

# **BVGer B-6886/2015 vom 21. März 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-03-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6886\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6886_2015)

FR: TAF B-6886/2015 du 21 mars 2016

IT: TAF B-6886/2015 del 21 marzo 2016

## **Regeste**

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 m. w. H., BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) i. V. m. Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz. Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die FINMA ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. e VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

#### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin, handelnd durch das einzige und einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglied A. \_\_\_\_\_, hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert und durch ihre Rechtsanwälte rechtsgenügend vertreten. Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts steht auch denjenigen Organen, welche bis zum Erlass der superprovisorischen Verfügung zeichnungsberechtigt waren, trotz Entzugs bzw. Dahinfallens der Vertretungsbefugnis die Beschwerdeberechtigung zu (vgl. Urteil des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 2.3.1, BGE 131 II 306 E. 1.2.1; Urteil des BVGer B-6736/2013 vom 22. Mai 2014 E. 1.2.4 m. w. H.). Dies würde vorliegend auf das gemäss Handelsregistereintrag bis zur Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten einzige und einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglied A. \_\_\_\_\_ zutreffen.

#### **E. 1.3**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die selbständig eröffnete provisorische Verfügung der FINMA vom 15. Oktober 2015, welche ihrerseits die superprovisorische Verfügung der FINMA vom 3. September 2015 betreffend die Einsetzung eines

Untersuchungsbeauftragten bestätigt. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz bildet einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 46 VwVG. Sie schliesst das gegen die Beschwerdeführerin eröffnete Enforcementverfahren nicht ab, sondern stellt einen Zwischenschritt auf dem Weg zu einem Endentscheid über die Beurteilung des aufsichtsrechtlichen Sachverhalts, insbesondere hinsichtlich einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit, dar. Auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen gelten als anfechtbare Verfügungen gemäss Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 46 Abs. 1 VwVG, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG). Im Rahmen des Verfahrens, welches zum Erlass der provisorischen Zwischenverfügung der FINMA vom 15. Oktober 2015 geführt hat, welche vorliegend das Anfechtungsobjekt bildet, hat die Beschwerdeführerin Gelegenheit erhalten, sich zur mit Verfügung vom 3. September 2015 superprovisorisch angeordneten Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten zu äussern. Aufgrund dieser Vorgehensweise der FINMA konnte der An-spruch der Beschwerdeführerin auf vorherige Anhörung gewährleistet werden. Die im Rahmen einer provisorischen Zwischenverfügung angeordnete Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten beinhaltet regelmässig einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil und gilt als selbständig anfechtbar (vgl. BGE 137 II 284 E. 4.2.3; Urteil des BVGer B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.5 f., 1.10 und 1.12 ff.). Dies im Unterschied zur superprovisorischen Einsetzungsverfügung, die praxismässig nur ausnahmsweise anfechtbar ist, nämlich nur wenn sich eine Rechtsverzögerung oder -verweigerung abzeichnet oder offensichtlich ist, dass die superprovisorische Massnahme bestätigt wird (vgl. Urteil des BVGer B 7038/2009 E. 1.12 ff.; vgl. zur Entwicklung dieser Praxis auch BGE 137 II 284 E. 4.2.4 und Benedikt Maurenbrecher/André Terlinden, in: Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Watter/Vogt [Hrsg.], 2. Auflage, 2011, N. 80 zu Art. 36 FINMAG). Durch die streitbetroffene provisorische Anordnung, ihre Geschäftstätigkeit vom Untersuchungsbeauftragten überprüfen zu lassen sowie diesem unter Strafandrohung Zutritt zu ihren Geschäftsräumlichkeiten und Einblick in sämtliche Unterlagen gewähren zu müssen, droht der Beschwerdeführerin ein nicht wieder gutzumachender Nachteil. Dies umso mehr als die FINMA noch weitgehende Sicherungsmassnahmen (Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots, Verbot weiterer Geschäftstätigkeit usw.) verfügt hat. Im Übrigen könnten auch die Mandatskosten für die Frage eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils eine Rolle spielen (vgl. Urteil des BGer 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001 E. 1.b). Alle diese Eingriffe können selbst im Fall eines positiven Verfahrensausgangs nicht ohne weiteres wieder gutgemacht werden, da sie geeignet sind, die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin in schwerer Weise einzuschränken und zu beeinträchtigen (vgl. Urteil des BGer 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001 E. 1.b) cc) vom 31. Mai 2001 m. w. H.; BGE 137 II 284 E. 4.2.7). Zusammenfassend ergibt sich, dass im vorliegenden Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil bejaht werden kann, weshalb die provisorische Verfügung der FINMA vom 15. Oktober 2015 im Sinne von Art. 46 VwVG anfechtbar ist.

