

# **BVGer B-4354/2016 vom 30. November 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4354\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4354_2016)

FR: TAF B-4354/2016 du 30 novembre 2017

IT: TAF B-4354/2016 del 30 novembre 2017

## **Regeste**

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (vgl. Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1] i. V. m. Art. 31 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]).

#### **E. 1.2**

Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Die Beschwerdeführer beantragen die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Mit einem solchen Rechtsbegehren signalisieren sie, dass sie sämtliche Ziffern des Dispositivs der vorinstanzlichen Verfügung anfechten wollen. Beide Beschwerdeführer erfüllen die Voraussetzung der Teilnahme am Vorverfahren im Sinne der formellen Beschwer (Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG). Die Frage, ob beide als Adressaten der angefochtenen Verfügung besonders berührt sind und an der Anhandnahme ihres Begehrens ein schutzwürdiges Interesse haben, ist bei jedem der Beschwerdeführenden unter Bezugnahme der angefochtenen Dispoziffern gesondert zu beurteilen.

##### **E. 1.2.1**

Beschwerdeführerin 1

##### **E. 1.2.1.1**

Soweit sich der Antrag auf Aufhebung der Beschwerde auf die gegen die Beschwerdeführerin 1 angeordneten Massnahmen bezieht, d. h. die Konkurseröffnung (Dispoziff. 4), die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten (Dispoziff. 5), die Auferlegung der Kosten für die Liquidation an die Beschwerdeführerin 1 (Dispoziff. 6), den

Entzug der Vertretungsbefugnis gegenüber den Organen (Dispoziff. 7), die Einstellung der Geschäftstätigkeit im Zeitpunkt der Konkurseröffnung (Dispoziff. 8), die Publikation der Konkurseröffnung auf der Internetseite der Vorinstanz sowie im SHAB und im Handelsregister (Dispoziff. 9 und 10) und den Weiterbestand der Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots, die auf ihr lauten oder an denen sie wirtschaftlich berechtigt ist (Dispoziff. 14), ist der Beschwerdeführerin 1 als direkt Betroffene das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung zuzuerkennen. Gleiches gilt für die Verweigerung der nachträglichen Erteilung einer Bewilligung (Dispoziff. 2) sowie für die Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten (Dispoziff. 16 f.).

#### **E. 1.2.1.2**

Soweit sich der Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Beschwerdeführerin 1 auch auf die vorinstanzliche Feststellung einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bezieht (Dispoziff. 1), ist hierzu Folgendes festzuhalten. Art. 32 FINMAG ermächtigt die FINMA zum Erlass einer Feststellungsverfügung, wenn das Verfahren ergibt, dass die oder der Beauftragte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat und keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden müssen. In seiner früheren, zum Teil noch vor Inkrafttreten des Art. 32 FINMAG entwickelten Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht, allerdings ohne nähere ausführliche Erklärungen, zwar grundsätzlich dahingehend geäussert, dass die im Verfügungsdispositiv enthaltene Feststellung eines Verstosses gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften selbständig anfechtbar sei und hat daraufhin ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführer an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung in diesem Punkt bejaht (vgl. BGE 136 II 304 E. 2.3.1; Urteil des BGer 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 1 f.; vgl. auch Urteil des BGer 2C\_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 3; in diesem Sinne auch die Urteile des BVGer B-7095/2013 vom 6. August 2014 E. 1.2 und B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 1.2). In drei Urteilen neueren Datums hat sich das Bundesgericht mit der Thematik um Art. 32 FINMAG, den es als *lex specialis* zu Art. 25 VwVG sieht, im Detail und vertieft auseinandergesetzt. Hierzu hat es festgehalten, dass in den Fällen, in welchen die FINMA zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes eine Leistungsverfügung und/oder eine repressive Sanktion auszusprechen hat, der Feststellung der schweren Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen nicht Dispositivcharakter, sondern Begründungsfunktion zukomme, weshalb es in drei solchen Fällen auf das Fehlen einer selbständigen Anfechtbarkeit der Feststellungen schloss und auf die Beschwerde mangels schutzwürdigen Interesses in diesem Punkt nicht eintrat (Urteile des BGer 2C\_303/2016 vom 24. November 2016 E. 2.5.1, 2C\_305/2016 vom 24. November 2016 E. 2.1 und 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 1.2.3; vgl. das bereits auf dieser Begründungslinie liegende Urteil des BVGer B-5407/2012 vom 29. September 2014 E. 1.3.2.3). Das Bundesgericht stützte seine Sichtweise auf die von der Lehre vertretene und aus Art. 32 FINMAG abgeleitete Subsidiarität der finanzmarktrechtlichen Feststellungsverfügung gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsverfügungen. Demnach kommt der verfügten Feststellung eine selbständig anfechtbare Tragweite nur unter den kumulativen Voraussetzungen zu, dass aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt wurden und dass auch keine Notwendigkeit mehr besteht, Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu treffen (vgl. Hsu/Bahar/Renninger, Basler Kommentar zum Börsengesetz I Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N 24 f. zu Art. 32 FINMAG; vgl. auch Ulrich Zimmerli, Integrierte Finanzmarktaufsicht in der Schweiz -

Ausgangslage - Konzept - Umsetzung - Ausblick, in: GesKR 2009 S. 4 ff., S. 9 und Bernhard Isenring Das neue Finanzmarktaufsichtsrecht in der Schweiz - ein Überblick, in: Jusletter vom 26. Januar 2009, Rz. 35). Anknüpfend an die soeben geschilderte, aktuellere Rechtsprechung des Bundesgerichts und bezugnehmend auf den vorliegenden Fall hat die Feststellung der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften neben den von der FINMA gegenüber der Beschwerdeführerin 1 getroffenen Anordnungen keinen selbständigen Dispositivcharakter. Soweit der Aufhebungsantrag der Beschwerdeführerin 1 auch die Dispoziff. 1 der angefochtenen Verfügung erfasst, kann auf ihre Beschwerde angesichts des mangelnden schutzwürdigen Interesses nicht eingetreten werden, womit sie diesbezüglich unterliegt. Im Ergebnis ändert sich damit faktisch aber wenig. Denn anlässlich der Überprüfung der Rechtmässigkeit der angeordneten Massnahmen wird sich das Gericht ohnehin vorfrageweise mit der festgestellten schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen auseinandersetzen müssen, bildet eine solche doch die Begründungsgrundlage der angeordneten und beanstandeten Massnahmen.

