

# **BVGer B-4285/2020 vom 8. März 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-03-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4285\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4285_2020)

FR: TAF B-4285/2020 du 8 mars 2021

IT: TAF B-4285/2020 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 22. Dezember 2016 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 Konkursöffnung 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 Gemeinschuldnerin. 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 Schuldbetreibungs- 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 CHF 4'227'607.22 Aktiven von CHF 2'219'730.59 (davon liquide Mittel von CHF 74'730.59 und weitere Aktiven inkl. der Forderung gegenüber Y.\_\_\_\_\_AG in Liquidation von CHF 2'145'000.-) gegenüberstünden, woraus eine Unterdeckung von CHF 2'007'876.63 resultiere. Es bestehe daher die begründete Besorgnis einer Überschuldung, weshalb die Fortführung der Liquidation auf dem Weg des Konkurses zu erfolgen habe.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei zutreffender Sachverhaltsermittlung sei sie weder überschuldet noch bestünden ernsthafte Liquiditätsprobleme, weshalb die Voraussetzungen für eine Konkursliquidation nicht erfüllt seien. Die Vorinstanz habe die Aktiven zu tief und die Passiven zu hoch bewertet. Die lediglich pro memoria aufgenommenen

Verantwortlichkeitsansprüche seien werthaltig und durchsetzbar und im Betrag der Unterdeckung als Aktivum zu berücksichtigen. Die Forderungsanmeldungen von (ehemaligen) Kunden seien überhöht und zu reduzieren. Es liege auch keine Zahlungsunfähigkeit vor.

#### **E. 4.3**

Vernehmlassungsweise führt die Vorinstanz aus, die finanzielle Lage habe sich seit Erlass der angefochtenen Verfügung weiter verschlechtert. Damals sei von einer Unterdeckung von rund CHF 2 Mio. auszugehen gewesen. Seither hätten zusätzliche Gläubiger Forderungen angemeldet. Zurzeit lägen Forderungsanmeldungen von CHF 5'949'967.- vor, denen Aktiven von CHF 2'222'591.58 (davon liquide Mittel von CHF 77'591.58 und weitere Aktiven inkl. der Forderung gegenüber der Y.\_\_\_\_\_AG in Liquidation von CHF 2'145'000.-) gegenüberstünden. Es resultiere eine Unterdeckung von CHF 3'727'375.42. Unabhängig von der Werthaltigkeit der Forderung gegenüber der Y.\_\_\_\_\_AG in Liquidation sei von mindestens mehr als doppelt so viel Fremdkapital wie Aktiven auszugehen. Die begründete Besorgnis einer Überschuldung sei ohne weiteres gegeben, weshalb die Liquidation auf dem Weg des Konkurses rechtmässig sei.

#### **E. 4.4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber allen mit der Gründung, Verwaltung und Geschäftsführung oder Revision betrauten Personen insbesondere aus Art. 752 ff. OR oder aus schuldrechtlichen Verträgen seien werthaltig und durchsetzbar, weshalb sie im Betrag der Unterdeckung als Aktiven und nicht nur pro memoria zu berücksichtigen seien. Dabei komme insbesondere ein Verantwortlichkeitsanspruch gegen Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ in Betracht. Dieser sei bis 2014 Verwaltungsrat gewesen, habe das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin sowie die Verträge entworfen und umgesetzt. Wenn das Geschäftsmodell rechtswidrig gewesen sei, bestehe ein ausgewiesener und folglich durchsetzbarer Verantwortlichkeitsanspruch gegen C.\_\_\_\_\_, der als Rechtsanwalt über eine Haftpflichtversicherung verfüge, weshalb der Anspruch auch werthaltig sei. Die Beschwerdeführerin habe ein Guthaben in Millionenhöhe gegenüber der Y.\_\_\_\_\_AG in Liquidation, das für die prozessuale Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche herangezogen werden könne.