#### **E. 1.4**

Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), die Vertreter haben sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen

sind gegeben (Art. 46 ff.).

### **E. 1.5**

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 2**

Die FINMA übt die Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen, namentlich dem Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR 952.0) und nach dem FINMAG aus (Art. 6 Abs. 1 FINMAG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 FINMAG). Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Art. 5 Satz 1 FINMAG). Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei (Art. 5 Satz 2 FINMAG). Der Finanzmarktaufsicht durch die FINMA unterstehen diejenigen Personen, die nach den einschlägigen Finanzmarktaufsichtsgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen (beispielsweise Banken, Effektenhändler, Börsen, Versicherungsunternehmen), die kollektiven Kapitalanlagen sowie Prüfgesellschaften (Art. 3 FINMAG). Die Aufsicht der FINMA erstreckt sich nicht nur auf die dem Gesetz unterstellten Institute. Da die FINMA im Allgemeinen über die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu wachen und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu sorgen hat (vgl. Art. 1 i. V. m. Art. 5, 6 und 31 FINMAG), umfasst ihr Aufgabenbereich ebenfalls die Abklärung der finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht und die Ermittlung von Finanzintermediären, die in Verletzung der gesetzlichen Vorschriften bewilligungslos tätig sind (BGE 136 II 43 E. 3.1, BGE 132 II 382 E. 4.1, BGE 126 II 111 E. 3).

### **E. 3**

Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die FINMA befugt und verpflichtet, die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Gestützt auf Art. 36 FINMAG kann die FINMA unter anderem eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder die von ihr angeordneten rechtlichen Massnahmen umzusetzen. Zur Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist dabei nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht; vielmehr genügt es, dass hierfür objektive Anhaltspunkte bestehen, wobei der Sachverhalt nur durch die Kontrolle vor Ort bzw. durch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen abschliessend geklärt werden kann. Der durch die FINMA zu beseitigende Missstand im Sinne von Art. 36 FINMAG liegt hier in der unklaren Ausgangslage, die es zu bereinigen gilt (vgl. BGE 137 II 284 E. 4.2.1 m. w. H.; André Terlinden, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, 2010, S. 160 ff., S. 215 ff.). Die FINMA ist dabei an die allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze gebunden (BGE 137 II 184 E. 421, 130 II 351 E. 2.2 S. 355). Wie jedes staatliche Handeln muss auch die finanzmarktrechtliche Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten - wegen der damit einhergehenden Konsequenzen (Übernahme der Mandatskosten, Störung des Geschäftsbetriebs, Beschädigung des Ansehens des Finanzinstituts; vgl. Terlinden, S. 244, zitiert in BGE 126 II 111 E. 5b/bb) - verhältnismässig sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 136 II 43 E. 3.3.). Im Rahmen der mit

ihren Anordnungen verbundenen Interessenabwägungen hat die Aufsichtsbehörde der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass die betroffenen natürlichen oder juristischen Personen im Resultat allenfalls tatsächlich keiner unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachgehen und die vorsorglichen Massnahmen sie in materiell ungerechtfertigter Weise massiv beeinträchtigen können. Sie muss deshalb jeweils rasch auf erste Resultate der Abklärungen reagieren (BGE 137 II 284 E. 4.2.1 m. w. H.). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die FINMA im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits, Rechnung zu tragen (Anleger- und Funktionsschutz; BGE 131 II 306 E. 3.1.2; 130 II 351 E. 2.2 S. 355; 126 II 111 E. 3b S. 115; 121 II 147 E. 3a S. 149).

#### **E. 4**

Natürliche und juristische Personen, die nicht dem BankG unterstehen, dürfen keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. (Art. 1 Abs. 2 BankG). Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig für eigene Rechnung Fremdgelder entgegennimmt und selbst zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird. Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2). Die Definition als Einlage verlangt weder, dass die gesamte Summe zurückbezahlt werden muss, noch dass die Rückzahlung sofort ohne Zwischentransaktion erfolgen muss (vgl. Urteil des BGer 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/bb). Ausgenommen sind unter gewissen, eng umschriebenen Vor-aussetzungen fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter, insbesondere Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen [Bankenverordnung, BankV, SR 952.02]) sowie Art. 3a Abs. 3 Bst. a der alten BankV vom 17. Mai 1972 [im Folgenden: aBankV; vgl. Art. 67 BankV Fussnote 1 für die genauen Stellen in der AS]; Der mutmasslich massgebender Sachverhalt trug sich zumindest teilweise vor dem 31. Dezember 2014 zu, so dass auch die aBankV zur Anwendung kommen dürfte). Massgebend ist dabei nicht die Bezeichnung eines Vertrages, sondern dessen Zweck (vgl. Urteil des BVGer B-8227/2007 vom 20. März 2009 E. 5.2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die Kaufobjekte bzw. Dienstleistungen genügend bestimmt sein, so dass sie den betreffenden Investoren zugeordnet werden können und die Zahlung eine Gegenleistung darstellt (vgl. Urteile des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2 und 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/cc). Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 aBankV bzw. Art. 6 BankV) oder wer in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (vgl. Art. 3 Abs. 1 aBankV bzw. Art. 6 BankV; BGE 136 II 43 E. 4.2 m.H.).

