

BVGer B-4284/2020 vom 8. März 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-03-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4284_2020

FR: TAF B-4284/2020 du 8 mars 2021

IT: TAF B-4284/2020 del 8 marzo 2021

Regeste

Finanzmarktaufsicht (Übriges)

Erwägungen

E. 1.1

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 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und anwaltlich vertreten. Die Rechtsanwälte wurden am 15. Januar 2019 vom ehemaligen einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat der Gesellschaft mandatiert. Diesem wurde die Vertretungsbefugnis für die Beschwerdeführerin anlässlich der Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten am 1. Juni 2017 durch die FINMA zwar entzogen und der Entzug mit der Unterstellungsverfügung vom 15. Februar 2018 bestätigt. Die sich aus der Organstellung bzw. Organvertretung (Art. 55 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) ergebende Befugnis, mit direkter Wirkung für die juristischen Personen Beschwerde zu führen, wird jedoch praxisgemäss durch den Eintritt in die Liquidation, die Einsetzung eines Liquidators und die Konkurseröffnung nicht berührt (BGE 131 II 306 E. 1.2.1; Urteil des BGer 2C_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 1.2 m.H.).

E. 1.3

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerdeführerin bringt vor, es bestehe ein relevanter Unterschied zwischen der nach gesellschaftlichen Regeln durchgeführten freiwilligen Liquidation und einem von der Vorinstanz veranlassten Konkursverfahren. Letzteres sei formstrenger und daher teurer und eine für das Konkursverfahren typische Zwangsversteigerung führe nicht in jedem Fall zum höchstmöglichen Erlös für die Aktiven der Gemeinschaftschuldnerin. Im Hinblick auf das schutzwürdige Interesse der betroffenen Gesellschaft an der Erzielung eines möglichst günstigen Verwertungserlöses stelle der Entscheid, statt einer freiwilligen Liquidation ein Konkursverfahren durchzuführen, einen rechtlich relevanten Unterschied dar, weshalb sie zur Beschwerde berechtigt sei. Die Vorinstanz stellt die Beschwerdelegitimation nicht in Frage. Die Beschwerdeführerin hat ein schutzwürdiges

Interesse daran, die Modalitäten der Durchführung der Liquidation (gemäss den anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Normen oder gemäss aufsichtsrechtlicher Spezialgesetzgebung) überprüfen zu lassen und ist daher zur Beschwerde legitimiert (Urteil des BGer 2C_858/2017 vom 15. März 2018 E. 1.3.2 in fine m.H.)

E. 1.4

Die Beschwerdeführerin 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

Der durch Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewährleistete und in den Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren des Bundes konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (BGE 140 I 99 E. 3.4). Als Mitwirkungsrecht umfasst der Anspruch alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen und auf den Prozess der Entscheidungsfindung Einfluss nehmen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1). Dazu gehört das Akteneinsichtsrecht (Art. 26-28 VwVG).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem ihr nicht vollumfänglich Akteneinsicht gewährt worden sei. Im Nachgang zum Urteil des Bundesgerichts habe zwischen der Vorinstanz und der Konkursliquidatorin ein Austausch stattgefunden, der nun geheim gehalten werde. Diese Korrespondenz sei aber Bestandteil der Verfahrensakten und unterliege dem Akteneinsichtsrecht. Dieses beziehe sich grundsätzlich auf alle Dokumente, die zum Verfahren gehörten, d.h. die in dessen Rahmen erstellt oder beigezogen worden seien, und umfasse nicht nur die im konkreten Fall tatsächlich als Beweismittel herangezogenen Aktenstücke, sondern alle Unterlagen, die geeignet seien, als Beweismittel zu dienen. Die Konkursliquidatorin beziehe sich bspw. in ihrer Stellungnahme zur finanziellen Situation auf eine Anfrage der Vorinstanz. Es sei relevant zu wissen, welche Instruktionen die Konkursliquidatorin von der Vorinstanz erhalten habe und was im Zusammenhang mit der finanziellen Situation der Beschwerdeführerin und insbesondere der Berücksichtigung von gewissen Positionen kommuniziert worden sei. Die Vorinstanz habe trotz entsprechenden Ersuchens nur diejenigen Verfahrensakten zur Einsicht überlassen, die sie als relevant erachtet habe. Diese Verletzung des rechtlichen Gehörs führe zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

E. 2.3

Die Vorinstanz erklärt, die Beschwerdeführerin habe vollumfängliche Einsicht in sämtliche Unterlagen, die Grundlage des Verfahrens gebildet hätten, erhalten; alle Verfahrens- und Konkursakten seien ihr zugestellt worden. Insbesondere habe sie sich zur Einschätzung der finanziellen Situation durch die Konkursliquidatorin äussern können. Die Vorinstanz stelle eine ordnungsgemässe und unabhängige Mandatserfüllung ihrer Beauftragten sicher. Die Korrespondenz zwischen ihr und der Konkursliquidatorin betreffe das Rechtsverhältnis zwischen diesen, sei nicht Bestandteil der Verfahrensakten und damit auch nicht Gegenstand des Akteneinsichtsrechts der Parteien. Die Beschwerdeführerin habe nicht

begründet aufgezeigt, inwiefern die Erhebungen der Konkursliquidatorin und die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz unvollständig wären und inwiefern die zur Einsicht beantragten Unterlagen einer weitergehenden Ermittlung und Beurteilung des begrenzten Verfahrensgegenstands dienen. Entsprechend behauptete sie auch nicht, die Vorinstanz habe sich in ihrer Verfügung auf andere als die der Beschwerdeführerin bekannten Akten gestützt.