### **E. 1.2.2**

Beschwerdeführer 2

#### **E. 1.2.2.1**

Das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses des Beschwerdeführers 2 ist ebenfalls in dem Umfang zu bejahen, als er durch die von der Vorinstanz ihm gegenüber getroffenen Anordnungen (Publikation der Dispoziffern 11 und 12 der angefochtenen Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft für die Dauer von fünf Jahren gemäss Dispoziff. 13) sowie durch die Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten (Dispoziff. 16 f.) direkt betroffen ist. In diesem Rahmen ist er zur Beschwerdeführung im eigenen Namen legitimiert.

#### **E. 1.2.2.2**

Wie bereits erwähnt, hat die FINMA in Dispoziffer 13 der angefochtenen Verfügung die Publikation der den Beschwerdeführer 2 betreffenden Dispoziffern angeordnet. Die Anordnung der Publikation für die Dauer von fünf Jahren ist rechtsgestaltend. Neben weiteren wichtigen Aspekten, wie beispielsweise die Einschätzung einer Wiederholungsgefahr, stellt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen die Hauptvoraussetzung für die Publikation der Verfügung dar (Art. 34 Abs. 1 FINMAG). Die Feststellung einer solchen Verletzung ist das Ergebnis der Prüfung der materiellrechtlichen Vorfrage, ob eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorliegt und als solche Teil bzw. Gegenstand der Begründung. Artikel 32 FINMAG stellt im Grunde genommen eine spezialgesetzliche Sonderbestimmung dar, welche eine Abweichung gegenüber Art. 25 Abs.1 und Abs. 2 VwVG bzw. vom Grundsatz der Subsidiarität des Feststellungsinteresses statuiert, unter der Voraussetzung, dass Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes nicht nötig sind. Ob die Publikation einer Unterlassungsanweisung als eigentliche Wiederherstellungsmassnahme im Sinne von Art. 32 FINMAG verstanden werden kann, ist höchst fraglich, kann aber offen bleiben, weil sich der fehlende Dispositivcharakter der im Aufhebungsantrag mitenthaltenen Feststellungsziffer ohnehin bzw. auch aus dem Grundsatz der Subsidiarität gegenüber Leistungen und Gestaltung ergibt. Damit steht fest, dass die in Dispoziffer 3 verfügte Feststellung der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen auch in Bezug auf die verfügte Publikation über keinen eigenständigen Dispositivcharakter verfügt. Demnach ist auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 in

diesem Punkt nicht einzutreten, womit er diesbezüglich unterliegt (vgl. auch das für die Beschwerdeführerin 1 Gesagte in E. 1.2.1.2 sowie das Urteil des BGER 2C\_305/2016 vom 24. November 2016 E. 2.1).

### **E. 1.2.2.3**

Die Organe einer durch die Vorinstanz in Liquidation oder in Konkurs versetzten Gesellschaft sind trotz Entzugs oder Dahinfallens der Vertretungsbefugnis berechtigt, die entsprechende Verfügung im Namen der Gesellschaft anzufechten (BGE 132 II 382 E. 1.1; BGE 131 II 306 E. 1.2, m.w.H., Urteil des BVGer B-1617/2013 vom 3. März 2015 E. 1.2.7, m.w.H.). Der Beschwerdeführer 2 verfügte bei der Beschwerdeführerin 1 gemäss Handelsregisterauszug über eine Einzelzeichnungsberechtigung, welche mit Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten durch die Vorinstanz entfallen ist. Seitdem figuriert er als einziges Mitglied der Gesellschaft ohne Zeichnungsberechtigung. Er ist daher befugt, für die Beschwerdeführerin 1 im Umfang der sie betreffenden Anordnungen im Beschwerdeverfahren zu handeln und die Verfügung im Namen der Gesellschaft anzufechten. Im Übrigen ist dem Beschwerdeführer 2 eine Beschwerdebefugnis abzusprechen, soweit die gestellten Rechtsbegehren dahingehend verstanden werden können, dass er im eigenen Namen die direkt gegen die Gesellschaft angeordneten Massnahmen anfechten möchte.

### **E. 1.2.3**

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter hat sich zuerst nur bezüglich der Beschwerdeführerin 1 aber mit Replik auch bezüglich des Beschwerdeführers 2 rechtsgenügend durch eine schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

### **E. 1.3**

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 und des Beschwerdeführers 2 ist daher im Umfang des Gesagten einzutreten.

## **E. 2**

Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt hat sich teilweise vor dem 31. Dezember 2014 und teilweise nach dem 1. Januar 2015 zugetragen (vgl. Rz. 31 und 55 der angefochtenen Verfügung hinsichtlich der zwischen 2011 und 2015 getätigten Essigfässer-Verkäufe). Mit anderen Worten geht es um einen Vorgang, der unter altem Recht eingesetzt hat, aber beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch fort dauerte. Es gilt hier insbesondere zu prüfen, ob 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) oder die am 1. Januar 2015 in Kraft getretene, vollständig revidierte Bankenverordnung vom 30. April 2014 (BankV, SR 952.02) anzuwenden ist. Vorliegend fällt die Revision der BankV jedoch kaum ins Gewicht, weil der Wortlaut des Ausnahmetatbestands gemäss Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV bzw. Art. 5 Abs. 2 Bst. a BankV, auf welchen sich die Beschwerdeführer berufen, unverändert geblieben ist (vgl. E. 4.1). Die Frage nach der Anwendung von neuem oder altem Recht kann daher offen bleiben.

