

# **BVGer B-3729/2015 vom 25. August 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-08-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3729\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3729_2015)

FR: TAF B-3729/2015 du 25 août 2017

IT: TAF B-3729/2015 del 25 agosto 2017

## **Regeste**

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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. 1.2**

Die Organe einer durch die Vorinstanz in Liquidation oder in Konkurs versetzten Gesellschaft sind trotz Entzugs oder Dahinfallens der Vertretungsbefugnis berechtigt, die entsprechende Verfügung in deren Namen anzufechten (BGE 132 II 382 E. 1.1; BGE 131 II 306 E. 1.2, mit weiteren Hinweisen). Der Beschwerdeführer 1 war, bis zur Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten, als Präsident des Verwaltungsrats mit Einzelunterschrift - und seither ohne Zeichnungsberechtigung - im Handelsregister eingetragen. Er ist somit befugt die Beschwerdeführerin 2 im Beschwerdeverfahren zu vertreten.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind als Adressaten der angefochtenen Verfügung durch die sie je betreffenden Massnahmen berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

### **E. 1.4**

Die Eingabefrist ist gewahrt, die Kostenvorschüsse wurden von beiden Beschwerdeführenden fristgerecht geleistet und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor. Demgemäss ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 1.5**

Nicht einzutreten ist hingegen auf die Feststellungsbegehren 1 - 5 gemäss Eingabe vom 29. März 2016 (S. 3 ff.) - wiederholt in der Eingabe vom 3. März 2017 (Antrag Nr. 4 und S. 4) - sowie die Feststellungsbegehren gemäss Ziff. 3.3 und 3.5 der Eingabe vom 28. August 2015. Es kommt ihnen keine eigenständige Bedeutung über das (Leistungs-)Begehren auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung hinaus zu, weshalb die Beschwerdeführenden über kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse verfügen (vgl. Urteil des BGer 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 1.3.4). Ohnehin zielen die Begehren auf Feststellungen ab, die im Widerspruch zu den nachstehenden Erwägungen in der Sache

stehen (E. 5 ff.). So trifft es, wie im Folgenden ausgeführt, nicht zu, dass keine Verstösse gegen finanzmarktrechtliche Bestimmungen erfolgt seien bzw. dass die Handlungen der Vorinstanz willkürlich, rechtswidrig, unverhältnismässig, zuständigkeitswidrig und EMRK-verletzend seien (Feststellungsanträge 1, 3.3 und 3.5). Auch übersehen die Beschwerdeführenden, dass zur Einleitung eines Aufsichtsverfahrens keine "objektive Tatsachen mit der Qualität eines strafrechtlichen Anfangsverdachts" vorliegen müssen, da das Aufsichtsverfahren nicht mit einem Strafverfahren zu verwechseln ist. Ebenso wenig lässt sich festhalten, dass die Einleitung des Untersuchungsverfahrens, die Einsetzung sowie Handlungen des Untersuchungsbeauftragten oder der Wirtschaftsprüferin E. \_\_\_\_\_ GmbH, die verfügte Handlungsbeschränkung und die Sperrung der Bankkonten unzulässig waren (Feststellungsanträge 2, 3 und 3.5). Weiter geht fehl, dass die Beschwerdeführerin 2 niemals Publikumsanlagen entgegen genommen habe und die Konkursöffnung unter Behauptung falscher Tatsachen zustande gekommen sei (Feststellungsantrag 4). Dass die superprovisorische Verfügung der Vorinstanz vom 9. Oktober 2014 und die provisorische Verfügung vom 19. November 2014 ohne rechtliche Grundlage erfolgt seien (Feststellungsantrag 5), trifft ebenfalls nicht zu. Diese Verfügungen wurden zudem vollständig durch die angefochtene Verfügung vom 4. Juni 2015 ersetzt und das dagegen gerichtete Beschwerdeverfahren (B-6734/2014) wurde rechtskräftig als gegenstandslos abgeschlossen. Demgemäss besteht auch keine Grundlage für die ebenfalls beantragte Veröffentlichung der in den Feststellungsbegehren formulierten Texte.

## **E. 2**

Die Beschwerdeführenden stellen in ihren verschiedenen Rechtsschriften diverse verfahrensrechtliche Anträge.

### **E. 2.1**

Soweit die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 17. November 2015 (Bst. C) beantragen, es sei wegen der besonderen Schwierigkeit und grundsätzlichen Bedeutung des Verfahrens in Fünferbesetzung zu entscheiden, sehen das Verwaltungsgerichtsgesetz und das Geschäftsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 17. April 2008 (VGR, SR 173.320.1) vor, dass materielle Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in der Regel durch drei Richter zu fällen sind. Die Abteilungen entscheiden einzig in Fünferbesetzung, wenn der Präsident dies im Interesse der Rechtsfortbildung oder der Einheit der Rechtsprechung anordnet (Art. 21 VGG, Art. 32 VGR). Weder Aspekte der Rechtsfortbildung noch der einheitliche Praxis sprechen vorliegend für eine erweiterte Besetzung und entgegen den Beschwerdeführenden sind keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären. Anders als sie vorbringen (Eingabe vom 17. November 2015, S. 16), ist die Vorinstanz auch nicht von der Bundesverfassung oder von Leitentscheiden des Bundesgerichts abgewichen, wie die folgenden Erwägungen zur Sache zeigen. Von einer Fünferbesetzung ist demnach abzusehen und der Antrag der Beschwerdeführenden abzuweisen.

### **E. 2.2**

Weiter stellen die Beschwerdeführenden zehn Anträge auf Vervollständigung und Aktualisierung des Akten-Dossiers (Eingabe vom 17. November 2015, Bst. D - wiederholt in der Eingabe vom 29. März 2016, I.A und S. 13, sowie in derjenigen vom 3. März 2017, Ziff. 2). Sie werfen der Vorinstanz vor, die wesentlichsten Dokumente, welche ihre Position stützten, mehrfach bewusst nicht aufgenommen zu haben um "die Rechtswahrnehmung zu erschweren und eine ordnungsgemäss Rechtsprechung zu hintertreiben" (Eingabe vom 17.

November 2015, S. 16 ff.).

#### **E. 2.2.1**

Dafür bestehen allerdings keine Anzeichen. Soweit die Beschwerdeführenden die Einträge im Register 2 der Vorakten als fehlerhaft und unvollständig beanstanden, befinden sich die zur Vervollständigung aufgezählten Beilagen (Antrag 1), welche sie mit Stellungnahme vom 11. Februar 2015 (Vorakten, p. 2 538 - 578) eingereicht haben, bereits auf einer CD im Register 2 (p. 2 579). Auch der Emissionsprospekt zur streitbetroffenen "Zwangswandelanleihe" ist - entgegen den Beschwerdeführenden - Teil der Akten der Vorinstanz, die sich beim Bundesverwaltungsgericht befinden (Vorakten, p. 1 026 - 084 und CD-Beilage 7 zur Stellungnahme vom 11. Februar 2015).

#### **E. 2.2.2**

Die angefochtene Verfügung wurde zu den Gerichtsakten genommen. An welcher Stelle sie die Vorinstanz zu gegebener Zeit in ihre Akten aufnimmt - ob "sinnvollerweise in das Register 9" (Antrag 2) oder andernorts, bleibt ihr überlassen. Soweit die Beschwerdeführenden die unmittelbare Ergänzung der Akten der Vorinstanz anstreben, sind sie darauf hinzuweisen, dass die Behandlung der Sache, die Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz übergeht (Art. 54 VwVG) und diese die Akten für ihr Verfahren führt, während die Vorinstanz die Befugnis verliert, sich mit der Sache zu befassen.

#### **E. 2.2.3**

Weiter erübrigt es sich, die Ergebnisse des von der Vorinstanz angeordneten Schuldenrufs zu den Akten zu nehmen (Antrag 3), weil sie für das vorliegende Verfahren und die sich stellenden Rechtsfragen offensichtlich ohne Belang sind (dazu insbesondere E. 5.6).

#### **E. 2.2.4**

Die von den Beschwerdeführenden eingereichte Nichtanhandnahmeverfügung der Zürcher Staatsanwaltschaft vom 14. Oktober 2015 und ihr Schreiben vom 23. Oktober 2015 (Antrag 4) hat das Gericht zu den Akten genommen. Sie bleiben aber ohne Einfluss auf das vorliegende Verfahren, welches, anders als die genannten Aktenstücke, die Prüfung finanzmarktrechtlicher Massnahmen und nicht die strafrechtliche Verfolgung des Beschwerdeführers 1 zum Gegenstand hat. Die Beschwerdeführenden können entsprechend aus den Ausführungen der Staatsanwaltschaft nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal der Nichtanhandnahmeverfügung (S. 3) zu entnehmen ist, dass zwar kein hinreichender Tatverdacht für eine strafbare Handlung vorliege, aber feststehe, dass die Beschwerdeführerin 2 einer bankenrechtlich unerlaubten Tätigkeit nachgegangen sei. Auch die eingereichte Strafanzeige der Beschwerdeführenden gegen die am vorinstanzlichen Verfahren beteiligten Personen (Antrag 5) hat Aufnahme in den Gerichtsakten gefunden, betrifft aber ebenfalls nicht den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens und liefert keine über die Eingaben der Beschwerdeführenden hinausgehenden Erkenntnisse.