E. 2.4

Der Akteneinsicht unterliegen Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke sowie Niederschriften eröffneter Verfügungen (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche Akten eines Verfahrens, die für dieses erstellt oder beigezogen wurden (BGE 144 II 427 E. 3.1.1). Dabei handelt es sich um Aktenstücke und Unterlagen, die zur jeweiligen Sache gehören. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich nur auf die jeweilige Sache und nicht darüber hinaus (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.3; Urteile des BGer 8C_292/2012 vom 19. Juli 2012 E. 5.1-5.4 und 2C_63/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 3.2.3) und erfasst sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden, auch wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag (BGE 132 V 387 E. 3.2). Ausgenommen sind praxismässig rein interne Akten, die ausschliesslich für die interne Meinungsbildung bestimmt sind und denen kein Beweischarakter zukommt (BGE 125 II 473 E. 4a), doch kommt es dabei nicht auf die Klassierung als "verwaltungsintern" an, sondern vielmehr auf die objektive Bedeutung der Akte für den verfügungswesentlichen Sachverhalt (Urteil des BGer 1C_159/2014 vom 10. Oktober 2014 E. 4.3). Für den Betroffenen ist es indes zuweilen kaum möglich, aufzuzeigen, dass gewisse Akten für das Verfahren bedeutsam sind, ohne diese bereits selber gesehen zu haben. In solchen Fällen muss es für das Akteneinsichtsrecht daher genügen, wenn der Betroffene konkrete Anhaltspunkte aufzuzeigen vermag, dass dies in seinem Fall zutreffen könnte (BVGE 2015/47 E. 5.2).

E. 2.5

Der Anspruch auf Akteneinsicht setzt auf Seiten der Behörden eine Aktenführung voraus und gilt gleichermassen als Vorbedingung für die Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (BGE 142 I 86 E. 2.2; BGE 132 V 387 E. 3.1). Der Anspruch auf eine geordnete und übersichtliche Aktenführung verpflichtet die Behörden, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen (BGE 138 V 218 E. 8.1.2). Die Behörden haben alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann (BGE 130 II 473 E. 4.1).

E. 2.6

Der Grundsatz der Akteneinsicht lässt Ausnahmen zu. Die Verweigerung ist allein aus überwiegenden öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen zulässig (Art. 27 Abs. 1 Bst. a-c VwVG) und die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nur auf diejenigen Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Art. 27 Abs. 2 VwVG). Das Einsichtsrecht darf nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für die Verfügung nicht erheblich, weil die Beurteilung der Erheblichkeit bzw. Relevanz der Akten der Partei überlassen werden muss (BGE 132 V 387 E. 3.2; Urteil des BGer 1C_560/2008 vom 6. April 2009 E. 2.2).

E. 2.7

Bei der Akteneinsicht ist zwischen der gegenwärtigen Prüfung, ob dem fraglichen Aktenstück im aktuellen Verfahren Beweischarakter zuzuschreiben ist oder nicht, und der nachträglichen Prüfung - etwa im Beschwerdeverfahren - ob die Behörde durch Nichtvorlegung des fraglichen Aktenstücks eine Gehörsverweigerung begangen hat, zu unterscheiden. Steht eine nachträgliche Prüfung zur Diskussion und stellt die Behörde fest, dass das fragliche Aktenstück im vorinstanzlichen Verfahren objektiv nicht als Entscheidungsgrundlage in Frage kam, kann eine Gehörsverletzung verneint werden (Urteil des BGer 1C_560/2008 vom 6. April 2009 E. 2.2).

E. 2.8

Im Bankenkonzurs ernennt die FINMA einen oder mehrere Konkursliquidatoren. Diese unterstehen der Aufsicht der FINMA und erstatten ihr auf Verlangen Bericht (Art. 33 Abs. 2 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 [BankG, SR 952.0]). Die Konkursliquidatoren sind Beauftragte der FINMA (vgl. Art. 14 Abs. 4 FINMAG sowie Art. 14 der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA vom 30. August 2012 [BIV-FINMA, SR 952.05]; Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG] vom 1. Februar 2006, BBl 2006, 2829, 2870 f.). Zwischen ihnen und der FINMA besteht ein öffentlich-rechtlicher bzw. verwaltungsrechtlicher Vertrag (Harald Bärtschi, in: Rolf Watter/Rashid Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2019 [nachfolgend: BSK FINMAG], Art. 19 N 34; vgl. Thomas Bauer/Olivier Hari/Vincent Jeanneret, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 33 N 23). Die Konkursliquidatoren sind für die Abwicklung des Konkursverfahrens verantwortlich. Ihre Tätigkeit besteht insbesondere in der Sicherung und Verwertung der Aktiven sowie der Prüfung der Forderungen der Gläubiger. Sie nehmen notwendige Geschäftsführungsaufgaben wahr, vertreten die Konkursmasse vor Gericht und anderen Behörden und nehmen die Erhebung und Auszahlung der gesicherten Einlagen vor (Art. 13 BIV-FINMA).