## **E. 3.1**

Die Vorinstanz geht von der Feststellung aus, die Beschwerdeführer hätten gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen, ohne die hierfür erforderliche Bewilligung zu besitzen. Sie gelangt zur Erkenntnis, dass von den Beschwerdeführern angerufene Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV bzw. Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV könne vorliegend nicht herangezogen werden. Zum einen handle es sich beim vorliegenden Geschäftsmodell nicht um ein Kauf- bzw. Verkaufsgeschäft im herkömmlichen Sinn, sondern um verkappte Darlehenskonstruktionen, wobei der Investitionsgedanke im Vordergrund stehe. Zum anderen habe das Eigentum an den von den Beschwerdeführern eingelagerten Fässern aufgrund deren ungenügenden und/oder widersprüchlichen Individualisierung nicht an die Kunden übertragen werden können. Zudem erachtet die Vorinstanz die Beschwerdeführerin gestützt auf die Ausführungen der vom Untersuchungsbeauftragten mandatierten Wirtschaftsprüferin für überschuldet und illiquid.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführer bestreiten vollumfänglich die Auffassung der Vorinstanz. Sie machen diesbezüglich geltend, die Qualifikation des Vertragszwecks und der ungenügenden bzw. widersprüchlichen Individualisierung der Essigfässer beruhe auf einer falschen oder unvollständigen Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz. Die Beschwerdeführer gelangen zum Schluss, dass keine konkreten Anhaltspunkte für eine bewilligungspflichtige Tätigkeit vorlägen, sondern der Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a der Bankenverordnung in Betracht komme, weshalb keine Liquidation und keine Konkursöffnung hätten angeordnet werden dürfen.

### **E. 4.1**

Natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, dürfen gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG ohne Bewilligung keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Der Begriff der Publikumseinlage(n) wird im BankG nicht näher umschrieben. Art. 1 Abs. 2 BankG beschränkt sich lediglich darauf festzuhalten, dass die Auflage von Anleihen vom Verbot der gewerbsmässigen Annahme von Publikumseinlagen ausgenommen ist. Anhaltspunkte für eine präzisere Definition des Einlagebegriffs lassen sich erst auf Verordnungsstufe finden. Nach Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen [Bankenverordnung, BankV, SR 952.02] gelten die Verbindlichkeiten gegenüber Kunden als Publikumseinlagen mit Ausnahme derjenigen nach Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV. Auch Art. 3a Abs. 3 und 4 der alten BankV vom 17. Mai 1972 [im Folgenden: aBankV] bediente sich eines Ausnahmekatalogs zur Umschreibung einer Publikumseinlage. Somit wird bzw. wurde der Einlagebegriff in der BankV bzw. aBankV negativ definiert (vgl. zum Ganzen: Florian Schönknecht, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, in: GesKR 2016, S. 300 ff., insbesondere S. 300 f.; Patricia Reichmuth/Hans Caspar von der Crone, Crowdfunding als bewilligungspflichtige Entgegennahme von Publikumseinlagen, in: SZW 2017, S. 253 ff., S. 257).

### **E. 4.2**

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht die Entgegennahme von Publikumseinlagen darin, dass das Unternehmen Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2; 132 II 382 E. 6.3.1). Damit misst das Bundesgericht der Rückzahlungsverpflichtung für die empfangene Leistung (Urteil des BGer 2C\_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1 und 7.4.3) bzw. dem unbedingten Anspruch auf

Rückleistung der getätigten Investition (Urteil des BGer 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.3) eine entscheidende Bedeutung für die Erfüllung des Einlagebegriffs bei. Die Doktrin bezeichnet das Tatbestandselement der Verpflichtung als eine vertraglich begründete Leistungspflicht, wobei es sich um eine Verpflichtung zu einer Geldleistung handeln muss. Die Verpflichtung zu einer Geldleistung stellt die primäre Leistungspflicht dar. Indessen werden sekundäre Leistungspflichten auf Geldleistung, welche sich lediglich aus einer Störung von nicht auf Geldleistung gerichteten primären Leistungspflichten ergeben, wie zum Beispiel Schadenersatzansprüche aufgrund von Schlecht- oder Nichterfüllung oder vertragliche Rückabwicklungsforderungen, nicht vom Einlagebegriff erfasst (vgl. Schönknecht, a. a. O., S. 312 f.).

#### **E. 4.3**

Für die Annahme eines Ausnahmetatbestands im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV bzw. Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV ist entscheidend, ob dem einzelnen Vertragspartner tatsächlich dingliche Rechte übertragen werden, so dass die zur Eigentumsübertragung veräusserten Gegenstände den betreffenden Investoren zugeordnet werden können und die Zahlung eine Gegenleistung darstellt (Urteil des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2.1 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 (Schönknecht, a. a. O., S. 312 f.). Keinen Einlagecharakter haben daher bspw. Zahlungen oder Anzahlungen beim Kaufvertrag (vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/3 vom 20. November 2008, N. 12).

