). Insgesamt würden deshalb gewichtige Anzeichen dafür bestehen, dass die Beschwerdeführerin unerlaubt Publikumseinlagen entgegengenommen habe, ohne über die erforderliche Bewilligung zu verfügen (Rz. 40). Schliesslich hält die Vorinstanz fest, dass sie erheblichen und vertieften Abklärungsbedarf orte und deshalb ein Enforcementverfahren eröffne. Sie werde eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, den aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären (Rz. 41 f.).

#### **E. 4.3**

Der von der Vorinstanz in der superprovisorischen Verfügung vom 2. März 2017 festgestellte Sachverhalt wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht bestritten. Diese bringt vielmehr vor, die Vorinstanz habe den Begriff der Publikumseinlage gemäss Art. 5 BankV falsch ausgelegt. Die Beschwerdeführerin übersieht dabei, dass im Zeitpunkt der Eröffnung des eingreifenden Verwaltungsverfahren noch nicht klar war, dass der von der Beschwerdeführerin selbst als "Auszahlungsgarantie" betitelte Mechanismus keine Rückzahlungsverpflichtung beinhaltet. Zwar hat die Beschwerdeführerin den Wortlaut der "Auszahlungsgarantie" in ihrem Gesuch um eine Negativbestätigung erwähnt (vgl. Schreiben der Beschwerdeführerin vom 31. Oktober 2016 Ziff. 25). Aus dem Wortlaut geht jedoch nicht hervor, dass es sich um keine Rückzahlungsverpflichtung handelt, zumal der Terminus "Auszahlungsgarantie" sehr stark auf eine solche hindeutet. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin in ihrer rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts eine Einlage nicht dem Grundsatz nach, sondern erst aufgrund der Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV verneinte (vgl. Schreiben der Beschwerdeführerin vom 31. Oktober 2016 Ziff. 58 ff.).

#### **E. 4.4**

Angesichts des von der Beschwerdeführerin geschilderten Geschäftsmodells ("Projekt [...]"), der bereits abgeschlossenen Verträge (mindestens 30 Investorenverträge), der aktiven Bewerbung des Projekts (Internetauftritt, Broschüre, Telefonmarketing), der drei miteinander verbundenen Verträge (Unterpachtvertrag, Kaufvertrag, Dienstleistungsvertrag/Auftrag) und der "Auszahlungsgarantie" durfte die Vorinstanz ohne Weiteres davon ausgehen, dass Anzeichen dafür bestehen, dass die Beschwerdeführerin

ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegennehme. Insofern ist an der vorinstanzlichen Feststellung, dass eine unklare Faktenlage bestanden habe, nichts auszusetzen. Rechtsgenügend nachgewiesen brauchen die Umstände im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht zu sein, da das Beweisverfahren Teil des Verwaltungsverfahrens bildet. Demnach war die Eröffnung eines Enforcementverfahrens angezeigt. Die Beschwerdeführerin hat das Aufsichtsverfahren veranlasst, weshalb eine Gebührenpflicht besteht (Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV). Aufgrund der objektiven Anhaltspunkte für eine Gesetzesverletzung war es angezeigt, eine Untersuchungsbeauftragte zur Abklärung des Sachverhalts einzusetzen, weshalb die Beschwerdeführerin auch die Untersuchungskosten zu tragen hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV; Art. 36 Abs. 4 FINMAG).

#### **E. 4.5**

Ob die Beschwerdeführerin ihre Auskunft- und Mitwirkungspflichten - namentlich durch das angebliche Verschweigen der bereits aufgenommenen Aktivitäten - tatsächlich verletzt hat (vgl. Art. 29 FINMAG), ist insofern nicht rechtserheblich. Die Vorinstanz ist grundsätzlich nicht befugt, der Beschwerdeführerin vor Eröffnung des eingreifenden Verwaltungsverfahrens die geschäftliche Aktivität zu verbieten. Die Aufnahme der Geschäftstätigkeit vor dem Entscheid über das Negativgesuch führte aber dazu, dass die Vorinstanz im Sinne des Anlegerschutzes bei obgenanntem Sachverhalt umso mehr gehalten war, ein Enforcementverfahren zu eröffnen.

#### **E. 5**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verfassungsverletzung und bringt vor, die Eröffnung des Enforcementverfahrens sei ein unverhältnismässiger Eingriff in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit. Der Gegenstand des angefochtenen Entscheids und die Parteibegehren bestimmen den Streitgegenstand (BGE 133 II 35 E. 2). Der Streitgegenstand wird vorliegend durch die Kostenverfügung begrenzt. Soweit die Beschwerdeführerin die Eröffnung des Enforcementverfahrens als unverhältnismässige Massnahme rügt, geht sie über den Streitgegenstand hinaus, was unzulässig ist. Die Rüge ist im vorliegenden Verfahren nicht zu hören.

#### **E. 6**

Die Vorinstanz auferlegt der Beschwerdeführerin die bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung angefallenen Kosten der mit superprovisorischer Verfügung vom 2. März 2017 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von Fr. 49'675.60 (Dispo-Ziff. 1) sowie die Verfahrenskosten von Fr. 11'000.- (Dispo-Ziff. 2). Die Höhe der von der Vorinstanz geltend gemachten Kosten wird von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet. Die Kosten sind nicht übersetzt und verletzen kein Bundesrecht. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Höhe der Rückerstattung der Kosten der eingesetzten Liquidatorin (Dispo-Ziff. 3). Die Beschwerdeführerin bringt dagegen auch nichts vor.

#### **E. 7**

Aus den Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung kein Bundesrecht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist abzuweisen. Der formelle Antrag, die Vorinstanz sei anzuweisen, die jeweiligen Daten des entsprechenden Vorbezuges zu editieren, ist mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos geworden.

#### **E. 8**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin 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]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 3'000.- festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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