E. 2.9

In der von der Beschwerdeführerin zitierten Einschätzung zur finanziellen Situation per 20. Februar 2020 führt die Konkursliquidatorin aus, dass die Vorinstanz sie gebeten habe mitzuteilen, ob für die Beschwerdeführerin a) eine begründete Besorgnis einer Überschuldung bestehe, b) ernsthafte Liquiditätsprobleme bestünden oder c) keines von beidem zutrefte. Diese Korrespondenz beschlägt das Rechtsverhältnis zwischen der FINMA und einer von ihr Beauftragten, der Konkursliquidatorin (vgl. E. 2.8), gilt insofern als verwaltungsintern (vgl. E. 2.4) und unterliegt damit grundsätzlich nicht dem Akteneinsichtsrecht der Parteien, zumal sich die Beschwerdeführerin zur Einschätzung der Konkursliquidatorin - die Entscheidungsgrundlage für die Vorinstanz bildete - äussern konnte. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin über die Verfahrensakten und die Konkursakten verfügt.

E. 3.1

Als Rechtsfolge einer bewilligungslos ausgeübten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen sieht das Gesetz (Art. 37 Abs. 2 und 3 FINMAG i.V.m. Art. 23quinquies Abs. 1 BankG) zwingend die Liquidation vor (Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1). Die aufsichtsrechtliche Liquidation erfolgt grundsätzlich nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln (vgl. Art. 739 ff. OR; BGE 131 II 306 E. 4.1.3).

Erweist sich die Gesellschaft als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, kann die FINMA nach Art. 33 BankG die Konkursliquidation anordnen (Art. 37 Abs. 2 und 3 FINMAG; Art. 25 ff., Art. 33 ff. BankG); das allgemeine Schuldbetriebs- und Konkursrecht kommt in diesem Fall bloss in entsprechend modifiziertem Umfang zur Anwendung. Die Sanierungsfähigkeit (Art. 28 ff. BankG) des unbewilligt tätigen Finanzintermediärs braucht in der Regel nicht mehr gesondert geprüft zu werden; mit der nachträglichen Bewilligungsverweigerung und der Anordnung der Liquidation steht fest, dass eine Fortführung als bewilligter Betrieb ausgeschlossen ist (Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.2).

E. 3.2

Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (BGE 131 II 306 E. 4.3.1), d.h. wenn die Aktiven nicht mehr das gesamte Fremdkapital decken, wobei im Rahmen der Finanzmarktaufsicht der Nachweis einer formellen Überschuldung nicht erforderlich ist. Das Vorliegen vernünftiger, nachvollziehbarer Umstände, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen, genügt hierfür (Urteile des BGer 2C_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 3.5.1 und 2C_858/2017 vom 15. März 2018 E. 3.3 m.H.). Von ernsthaften Liquiditätsproblemen ist auszugehen, wenn das unbewilligte Institut nicht mehr in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, bzw. die bestehende Liquidität die fällig gewordenen oder in Kürze fällig werdenden Forderungen nicht mehr deckt (Urteil des BGer 2C_858/2017 vom 15. März 2018 E. 3.3 m.H.). Das Bundesgericht erachtet es als zulässig, im Interesse der Gläubiger die Aktiven und die Forderungen der potenziellen Gemeinschuldnerin vorsichtig zu bewerten, doch müssen die entsprechenden Einschätzungen jeweils nachvollziehbar begründet werden (Urteil des BGer 2C_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Wann der kritische Punkt zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung oder ernsthafter Liquiditätsprobleme erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen, weshalb der FINMA als Fachbehörde diesbezüglich ein nicht unerheblicher (technischer) Ermessensspielraum zukommt. Dieser Ermessensspielraum geht jedoch mit erhöhten Anforderungen an die Begründungspflicht einher: Die FINMA muss ihren Entscheid im Einzelfall rechtsgenügend begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG); die bloss abstrakte Vermutung einer Überschuldung genügt nicht (Urteil des BGer 2C_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 3.3).

E. 4.1

Die Vorinstanz erwägt, dass Forderungen von rund CHF 3.179 Mio. Aktiven von rund CHF 2.795 Mio. (davon liquide Mittel von CHF 192'571.43 und Depotwerte von CHF 2'603'158.86) gegenüberstünden, woraus eine Unterdeckung von CHF 384'047.15 resultiere. Es bestehe daher die begründete Besorgnis einer Überschuldung, weshalb die Fortführung der Liquidation auf dem Weg des Konkurses zu erfolgen habe. Selbst eine Reduktion der Passiven im Umfang der Forderung von B._____ und/oder der anteiligen Verfahrenskosten im Umfang von CHF 30'000.- bewirkten keine wesentliche Veränderung der finanziellen Situation. Im Interesse der Gläubiger sei es zulässig, die Aktiven und die Forderungen der potentiellen Gemeinschuldnerin vorsichtig zu bewerten, falls Zweifel daran bestünden, dass die berechtigten Forderungen gesamthaft beglichen werden könnten.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei zutreffender Sachverhaltsermittlung sei sie nicht überschuldet, weshalb die Voraussetzungen für eine Konkursliquidation nicht erfüllt seien. Die Vorinstanz habe die Aktiven zu tief und die Passiven zu hoch bewertet. Die Ansprüche gegen die R. _____ AG seien werthaltig und durchsetzbar. Gleiches gelte für die Ansprüche aus Darlehen gegenüber der S. _____ AG und der T. _____ AG. Die Forderung von B. _____ bestehe nicht gegenüber der Beschwerdeführerin, sondern gegenüber der X. _____ AG in Liquidation. Die Forderung der Vorinstanz sei sodann als Solidarschuld auf sämtliche Schuldner aufzuteilen.