#### **E. 2.2.5**

Als Gerichtsakten geführt werden auch die von den Beschwerdeführenden eingereichten Dokumente zur "Gläubigerversammlung" vom 30. Juni 2015, anlässlich welcher die Verlängerung der Laufzeit der Wandelobligationen bis 30. Juni 2017 und die feste Wandlung in Aktien zu diesem Datum beschlossen worden sei (Antrag 6). Allerdings ist unzweifelhaft, dass es sich dabei um keine Gläubigerversammlung im Sinne von Art. 35

Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) i.V.m. Art. 14 der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern vom 30. August 2012 (BIV-FINMA; SR 952.05) handeln konnte, da gemäss klarem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen alleine die Vorinstanz als Konkursliquidatorin eine solche einzuberufen berechtigt ist. Entsprechend können sich die Beschwerdeführenden nicht auf diese "Beschlüsse" stützen und erweisen sich die entsprechenden Dokumente als für den Verfahrensausgang unerheblich. Was die in den Akten befindlichen Erklärungen der Investoren angeht, wonach diese mit der Beschwerdeführerin 2 eine Investmentgesellschaft aufbauen, so ist den Beschwerdeführenden zuzustimmen, dass diese im Rahmen der vorgetragenen Rügen zu berücksichtigen sind. Diesbezüglich kann auf die Erwägungen zur Frage des Vorliegens von Publikumseinlagen verwiesen werden (E. 5, insbesondere E. 5.4.4).

#### **E. 2.2.6**

Die im Antrag Nr. 7 genannten Beweismittel, d.h. die Nachweise der Zahlung des Jahresbeitrags 2015 der Beschwerdeführerin 2 an die Selbstregulierungsorganisation PolyReg und der Verrechnungssteuer an die Eidgenössische Steuerverwaltung sowie die Dokumente betreffend Rückkauf von Zertifikaten durch die A. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in T. \_\_\_\_\_ (Deutschland), sind dem Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 15. Juni 2015 eingereicht bzw. direkt im Schriftsatz abgedruckt worden (S. 7 ff.) und sind nachfolgend zu würdigen (dazu insbesondere E. 6.3.2). Dasselbe gilt für den Antrag Nr. 10 und das eingereichte Bestätigungsschreiben der A. \_\_\_\_\_ AG an die Beschwerdeführerin 2 vom 14. Januar 2015 betreffend Retrozessionsforderung (vgl. Eingabe vom 15. Juni 2015, S. 6), welches Eingang in die Erwägungen findet (E. 6.3.3).

#### **E. 2.2.7**

Mit Antrag Nr. 8 verlangen die Beschwerdeführenden, zwei aus ihrer Sicht falsche Bezeichnungen im Aktenverzeichnis der Vorinstanz zu korrigieren. Die Aktenbezeichnung der Vorinstanz ist aber weder unrechtmässig noch von Einfluss auf den Verfahrensausgang. Entgegen den Beschwerdeführenden sind die Benennungen auch nicht irreführend. Von einer Korrektur des Aktenverzeichnisses ist daher Umgang zu nehmen.

#### **E. 2.2.8**

Was den zur Aufnahme in die Akten beantragte Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vom 24. Februar 2010 betrifft (Antrag 9), so ist er - einschliesslich der von den Beschwerdeführenden angerufenen Erwägung 2b/cc - in der Datenbank des Steuerrekursgerichts Zürich öffentlich publiziert und einsehbar, weshalb sich eine Ergänzung der Akten erübrigt. Allerdings lässt sich, wie später ausgeführt (E. 5.4.4), aus dem Entscheid nicht auf die Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Verfügung schliessen.

#### **E. 2.2.9**

Im Sinne dieser Erwägungen sind die Anträge der Beschwerdeführenden abzuweisen, soweit ihnen nicht bereits durch Aufnahme der genannten Beweismittel in die Gerichtsakten entsprochen wurde.

#### **E. 3**

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und insbesondere der Begründungspflicht durch die Vorinstanz. Nicht behandelt

habe sie ihre Vorbringen, dass gemäss Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a der Bankenverordnung - aufgrund der Eigentumsverschaffung an Aktien durch die Wandlung - keine Publikumseinlage vorliege, und dass die Beschwerdeführerin 2 nicht dem Kollektivanlagengesetz und somit auch nicht der angewandten Regulierung bzw. der Zuständigkeit der Vorinstanz unterliege.

### **E. 3.1**

Nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dem Gehörsanspruch ergibt sich die Verpflichtung der verfügenden Behörde, ihren Entscheid zu begründen und dabei erhebliche Vorbringen der Parteien zu würdigen. Sie kann sich indessen auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 136 V 351 E. 4.2; 134 I 83 E. 4.1).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung substantiiert und nachvollziehbar dargelegt, aufgrund welcher Tatsachen und Rechtsgründe sie zum Ergebnis der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen gelangt ist. Dabei hat sie näher geprüft, ob Ausnahmen von Einlagen im Sinne der Bankenverordnung vorliegen (S. 18 f.). Auch hat sie dargelegt, dass und weshalb aus ihrer Sicht die Qualifikation der Wandelungserklärung und ihre rechtlichen Konsequenzen für die Investoren keinen Einfluss auf die Beurteilung habe, ob aufsichtsrechtliche Verletzungen vorlägen (S. 20 f.). Ebenfalls hat die Vorinstanz ausgeführt, dass - selbst wenn gemäss Ausnahmeregelung keine Entgegennahme von Publikumseinlagen vorläge - die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 2 finanzmarktrechtlich unterstellungspflichtig sei, da sie als kollektive Kapitalanlage, namentlich als SICAF im Sinne des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG, SR 951.31) zu qualifizieren wäre (S. 21). Demgemäss hat sich die Vorinstanz hinreichend mit den Vorbringen der Beschwerdeführenden auseinandergesetzt. Die Begründung der Verfügung hat ihnen ohne weiteres eine sachgerechte Anfechtung erlaubt.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz ist ihrer Begründungspflicht somit ausreichend nachgekommen. Die Rüge der Gehörsverletzung erweist sich als unbegründet.

### **E. 4**

Weiter sprechen die Beschwerdeführenden der Vorinstanz die Zuständigkeit zum Erlass der angefochtenen Massnahmen ab und machen die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung geltend, weil die Beschwerdeführerin 2 kein im Kollektivanlagengesetz geregelter Typus von Investmentgesellschaft darstelle und für sie Regulierungsfreiheit bestehe. Eine Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) könnte nur eine Aktienklasse haben, während die Anleger mit Zwangswandelanleihen nach der Wandlung Vorzugsaktien erhielten und die Beschwerdeführerin 2 somit über zwei Aktienklassen (Stamm- und Vorzugsaktien) verfüge. Vor Durchführung der Wandlung existierten keine Aktien im Fremdbesitz, womit eine Investmentgesellschaft im Sinne des KAG nicht in Frage komme. Auch hätten im Zeitpunkt der Gründung der Beschwerdeführerin 2 noch keine

Investmentgesellschaften dem geltenden KAG unterstanden, weshalb sie sich auf "Bestandesschutz" berufen könne.

#### **E. 4.1**

Diesbezüglich ist den Beschwerdeführenden entgegen zu halten, dass die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften des Finanzmarktrechts zu wachen hat und befugt ist, die zur Beseitigung von Missständen und zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands notwendigen Verfügungen zu treffen (vgl. Art. 6 und Art. 31 ff. FINMAG). Zu ihrem Aufgabenbereich gehören auch die Abklärung der finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht und die Ermittlung von Finanzintermediären, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen bewilligungslos tätig sind (Urteil des BGer 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 2.1; BGE 132 II 382 E. 4.1; BGE 135 II 356 E. 3.1 m.w.H.). Die Aufsicht der Vorinstanz ist dabei nicht auf die dem Bankengesetz unterstellten Betriebe beschränkt und entgegen den Beschwerdeführenden darf sie die im Gesetz vorgesehenen Mittel auch gegenüber Marktteilnehmern einsetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewilligungspflicht umstritten ist (Urteil 2C\_71/2011 E. 2.1). Erweist sich, dass die in Frage stehende juristische Person gegen das Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verstossen hat und ihr keine nachträgliche Bankbewilligung erteilt werden kann, können die nötigen Anordnungen der Aufsichtsbehörde über die Auflösung der Gesellschaft hinaus bis zur Konkurseröffnung über die Gesellschaft reichen (vgl. BGE 131 II 306 E. 3).

#### **E. 4.2**

Demgemäss ist die Vorinstanz ohne weiteres zuständig und befugt zur Prüfung und zum Entscheid, ob die Beschwerdeführerin 2 durch Ausgabe der betroffenen "Zwangswandelanleihen" an Anleger "Publikumseinlagen" im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG entgegen genommen hat, und welche Massnahmen gestützt darauf anzuordnen sind. Dass juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ohne Bewilligung keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegen nehmen dürfen (Art. 1 Abs. 2 BankG und detailliert E. 5.1) und die Vorinstanz gemäss ihrer Zuständigkeit darüber zu wachen hat, gilt entgegen den Beschwerdeführenden unabhängig von ihrer Unterstellung unter das Kollektivanlagegesetz. Entsprechend ist in dieser Hinsicht unerheblich, ob die ohne jede Bewilligung tätig gewordene Beschwerdeführerin 2 die Kriterien für einen im Kollektivanlagegesetz geregelten Gesellschaftstypus erfüllt. Ebenso wenig ist massgebend, dass das seit 1. Januar 2007 geltende KAG im Zeitpunkt der Gründung der Beschwerdeführerin 2 (im Jahr 2004) noch nicht in Kraft stand. Es besteht in diesem Zusammenhang auch kein "Bestandesschutz", den sie anrufen könnte. Die Rechtsauffassung der Beschwerdeführenden hätte letztlich zur Folge, dass Gesellschaften je nach Rechtsform und Ausgestaltung Publikumseinlagen ohne Bewilligung annehmen könnten und von Massnahmen der Vorinstanz befreit wären, was der dargelegten Kompetenzordnung ebenso wie dem Bankengesetz und seinem Zweck des Gläubigerschutzes offensichtlich widerspricht.