#### **E. 4.4.2**

Die Vorinstanz führt aus, eine vorsichtige Bewertung der Verantwortlichkeitsansprüche sei adäquat, weil nur begrenzte liquide Mittel zur prozessualen Durchsetzung sowie erhebliche Prozessrisiken bestünden. Es sei weder nachvollziehbar noch begründet, wie die Beschwerdeführerin zu einer Forderungshöhe just im Umfang der Unterdeckung gelange. Es sei gerichtsnotorisch, dass die Prozessaussichten in Verantwortlichkeitsprozessen schwer zu bestimmen und die Prozessrisiken entsprechend hoch seien. Die Sachverhaltsermittlungen seien schwierig und den Zivilgerichten komme bei der Frage, ob ein Sachverhalt hinreichend substantiiert sei oder nicht, Ermessensspielraum zu. Verantwortlichkeitsprozesse seien aufgrund ihrer Komplexität häufig überdurchschnittlich aufwendig, was sich auf die Gerichts- und Anwaltskosten auswirken könne. Hinzu komme, dass A.\_\_\_\_\_ - ehemaliger einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat und Alleinaktionär der Beschwerdeführerin - nach eigenen Angaben C.\_\_\_\_\_ bereits 2005 beauftragt habe, die Umwandlung der Gesellschaft in eine Vermögensverwaltungsgesellschaft vorzunehmen und "die rechtskonformen Grundlagen

der Geschäftstätigkeit zu legen", so dass sich auch verjährungsrechtliche Fragen stellten. In Berücksichtigung dieser Umstände sei die vorsichtige Bewertung der Forderung(en) pro memoria schlüssig. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf ihre Forderung gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation verfange nicht. Deren Vermögenswerte seien vorwiegend in Anteile zweier Fonds investiert, die seit Januar 2020 mit einem gerichtlichen Verfügungsverbot belegt seien. Beide Fonds seien von einer Gesellschaft verwaltet worden, bei der A. \_\_\_\_\_ Verwaltungsrat und Geschäftsführer gewesen sei. Der Verkauf dieser Anteile sei zurzeit nicht möglich, die Fonds nähmen keine Anteile zurück. Die Mittel aus der Forderung gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation seien daher nicht kurzfristig verfügbar. Die Erfassung der Verantwortlichkeitsansprüche pro memoria sei auch unter diesem Aspekt gerechtfertigt.

#### **E. 4.4.3**

Es ist fraglich, ob das Urteil des Bundesgerichts, wonach die Beschwerdeführerin gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hatte, ohne über die entsprechende Bewilligung der Aufsichtsbehörde zu verfügen, und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hatte (Urteil des BGer 2C\_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 2.6 in fine), Grundlage für Verantwortlichkeitsansprüche, auch gegenüber C. \_\_\_\_\_ bilden kann. Ein Anspruch gestützt auf Art. 754 OR kann nur entstehen, falls eine aktienrechtliche Pflicht verletzt ist (Dieter Gericke/Stefan Waller, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Vor Art. 754-761 N 7, Art. 754 N 18 und 23). Jedenfalls findet sich im betreffenden Urteil des Bundesgerichts nichts zu allfälligen Verantwortlichkeitsansprüchen. Solche sind gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen des OR geltend zu machen und stets mit Unsicherheiten behaftet. In Anbetracht dessen, dass über der Y. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation ebenfalls (zeitgleich) der Konkurs eröffnet worden ist, geht die Beschwerdeführerin zudem fehl in der Annahme, dass sie kurzfristig Abschlagszahlungen auf ihre Forderung erwirken und damit Liquidität für die prozessuale Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen generieren könnte. Im Übrigen kann auf die weitergehenden vorinstanzlichen Ausführungen dazu verwiesen werden, da aktenkundig ist, dass das (Angaben zum Ort) Landgericht im Januar 2020 ein Verfügungsverbot über das Vermögen der fraglichen Fonds, in denen die Y. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation investiert ist, erlassen hat. Die Anteilsinhaber wurden darüber informiert, dass kein Anteilsgeschäft, insbesondere Rücknahmen, mehr möglich seien und der Anteilshandel eingestellt sei. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verantwortlichkeitsansprüche für die Beurteilung der finanziellen Lage der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Modalitäten ihrer Liquidation unter den Aktiven lediglich pro memoria berücksichtigt werden.