E. 4.3

Vernehmlassungsweise führt die Vorinstanz aus, die finanzielle Situation habe sich seit Erlass der angefochtenen Verfügung verändert. Die Depotwerte hätten zulegen können, jedoch seien auch weitere Forderungen angemeldet worden. Momentan würden den Forderungsanmeldungen von CHF 5'210'829.- bzw. CHF 3'265'387.- (wenn man die Forderung von A. _____, dem ehemaligen Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und der X. _____ AG in Liquidation, unberücksichtigt lasse) Aktiven von maximal CHF 2'882'294.07 gegenüberstehen. Es resultiere eine Unterdeckung von CHF 383'092.93. Zur unterschiedlichen Angabe der Höhe der Forderungsanmeldungen erklärt die Vorinstanz, dass die Forderung der X. _____ AG in Liquidation über CHF 2'145'313.- und diejenige von A. _____ über CHF 1'945'442.- inhaltlich deckungsgleich seien. Während A. _____ im Konkursverfahren der Beschwerdeführerin aber geltend mache, dass nur die von ihm angemeldete niedrigere Forderung zu berücksichtigen sei, stelle er sich im Konkursverfahren der X. _____ AG in Liquidation auf den Standpunkt, dass diese eine werthaltige Forderung gegenüber der Beschwerdeführerin von CHF 2'145'313.- habe. Nach wie vor bewirkten eine Reduktion der Passiven im Umfang der Forderung von B. _____ und der anteiligen Verfahrenskosten keine wesentliche Veränderung der finanziellen Lage der Beschwerdeführerin. Die begründete Besorgnis einer Überschuldung sei gegeben, weshalb die Liquidation auf dem Weg des Konkurses rechtmässig sei.

E. 4.4.1

Die Beschwerdeführerin verfügt über zwei Versicherungspolice bei der R. _____ AG, (Angaben zum Sitz). Sie macht geltend, deren Rückkaufswert müsse als Aktivum berücksichtigt werden. Mangels aktueller Angaben sei auf den Rückkaufswert per 28. Februar 2018 abzustellen, umgerechnet CHF 95'000.-. Die Policen würden lediglich pro memoria im Inventar aufgeführt, da der Rückkaufswert nach Auffassung der Konkursliquidatorin vom Kurswert im Zeitpunkt der Kündigung abhängen und somit grösseren Schwankungen unterliege. Die Konkursliquidatorin habe aber keinen aktuellen Rückkaufswert eingeholt. Inwiefern ein allfälliges Strafverfahren für die Werthaltigkeit und Einbringlichkeit der Forderungen von Relevanz sein soll, sei nicht ersichtlich. Die Versicherungsgesellschaft gehöre zu einem der grössten Versicherungskonzerne Europas. Es müsste schon dargetan sein, dass sämtliche Vermögenswerte der fraglichen Versicherung ohne Aussicht auf Freigabe beschlagnahmt oder eingezogen worden seien und die Forderungen aufgrund mangelnder liquider Mittel mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dauerhaft nicht beglichen werden könnten.

E. 4.4.2

Die Vorinstanz führt aus, sie habe vorsichtig bewertet, da in (Angaben zum Ort) verschiedene Strafverfahren hängig seien und daher Zweifel an der Einbringlichkeit der Forderungen bestünden. Es handle sich in beiden Fällen um eine fondsgebundene Rentenversicherung. Investiert worden sei in den X. _____ Strategy Selection Fonds, der von einer Gesellschaft verwaltet worden sei, bei der A. _____ als Verwaltungsrat und Geschäftsführer tätig gewesen sei. Im Januar 2020 sei ein gerichtliches Verfügungsverbot über den Fonds verhängt worden. Der Fonds nehme keine Anteile zurück, womit der Rückkaufswert bei null anzusetzen sei. Die Versicherung habe die Anfrage der Konkursliquidatorin zum Rückkaufswert bislang nicht beantwortet. Damit bestünden durchaus Zweifel, ob die Forderungen einbringlich seien.