#### **E. 4.3**

Die Rüge der Beschwerdeführenden, es liege eine nichtige Verfügung einer unzuständigen Behörde vor, ist somit offensichtlich unbegründet.

#### **E. 5**

In materieller Hinsicht ist streitig, ob die von der Beschwerdeführerin 2 beworbenen und ausgegebenen "Zwangswandelanleihen" als Publikumseinlagen gemäss Bankengesetz zu qualifizieren sind.

#### **E. 5.1.1**

Dabei ist die alte Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, in Kraft bis zum 31. Dezember 2014 (aBankV, AS 1972 821) in ihrer Fassung vom 12. Dezember 1994 (AS 1995 253) auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt anwendbar, da er sich, wie in der angefochtenen Verfügung festgestellt (S. 17, Fn. 102), abschliessend vor dem 1. Januar 2015 ereignet hat. Demgegenüber findet die am 1. Januar 2015 in Kraft getretene Bankenverordnung vom 30. April 2014 (BankV, SR 952.02) noch keine Anwendung (vgl. Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 2).

#### **E. 5.1.2**

Natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, dürften gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG ohne Bewilligung keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Die Entgegennahme von Publikumseinlagen besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig Fremdgelder empfängt und Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird. Grundsätzlich gelten alle Verbindlichkeiten als Einlagen (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2; BGE 132 II 382 E. 6.3.1; Urteil des BVGer B-2723/2011 vom 24. April 2012 E. 4.1). Keine Einlagen i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG stellen die in Art. 3a Abs. 3 und Abs. 4 aBankV abschliessend aufgezählten Verbindlichkeiten dar (vgl. Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 5.3; BGE 136 II 43 E. 4.2). Ausgenommen sind unter anderem - nach eng umschriebenen Voraussetzungen - fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter, insbesondere Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums darstellen (Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV), ebenso wie Anleiensobligationen, wenn die Gläubiger in einem dem Art. 1156 des Obligationenrechts entsprechenden Umfang informiert werden (Art. 3a Abs. 3 Bst. b aBankV).

#### **E. 5.1.3**

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass sämtliche Voraussetzungen der unerlaubten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen vorlägen und kein Ausnahmetatbestand der Bankenverordnung einschlägig sei. Insbesondere lasse sich das als "Zwangsanleihe" bezeichnete Finanzierungsinstrument mangels für die Investoren einheitlicher Bedingungen nicht als Anleiensobligation im Sinne von Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV bezeichnen, sondern handle es sich um eine nicht gesetzeskonforme Anleihe. Es stehe fest, dass die Investoren nicht im erforderlichen Ausmass im Sinne von Art. 1156 i.V.m. Art. 652a OR informiert worden seien und die Beschwerdeführerin 2 somit gegen ihre Prospektspflicht verstossen habe (angefochtene Verfügung, S. 18 ff., 21).

#### **E. 5.2.1**

Die Beschwerdeführenden bestreiten nicht, die streitbetroffenen "Zwangswandelanleihen" gewerbsmässig (Art. 3a Abs. 2 aBankV) und ohne Bewilligung ausgegeben zu haben. Insbesondere bestätigen sie in tatsächlicher Hinsicht explizit die Richtigkeit der in der angefochtenen Verfügung mit Graphik (S. 13) dargestellten geschäftlichen Aktivitäten. Sie räumen ein, dass die Anleger die "Zwangswandelobligationen" der Beschwerdeführerin 2 gegen Geld erworben haben, wobei der Hauptgeschäftszweck der Beschwerdeführerin 2 darin liegt, öffentlich gehandelte Zertifikate ihrer Schwestergesellschaft, der A. \_\_\_\_\_

AG mit Sitz in T. (Deutschland), zu erwerben. Letztere ist eine Emissionsgesellschaft für vier Serien von Zertifikaten und wird ebenfalls vom Beschwerdeführer 1 als Mehrheitsaktionär kontrolliert. Nicht in Abrede stellen die Beschwerdeführenden zudem, dass, wie die Vorinstanz festgestellt hat, zwischen 2008 bis 2013 von zumindest 45 Investoren mindestens Fr. 3,1 Mio. aufgenommen wurden, und im Verfügungszeitpunkt vom Bestand von mindestens 554 Wandelanleihen von zumindest 39 Investoren über die Gesamtsumme von Fr. 2,77 Mio. auszugehen war. Ausser der Abwicklung der "Wandelanleihe" bestehen keine weiteren Geschäftsaktivitäten der Beschwerdeführerin 2.

### **E. 5.2.2**

In rechtlicher Hinsicht stimmen die Beschwerdeführenden mit der Vorinstanz insofern überein, als die Geschäftstätigkeit nicht Anleihensobligationen im Sinne von Art. 3a Abs. 3 Bst. b aBankV zum Gegenstand habe (Beschwerde, S. 3). Sie beanstanden mithin nicht, dass die Vorinstanz die Anwendung dieses Ausnahmetatbestands - zutreffend - verneint hat (angefochtene Verfügung, S. 18 ff.). Indessen machen die Beschwerdeführenden geltend, das Vorliegen von Publikumseinlagen erfordere zwingend - entsprechend dem ihnen zu Grunde liegenden Darlehensbegriff nach Art. 312 ff. OR - eine Rückzahlung des Geldes in der gleichen Summe. Bei den betroffenen Zwangswandelobligationen solle aber nicht dieselbe Summe Geld zurückgezahlt werden. Soweit die Beschwerdeführerin 2 in Einzelfällen Obligationen zurückgekauft habe, habe sie dies zu unterschiedlichen und von ihrem Nominalwert abweichenden Preisen getan. Bei den betroffenen Zwangswandelobligationen handle es sich um Wertpapiere, in welche die Anleger Geld investiert hätten und wofür sie zum Ende der Laufzeit Vorzugsaktien erhalten sollten. Nachdem die Beschwerdeführerin 2 mit Publikation in der SHAB-Ausgabe vom (...) 2012 die Wandelung gegenüber den Investoren erklärt habe, müsse sie ihnen nun Aktien liefern und diese könnten nicht auf irgendeine Form von Rückzahlung klagen. Die "Zwangswandelanleihen" führten somit für die Investoren künftig zu einem Eigentumserwerb an Aktien und fielen unter den Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV. Von Publikumseinlagen könne daher keine Rede sein.

### **E. 5.3**

Zunächst setzt das Vorliegen einer Einlage entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden nicht voraus, dass die Rückzahlungssumme zwingend mit der zuerst überwiesenen Summe übereinstimmt; oft unterscheiden sich die Summen aufgrund aufgelaufener Zinsen, Kursschwankungen oder andere Gewinne oder Verluste (Urteil des BVGer B-3659/2015 vom 1. Februar 2016 E. 3.2.1 m.w.H.). Die Definition als Einlage verlangt weder, dass die gesamte Summe zurückbezahlt werden muss, noch dass die Rückzahlung sofort ohne Zwischentransaktion erfolgen muss (vgl. Urteil des BGer 2A.218/1999 und 2A.219/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/bb [Auszahlung auf dem Umweg über Anteilsscheine einer Genossenschaft]; Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 5.3).

### **E. 5.4**

Entscheidend ist vorliegend jedoch, ob die von der Beschwerdeführerin 2 angenommenen Gelder, wie gerügt, eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums darstellen und somit gemäss Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV nicht als Einlagen gelten.

#### **E. 5.4.1**

Der Ausnahmetatbestand setzt voraus, dass die zur Eigentumsübertragung begriffenen Objekte genügend bestimmt sind, so dass sie den betreffenden Investoren zugeordnet werden können und die Zahlung eine Gegenleistung darstellt (vgl. Urteile des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2 und 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/cc; Rashid Bahar/ Eric Stupp, Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 1 N 12). Die Geldleistungen haben mit der Eigentumsübertragung mithin im (synallagmatischen) Austauschverhältnis zu stehen, soll doch das Bankengesetz nicht das Erbringen entgeltlicher Leistungen im Geschäftsverkehr untersagen (Florian Schönknecht, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, GesKR 2016, S. 312 f.). Keinen Einlagecharakter haben daher bspw. Zahlungen oder Anzahlungen beim Kaufvertrag (vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/3 vom 20. November 2008, N. 12). Massgeblich für die Abgrenzung von Einlagen und Verträgen auf Eigentumsübertragung ist der gewollte Vertragszweck, nicht etwa die Bezeichnung des Vertrags bzw. der Gelder durch die Beteiligten (Urteil des BVGer B-8227/2007 vom 20. März 2009 E. 5.2; Urteil des BGer 2A.575/2004 vom 13. April 2005 E. 5.2.1 f.; vgl. Urteil 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2 f.). Entspricht der Vertragszweck in einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung einem Einlagegeschäft, ist die Geldleistung als Einlage zu qualifizieren: Es widerspräche dem Gläubigerschutz, könnten sich Unternehmen durch konstruierte zivilrechtliche Rechtsgestaltungen den aufsichtsrechtlichen Vorschriften entziehen (vgl. Patricia Reichmuth/ Hans Caspar von der Crone, Crowdfunding als bewilligungspflichtige Entgegennahme von Publikumseinlagen, SZW 2017, S. 259 f.).