#### **E. 4.4**

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat das Bundesgericht die Frage nach dem tatsächlichen Eigentumsübergang und der Individualisierbarkeit der Kaufobjekte offen gelassen und deshalb nicht geprüft, weil die Ausnahmebestimmung von Art. 3 Bst. a aBankV seiner Ansicht nach missbräuchlich angerufen wurde (Urteil des BGer 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.1). Damit hat das Bundesgericht präzisiert, dass der Grundsatz des tatsächlichen Eigentumserwerbs nicht bedenkenlos auf alle Sachverhaltskonstellationen Anwendung finden kann, insbesondere nicht auf Gestaltungen, welche jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegen (Urteil des BGer 2C\_352/2016 E. 3.2). In einem solchen Fall ist der aufsichtsrechtlichen Beurteilung sachverhaltsmässig nicht die gewählte zivilrechtliche, sondern diejenige Rechtsgestaltung zu Grunde zu legen, welche sachgemäss gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen (Sachverhaltsfiktion; Urteil des BGer 2C\_352/2016 E. 3.2). Aufsichtsrechtliche Bestimmungen zwecks Anleger-, Investoren- und Gläubigerschutz, insbesondere solche über Bewilligungen als Voraussetzung für einen Marktzutritt, sollen nicht durch konstruierte zivilrechtliche Rechtsgestaltungen umgangen werden können (idem, m.w.H.). Massgeblich für die aufsichtsrechtliche Beurteilung ist vielmehr die wirtschaftlich im Vordergrund stehende, aus Sicht des Investors unbedingt bestehende Rückzahlungsverpflichtung der getätigten Investition (idem, E. 3.3). Mit dem genannten Urteil präzisierte das Bundesgericht den Grundsatz, wonach für die Abgrenzung von Einlagen und Verträgen auf Eigentumsübertragung der gewollte Vertragszweck massgeblich ist, nicht etwa die Bezeichnung des Vertrags bzw. der Gelder durch die Beteiligten (vgl. auch Urteil des BVerger 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.). Entspricht der Vertragszweck in einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung einem Einlagegeschäft, so ist die Geldleistung als Einlage zu qualifizieren: Es widerspräche dem Gläubigerschutz, könnten sich Unternehmen durch konstruierte zivilrechtliche Rechtsgestaltungen den aufsichtsrechtlichen Vorschriften entziehen (vgl. Reichmuth/von der Crone, a. a. O., S. 259 f. und Schönknecht, a. a. O., S. 316-318).

## **E. 5**

Es ist nach dem Gesagten zu untersuchen, ob das Geschäftsmodell der Beschwerdeführer wirtschaftlich betrachtet den Tatbestand der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen erfüllt, und im bejahenden Fall, ob der Ausnahmetatbestand von Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV bzw. Art. 5 Abs. 3 Bst a BankV greift oder missbräuchlich angerufen wurde.

### **E. 5.1.1**

Nach Ansicht der Vorinstanz handelt es sich beim vorliegenden Geschäftsmodell nicht um ein Verkaufsgeschäft im herkömmlichen Sinne, sondern um verkappte Darlehenskonstruktionen, wobei der Investitionsgedanke und nicht ein regulärer Kaufvertrag mit Eigentumsübertragung in Verbindung mit der Hinterlegung und Wartung der Fässer im Vordergrund stehe. Der Investitionsgedanke ergebe sich zum einen aus der auf der Webseite und den diversen Broschüren der Beschwerdeführerin 1 betriebenen Werbung und den darin verwendeten Begriffen wie "Kapital", "Wertanlage", "Rendite", "Wertsteigerung" sowie "Investment" und "Investor". Zum anderen resultiere aus der Dokumentation "... ein Hinweis auf die fünfjährige Anlagedauer der Essigfässer und auf einen mutmasslichen Wertzuwachs von mindestens Fr. 13'500.-, was einer Verdoppelung des Kaufpreises entspreche. Aufgrund der ersten Einlagerung während fünf Jahren, der angebotenen Option der Verlängerung der Lagedauer und der beworbenen Wertsteigerungsmöglichkeit aufgrund der Bildung von Balsamico-Kristallen, sei das umstrittene Geschäftsmodell darauf ausgerichtet, dass dem Käufer sein Fass gar nie ausgehändigt werde. Des Weiteren sei das Recht am eigenen Fass mittels Zertifikat verbrieft. Damit werde dem Investor im Fall eines Mangels des Essigfasses nicht nur die Rückzahlung des Erwerbspreises sondern auch eine Verzinsung von 5% p. a. in Aussicht gestellt. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass aus Sicht des Käufers keine Risiken mit Blick auf den Wertverfalls seiner Investition bestehen würden, zumal dieser in jedem Fall auf die vertraglich vereinbarte Rückzahlung seiner Einlage zuzüglich einer Rendite von mindestens 5% p. a. vertrauen dürfe. Die FINMA kommt gemäss Umfrage des Untersuchungsbeauftragten zum Schluss, dass der überwiegende Teil der Anleger den Kauf des Essig-Fasses aus Renditeüberlegungen getätigt habe, nicht etwa um zu späteren Genussfreuden nach der Einlagerung zu kommen, zumal der Essig zu einem viel günstigeren Preis im Detailhandel bezogen werden könne, womit auch berechtigte Zweifel an der Werthaltigkeit der Essig-Fässer bestünden.

### **E. 5.1.2**

Die Beschwerdeführer bezeichnen das umstrittene Rechtsgeschäft als einen auf Übertragung einer Sache gerichteten Kaufvertrag, wobei das unverbindliche In-Aussicht-Stellen einer möglichen Wertsteigerung in den Werbebroschüren, insbesondere das Entstehen von Balsamico-Kristallen, als kaufrechtliche Zusicherung bzw. Gewährleistungen im Sinne von Art. 197 OR zu verstehen sei. Neben der

kaufvertragsrechtlichen Komponente weise das vorliegende Rechtsgeschäft noch auftrags- und hinterlegungsrechtliche Elemente auf. Ausserdem erachten die Beschwerdeführer die Behauptungen der Vorinstanz betreffend eine angebliche Rückzahlungsverpflichtung und ein Renditeversprechen bzw. den Hinweis auf die garantierte Wertsteigerung als falsch oder untauglich. Aus der Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz gehe kein einziger Beleg für eine angebliche Rückzahlungsverpflichtung sowie für eine angebliche Rücknahmegarantie hervor. Aus der wenig repräsentativen Umfrage des Untersuchungsbeauftragten könne die Vorinstanz ihre Behauptungen betreffend die angeblichen Renditeüberlegungen des überwiegenden Teils der Anleger nicht herleiten. Als ebenso falsch erweise sich der Hinweis auf den angeblich günstigeren Essigpreis im Detailhandel, gehe die Vorinstanz dabei doch von einem falschen Essigpreis aus.