#### **E. 4.5.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Forderungsanmeldungen ihrer ehemaligen Kunden seien im Umfang bereits erhaltener Rückzahlungen durch die X. \_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in Deutschland und im Umfang von Forderungen gegenüber dieser zu reduzieren, da die Kunden nur einmal Anspruch auf Rückzahlung hätten. Die Konkursliquidatorin habe jegliche Feststellungen dazu unterlassen. Wie den Forderungsanmeldungen zu entnehmen sei, hätten die meisten Kunden ihre Gelder jeweils an die X. \_\_\_\_\_ GmbH überwiesen, welche diese angelegt habe. Die Kunden hätten ihre vertraglichen Ansprüche entsprechend nicht nur gegenüber der Beschwerdeführerin, sondern auch gegenüber der X. \_\_\_\_\_ GmbH geltend gemacht und von dieser 2019 auch Zahlungen erhalten. Die

Beschwerdeführerin legt zum Beweis ein Schreiben vom 15. September 2016 an den Kunden D. \_\_\_\_\_ sowie eine E-Mail vom 25. November 2019 vom Kunden E. \_\_\_\_\_ an die Konkursliquidatorin ins Recht. Die Beschwerdeführerin erklärt, die Vorinstanz stelle den Sachverhalt unvollständig und unrichtig fest, wenn sie trotz Wissens um die Weiterleitung der Gelder sowie aktenkundiger Rückzahlungen davon ausgehe, dass die Forderungen der Anleger gegenüber der Beschwerdeführerin in vollem Umfang bestünden.

#### **E. 4.5.2**

Die Vorinstanz führt aus, dass die Verträge zwischen den Kunden (inzwischen: Gläubiger) und der Beschwerdeführerin abgeschlossen worden seien. Zwar seien Gelder an die X. \_\_\_\_\_ GmbH überwiesen worden, aber es sei keine Schuldübernahme durch die X. \_\_\_\_\_ GmbH in Bezug auf Forderungen von Gläubigern der Beschwerdeführerin aktenkundig. Eine vorsichtige Bewertung durch Einbezug der Forderungsanmeldungen von ehemaligen Kunden sei damit nachvollziehbar. Es seien auch keine Rückzahlungen durch die X. \_\_\_\_\_ GmbH an Gläubiger der Beschwerdeführerin aktenkundig. Im Gegenteil habe die X. \_\_\_\_\_ GmbH Gläubiger der Beschwerdeführerin jeweils an diese verwiesen und sei auf entsprechende Forderungen nicht eingegangen. Der Kunde D. \_\_\_\_\_ habe keine Rückzahlung seiner Einlage durch die X. \_\_\_\_\_ GmbH erhalten. Er habe Verträge mit der Beschwerdeführerin geschlossen und fordere nun die Rückzahlung von CHF 25'777.- (EUR 24'137.93). Der Kunde E. \_\_\_\_\_ habe seine Einlage ebenfalls nicht zurückerhalten. Seine Forderung über CHF 96'111.- (EUR 90'000.-) sei aber im Rahmen der angefochtenen Verfügung ohnehin nicht berücksichtigt worden, da er diese erst am 16. Oktober 2020 im Konkurs der Beschwerdeführerin angemeldet habe. Im Übrigen seien die als Forderungsanmeldungen erfassten Beträge nicht zu hoch bewertet und der Sachverhalt entsprechend korrekt festgestellt.