#### **E. 5.4.2**

Gemäss den Emissionsbedingungen (Vorakten, p. 1 026 ff., insb. 1 030 ff., 1 084; angefochtene Verfügung, S. 8) zeichneten die Investoren eine "Anleihe" mit einer Laufzeit von 10 Jahren zu einem Zinssatz von 0.5 %. Die Rückzahlung zum Nennwert war auf den 30. Juni 2015 datiert. Zusätzlich hatten die Anleger die (halbjährliche) Möglichkeit, die Anleihe in Vorzugsaktien der Beschwerdeführerin 2 von je Fr. 1.- Nennwert zu wandeln - im Verhältnis 1:5 (eine Obligation in fünf Vorzugsaktien). Der Beschwerdeführerin 2 wurde ebenfalls die Möglichkeit eingeräumt, mit einer Ankündigungsfrist von 60 Tagen per 1. Juli 2015 die Obligationen in Vorzugsaktien zu wandeln ("Zwangswandelrecht"). Dem online den Anlegern zur Verfügung gestellten Frage- und Antwortkatalog zum Produkt war zu entnehmen, dass es zur Kapitalrückzahlung zum Nominalwert komme, wenn beide Parteien ihre Option nicht ausübten (Vorakten, p. 5 239). Die «Zwangswandelanleihen» wurden dabei unstreitig laufend ausgegeben. Es bestand weder eine Zeichnungsfrist noch ein fixes Liberierungsdatum. Vielmehr sollte die Liberierung gemäss Emissionsbedingungen "5 Tage nach Annahme des Kaufangebots durch die Gesellschaft" erfolgen. Unter dem Titel "M.\_\_\_\_\_" wurde die Anleihe auf der Webseite der Gesellschaft damit beworben, die Beschwerdeführerin 2 investiere in alternative Vermögensanlagegesellschaften der A.\_\_\_\_\_-Gruppe (insbesondere A.A.\_\_\_\_\_- Ltd. und A.B.\_\_\_\_\_- Ltd. mit Sitz auf den Bahamas) - welche vom Beschwerdeführer 1 gesamthaft kontrolliert wird (angefochtene Verfügung, S. 5 f. m.w.H.). Sie versuche dabei, durch geschickte Allokation die Renditen der Beteiligungsgesellschaften noch zu schlagen. Durch die Wandlungsmöglichkeit werde sich die Wandelanleihe parallel zu den Aktienkursen entwickeln. Der Wert der Anleihe entspreche aufgrund des Umtauschverhältnisses genau 5 Aktien. Würden die Aktienkurse um 5 % steigen, sollte auch die Wandelanleihe um 5 % steigen, da ansonsten durch Wandlung ein risikoloser Arbitrage-Gewinn erzielt werden könne. Daher würden sich der sog. innere Wert der Aktie,

der Aktienkurs und der Kurs der Wandelanleihe in hohem Masse parallel entwickeln (angefochtene Verfügung, S. 6 f.; Vorakten, p. 5 196 f.).

### **E. 5.4.3**

Daraus ergibt sich, dass jedenfalls im massgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Entgegennahme der Einlagen - d.h. vor einer (allenfalls rechtswirksamen) Wandlung - von einer grundsätzlichen Rückzahlungsverpflichtung per 30. Juni 2015 und einer Verzinsung gemäss Emissionsbedingungen auszugehen ist. Desgleichen bestand zumindest in diesem Zeitpunkt kein (synallagmatisches) Austauschverhältnis zwischen der Leistung der Einlagen und einem Anspruch auf Übertragung des Eigentums an konkret geschaffenen, individualisiert zuzuordnenden Vorzugsaktien, sondern allenfalls die einseitige Möglichkeit, eine spätere Veränderung der Leistungspflicht der Beschwerdeführerin 2 zu bewirken. Bereits deshalb stellen die Gelder der Investoren keine direkte Gegenleistung einer Eigentumsübertragung im Sinn der Bankenverordnung dar.

### **E. 5.4.4**

Zu keinem anderen Ergebnis führt, dass sich im Fall der effektiven Übertragung der Vorzugsaktien eine Beteiligung der Anleger als Gesellschafter an der Beschwerdeführerin 2 ergeben mag. Zwar legen die Beschwerdeführenden (im Juni 2015 unterzeichnete) Erklärungen von Anlegern gegenüber der A. \_\_\_\_\_ AG vor. Gestützt auf diese sei das "Vertragswerk Zwangswandelanleihe" zivilrechtlich so zu interpretieren, dass sich die Anleger, im Wissen möglicher Wertverluste, an einer "zu gründenden Investmentgesellschaft" beteiligten wollten und die geschlossenen Verträge nach ihrem Verständnis "auf Lieferung von Aktien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 a BankV" gerichtet seien (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 24 ff. mit beiliegenden Erklärungen). Allerdings hat die Beschwerdeführerin 2 "Wandelanleihen" und keine Aktien ausgegeben (vgl. auch Vorakten, p. 5 237). Insbesondere bestehen in der vorliegenden Konstellation keine Verträge bzw. Zeichnungsdokumente des Inhalts, wonach die Investoren der Beschwerdeführerin 2 Geld überwiesen, um im direkten Gegenzug Aktien der Beschwerdeführerin 2 zu zeichnen, sodass der Ausnahmetatbestand womöglich erfüllt wäre (vgl. Urteil B-8227/2007 des BVGer vom 20. März 2009 E. 5.2). Vielmehr erwarben die Anleger gemäss Standard-Zeichnungsschein explizit "Wandelanleihen [...] zu den Emissionsbedingungen" (Vorakten, p. 5 089, 5 196), welche, wie ausgeführt, einen länger bemessenen Rückzahlungstermin (30. Juni 2015) und eine Wandlungsoption vorsehen. Darüber hinaus legen die Beschwerdeführenden nicht nachvollziehbar dar, inwieweit im konkreten Fall die geltend gemachte "Gründung" einer "Investmentgesellschaft" eine Ausnahme von Publikumseinlagen begründen soll. Soweit sie Austauschverträge im Sinne von Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV und - gleichzeitig - ein Gesellschaftsverhältnis annehmen wollen (wofür keine Vertragsdokumente vorliegen), argumentieren sie widersprüchlich, unterscheiden sich doch synallagmatische Schuldverträge von Gesellschaftsverträgen gerade insofern, als kein gemeinsamer (Gesellschafts-) Zweck verfolgt und vereinbart wird (Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, § 1 Rz. 65 ff.). Auch der Hinweis auf den Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vom 24. Februar 2010 hilft den Beschwerdeführenden nicht weiter. Die angerufene Erwägung 2b/cc, wonach "es sich offensichtlich um eine Investmentgesellschaft handle", trägt keine finanzmarktrechtliche Wertung in sich. Im Rahmen der steuerrechtlichen Frage, ob die Beschwerdeführerin 2 eine marktgerecht zu entschädigenden Dienstleistung für ihre Schwestergesellschaft erbracht hat, klärt die

Passage lediglich, dass sie keine unternehmerische Tätigkeit ausübe, und bezieht sich auch nicht auf Rechtsverhältnisse zu Investoren.

#### **E. 5.4.5**

Wie zudem die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, konnten sich die Anleger aufgrund des unvollständigen und mangelhaften Emissionsprospekts nicht ausreichend über die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin 2 informieren (angefochtene Verfügung, S. 18 ff.). Fehlt aber dem Prospekt der vorgeschriebene Inhalt, lässt sich im Umkehrschluss aus Art. 3a Abs. 3 Bst. b aBankV ableiten, dass keine Anleiensobligationen i.S. des Bankengesetzes vorliegen, sondern Publikumseinlagen (Urteil B-3659/2015 des BVGer vom 1. Februar 2016 E. 3.3; Beat Kleiner/ Renate Schwob/Stefan Kramer, in: Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, 2011, Art. 1 N 36). Auch wenn die Ausgabe und Ausgestaltung der "Zwangswandelanleihe" in diverser Hinsicht (auffallend tiefer Zinssatz, laufende Ausgabe mit unterschiedlichen Laufzeiten für die Investoren, keine verbindliche Zeichnungsfrist, kein festes Liberierungsdatum etc.) in hohem Masse unüblich ist und nicht der Definition einer Anleiensobligation entspricht, so lässt sich das Konstrukt, zumindest was das bezweckte Ergebnis betrifft (Rückzahlung oder - bei Wandlung - Lieferung von Aktien an den Anlegerkreis), weitgehend mit einer Wandelanleihe vergleichen. Auch die Wandelanleihe fällt unter den Begriff der Anleiensobligation (EBK-Bulletin, Heft 38 [1999], S. 24 m.w.H.). Liesse man folglich zu, dass die betroffenen "Zwangswandelanleihen" - obschon sie die Voraussetzungen von Art. 3a Abs. 3 Bst. b aBankV nicht erfüllen - dem Ausnahmetatbestand nach Bst. a (Vertrag auf Eigentumsübertragung) zugeordnet werden, stünde dies mit der in Bst. b Ausdruck findenden Wertung des Gesetzgebers im Widerspruch. Somit bleibt gemäss der Systematik der Ausnahmetatbestände dafür kein Raum.

#### **E. 5.4.6**

Ausserdem ergibt sich aus den Akten (vorne, E. 5.4.2) und den Feststellungen der Vorinstanz klar, dass die "Zwangswandelanleihen" von der Beschwerdeführerin 2 als Investition beworben wurden und den Investoren eine Rendite aus den Anlageprodukten der A.\_\_\_\_\_-Gruppe in Aussicht gestellt wurde. Das Geschäft zielte für die Investoren wirtschaftlich darauf ab, das hingegebene Kapital, im Fall einer gültigen Wandlung, durch den äquivalenten Wert der Vorzugsaktien mit einer "Rendite" durch die vermögensrechtlich privilegierten Vorzugsrechte zurückzuerhalten, was auch den tief bemessenen Zins erklären dürfte. Die Hauptleistung der Beschwerdeführerin 2 besteht gemäss dem wirtschaftlichen Vertragszweck somit nicht in der entgeltlichen Verschaffung von Eigentum an Aktien. Der Vertragszweck lag für die Anleger, vor dem Hintergrund der besonderen Struktur und des Anlagegeschäfts der vom Beschwerdeführer 1 beherrschten A.\_\_\_\_\_-Gruppe, vornehmlich in der Überlassung von Geld in Erwartung einer Rendite - und nicht in der Abwicklung eines synallagmatischen Vertrags.