### **E. 5.1.3**

Aus der Webseite der Beschwerdeführerin 1 ging zumindest bis Ende Mai 2015 hervor, dass diese in der Rubrik "Für Investoren" für eine Kapitalanlagemöglichkeit durch den Erwerb eines 30-Liter-Fasses Apfel-Balsam-Essig warb, welcher durch fünfjährige Lagerung in der Höhe zu einer "hochwertigen und authentischen Kapitalanlage" heranreife. Aufgrund der Bildung von Essigkristallen, für welche substantielle Preise bezahlt würden, biete eine solche Anlage "eine echte Rendite" und eine mögliche Wertsteigerung (vgl. Untersuchungsbericht S. 16 f.). In einem auf derselben Webseite abrufbaren Werbeprospekt "... " warb die Beschwerdeführerin 1 für das gleiche Produkt. Der Preis für ein 30-Liter-Eichenfass Schweizer Premium Balsamico wurde darin auf Fr. 11'500.- festgelegt. Dieser Preis beinhalte unter anderem auch die Ausstellung und Versand eines persönlichen Zertifikats an den Erwerber, welches als Besitzurkunde diene und neben den wichtigsten Bestimmungen des Kaufs die Registrierungsnummer des Fasses und dessen Beschriftung mittels Metallplakette enthalte. Am Ende der fünfjährigen Lagerdauer stünden dem Kunden drei Möglichkeiten zur Verfügung: er könne entweder die physische Auslieferung des Fasses verlangen oder dessen Lagerdauer um weitere fünf Jahre verlängern oder dieses durch die Beschwerdeführerin 1 gegen Erhalt des Gesamterlöses ohne Kommission veräussern lassen (Untersuchungsbericht S. 16 f.). Auf einer weiteren im Internet abrufbaren Dokumentation der Beschwerdeführerin 1 mit dem Titel "... " wurde darauf hingewiesen, dass während der fünfjährigen Anlagedauer mit der Bildung von 900 g bis 1'100 g Essigkristallen zu rechnen sei. Dies würde bei einem Gesamtwert von Fr. 13'500.- bis Fr. 16'500.- einer Wertsteigerung von mindestens 17% bis 43% entsprechen (Untersuchungsbericht, S. 17). Auf Youtube bewarb eine als "Banker und Investor" bezeichnete Person Investitionen in Essig-Fässer der Beschwerdeführerin 1, wobei das Video heute nicht mehr aufrufbar ist (Untersuchungsbericht S. 17). Im Sommer 2015 wurde die Webseite (...) überarbeitet und enthält keine Hinweise mehr auf die angepriesenen Investitionsmöglichkeiten (Untersuchungsbericht S. 17, 24). Gemäss den Angaben im Untersuchungsbericht sind beim Untersuchungsbeauftragten zwei Hinweise von potentiellen Kunden eingegangen (Untersuchungsbericht S. 22). Eine vom Untersuchungsbeauftragten durchgeführte und an 22 Kunden gerichtete Umfrage, zu welcher fünf Rückmeldungen eingingen, ergab in zwei Fällen, dass der Beweggrund für den Kauf in der Hoffnung bestand, die Fässer nach einigen Jahren gewinnbringend zu verkaufen (Untersuchungsbericht, S. 22 f.). In zwei weiteren Fällen führten die Teilnehmer unter anderem an, für sie stehe der Erwerb eines Sachwertes bzw. eines Konsumprodukts im Vordergrund. In einem weiteren Fall wurde auf das kulinarische Erlebnis und auf die Besonderheit des Lageortes hingewiesen (Untersuchungsbericht S. 23). Der

Untersuchungsbeauftragte kommt zum Schluss, dass die Frage, ob die Formulierung "Rückgabe/Verkauf" de facto als Rücknahmegarantie der Beschwerdeführerin 1 verstanden worden sei, nicht abschliessend beurteilt werden könne (Untersuchungsbericht, S. 24).

#### **E. 5.1.4**

Die Erwerber der Fässer erhielten pro gekauftem Fass jeweils ein individualisiertes Zertifikat, das sie als Eigentümer auswies und auf welchem der Jahrgang des Fasses, dessen Beschriftung gemäss Kundenwunsch und die Fassnummer notiert sind. Dem Zertifikat (vgl. Reg. 1, S. 9) ist unter anderem auch Folgendes zu entnehmen: "(...) Nach der Lagerdauer von fünf Jahren ab dem oben definierten Zeitpunkt kann das Eichenfass Apfelbalsamico auf Anweisung des Zertifikatsinhabers - durch X. \_\_\_\_\_ AG zu Gunsten des Zertifikatsinhabers veräussert, - weitere fünf Jahre gelagert oder - bezogen werden. X. \_\_\_\_\_ informiert den Zertifikatsinhaber über den Ablauf der Lagerdauer und die oben erwähnten Optionen. Bei Ausbleiben einer Anweisung des Zertifikatsinhabers innerhalb von zwei Monaten nach Kommunikation des Ablaufs der Lagerdauer ist X. \_\_\_\_\_ berechtigt, das Eichenfass Apfelbalsamico mit der oben aufgeführten Nummer zu veräussern und dem Kunden den Kaufpreis unverzinst gutzuschreiben. Im Fall eines Mangels verbleibt das Eichenfass Apfelbalsamico bei X. \_\_\_\_\_ und der Kaufpreis wird samt einer Verzinsung von 5% jährlich zurückerstattet. (...)".