E. 4.4.3

Aus den Akten ergibt sich, dass das (Angaben zum Ort) Landgericht im Januar 2020 ein Verfügungsverbot über das Vermögen des fraglichen Fonds erlassen hat. Die Versicherung hat am 19. Februar 2020 darüber informiert, dass kein Anteilsgeschäft, insbesondere keine Rücknahmen mehr möglich seien, und dass die Verwaltungsgesellschaft am 30. Januar 2020 beschlossen habe, den Anteilshandel für den Fonds einzustellen. Bei Kündigung bzw. Rückkauf der Police werde "der in Sistierung befindliche Fonds mit Null angesetzt". Ferner führt die Versicherung aus, dass sie zur Wahrung der Interessen der Kunden gezwungen sei, künftige Prämien mit Wirkung ab dem 1. Februar 2020 in einen anderen Fonds zu investieren. Weiter geht aus den Akten hervor, dass die Konkursliquidatorin entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin versucht hat, einen aktuellen Rückkaufswert einzuholen, von der Versicherung aber nur unzureichende Antworten erhielt. Ein aktueller Rückkaufswert konnte somit nicht ermittelt werden und der Anspruch wurde dementsprechend nur pro memoria aufgenommen - was nicht zu beanstanden ist - zumal dessen Wert aus mehreren Gründen fraglich ist: Die einschlägigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen regeln in § 1 die Besonderheiten der fondsgebundenen Rentenversicherung und sehen unter Ziff. 4 vor: "Vor Rentenbeginn ergibt sich der Wert des Deckungskapitals (Fondsguthaben) Ihrer Versicherung aus der Zahl der Ihrer Versicherung zugeordneten Fondsanteile (Fondsguthaben). Den Wert des Fondsguthabens Ihrer Versicherung ermitteln wir dadurch, dass [...] die Zahl der Ihrer Versicherung zugeordneten Fondsanteile mit dem entsprechenden Rücknahmepreis am jeweiligen Stichtag multipliziert wird." Der Handel mit den Fondsanteilen wurde jedoch eingestellt, weshalb die Ermittlung des Rücknahmepreises unmöglich ist. Ein Rückkaufswert lässt sich noch aus einem anderen Grund nicht einsetzen. Die Versicherungsbedingungen regeln unter § 9 ("Wann können Sie Ihre Versicherung kündigen oder beitragsfrei stellen?") die Kündigung (Ziff. 1-2), die Auszahlung des Rückkaufswerts bei Kündigung (Ziff. 3-6) und die Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung anstelle einer Kündigung (Ziff. 7-12). Die Auszahlung des Rückkaufswerts bei Kündigung wird in Ziff. 3 ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt, dass ein Rückkaufswert bereits entstanden ist: "Nach Kündigung erhalten Sie - soweit bereits entstanden - den Rückkaufswert. Der Rückkaufswert entspricht [...] dem Deckungskapital". Für fondsgebundene Versicherungen wird aber präzisiert in Ziff. 6: "Bei der fondsgebundenen Versicherung können wir die Höhe der Rückkaufswerte nicht garantieren, da die Entwicklung des Fondsguthabens nicht vorauszusehen ist. Der garantierte Rückkaufswert beträgt während der gesamten Versicherungsdauer 0.00 (Null) ." Wenn der Rückkaufswert aber während der Gesamtdauer Null ist, ist er nicht entstanden und es greift der Vorbehalt von Ziff. 3. Mit anderen Worten: Die Auszahlung eines Rückkaufswerts bei Kündigung fondsgebundener Versicherungen ist ausgeschlossen. Daher

verwundert es auch nicht, dass die Anfrage der Konkursliquidatorin bei der Versicherung ergebnislos verlaufen ist. Die Vorinstanz durfte annehmen, dass allfällige Forderungen aus den Versicherungspolicen gefährdet sind.

E. 4.5.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, zwei Forderungen aus Darlehen gegenüber der S._____AG (inzwischen umfirmiert in [Angaben zur Firma]) seien werthaltig, durchsetzbar und daher im Umfang von CHF 175'943.15 zzgl. 5 % Verzugszins seit dem 6. Januar 2020 zu aktivieren. Deren Bestand sei von A._____ in der Schuldnervereinbarung am 5. März 2018 gegenüber der Vorinstanz sowie von einem ehemaligen Verwaltungsratsmitglied der Darlehensnehmerin mit Schreiben vom 9. April 2018 an die Konkursliquidatorin im Umfang von CHF 168'375.- bestätigt worden. Aus der Korrespondenz mit der Staatsanwaltschaft gehe hervor, dass die erforderlichen Mittel vorhanden und gesichert seien. Die Vorinstanz habe den aktuellen Stand der Verhandlungen mit der Staatsanwaltschaft nicht abgeklärt, weshalb die Sachverhaltsfeststellung unvollständig sei. Auch habe sie weder den Verfahrensgegenstand des Strafverfahrens noch den zu erwartenden Verfahrensausgang oder die Kostenrisiken dargelegt.

E. 4.5.2

Die Vorinstanz erklärt, die Forderung sei zurückhaltend zu bewerten, da die Darlehensnehmerin in eine Strafuntersuchung verwickelt, deren Vermögenswerte beschlagnahmt und bislang nicht zur Zahlung an die Beschwerdeführerin freigegeben worden seien. Inzwischen bestreite die Darlehensnehmerin die Forderung inhaltlich und betragsmässig, wobei sie geltend mache, dass diese per 31. Dezember 2020 nur noch CHF 56'790.44 betrage. Zudem stelle sie die Zulässigkeit der Kündigung in Abrede und beharre auf der ordentlichen Erfüllung der Verträge. Eine vorsichtige Bewertung und damit die Aufnahme im Inventar pro memoria sei daher gerechtfertigt.