#### **E. 5.5**

Das von den Anlegern entrichtete Entgelt bildet demnach keine direkte Gegenleistung für den Aktienerwerb im Sinne von Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV, sondern erfolgte zu Anlagezwecken im Sinne eines Einlagegeschäfts. Demgemäss findet der Ausnahmetatbestand im vorliegenden Fall keine Anwendung. Dafür spricht angesichts der Umstände auch der vom Bankengesetz verfolgte Zweck des Gläubigerschutzes.

#### **E. 5.6**

Schliesslich ist entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden (Eingabe vom 28. August 2015) nicht ersichtlich, weshalb der Einlagecharakter vom Ergebnis des durch die Vorinstanz erfolgten Schuldentrugs abhängen sollte bzw. davon, ob Gläubiger rückzahlbare Einlagen geltend gemacht hätten. Die rechtliche Einordnung der angenommenen Einlagen hängt nicht davon ab, ob und in welcher Zahl Forderungen im Konkursverfahren angemeldet wurden.

#### **E. 5.7**

Demgemäss ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die von der Beschwerdeführerin 2 entgegengenommenen Gelder als Publikumseinlagen i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG zu qualifizieren sind. Die Vorinstanz hat somit zu Recht festgestellt, dass die Beschwerdeführerin 2 ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hat.

#### **E. 6**

Weiter ist umstritten und daher zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht von der Überschuldung der Beschwerdeführerin 2 ausgehen und deshalb den Konkurs über sie eröffnen durfte.

#### **E. 6.1**

Stellt die Aufsichtsbehörde eine unbewilligte Tätigkeit wie die unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen fest, kann sie das betroffene Unternehmen im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze aufsichtsrechtlich liquidieren. Erweist es sich als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, ist über das Unternehmen analog Art. 33 ff. BankG der Bankenkonkurs zu eröffnen und durchzuführen. Dabei braucht die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden - in der Regel nicht mehr gesondert geprüft zu werden (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2; 132 II 382 E. 7.2; Urteil des BGer 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 2.2). Im Rahmen der Finanzmarktaufsicht ist der Nachweis einer formellen Überschuldung nicht nötig. Das Vorliegen vernünftiger, nachvollziehbarer Umstände, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen, genügt hierfür (Urteil des BGer 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.3). Das Konkursverfahren soll zu einer gleichmässigen Befriedigung aller Gläubiger führen, falls Zweifel daran bestehen, dass die berechtigten Forderungen gesamthaft beglichen werden können. Im Lichte des Gläubigerschutzes sind die Aktiven und Forderungen der potentiellen Gemeinschuldnerin daher vorsichtig zu bewerten (vgl. BGE 131 II 306 E. 4.3.1; Urteil des BGer 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Wann der kritische Punkt zur Besorgnis einer Überschuldung erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen, weshalb der FINMA als Fachbehörde diesbezüglich ein nicht unerheblicher (technischer) Ermessensspielraum zukommt; die bloss abstrakte Vermutung einer Überschuldung genügt indes nicht (Urteil des BGer 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Das Bundesverwaltungsgericht ist gehalten, die Problematik der Überschuldung mit freier Kognition zu prüfen, darf sich aber, soweit es sich um technische Fragen handelt, eine gewisse Zurückhaltung auferlegen (vgl. Art. 49 lit. c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; Urteil des BGer 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.3).

#### **E. 6.2**

Die Vorinstanz führt aus, die Liquidation der Beschwerdeführerin 2 habe zwingend auf dem Weg des Konkurses zu erfolgen. Insgesamt resultiere per 9. Januar 2015 ein Bilanzverlust

von Fr. 34'162.74. Unter Berücksichtigung der bestehenden Rückforderungsansprüche der Investoren erhöhe sich der Bilanzverlust auf mindestens Fr. 2'800'000.-, womit eine klare Überschuldung vorliege. Die Vorinstanz stützt sich dabei auf die Liquidationsbilanz der unabhängigen Wirtschaftsprüferin E. \_\_\_\_\_ GmbH, welche diese im Auftrag des eingesetzten Untersuchungsbeauftragten (Rechtsanwalt P. \_\_\_\_\_) auf Basis der Bilanz vom 30. Juni 2014 erstellte (Vorakten, p. 8 011 ff.). Sie bewertete dabei den in der Bilanz vom 30. Juni 2014 ausgewiesenen Wertschriftenbestand von EUR 2'395'164.50 - mangels verlässlicher Sicherheiten der vorgefundenen Zertifikate der A. \_\_\_\_\_-Gruppe - nach dem Vorsichtsprinzip als Nonvaleur. Weiter qualifizierte sie die (aufgrund des erst zu 20 % liberierten Aktienkapitals) bestehende Forderung der Beschwerdeführerin 2 über Fr. 800'000.- gegenüber den Aktionären (d.h. hauptsächlich gegen den Beschwerdeführer 1) als Ausfallposition, nachdem der Beschwerdeführer 1 die Aufforderung des Untersuchungsbeauftragten zur Nachliberierung zurückgewiesen hatte (angefochtene Verfügung, S. 14 f.).

### **E. 6.3.1**

Die Beschwerdeführenden zweifeln zunächst die Kompetenz und korrekte Arbeitsweise der Wirtschaftsprüferin E. \_\_\_\_\_ GmbH an, welche ein "Gefälligkeitsgutachten" erstellt habe. Die Zahlen seien durch nichts belegt und die verfügte Konkursöffnung basiere auf "nichts ausser hohlem Geschwätz". Es sei eine Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor bzw. durch einen "Bankenprüfer" zu erstellen (Beschwerde, S. 5; Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 2, 7, 10). Diesbezüglich ist den Beschwerdeführenden entgegenzuhalten, dass es sich bei der E. \_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in U. \_\_\_\_\_ sowie deren Geschäftsführer R. \_\_\_\_\_ um zugelassene, eingetragene Revisionsexperten handelt. Die Vorbringen der Beschwerdeführenden beschränken sich auf pauschale, nicht näher substantiierte Vorwürfe. Sie führen dagegen keinerlei objektive Gründe oder Beweismittel an, die geeignet wären Zweifel an der Kompetenz, der korrekten Arbeitsweise, der Auswahl und Beauftragung der Wirtschaftsprüferin zu wecken. Entsprechend und gestützt auf die nachstehenden Ausführungen zur Bewertung erübrigt es sich, eine Zwischenbilanz erstellen zu lassen. Die diesbezügliche Willkürüge (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 7) erweist sich als offensichtlich unbegründet.

### **E. 6.3.2**

Weiter machen die Beschwerdeführenden geltend, der von der Vorinstanz zu Null bewertete Wertschriftenbestand in der Bilanz der Beschwerdeführerin 2, namentlich die von der deutschen Schwestergesellschaft ausgegebenen "L. \_\_\_\_\_-Zertifikate", sei in vollem Umfang werthaltig. Sie verweisen darauf, dass die deutsche A. \_\_\_\_\_ AG von einem (nicht namentlich genannten) Anleger über die Bank G. \_\_\_\_\_ sechs solcher Zertifikate gegen Zahlung von EUR 117'900 (zurück)gekauft habe. Dieser Vermögenswert sei zur Bewertung der Zertifikate der Beschwerdeführerin 2 heranzuziehen, womit ihre 72 "L. \_\_\_\_\_-Zertifikate" den Wert von mindestens EUR 1'414'800 aufwiesen. Die A. \_\_\_\_\_-Zertifikate der Beschwerdeführerin 2 könnten an ihre deutsche Schwestergesellschaft verkauft werden zum Wert, den unabhängige Dritte in ihren Transaktionen vereinbarten. Insgesamt sei von einem Wertschriftenbestand von EUR 2.3 Mio. auszugehen (Beschwerde, S. 10 ff.; Eingabe v. 25. Juni 2016, S. 21). Auch diese Vorbringen vermögen nicht zu überzeugen. Die Beteiligung der A. \_\_\_\_\_ AG als Käuferin - mit entsprechendem Einfluss auf die Konditionen - und die bezüglich Identität des Anlegers geschwärtzten Transaktionsbelege (Beschwerde, S. 9 f.) wecken starke Zweifel

daran, ob der geltend gemachte Kauf einen effektiven Markt abbildet bzw. die Zahlung einem realen Marktpreis entspricht. Ein einzelnes (Rückkauf-)Geschäft über sechs Zertifikate kann keinen aussagekräftigen Nachweis für die Bewertung der Zertifikate insgesamt liefern. Den Beschwerdeführenden gelingt es nicht, die von der Vorinstanz und Wirtschaftsprüferin nachvollziehbar dargelegten Gründe zu entkräften, die auf eine Überschuldung schliessen lassen. Nichts Substantielles setzen sie namentlich den überzeugenden Feststellungen entgegen, dass nicht nachvollziehbar ist, wie die Bewertung der (nicht börslich gehandelten) Zertifikate zustande kam, diese massiv aufgewertet wurden und keine überprüfbaren Angaben über die finanzielle Situation bzw. Bonität der den Zertifikaten zugrunde liegenden Gesellschaften mit Sitz auf den Bahamas (A.I. \_\_\_\_\_ Ltd., A.A. \_\_\_\_\_ Ltd. sowie A.B. \_\_\_\_\_ Ltd.) vorliegen (angefochtene Verfügung, S. 14, Vorakten, p. 8 024 f., 8 017 f.). Die eingereichten Schreiben des Steuerberaters F. \_\_\_\_\_ (Beschwerde, S. 12 f.) vermögen diese Feststellungen mangels verlässlich begründeter Angaben nicht in Zweifel zu ziehen. Auch sagt der blosser Ausdruck der Urkunde eines L. \_\_\_\_\_-Zertifikats (Vorakten, p. 2 579, CD-Beilage 8) entgegen den Beschwerdeführenden nichts über die Werthaltigkeit der Zertifikate aus. Demnach ist im Lichte des Vorsichtsprinzips und der Struktur der A. \_\_\_\_\_-Gruppe nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die A. \_\_\_\_\_-Zertifikate in der Bilanz der Beschwerdeführerin 2 mangels verlässlicher Sicherheiten mit einem Liquidationswert von Null bewertete.