#### **E. 4.5.3**

Die Beschwerdeführerin bestreitet sinngemäss, Schuldnerin angemeldeter Forderungen von ehemaligen Kunden aus ihrer unbewilligt ausgeübten finanzmarktrechtlichen Tätigkeit zu sein, indem sie auf die X. \_\_\_\_\_ GmbH verweist, an welche Kunden Gelder überwiesen hätten und die 2019 bereits Rückzahlungen getätigt habe. Dies ist jedoch insofern unerheblich, als die Forderungen von den Gläubigern im Konkurs der Beschwerdeführerin angemeldet worden sind und das Bundesgericht festgehalten hat, dass "die Beschwerdeführerin 1 [Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren], für welche der Beschwerdeführer 3 [A. \_\_\_\_\_] ab 2010 als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift bzw. ab 2014 als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift handeln konnte, in eigenem Namen gewerbsmässig Rückzahlungsverbindlichkeiten eingegangen" ist (Urteil des BGer 2C\_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 2.5). Die Beschwerdeführerin "ging ihre rechtlich massgebliche Rückzahlungsverpflichtung [...] gegenüber den Kunden in eigenem Namen ein und stellte deren Einhaltung über die wirtschaftliche Verflechtung mit der Beschwerdeführerin 2 [Y. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation] und dem Beschwerdeführer 3 [A. \_\_\_\_\_] auch sicher" (Urteil des BGer 2C\_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 2.6). Zur X. \_\_\_\_\_ GmbH hat das Bundesgericht lediglich festgehalten, dass diese in wesentlichem Umfang Gelder der Kunden der Beschwerdeführerin verwaltet habe (Urteil des BGer 2C\_136/2019 vom 14. Januar 2020 Sachverhalt A.). Die Frage, ob und in welchem Umfang die Forderungen tatsächlich gegenüber der Beschwerdeführerin bestehen, wird im Übrigen 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).

#### **E. 4.5.4**

Der Kunde D.\_\_\_\_\_ hatte mit der Beschwerdeführerin im August 2014 einen Vertrag für die Verwaltung eines monatlichen Betrags von EUR 300.- als flexible Anlage mit fester Laufzeit von 5 Jahren abgeschlossen. Gemäss Vertrag war der Betrag auf ein Konto in Deutschland zu überweisen, wobei der Kontoinhaber lediglich mit " X.\_\_\_\_\_" bezeichnet war. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 wurde der Kunde darüber informiert, dass das Produkt "zum 30.06.2014 aus dem Angebot" genommen worden sei. Die Verwaltung der monatlichen Ratesparverträge werde künftig über die deutsche Gesellschaft abgewickelt. Der Kunde müsse die monatliche Sparsumme auf ein neues Konto lautend auf die X.\_\_\_\_\_GmbH in Deutschland überweisen. Ab Ende 2014 bis 2016 hatte der Kunde von der Beschwerdeführerin periodisch eine Vermögensübersicht erhalten. Ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Enforcementverfahrens erhielt der Kunde mehrere Schreiben (Vermögensübersichten und Informationen) vom X.\_\_\_\_\_Servicecenter in Deutschland, in welchem A.\_\_\_\_\_ gemäss Angaben der Vorinstanz noch bis im Januar 2019 tätig war. Im Schreiben vom 15. September 2016, das die Beschwerdeführerin ins Recht legt, führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Transaktionen künftig über ein anderes Bankinstitut abgewickelt würden, weshalb der Kunde seinen Dauerauftrag ändern müsse. Dass der Kunde Rückzahlungen erhalten hätte, ist daraus und auch aus den übrigen Akten nicht ersichtlich. Aktenkundig ist ferner, dass der Kunde im Oktober 2014 einen weiteren Vertrag mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen hatte (Vermögensverwaltungsvertrag über ein Depot im Umfang von EUR 5'000.-). Die im Konkurs der Beschwerdeführerin vom Kunden angemeldete Forderung aus den beiden genannten Verträgen wurde in der Höhe von CHF 25'777.- (EUR 24'137.93) durch die Vorinstanz berücksichtigt, was nicht zu beanstanden ist. Der Kunde E.\_\_\_\_\_ hatte mit der Beschwerdeführerin am 16. Januar 2016 einen Vertrag für eine flexible Anlage mit fester Laufzeit über EUR 90'000.- abgeschlossen (vgl. die durch die Beschwerdeführerin ausgestellte Anlagebestätigung vom 10. Februar 2016). Gemäss Vertrag war der Betrag auf ein Konto in Deutschland zu überweisen, wobei der Kontoinhaber lediglich mit " X.\_\_\_\_\_" bezeichnet war. Gemäss Korrespondenz mit der Konkursliquidatorin hat der Kunde im April 2019 eine Auszahlung erhalten; allerdings geht daraus nicht hervor, von wem und in welcher Höhe. Der Kunde spricht von EUR 65'000.-, die er noch zugute habe. In seiner Forderungsanmeldung vom 16. Oktober 2020 beziffert er den Forderungsbetrag mit EUR 90'000.-. Dieser wurde durch die Vorinstanz anlässlich der erneuten Beurteilung der finanziellen Situation der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Einreichung der Vernehmlassung vor Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt. Der genaue Umfang der Forderung wird im Konkursverfahren zu klären sei. Für die Frage der