#### **E. 5.2**

Wie das Bundesgericht in seiner neusten Rechtsprechung erkannt und präzisiert hat, ist für das Vorliegen einer Publikumseinlage und die Bejahung der Unterstellungspflicht die Rückzahlungsverpflichtung für die empfangene Leistung von zentraler Bedeutung (vgl. E. 4.2). 5.2.1.1 In folgenden Fällen hat die Gerichtspraxis die Berufung auf den Ausnahmetatbestand von Art 5 Abs. 3 Bst. a BankV bzw. Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV nicht zugestanden und eine Einlagequalität anerkannt (vgl. auch die Kasuistik bei Schönknecht, a. a. O., S. 316 f.): -Verkauf von Orient-Teppichen mit garantierter Rückverkaufs-Option, zum vollen Preis zuzüglich vereinbartem Gewinn per vereinbartes Laufzeitsende (Urteil des BGer 6S.371/2002 vom 30. Januar 2003 E. 1.2.1 und 1.4.3); -Verkauf von sogenannten "Founder"-Paketen, welche "Life Purpose-, Outdoor- und Erlebnis-Seminare" umfassten und mit einem Partizipationsschein verbunden waren, wobei die Beschwerdeführerin angeboten hatte, die Partizipationsscheine jederzeit zum ursprünglichen Kaufpreis zurückzunehmen (Urteil des BGer 2A.575/2004 E. 5.2.1 f.); -Verkauf von Teakholz-Baumbeständen in Panama, wobei die Anbieterin sich unter anderem verpflichtete, den Baumbestand zu bewirtschaften und bis zur Schlussernte im 20. Jahr zu verkaufen und dem Käufer einen Anspruch auf einen proportionalen Anteil des Verkaufserlöses versprach (Urteil des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 Bst. A.b des Sachverhalts und E. 5.2.1 ff.); -Verkauf von nicht existierenden "nennwertlosen Inhaber-Stückaktien" verbunden mit der Garantie, dass diese Aktien durch die Verkäuferin mindestens zum Kaufpreis zurückgekauft würden (Urteil des BVGer B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.3); -Erwerb eines Bestands von Olivenbäumen (Olivenhain) verbunden mit dem Angebot, diesen unmittelbar für eine feste Laufzeit von 10 Jahren an die Verkäuferin zu einem "Mietzins" von 10% des Kaufpreises jährlich zurückzuvermieten, womit den Anlegern eine Verdoppelung ihres Einsatzes angeboten wird; Bereits bei Vertragsschluss vereinbarten die Parteien den Rückkauf der Olivenhaine durch die Verkäuferin am Ende der Laufzeit der Verträge zum Ankaufspreis, womit den Investoren bei Ende der Laufzeit der Verträge ein unbedingter Anspruch auf Rückleistung der

getätigten Investition zustand (Urteil des BVGer B-2757/2015 E. 3.4-3.8, bestätigt durch das Bundesgericht mit Urteil 2C\_352/2016 ganze E. 3); -Qualifikation von sogenannten "Invest-Einlagen" mit vertraglich vereinbarter Verzinsungs- und bedingter Rückzahlungsverpflichtung als Publikumseinlage (unangefochtenes Urteil des BVGer B-1906/2015 vom 16. März 2016 E. 4.2.2); -Abschluss von sogenannten "Genussrechtsbeteiligungsverträgen" über die Entgegennahme von Geldern, mit der Verpflichtung, die ein-gelegten Gelder nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit vertragsgemäss wieder zurückzuzahlen (Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts SK.2015.25 vom 19. November 2016 E. 4.5.1). Den soeben geschilderten Fallkonstellationen ist gemeinsam, dass die Vertragsparteien schon mit dem Abschluss des Vertrages den späteren Rückkauf des Kaufgegenstands vereinbarten.

### **E. 5.3.1**

Grundsätzlich ist den Beschwerdeführern in dem Punkt zuzustimmen, dass sich weder den Ausführungen im Untersuchungsbericht noch der Dokumentation, auf welche sich die FINMA für ihre Begründung in der angefochtenen Verfügung stützt - insbesondere das ausgestellte Zertifikat und die genannten Werbeprospekte -, Anhaltspunkte entnehmen lassen, wonach sich die Beschwerdeführerin 1 primär zur Rückzahlung der Einlage vertraglich verpflichtet hat. Vor dem Hintergrund, dass selbst der Untersuchungsbeauftragte in seinem Bericht keine klare abschliessende Aussage machen konnte, ob und inwiefern die Formulierung "Rückgabe/Verkauf" auf Seiten der Investoren als Rücknahmegarantie verstanden worden sei bzw. ob eine Rückzahlungsverpflichtung besteht, kann der Sichtweise der Vorinstanz nicht gefolgt werden. Die in den verschiedenen Internetauftritten verwendeten Begriffe wie "Kapitalanlage", "Rendite", "Wertsteigerung" sowie "Investment" können höchstens den Schluss nahelegen, dass die Beschwerdeführer für ihr Produkt im Sinne einer Investitionsmöglichkeit geworben haben, sie vermögen aber keine Aufschlüsse auf eine primäre Rückzahlungsverpflichtung zu geben. Auch die von der FINMA ins Feld geführten Argumente, wonach die Rechte an den Fässern verbrieft worden seien und die Kunden keinen unmittelbaren Besitz an der Kaufsache erlangen würden, erweisen sich insofern als untauglich, als sie für sich allein genommen keine Hinweise auf eine Rückzahlungsverpflichtung beinhalten. Entgegen der Meinung der FINMA stellt die im Zertifikat vorgesehene Rückerstattung des Kaufpreises einschliesslich Verzinsung von 5% p.a. im Fall eines Mangels ein typisches Beispiel für das kaufvertragliche Rückabwicklungsverhältnis nach erfolgreicher Wandlungserklärung (Art. 208 Abs. 2 OR) dar, was offensichtlich auf eine sekundäre Leistungspflicht hindeutet und nicht unter den Einlagebegriff fällt. Ebenso wenig kann die Vorinstanz aus der in den Zertifikaten enthaltenen Möglichkeit, wonach X. \_\_\_\_\_ AG berechtigt ist, das Eichenfass zu veräussern und dem Kunden den Kaufpreis unverzinst gutzuschreiben, sollte er sich nach Ablauf der Lagerdauer nicht rechtzeitig für eine der drei Optionen entscheiden, eine Rückzahlungsverpflichtung im Sinne der Bundesgerichtspraxis ableiten. Vielmehr dürfte es sich dabei um eine sekundäre Leistungspflicht im Rahmen der Vertragserfüllung handeln, welche für die Unterstellung unter den Einlagebegriff nicht massgeblich ist. Ähnliches gilt für die im Zertifikat vorgesehene Option, das Eichenfass nach der Mindestlagerdauer von fünf Jahren durch die X. \_\_\_\_\_ AG zugunsten des Zertifikatsinhabers veräussern zu lassen. Auch in diesem Fall sind keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer primären Leistungspflicht im Sinne einer Rückzahlungsverpflichtung ersichtlich. Soweit die Vorinstanz unter Berufung auf die Umfrage des Untersuchungsbeauftragten vorbringt, der überwiegende Teil der Anleger habe den Entscheid für den Fasserwerb vordergründig mit