### **E. 6.3.3**

Weiter verfüge die Beschwerdeführerin 2 gemäss den Beschwerdeführenden über eine Retrozessionsforderung gegen die A. \_\_\_\_\_ AG in der Höhe von Fr. 63'525.14, welche voll werthaltig sei, in der Liquidationsbilanz jedoch zu Unrecht ohne Wert und irrtümlich gegenüber einer A. \_\_\_\_\_-Gesellschaft auf den Bahamas angegeben sei. Allein durch diese Forderung seien die behaupteten Verbindlichkeiten gedeckt. Ihre Werthaltigkeit ergebe sich daraus, dass die A. \_\_\_\_\_ AG im entsprechenden Umfang eine Liquiditätsgarantie für die Geschäftskosten der Beschwerdeführerin 2 erteilt habe. Zudem habe die deutsche Schwestergesellschaft die an sie herangetragenen Forderungen für die Beschwerdeführerin 2 beglichen, unter anderem den Jahresbeitrag 2015 für die Selbstregulierungsorganisation PolyReg und die Verrechnungssteuer an die Eidgenössische Steuerverwaltung. Die Beschwerdeführenden legen allerdings keine geeigneten Beweismittel für die Werthaltigkeit der Forderung bzw. für eine glaubhaft tragfähige "Liquiditätsgarantie" vor. Auch die Zahlung einzelner Rechnungen der Beschwerdeführerin 2 durch die A. \_\_\_\_\_ AG und das in der Beschwerde (S. 6) dargelegte Bestätigungsschreiben der A. \_\_\_\_\_ AG an die Beschwerdeführerin 2, wonach die Retrozessionsforderung bestehe und sie die Geschäftskosten der Beschwerdeführerin 2 im Umfang der Forderung decken werde, vermögen die Zweifel an der Werthaltigkeit nicht zu beseitigen. Das auf Januar 2015 datierte Schreiben dürfte durch die Erwägungen der Vorinstanz (S. 15) veranlasst worden sein, wonach eine in Aussicht gestellte Liquiditätsgarantie nicht abgegeben worden sei (S. 15). Die Verbindlichkeit ist auch in der eingereichten "Bilanz zum 31. Dezember 2014" der A. \_\_\_\_\_ AG noch nicht ersichtlich. Näheres zum Ursprung bzw. Zustandekommen der Forderung ist dem Schreiben nicht zu entnehmen. Über ihren verlässlichen Bestand liefert es auch deshalb nicht hinreichend Aufschluss, weil beide Gesellschaften vom Beschwerdeführer 1 gelenkt werden, der das Schreiben der einen Gesellschaft an die andere, allenfalls im Sinne eines Inschlaggeschäfts, unterzeichnet hat. Eine unabhängige Drittgemeinschaft hätte eine Bestätigung bzw. Liquiditätsgarantie aber kaum ohne vertragliche Grundlage abgegeben. Soweit sich die

Beschwerdeführenden auf die Leistungsfähigkeit der A.\_\_\_\_\_ AG und ihren angeblich gestiegenen Bestand an liquiden Mitteln beruft (Beschwerde, S. 8 f., S. 10 f.), sind ihre Vorbringen insofern unbeachtlich, als für die Frage der Überschuldung auf die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin 2 als bewilligungslos tätig gewordene Person abzustellen ist. Soweit sie damit die Bonität der deutschen Schwestergesellschaft als Schuldnerin der Forderung bzw. der Garantie aufzeigen wollen, bleibt diese trotz der Vorbringen der Beschwerdeführenden weitgehend im Dunkeln. So bestehen an der Bonität schon deshalb erhebliche Zweifel, weil keine verlässliche Beurteilung des Werts bzw. Bonität der A.\_\_\_\_\_ -Gruppe bzw. -Anlagegesellschaften auf den Bahamas besteht, in welche die deutsche Gesellschaft investiert. Demnach besteht die begründete Besorgnis, dass der Forderung die nötige Werthaltigkeit fehlt. Im Lichte des Vorsichtsprinzips und Gläubigerschutzes sowie mangels handfester Belege ist nicht zu beanstanden, dass sie in der Liquidationsbilanz mit dem Wert von Null eingesetzt wurde (Vorakten, p. 8 024) und die Vorinstanz darauf abgestellt hat.

#### **E. 6.3.4**

Offensichtlich unbegründet ist die Beschwerde insofern, als die Beschwerdeführenden die Überschuldung durch behauptete Staatshaftungsansprüche gegen die Vorinstanz und den Untersuchungsbeauftragten sowie durch Schadenersatzansprüche aus angeblich strafbaren Handlungen in Abrede stellen (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 9 ff.). Nicht nur sind die geltend gemachten Forderungen in keiner Weise belegt und begründet, sondern liegt die Frage der Staatshaftung ausserhalb des vorliegenden Verfahrensgegenstands und diejenige der Strafbarkeit ausserhalb der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts.

#### **E. 6.4**

Demgemäss ist die Vorinstanz aus zureichenden Gründen von der Besorgnis einer Überschuldung ausgegangen und hat den Rahmen des ihr zustehenden Bewertungs- und Ermessensspielraums nicht überschritten. Die gegenüber der Beschwerdeführerin 2 verfügte Konkursöffnung ist somit entgegen den Beschwerdeführenden nicht zu beanstanden.

#### **E. 6.5**

Die Beschwerdeführenden rügen schliesslich, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin 2 "fingiert". Unter Hinweis auf Entscheide des Bundesgerichts beanstanden sie, die Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft dürfe nur aus feststellbaren Betreibungshandlungen bzw. bei Vorliegen von Verlustscheinen angenommen werden (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 2). Allerdings setzt die Eröffnung des Konkurses analog Art. 33 ff. BankG nicht kumulativ eine Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit voraus, sondern es genügt, wenn eine dieser Voraussetzungen alternativ erfüllt ist (vorne, E. 6.1). Nachdem die Vorinstanz, wie vorne ausgeführt, begründet von einer Überschuldung ausging und (allein) gestützt darauf die Konkursöffnung verfügt hat (Verfügung, S. 23), erweist diese sich unabhängig von der Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin 2 als rechtmässig. Im Übrigen betreffen die angerufenen Bundesgerichtsentscheide keine finanzmarktrechtlichen Massnahmen, sondern die Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund im Verfahrensrecht (BGE 111 II 206) und die Enterbung eines Zahlungsunfähigen gemäss Art. 480 ZGB (BGE 111 II 130).

#### **E. 6.6**

Nachdem feststeht, dass die Beschwerdeführerin 2 ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegengenommen hat und die Vorinstanz berechtigt von einer Überschuldung ausging, ergibt sich ohne weiteres, dass sie zu Recht und in verhältnismässiger Weise den bisherigen Organen der Beschwerdeführerin 2 die Vertretungsbefugnis entzog und die Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots anordnete. Entsprechend sind die dagegen gerichteten Begehren der Beschwerdeführenden gemäss Eingabe vom 28. August 2015, insbesondere die Einzelzeichnungsberechtigung des Beschwerdeführers 1 wiederherzustellen und sämtliche Kontoverbindungen freizugeben, als unbegründet zurückzuweisen.

#### **E. 6.7**

Wird wie vorliegend eine unbewilligte Tätigkeit festgestellt, kann zudem davon ausgegangen werden, dass die Erteilung einer nachträglichen Bewilligung ausser Betracht fällt, weil die erforderlichen Voraussetzungen und nicht zuletzt das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, gerade aufgrund der festgestellten unbewilligten Tätigkeit, nicht erfüllt wären (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; Urteil des BVGer B-5081/2012 vom 24. September 2014 E. 2.2). Auch kann ausgeschlossen werden und legen die Beschwerdeführenden nicht ansatzweise dar, dass die Beschwerdeführerin 2 über eine adäquate Betriebsorganisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG) verfügen würde. Entsprechend machen die Beschwerdeführenden vergeblich geltend, die Vorinstanz habe die nachträgliche Verweigerung einer Bankenbewilligung unzureichend dargelegt (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 22).

#### **E. 7**

Die Beschwerdeführenden kritisieren auch die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten durch die Vorinstanz. Es fehle an einem aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt und an der sinnvollen Begrenzung seiner Aufgabe. Es liege keine zulässige Aktivität, sondern eine "grenzenlose fishing operation" vor, die auch im Widerspruch zu Art. 7 FINMAG stehe (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 19 f.).

#### **E. 7.1**

Art. 36 FINMAG sieht allerdings explizit vor, dass die FINMA eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen kann, einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder die von ihr angeordneten rechtlichen Massnahmen umzusetzen. Die Beurteilung, ob die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten erforderlich ist oder nicht, steht grundsätzlich in ihrem "technischen Ermessen". Dafür ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht; vielmehr genügt es, dass hierfür objektive Anhaltspunkte bestehen, wobei der Sachverhalt nur durch die Kontrolle vor Ort bzw. durch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen abschliessend geklärt werden kann. Der durch die FINMA zu beseitigende Missstand im Sinne von Art. 36 FINMAG liegt hier in der unklaren Ausgangslage, die es zu bereinigen gilt (Urteile des BVGer B-6886/2015 vom 21. März 2016 E. 3, B-8041/2016 vom 22. Februar 2017 E. 3 ff; vgl. BGE 137 II 284 E. 4.2.1; BGE 130 II 351 E. 2.2). Die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten muss - wegen der damit verbundenen Konsequenzen - verhältnismässig, d.h. zum Schutz der Gläubiger und des Finanzmarkts geeignet und erforderlich sein (Urteil des BGer 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 4.1).