E. 4.5.3

Aus den Akten geht hervor, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Darlehensnehmerin ein Darlehensvertrag vom 29. März 2010 besteht (die Konkursliquidatorin bezieht sich im Inventar irrtümlicherweise auf die Darlehensverträge zwischen der Beschwerdeführerin und der T._____AG). Allerdings ist die bisherige Amortisation und damit der aktuelle Saldo unklar. Die Darlehensnehmerin bestätigt mit Schreiben vom 9. April 2018 an die Konkursliquidatorin einen aktuellen Darlehenssaldo von CHF 168'375.-. Mit Schreiben vom 2. Juli 2018 stellte die Konkursliquidatorin fest, dass sich die Darlehensnehmerin mit der Zinszahlung in Verzug befinde und forderte die fällige Rate zzgl. Verzugszins ein, die am 4. Juli 2018 einging. Im Inventar vom 20. Februar 2020 notiert die Konkursliquidatorin, dass ein Betrag von CHF 175'943.15 zzgl. 5 % Verzugszins seit dem 6. Januar 2020 offen sei. Der Rechtsvertreter der Darlehensnehmerin erklärt in einem Schreiben an die Staatsanwaltschaft vom 9. September 2020, der ausstehende Betrag belaufe sich per 31. Dezember 2020 auf CHF 56'790.44 zzgl. aller Zinsen. Die Konkursliquidatorin nahm dazu mit Schreiben vom 19. November 2020 Stellung und veranschlagte den ausstehenden Betrag mit CHF 168'374.64 zzgl. Verzugszinsen. Weiter ergibt sich aus den Akten, dass die Bankkonten der Darlehensnehmerin im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gegen A._____ wegen "mehrfacher Veruntreuung etc." gesperrt wurden. Der zuständige Staatsanwalt hat eine

Freigabe von Mitteln zur Begleichung der Verbindlichkeiten gegenüber der Beschwerdeführerin im Januar 2020 zwar in Betracht gezogen und stand mit dem Rechtsvertreter der Darlehensnehmerin sowie der Konkursliquidatorin diesbezüglich in Kontakt. Die Kontosperrung wurde jedoch bislang nicht aufgehoben. Stattdessen fand der oben beschriebene Austausch über den Darlehenssaldo statt. Das Darlehen wurde durch die Konkursliquidatorin bereits am 21. März 2018 gekündigt. Die Darlehensnehmerin bestritt bereits im Schreiben vom 9. April 2018 an die Konkursliquidatorin ein vertragliches Kündigungsrecht und das Vorliegen von Gründen für eine ausserordentliche Kündigung. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2020 an die Konkursliquidatorin hält die Darlehensnehmerin an diesem Standpunkt fest und führt aus, dass die Probleme der Beschwerdeführerin nicht herangezogen werden dürften, um den Vertrag über eine Laufzeit bis zum 30. März 2030 nicht einzuhalten. Die ausgesprochene Kündigung werde als nicht rechtswirksam erachtet und der letzten Aufforderung zur vorzeitigen Rückzahlung deshalb nicht entsprochen. Aufgrund dieser Aktenlage ist nicht zu beanstanden, wenn die Forderung für Beurteilung der finanziellen Lage der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Modalitäten ihrer Liquidation lediglich pro memoria unter den Aktiven berücksichtigt wird, da deren Einbringlichkeit tatsächlich fraglich erscheint.

E. 4.6.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die T. _____ AG schulde ihr CHF 325'054.80 zzgl. 5 % Zins seit dem 6. Januar 2020 aus Darlehen. A. _____ habe in der Schuldnervereinbarung vom 5. März 2018 gegenüber der Vorinstanz deren Bestand bestätigt. Die T. _____ AG habe mit Schreiben vom 4. Juli 2018 an die Konkursliquidatorin eine ausstehende Gesamtschuld von CHF 337'239.86 bestätigt. Ein hängiges Verfahren sei kein Grund, die Forderung als nicht werthaltig einzustufen. Die Beschlagnahme führe zur Sicherung der Forderung. Aufgrund der Anerkennung der Forderung und der Sicherung der Vermögenswerte der Schuldnerin sei die Forderung werthaltig, durchsetzbar und daher im Nominalbetrag zu aktivieren.

E. 4.6.2

Die Vorinstanz führt aus, die Forderung sei zurückhaltend bewertet worden, weil die Darlehensnehmerin in eine Strafuntersuchung verwickelt sei, deren Vermögenswerte beschlagnahmt und bislang nicht zur Zahlung an die Beschwerdeführerin freigegeben worden seien. Die Beschlagnahme in Form der Kontosperrung komme in erster Linie einer Verfügungssperre gleich. Diese habe zwar insofern sichernde Wirkung, als Vermögenswerte nicht unkontrolliert abfliessen könnten. Eine strafprozessuale Beschlagnahme könne aber verschiedenen Zwecken dienen, u.a. der Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen, der Rückgabe an Geschädigte oder der Einziehung. Je nach Zweck gehe die Vermögensbeschlagnahme den Zwangsvollstreckungsmitteln des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts vor. Ob und in welchem Umfang die beschlagnahmten Vermögenswerte an die Beschwerdeführerin gingen, sei daher ungewiss, weshalb die vorsichtige Erfassung pro memoria sachgemäss sei. Hinzu komme, dass die Darlehensnehmerin die Zulässigkeit der Kündigung in Abrede stelle und auf der ordentlichen Erfüllung der Verträge beharre.