Renditeüberlegungen begründet, sind ihre Ausführungen in zweierlei Hinsicht zu relativieren. Zum einen mutet eine solche Schlussfolgerung sonderbar an. Denn angesichts von lediglich fünf Kundenrückmeldungen bei 659 verkauften Fässern kann einer solchen Umfrage wohl kaum ein repräsentativer Charakter zugeschrieben werden. Zum anderen ist der Aspekt der Renditeüberlegungen für die Qualifikation als Einlage absolut ohne Belang, wenn wie vorliegend keine vertragliche Rückzahlungspflicht im Vordergrund steht. Dasselbe lässt sich für die geäusserten Zweifel der FINMA an der Werthaltigkeit der Fässer sagen, da der Essig im Detailhandel offenbar billiger bezogen werden kann. Derartige Aspekte sagen nichts über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Rückzahlungsverpflichtung aus.

### **E. 5.3.2**

Aus einer Gesamtbetrachtung sämtlicher genannten Elemente bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung ergibt sich, dass es sich beim Kaufangebot von Essigfässern mit Einlagerungsmöglichkeit während mindestens fünf Jahren nicht um eine Publikumseinlage handelt, weil nicht erstellt ist, dass die Beschwerdeführerin 1 mit dem Eingehen genannter Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden selber zur Rückzahlungsschuldnerin der entsprechenden Leistung wurde. Die Vorinstanz geht unzutreffend von einer missbräuchlichen Anrufung der Ausnahmebestimmung von Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV aus. Dabei verkennt sie, dass die Subsumption unter den Einlagebegriff praxisgemäss die wirtschaftlich im Vordergrund stehende, aus Sicht des Investors unbedingt bestehende Rückzahlungsverpflichtung der getätigten Investition zentral voraussetzt. Im Geschäftsmodell der Beschwerdeführer liegt ein solches tragendes und begriffsnotwendiges Merkmal jedoch nicht vor. Indem die Vorinstanz versucht, aus der Kumulation vieler sekundärer Leistungspflichten bzw. für sich allein nicht massgeblicher Elemente eine primäre Rückzahlungsverpflichtung zu konstruieren, unterläuft sie die geltende Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Qualifikation des Einlagebegriffs.

### **E. 5.3.3**

Die von der Vorinstanz erst im Rechtsmittelverfahren ins Recht gelegten Beilagen vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Weder im Artikel "..." (...) noch im Artikel "..." (...) befinden sich konkrete Hinweise, welche eine Rückzahlungsverpflichtung im Sinne der Rechtsprechung bzw. eine Rücknahmegarantie nahelegen würden. Die allenfalls dort angesprochenen möglichen Wertsteigerungen dürften wohl kaum ins Gewicht fallen, soweit die Vertragsparteien, wie vorliegend, den späteren Rückkauf des Kaufgegenstands nicht vertraglich vereinbart haben. Gleich verhält es sich mit dem Auszug aus einer anonymen Chat-Konversation auf der Webseite "..." (Beilage 2 der Vernehmlassung), in welchem nirgends die Rede von einer Rückzahlungsverpflichtung ist. Ferner sind die vom Konkursliquidator erstellte Inventarliste der Essigfässer an den Standorten (...) und (...) sowie die entsprechende Stellungnahme der Beschwerdeführer vom 26. September 2016 (Beilage 3 der Vernehmlassung) höchstens bezüglich der Frage einer genügenden Individualisierung und Zuordenbarkeit der Kaufgegenstände aussagekräftig, welche vorliegend aufgrund der fehlenden Einlagequalität nicht mehr geklärt zu werden braucht. Allein aus dem Umstand, dass die Inventarliste ca. 46, mit "Auslieferung / Rückkauf" etikettierten Fässer enthält, kann die Vorinstanz nicht ohne Weiteres auf eine Rückzahlungsverpflichtung schliessen.

### **E. 5.4**

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Vorinstanz eine Rechtsverletzung vorzuwerfen ist, wenn sie in der angefochtenen Verfügung zur Erkenntnis gelangte, dass das Geschäftsmodell der Beschwerdeführer im Sinne einer verkappten Darlehenskonstruktion primär einen Einlagecharakter aufweise und in der Folge eine Umgehung des Ausnahmetatbestands bejahte. Dem erstellten Sachverhalt lässt sich keine Rückzahlungsverpflichtung entnehmen. Nachdem feststeht, dass das begriffsnotwendige Merkmal der Rückzahlungsverpflichtung für die empfangene Leistung vorliegend nicht erfüllt ist, erübrigt sich eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage, ob den einzelnen Vertragspartnern effektiv dingliche Rechte im Sinne der Ausnahmebestimmung von Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV übertragen wurden. Soweit die Beschwerdeführerin 1 mit ihrer umfangreichen Dokumentation zur Kenntnis bringt, dass viele ihrer Kunden die bei ihr erworbenen und eingelagerten Fässer an die Xx. \_\_\_\_\_ AG verkauft hätten und inzwischen das Eigentum an 647 Fässern an Letztere übergegangen sei, um daraus eine genügende Eigentumsverschaffung im vorliegenden Fall herzuleiten, sind ihre Ausführungen aufgrund dieses Ausgangs nicht relevant. Fehlt einem Geschäftsmodell das tragende Element der Rückzahlungsverpflichtung, liegt keine Publikumseinlage vor, womit es auch keine Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften geben kann.