#### **E. 7.2**

Nachdem die Vorinstanz auf die von der Beschwerdeführerin 2 online angebotenen Finanzdienstleistungen und die betroffenen "Zwangswandelanleihen" aufmerksam wurde (angefochtene Verfügung, S. 6 f.), somit Anhaltspunkte für die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen vorlagen und sich dieser Verdacht, wie vorstehend aufgezeigt, bestätigt hat, ging sie offensichtlich zu Recht von einem aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt gemäss Art. 36 FINMAG aus. Die Vorinstanz hat in der provisorischen Verfügung vom 19. November 2014 (Rz. 5 ff.) die Aufgaben des Untersuchungsbeauftragten hinreichend definiert und nachvollziehbar begründet, dass seine Einsetzung, angesichts der unklaren Sachlage und der teilweise verweigerter Mitwirkung und Kooperation der Parteien bei der Sachverhaltsermittlung, verhältnismässig war, um die sachlich klar eingegrenzte Frage abzuklären, inwieweit die Beschwerdeführerin 2 eine unterstellungspflichtige Tätigkeit ausübte. Insbesondere ist aktenkundig, dass die Beschwerdeführenden die Zuständigkeit und "Auskunftsansprüche" der Vorinstanz mehrfach schriftlich bestritten und nur sehr eingeschränkt kooperiert haben (angefochtene Verfügung, S. 7 f. u. 17 m.w.H.). Deshalb war es gerechtfertigt, ihre Aktivitäten durch einen Untersuchungsbeauftragten näher abklären zu lassen. Den Beschwerdeführenden gelingt es demgegenüber nicht, die Rechtmässigkeit der Einsetzung, der Auswahl sowie der Handlungen und Beaufsichtigung des unabhängigen Untersuchungsbeauftragten oder dessen Fähigkeiten in begründete Zweifel zu ziehen. Ihre Vorbringen erschöpfen sich auch hier in nicht näher begründeten Pauschalvorwürfen ("inkompetente Person", "allerschwerste Verstösse bei seiner Arbeit", "Versagen und historisches Fehlverhalten"). Desgleichen liefern sie und bestehen auch objektiv keine Gründe, die Verhältnismässigkeit der Einsetzung in Abrede zu stellen. Dasselbe gilt in Bezug auf die Untersuchungshandlungen und Kosten. Der Untersuchungsbeauftragte hat seine Aufwendungen in seiner Kostennote detailliert dargetan (Vorakten, p. 7 005 ff.). Die Beschwerdeführenden rügen indes nicht substantiiert, welche dieser Aufwendungen von insgesamt Fr. 41'034.- aus welchem Grund unnötig gewesen sein sollten. Schliesslich können die Beschwerdeführenden auch aus Art. 7 FINMAG nichts zu ihren Gunsten ableiten, da diese Norm Grundsätze zur Regulierungstätigkeit der FINMA enthält und nicht ihr Verfügungshandeln betrifft, wie es vorliegend angefochten ist.

### **E. 7.3**

Die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten und die damit einhergehenden Massnahmen sind daher nicht zu beanstanden.

### **E. 8**

Weiter richtet sich die Beschwerde gegen die dem Beschwerdeführer 1 persönlich auferlegten Sanktionen (Unterlassungsanweisung und Publikation).

#### **E. 8.1**

Die Vorinstanz hat die Anweisung, eine finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit und entsprechende Werbung zu unterlassen, mit dem Hinweis auf die Strafdrohung gemäss Art. 48 FINMAG verbunden (Dispositiv-Ziffer 13). Nach dieser Norm wird mit Busse bestraft, wer einer Verfügung, die unter Hinweis auf die Strafdrohung erging, oder einem Rechtsmittelentscheid, keine Folge leistet.

##### **E. 8.1.1**

Der Beschwerdeführer 1 bezeichnet diese Anordnung als "dummlich" und wendet ein, bislang sei weder eine rechtskräftige Verfügung noch ein Rechtsmittelentscheid ergangen,

weshalb Art. 48 FINMAG nicht greifen könne (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 14 ff.).

### **E. 8.1.2**

Diesbezüglich sind die Beschwerdeführenden jedoch darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz mit der Unterlassungsanweisung lediglich - in zulässiger Weise - auf die Strafdrohung des Art. 48 FINMAG hingewiesen hat. Eine Strafbarkeit bzw. ein Verstoß gegen diese Norm bildet dagegen nicht Gegenstand dieses Verfahrens, kommt aber dann in Frage, wenn die vorliegend angefochtene Verfügung rechtskräftig wird und ein Verstoß gegen die Unterlassungsanweisung erfolgen sollte.

### **E. 8.2**

Die Vorinstanz begründet die gegenüber dem Beschwerdeführer 1 verfügten Sanktionen mit seinem massgeblichen Beitrag an der unbewilligten Tätigkeit der Beschwerdeführerin 2.

#### **E. 8.2.1**

Die Beschwerdeführenden bestreiten zu Recht nicht, dass der Beschwerdeführer 1 als Mehrheitsaktionär und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat an der festgestellten Tätigkeit der Beschwerdeführerin 2 entscheidend mitgewirkt hat. Doch beanstanden sie die ihm gegenüber angeordnete Unterlassungsanweisung, weil er nicht in den illegalen Betrieb einer Bank, sondern in den legalen Aufbau einer Investmentgesellschaft eingebunden gewesen sei und ihm weder vorsätzliches noch fahrlässiges Verhalten im Sinne von Art. 21 StGB vorgeworfen werden könne (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 18).

#### **E. 8.2.2**

Da die Beschwerdeführerin 2 jedoch, wie bereits ausgeführt, ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegen genommen hat und der Beschwerdeführer 1 massgeblich für diese unerlaubte Tätigkeit verantwortlich war, erweist sich auch diese Rüge als unbegründet. Dabei ist entgegen den Beschwerdeführenden nicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit im strafrechtlichen Sinne oder auf ein Verschulden abzustellen. Vielmehr gilt - bei fehlender Bewilligung - das Verbot, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen und dafür zu werben, bereits ohne Verschulden von Gesetzes wegen. Die Unterlassungsanweisung stellt daher keine eigenständige Massnahme dar und bedarf insofern keiner expliziten gesetzlichen Grundlage. Der Betroffene wird lediglich unter Strafdrohung daran erinnert, was gemäss Gesetz gilt. Es handelt sich um eine Warnung bzw. Ermahnung als "Reflexwirkung" der aufsichtsrechtlichen Massnahmen, die zur Liquidation der Gesellschaft des Betroffenen geführt haben (BGE 135 II 356 E. 5.1; Urteil des BGer 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.2). Die Anordnung der Unterlassungsanweisung unter Strafdrohung ist somit nicht zu beanstanden.

### **E. 8.3**

Weiter wenden sich die Beschwerdeführenden gegen die angeordnete Veröffentlichung der Unterlassungsanweisung und rügen, an dieser Desinformation bestehe kein Interesse des Finanzmarkts. Es liege ein ungerechtfertigter Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 vor (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 18).

#### **E. 8.3.1**

Art. 34 FINMAG sieht vor, dass die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft, unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form,

publizieren kann, wenn eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt und die Publikation in der Verfügung selber angeordnet wird. Die Publikation muss im Einzelfall verhältnismässig sein, d.h. die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes - die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und des Schutzes der Gläubiger und Anleger - müssen sie rechtfertigen und die Nachteile des Betroffenen hinsichtlich seines wirtschaftlichen Fortkommens überwiegen. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht (vgl. Urteile des BGer 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1 / 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1).

### **E. 8.3.2**

Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass eine unbewilligte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen in der Regel eine schwere Verletzung von Aufsichtsbestimmungen darstellt (Urteil des BVer B-2943/2013 vom 6. März 2014 E. 5.2.3). Der Beschwerdeführer 1 ist für diese als Mehrheitsaktionär, Organ und zentrale Figur hinter der Beschwerdeführerin 2 in hohem Mass verantwortlich. Dabei wurden Publikumseinlagen in unbestrittener Höhe von mindestens Fr. 3'100'000.- angenommen, wobei über den Verbleib der Gelder keine umfassende Klarheit besteht bzw. die Anlage der Vermögenswerte gemäss Angaben des Beschwerdeführers 1 auf der Ebene der dafür vorgesehenen A. \_\_\_\_\_-Anlagegesellschaften mit Sitz auf den Bahamas erfolge (angefochtene Verfügung, S. 11). Der Beschwerdeführer 1 gab der Vorinstanz noch im September 2014 an, dass inzwischen Gelder einiger Hundert Anleger von mindestens Fr. 40 Mio. in die Anleihen investiert und ein Volumen von Fr. 50 - 100 Mio. beabsichtigt sei (Verfügung, S. 7). Auch hat die Vorinstanz festgestellt, dass noch im Verfügungszeitpunkt weiterhin im Internet für die "Zwangswandelanleihen" geworben wurde. In dokumentierten Aussagen brachte der Beschwerdeführer zudem zum Ausdruck, dass er nicht gewillt ist, die relevanten Aktivitäten einzustellen (angefochtene Verfügung, S. 16, S. 25 f. m.w.H.). Dieser Eindruck wird dadurch bestärkt, dass der Beschwerdeführer 1, wie er selbst unter Beilage des entsprechenden Protokolls darlegt, kurz nach Erlass der angefochtenen Verfügung eine - nicht von der Konkursliquidatorin (Vorinstanz) einberufene - "Gläubigerversammlung" in den Räumen eines deutschen Anwaltsbüros abhielt, in der Absicht eine Vereinbarung zwischen Beschwerdeführerin 2 und Anlegern über den Tausch der Vorzugsaktien per 30. Juni 2017 zu schliessen. Daraus darf geschlossen werden, dass er weiterhin gewillt sein dürfte, mit den Anlegern in Kontakt zu treten. Angesichts dieser Umstände ist die Vorinstanz zu Recht von einer wiederholten und schweren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten und von einer erheblichen Wiederholungsgefahr ausgegangen. Ob des Schädigungspotentials überwiegt somit das Interesse des Anlegerschutzes die (in der Beschwerde nicht näher ausgeführten) Nachteile des Beschwerdeführers 1 hinsichtlich seiner Reputation und weiteren Geschäftstätigkeit auf dem Finanzmarkt, zumal die Publikation der Unterlassungsanweisung, anders als er bemängelt, mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen keine "Desinformation" der Marktteilnehmer darstellt.