E. 4.6.3

Zwischen der Beschwerdeführerin und der Darlehensnehmerin sind zwei Darlehensverträge am 13. April 2011 über CHF 315'000.- und am 30. April 2012 über CHF 120'000.- mit einer

Laufzeit von 20 bzw. 15 Jahren geschlossen worden. Die Konkursliquidatorin hat die Verträge am 21. März 2018 gekündigt und die Rückerstattung eingefordert. Mit Schreiben vom 10. April 2018 bezifferte die Darlehensnehmerin den Ausstand mit CHF 332'578.45, bestritt jedoch eine rechtswirksame Kündigung und beharrte auf der ordentlichen Erfüllung der Verträge, da die Konkursöffnung über den Darleiher nach Auszahlung des Darlehens den Vertrag nicht tangiere. Mit Schreiben vom 2. Juli 2018 setzte die Konkursliquidatorin die Darlehensnehmerin bezüglich der Amortisation und der Zinszahlungen in Verzug. Mit Schreiben vom 4. Juli 2018 bezifferte die Darlehensnehmerin die Restschuld mit per 30. April 2018 mit CHF 320'000.-, woraufhin sie einen Betrag von rund CHF 17'200.- bezahlte. Die Konkursliquidatorin geht im Schreiben an den Staatsanwalt vom 3. Januar 2020 von einer Restschuld von CHF 325'054.80 einschliesslich aller Zinsen aus. Sie kündigte die Verträge am 6. Januar 2020 wegen Verzugs. Die Konti der Darlehensnehmerin sind im Zusammenhang mit dem oben bereits erwähnten Strafverfahren gesperrt worden (vgl. E. 4.5.3). Dass eine Freigabe von Mitteln für die Begleichung der Darlehensschuld gegenüber der Beschwerdeführerin in Betracht gezogen worden wäre, ist nicht aktenkundig. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, kann die Beschlagnahme verschiedenen Zwecken dienen (vgl. Art. 263 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]). Insbesondere kann sie auch angeordnet werden, wenn die Vermögenswerte voraussichtlich den Geschädigten zurückzugeben sind (Art. 263 Abs. 1 Bst. c StPO). Der Entscheid über die beschlagnahmten Vermögenswerte erfolgt nach Art. 267 StPO. Zu berücksichtigen ist, dass die strafprozessuale Beschlagnahme dem Konkurs grundsätzlich vorgeht (vgl. Art. 44 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 [SchKG, SR 281.1]; Stefan Heimgartner, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 263 N 28; a.M. mit Bezug auf die Vermögensbeschlagnahme nach Art. 263 Abs. 1 Bst. c und d StPO Felix Bodmer/Peter Goldschmid, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 263 N 56 f.). Da derzeit nicht absehbar ist, ob und wann die beschlagnahmten Vermögenswerte der Darlehensnehmerin freigegeben werden und ob sie dann der Beschwerdeführerin zukommen, rechtfertigt sich die von der Vorinstanz vorgenommene vorsichtige Bewertung im Sinne einer Aufnahme unter den Aktiven pro memoria.

E. 4.7.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Forderung von B._____ bestehe gegenüber der X._____AG in Liquidation, was sich aus der Anlagebestätigung ergebe. A._____ habe der Gläubigerin am 26. Januar 2018 mitgeteilt, dass die für sie zur Auszahlung bestimmten Gelder zwar auf dem Konto der Beschwerdeführerin vorhanden seien. Er habe jedoch klargestellt, dass keine direkte Verbindung zwischen der Beschwerdeführerin und der X._____AG in Liquidation bestehe. Eine solche sei lediglich vom Untersuchungsbeauftragten herzustellen versucht worden, weil die Beschwerdeführerin Verpflichtungen der X._____AG in Liquidation erfüllt habe. Die Forderung sei denn auch bei der X._____AG in Liquidation in den Forderungsanmeldungen aufgeführt und damit für die Beurteilung der finanziellen Lage der Beschwerdeführerin unbeachtlich.

E. 4.7.2

Die Vorinstanz erklärt, die Gläubigerin habe aufgrund der missverständlichen Kommunikation von A._____ ihre Forderung in der Höhe von umgerechnet CHF

81'942.- (Stand: 20. November 2020) sowohl im Konkurs der Beschwerdeführerin als auch im Konkurs der X. _____ AG in Liquidation angemeldet. Eine Forderung der Gläubigerin von EUR 200'000.- sei aber bereits in der Bilanz 2016 der Beschwerdeführerin geführt. Selbst eine Reduktion der Passiven um diese Forderung habe keine wesentliche Verbesserung der finanziellen Lage der Beschwerdeführerin zur Folge.