#### **E. 6.1**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz in den Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der angefochtenen Verfügung zu Unrecht festgestellt hat, die Beschwerdeführer hätten ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Da gemäss den vorstehenden Erwägungen keine bewilligungspflichtige gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen erfolgte, entbehrt die Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung, wonach die Beschwerdeführerin 1 die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bankenbewilligung nicht erfüllt und die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung verweigert werde, einer Grundlage.

#### **E. 6.2**

Da die Tätigkeit der Beschwerdeführer nicht als unerlaubt im Sinne der finanzmarktaufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu qualifizieren ist, hätte die Vorinstanz keine weiteren Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffern 4-15 der angefochtenen Verfügung anordnen dürfen (Liquidation, Konkursöffnung, Unterlassungsanweisung und Publikation). Nachdem erkannt wurde, dass die Feststellungen der FINMA hinsichtlich der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen unzutreffend sind, sind die Gründe für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache entfallen. Die Beschwerde erweist sich daher als begründet und ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, wobei die angefochtene Verfügung einschliesslich der darin angeordneten Massnahmen aufzuheben ist. Die nachträgliche Aufhebung des Konkurses ist dem zuständigen Handelsregisteramt durch die Rechtsmittelinstanz zu melden (vgl. Art. 158 Abs. 1 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV, SR 221.411]; David Rüetschi in: Rino Siffert/Nicholas Turin [Hrsg.], Handelsregisterverordnung, Kommentar, Bern 2013, N 42 zu Art. 158 HRegV). In Anbetracht, dass eine allfällige Beschwerde an das Bundesgericht in der Regel keine aufschiebende Wirkung hat und der Aufhebung der Konkursöffnung daher sofortige Wirkung zukommt, erfolgt die Meldung an das Handelsregisteramt unmittelbar mit der Urteilseröffnung (vgl. Rüetschi, a. a. O.; Yves Donzallaz, Commentaire de la Loi sur le

Tribunal fédéral, Bern 2008, N 4158 zu Art. 103 BGG; vgl. analog zur Aufhebung der Konkurserkennnisse kantonaler Gerichte Urteile des BGer 5A\_786/2012 vom 18. Dezember 2012 Dispoziff. 4, 5A\_466/2012 vom 4. September 2012, Dispoziff. 4).

### **E. 6.3**

Aufgrund dieses Verfahrensausgangs drängt sich eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz auf, damit sie eventuell neu über die Verlegung der Kosten für den eingesetzten Untersuchungsbeauftragten und der Verfahrenskosten entscheidet (Dispositiv-Ziffern 16 und 17 der angefochtenen Verfügung).

### **E. 6.4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die weiteren Rügen der Beschwerdeführer nicht mehr zu prüfen.

### **E. 7**

Vorliegend sind die Beschwerdeführer im Hauptverfahren als überwiegend obsiegend zu betrachten, währenddem im Zwischenentscheid vom 6. Januar 2017 betreffend vorsorgliche Massnahmen ihren Begehren nur teilweise entsprochen wurde. Zwar unterliegt die Beschwerdeführerin 1 bzw. der Beschwerdeführer 2 teilweise im Eintretenspunkt, soweit sich ihr bzw. sein Aufhebungsantrag auf die Feststellung einer schweren Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen gemäss Dispoziffer 1 bzw. 3 bezieht (vgl. E. 1.2.1 ff. und E. 1.2.2 ff.). Der Umstand, dass die Rechtslage insofern unklar war, als die Einordnung des rechtlichen Charakters solcher Feststellungen bei gleichzeitiger Anordnung von Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands in der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts bisher nicht konsequent eingehalten wurde, darf den Beschwerdeführern nicht zum Nachteil gereichen. Im Ergebnis rechtfertigt es sich daher, ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz trägt unabhängig vom Verfahrensausgang keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Gemäss Gebührenreglement wäre den Beschwerdeführern für die Anfertigung von 2211 Kopien eine Verwaltungsgebühr von Fr. 1'105.50 aufzuerlegen (vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. a des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Verwaltungsgebühren des Bundesverwaltungsgerichts [GebR-BVGer, SR 173.320.3]). Unter Berücksichtigung der hohen Anzahl Kopien, des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin 1 diese am Gericht selbst anfertigte sowie des Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzips rechtfertigt es sich, die Gebühr in Anwendung von Art. 3 Abs. 3 GebR-BVGer um einen Drittel zu reduzieren (vgl. auch BGE 107 Ia 29 E. 2d und 118 Ib 349 E. 4 und 5; Bernhard Waldmann/Magnus Oeschger, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Auflage, 2016, Rz. 93 ff. ad Art. 26 VwVG). Der ermässigte Betrag im Umfang von Fr. 737.- wird dem Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 5'263.- ist den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückzuerstatten.

### **E. 8**

In Anbetracht des Verfahrensausgangs ist den Beschwerdeführern im Rahmen ihres Obsiegens zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE; Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 FINMAG). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Die Beschwerdeführer liessen sich vor

Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten. Eine detaillierte Kostennote wurde aber nicht eingereicht. Die Parteienschädigung ist deshalb aufgrund der Akten und des geschätzten Aufwands durch das Bundesverwaltungsgericht festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angesichts des vorliegenden Aufwands der Streitsache erscheint es angemessen, den Beschwerdeführern zulasten der Vorinstanz eine Parteienschädigung von insgesamt Fr. 8'000.- zuzusprechen. Die Parteienschädigung hat die Vorinstanz den Beschwerdeführern nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

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