### **E. 8.3.3**

Zu Recht hat die Vorinstanz damit eine Veröffentlichung der Unterlassungsanweisung an den Beschwerdeführer 1 in der verfügten Dauer von fünf Jahren als zulässig erachtet. Die Rüge des ungerechtfertigten Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 erweist sich entsprechend als unbegründet.

## **E. 9**

Weiter rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung des völkerrechtlich geschützten Eigentums.

### **E. 9.1**

Dabei stützen sie sich auf Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls vom 20. März 1952 EMRK in der Fassung des Protokolls Nr. 11 (nachfolgend "Zusatzprotokoll") i.V.m. Art. 14 EMRK. Ein Unternehmen wie die Beschwerdeführerin 2 sei in besonderem Mass vom geschaffenen Vertrauen abhängig, wobei die angeordnete Konkursöffnung zu einem wirtschaftlichen Totalschaden geführt habe und faktisch eine willkürliche Enteignung vorliege, welche weder gesetzlich abgestützt noch verhältnismässig sei (Eingabe vom 29. März 2016, S. 5 f., 13).

### **E. 9.2**

Gemäss Art. 1 des Zusatzprotokolls hat jede natürliche oder juristische Person ein Recht auf Achtung ihres Eigentums, welches niemandem entzogen werden darf, es sei denn, das öffentliche Interesse verlange es, und nur unter den durch das Gesetz sowie durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vorgesehenen Bedingungen. Die Beschwerdeführenden dringen allerdings mit ihren Vorbringen bereits deshalb nicht durch, weil die Schweiz das angerufene Zusatzprotokoll zur EMRK zwar 1976 unterzeichnet, aber bislang nicht ratifiziert hat. Ein unzulässiger Eingriff in die Eigentumsgarantie liegt aber auch im verfassungsrechtlichen Sinn (Art. 26 BV) nicht vor (vgl. Art. 36 und 190 BV). Insbesondere stützt sich die angefochtene Verfügung gemäss vorstehenden Erwägungen auf das geltende, für Gerichte massgebende Gesetzesrecht (Finanzmarktrecht) des Bundes und liegt ausserdem im öffentlichen Interesse der Wahrung des Anlegerschutzes. Sie ist dazu respektive zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands ebenso geeignet wie erforderlich und auch insofern verhältnismässig, als der Schutz der Gläubiger den Eingriff in die Eigentumspositionen der Beschwerdeführenden rechtfertigt, da die bewilligungslos tätig gewordene Gesellschaft als überschuldet zu gelten hat und das Risiko erneuter bewilligungspflichtiger Aktivitäten der Beschwerdeführenden einzuschränken ist. Demgemäss ist der Rüge der unzulässigen Enteignung kein Erfolg beschieden.

## **E. 10**

Die Beschwerdeführenden rügen schliesslich auch die Kosten im Zusammenhang mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung.

### **E. 10.1**

Zunächst machen sie geltend, die Kosten seien das Ergebnis eines unzulässigen Behördenhandelns, d.h. ohne Rechtsgrund entstanden und könnten schon gar nicht dem Beschwerdeführer 1 als Privatperson auferlegt werden, indem ein gemeinsames Verfahren "fingiert" werde (Eingabe vom 25. Juni 2015, S. 21 f.).

### **E. 10.2**

Allerdings haben die vorstehenden Erwägungen ergeben, dass die Vorinstanz zulässig gehandelt hat und die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführenden unbegründet sind. Zudem wurden die Kosten den Beschwerdeführenden nicht ohne Rechtsgrundlage auferlegt, sondern sieht das Gesetz vor, dass die Vorinstanz für Aufsichtsverfahren im Einzelfall Gebühren erhebt (Art. 15 Abs. 1 FINMAG). Gebührenpflichtig ist, wer eine Verfügung oder ein Aufsichtsverfahren veranlasst (vgl. Art. 5 Abs. 1 der

FINMA-Gebühren- und Abgabeverordnung vom 15. Oktober 2008 [FINMA-GebV, SR 956.122]). Dies trifft nach dem Ausgeführten sowohl für den Beschwerdeführer 1 als auch die Beschwerdeführerin 2 offensichtlich zu, nachdem feststeht, dass ihre unbewilligte Entgegennahme von Publikumseinlagen Anlass des vorinstanzlichen Aufsichtsverfahren bildete und dieses in rechtmässige Sanktionen ihnen gegenüber gemündet hat. Auch die Kosten des Untersuchungsbeauftragten haben nach gesetzlicher Anordnung die Beaufsichtigten zu tragen (Art. 36 Abs. 4 FINMAG). Diese Kostenregelung folgt dem Störer- bzw. Verursacherprinzip und findet auf Akteure Anwendung, die - wie die Beschwerdeführenden - in Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen bewilligungslos tätig waren bzw. massgebend dazu beitrugen (vgl. BGE 137 II 284 E. 4.2.2).

### **E. 10.3**

Die Beschwerdeführende beanstandet zudem die solidarische Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten, die keine "verursachergerechte Verteilung" darstelle. Es entspricht jedoch ständiger Praxis, die Untersuchungskosten auf Grundlage von Art. 36 Abs. 4 FINMAG in Mehrparteienverfahren solidarisch den juristischen und natürlichen Personen aufzuerlegen, denen eine wesentliche Mitverantwortung an der unbewilligten Tätigkeit zukommt (Urteil des BGer 2C\_91/2010 vom 10. Februar 2011 E. 4.6.2; Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 8.7 m.H.). Davon kann zwar abgewichen werden, wenn eine Partei nur eine geringe Rolle im Verfahren gespielt hat (Benedikt Maurenbrecher/André Terlinden, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 36 N 73). Vorliegend fällt dies aber, angesichts des massgeblichen Beitrags des Beschwerdeführers 1 zur unbewilligten Tätigkeit, ausser Betracht. Auch die Verfahrenskosten hat die Vorinstanz in korrekter Anwendung von Art. 6 FINMA-GebV i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1) solidarisch auferlegt (vgl. Urteil des BGer 2C\_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 6.1 sowie Urteil des BVGer B-3902/2013 vom 12. August 2014 E. 6.2).

### **E. 10.4**

Soweit die Beschwerdeführenden die Höhe der ihnen auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 52'000.- bestreiten, beschränkt sich ihre Rüge auf pauschale, nicht näher substantiierte Kritik. Die Gebühr für Verfügungen, Aufsichtsverfahren und Dienstleistungen, für welche, wie vorliegend, im Anhang der FINMA-GebV kein Ansatz festgelegt ist, bemisst sich nach dem Zeitaufwand und der Bedeutung der Sache für die gebührenpflichtige Person (Art. 8 Abs. 3 FINMA-GebV). Die Sachverhaltsabklärung der Vorinstanz hat sich, auch durch die nicht leicht zu beleuchtende Struktur der A. \_\_\_\_\_-Gruppe, von Beginn weg teilweise aufwändig gestaltet und wurde, wie in der Verfügung (S. 16) und vorne (E. 7.2) festgestellt, durch die mangelnde Mitwirkung der Parteien klar erschwert. Entsprechend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verfahrenskosten unangemessen hoch festgesetzt sein sollten.

### **E. 10.5**

Die Kostenverlegung der Vorinstanz steht somit entgegen den Beschwerdeführenden in Einklang mit dem Gesetz und der Gerichtspraxis.

### **E. 11**

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

### **E. 12.1**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten den Beschwerdeführenden als vollständig unterlegenen Parteien unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (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]). Im vorliegenden Verfahren sind sechs Zwischenverfügungen sowie das Teilurteil vom 4. Juli 2017 auf Begehren der Beschwerdeführenden ergangen. In diesen wurde der Kostenentscheid jeweils auf einen späteren Zeitpunkt verschoben und wurden sämtliche Begehren der Beschwerdeführenden vollumfänglich abgewiesen, weshalb sie mit den diesbezüglichen Kosten ebenfalls zu belasten sind. Bei der Bemessung ist einzubeziehen, dass dem Gericht durch die teilweise ausführlich begründeten Zwischenverfügungen und ihre zeitliche Dringlichkeit ein teilweise erheblicher Aufwand entstand. Zu Gunsten der Beschwerdeführenden ist auf der anderen Seite ein gewisses Synergiepotential bei der Formulierung der Zwischenverfügungen zu berücksichtigen. Die Kosten für deren Ausarbeitung werden entsprechend auf gesamthaft Fr. 3'000.- und diejenigen für das Teilurteil auf Fr. 1'000.- festgesetzt. Insgesamt sind die Verfahrenskosten auf Fr. 12'000.- festzulegen und den Beschwerdeführenden solidarisch aufzuerlegen.

### **E. 12.2**

Den unterliegenden Beschwerdeführenden ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Auch der Vorinstanz steht keine Parteientschädigung zu (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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