Überschuldung der Beschwerdeführerin ist dieser Forderungsbetrag indessen nicht ausschlaggebend. Die begründete Besorgnis einer Überschuldung ist auch ohne Berücksichtigung der Forderung von E.\_\_\_\_\_ erstellt (vgl. E. 4.7). Darüber hinaus substantiiert die Beschwerdeführerin nicht, welche weiteren ehemaligen Kunden allenfalls bereits Rückzahlungen erhalten haben und gegebenenfalls in welchem Umfang. Aus den Akten sind denn auch keine Rückzahlungen ersichtlich. Die Rüge, die Vorinstanz habe entsprechende Sachverhaltsfeststellung gänzlich unterlassen, erweist sich insofern als unbegründet, als im Konkursverfahren zu klären sein wird, in welcher Höhe die Forderungen (noch) bestehen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Forderungsanmeldungen für die Beurteilung der finanziellen Lage der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Modalitäten ihrer Liquidation unter den Passiven im angemeldeten Umfang berücksichtigt werden.

#### **E. 4.6.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, es liege auch keine Zahlungsunfähigkeit vor. Sie verfüge über liquide Mittel von rund CHF 75'000.-. Die fälligen Verpflichtungen würden nach den Feststellungen der Konkursliquidatorin CHF 78'000.- betragen. Die Beschwerdeführerin habe aber eine werthaltige Forderung gegenüber der Y.\_\_\_\_\_AG in Liquidation. Sollten also kurzfristig liquide Mittel benötigt werden, könnten von der Y.\_\_\_\_\_AG in Liquidation jederzeit Abschlagszahlungen verlangt und damit Liquidität beschafft werden.

#### **E. 4.6.2**

Die Vorinstanz begründet die Anordnung der Konkursliquidation ausschliesslich mit der begründeten Besorgnis einer Überschuldung. Ausführungen zu ernsthaften Liquiditätsproblemen der Beschwerdeführerin finden sich nur in der Einschätzung der Konkursliquidatorin zur finanziellen Situation der Beschwerdeführerin per 20. Februar 2020. Jedenfalls ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin illiquid war bzw. ist, vorliegend unerheblich, da die begründete Besorgnis einer Überschuldung erstellt ist (vgl. E. 4.7) und dies die Anordnung der Liquidation auf dem Weg des Konkurses ohnehin rechtfertigt (vgl. E. 3.1). In Anbetracht dessen, dass die Y.\_\_\_\_\_AG in Liquidation ebenfalls in Konkurs ist, geht die Beschwerdeführerin überdies fehl in der Annahme, dass sie kurzfristig und jederzeit Abschlagszahlungen erwirken könnte (vgl. E. 4.4.3).

#### **E. 4.7**

Weitere Bilanzpositionen werden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten oder zusätzlich zu den vorinstanzlichen Erhebungen geltend gemacht. Damit 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, selbst wenn man die Forderung von E.\_\_\_\_\_ in der Höhe von EUR 90'000.- (vgl. E. 4.5.4) unberücksichtigt lassen wollte (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.