E. 4.7.3

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sie Schuldnerin der fraglichen Forderung sei und belegt dies mit einer "Anlagebestätigung" der X. _____ AG vom 29. Juli 2010 über die Anlagesumme von EUR 200'000.- lautend auf die Gläubigerin. Dies ist jedoch insofern unerheblich, als die Forderung von der Gläubigerin im Konkurs der Beschwerdeführerin angemeldet worden und die Schuld zumindest in deren Bilanz 2016 ausgewiesen ist. Die Frage, ob die Forderung tatsächlich gegenüber der Beschwerdeführerin besteht, wird im Konkursverfahren zu klären sein. Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin prüft die angemeldeten und die von Gesetzes wegen zu berücksichtigenden Forderungen (Art. 26 Abs. 1 BIV-FINMA). Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin entscheidet, ob, in welcher Höhe und in welchem Rang Forderungen anerkannt werden, und erstellt den Kollokationsplan (Art. 27 Abs. 2 BIV-FINMA). Die Gläubiger und Gläubigerinnen können den Kollokationsplan im Rahmen von Art. 5 während mindestens 20 Tagen einsehen (Art. 29 Abs. 1 BIV-FINMA). Der Konkursliquidator teilt jedem Gläubiger und jeder Gläubigerin, dessen oder deren Forderung nicht wie angemeldet oder wie aus den Büchern der Bank oder dem Grundbuch ersichtlich kolloziert wurde, die Gründe für die vollständige oder teilweise Abweisung der Forderung mit (Art. 29 Abs. 4 BIV-FINMA). Kollokationsklagen richten sich nach Art. 250 SchKG (Art. 30 Abs. 1 BIV-FINMA). Will ein Gläubiger die Zulassung eines anderen Gläubigers oder dessen Rang bestreiten, so muss er die Klage gegen den Gläubiger richten (Art. 250 Abs. 2 SchKG). Für die Frage der Überschuldung der Beschwerdeführerin ist die Schuld jedenfalls zu beachten. Im Übrigen wird deren Bestand im Zusammenhang mit der Liquidation der von der Unterstellungsverfügung vom 15. Februar 2018 betroffenen Gesellschaften von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach beide Gesellschaften nichts miteinander zu tun hätten, die Forderung gegenüber der X. _____ AG in Liquidation bestehe, das Geld aber dennoch von der Beschwerdeführerin komme, ist widersprüchlich. Schliesslich ist davon auszugehen, dass, selbst wenn man diese Schuld nicht berücksichtigen wollte, bei der Beschwerdeführerin die begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand und besteht (vgl. E. 4.9).

E. 4.8.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Forderung der Vorinstanz von Untersuchungskosten (recte: Verfahrenskosten) über CHF 45'000.- sei eine Solidarschuld zwischen A. _____, der X. _____ AG in Liquidation und der Beschwerdeführerin. Der Betrag sei somit auf die drei Schuldner aufzuteilen und bei der Beschwerdeführerin lediglich im Umfang von CHF 15'000.- unter den Passiven zu berücksichtigen. Alternativ seien auf der Aktivseite Forderungen gegen A. _____ und die X. _____ AG in Liquidation von insgesamt CHF 30'000.- aufzunehmen. Gegenüber der X. _____ AG in Liquidation könne die Forderung der Beschwerdeführerin mit deren Forderung von CHF 2'145'313.- verrechnet werden.

E. 4.8.2

Die Vorinstanz führt aus, die Verfahrenskosten seien zwar solidarisch zu tragen, könnten aber aufgrund der finanziellen Lage der X. _____AG in Liquidation im Hinblick auf eine vorsichtige Bewertung zumindest nicht ihr gegenüber in vollem Umfang zurückgefordert bzw. aktiviert werden. Bei der X. _____AG in Liquidation bestehe ebenfalls die begründete Besorgnis einer Überschuldung mit einer Unterdeckung im sechsstelligen Bereich, womit eine Rückforderung in vollem Umfang unrealistisch sei. Darüber hinaus bestünden auch erhebliche Zweifel, dass eine Rückforderung gegenüber A. _____ einträglich wäre. Die Beschwerdeführerin habe ausgeführt, dass dieser nur über bescheidene Einkünfte verfüge. Unabhängig von einer allfälligen Aufteilung der Verfahrenskosten auf alle Solidarschuldner bestehe aber ohnehin die begründete Besorgnis einer Überschuldung.

E. 4.8.3

Die Vorinstanz kann die Verfahrenskosten solidarisch auferlegen (Art. 6 der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 [FINMA-GebV, SR 956.122] i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV, SR 172.041.1]). Mehrere Schuldner haften gemeinsam, wobei der Gläubiger gegen jeden Einzelnen die Erfüllung der gesamten Schuld verlangen kann. Daher ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz diese Schuld im gesamten Umfang berücksichtigt.

E. 4.9

Weitere Bilanzpositionen werden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten oder zusätzlich zu den vorinstanzlichen Erhebungen geltend gemacht. Insbesondere äussert sie sich nicht zu den Forderungen der X. _____AG in Liquidation und von A. _____ und damit auch nicht dazu, inwieweit diese vorliegend zu berücksichtigen seien. Selbst wenn man die Forderung von A. _____ wegen weitgehender inhaltlicher Deckungsgleichheit aufgrund gleichen Lebenssachverhalts mit der Forderung von der X. _____AG in Liquidation, wie die Konkursliquidatorin in ihrer Einschätzung vom 20. Februar 2020 darlegt, ausklammern wollte, bestand im Zeitpunkt der Konkursöffnung und besteht nach wie vor eine Unterdeckung, weshalb die Vorinstanz von der begründeten Besorgnis einer Überschuldung ausgehen durfte und die Konkursöffnung sich als rechtmässig erweist. Dies gilt auch dann, wenn die Forderung von B. _____ unberücksichtigt bliebe oder die Verfahrenskosten lediglich anteilig berücksichtigt würden (zu den konkreten Beträgen vgl. E. 4.1 und 4.3).

E. 5

Die angefochtene Verfügung ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 6

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG und 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), wobei sich dieser vorliegend nicht konkret beziffern lässt, und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 5'000.- 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.