#### **E. 5**

Im Folgenden ist der zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache erhebliche Sachverhalt zu eruieren und anschliessend zu prüfen, ob die Vorinstanz darin zurecht hinreichend objektive Anhaltspunkte erkennen konnte, die auf die Ausübung einer unbewilligten Geschäftstätigkeit schliessen lassen.

## E. 5.1

Der superprovisorischen Einsetzungsverfügung legte die Vorinstanz im Wesentlichen folgenden Sachverhalt zugrunde. Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in (Angaben zum Ort). Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie den Handel mit und Vertrieb von Lebensmitteln und kulinarischen Spezialitäten, namentlich solcher der Marke (...), und die Übernahme von diesbezüglichen Management- und Beratungsdienstleistungen, Research und Development von Produkten aller Art sowie das Erbringen von damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Aus dem Auszug der Webseite der Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2015 (Register 5 der Vorakten) ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin bis zu diesem Zeitpunkt unter der Rubrik "Für Investoren" für eine Kapitalanlagemöglichkeit warb. Dabei wurde Interessenten der Erwerb von edlem Apfel-Balsam-Essig angeboten, welcher in 30 Liter (...)Eichen-(...)-Fass abgefüllt und während fünf Jahren in (Angaben zum Ort) gelagert wurde. Dem Werbeprospekt der Beschwerdeführerin mit dem Titel "..." (Register 5 der Vorakten) lässt sich entnehmen, dass der Preis für ein Eichenfass Schweizer Premium Balsamico Fr. 11'500.- beträgt. Darin inbegriffen seien insbesondere Inhalt, Lagerung, Beschriftung, Transport in (Angaben zum Ort), Qualitätskontrolle und Versicherung. Jedes Essigfass werde mit einer Nummer und einer individuellen Etikette versehen, die nach Kundenwunsch beschriftet werde. Zudem bestehe die Möglichkeit, die Anlagedauer um weitere fünf Jahre zum Preis von Fr. 1'500.- zu verlängern. Am Ende der fünfjährigen Lagedauer stünden dem Kunden drei Möglichkeiten zur Verfügung: er könne entweder die physische Auslieferung des Fasses verlangen oder dessen Lagedauer um weitere fünf Jahre verlängern oder dieses durch die Beschwerdeführerin gegen Erhalt des Gesamterlöses veräussern lassen. Ferner verspreche eine weitere Dokumentation der Beschwerdeführerin mit dem Titel "..." innerhalb der fünfjährigen Lagerung eine Wertsteigerung des Essigs und der sich im Fass bildenden Essigkristalle von mindestens 17 % bis 43 %. Die FINMA führt zudem an, sie sei noch auf diverse deutsch- und fremdsprachige Videos auf "Youtube" sowie auf andere Internetplattformen gestossen, in welchen die Rede von "Investment" sei und eine als "Banker und Investor" bezeichnete Person die Investition in die Essigfässer bewerbe. Hinsichtlich des Zustandekommens der vertraglichen Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Kunden hat die FINMA ausgeführt, dass Interessierte zuerst mittels Antragsformular die gewünschte Anzahl Essigfässer beantragen und die gewünschte Beschriftung bekanntgeben würden, wobei die Beschwerdeführerin im Gegenzug eine entsprechende Anzahl Zertifikate ausstelle, welche den Zertifikatsinhaber als Eigentümer des jeweiligen Eichenfasses mit einer von der Beschwerdeführerin zugeteilten Fassnummer ausweisen würden. Die ausgestellten Zertifikate gäben auch Auskunft über den Jahrgang (Einlagerungsdatum), die vom Kunden gewählte Beschriftung und die drei Wahlmöglichkeiten nach Ablauf der fünfjährigen Lagerdauer. Die FINMA geht aufgrund der von ihr einverlangten Bankunterlagen der Beschwerdeführerin für die Zeitperiode 2009 bis 2015 davon aus, dass Gelder in der Höhe von mindestens CHF 6.12 Mio. und EUR 92'000.- von ca. 200 unterschiedlichen Anlegern / Investoren entgegengenommen worden seien. Gestützt auf die Bank- und die von der Beschwerdeführerin eingereichten Geschäftsunterlagen hat die FINMA darauf schliessen können, dass Gegenstand der von den Kunden der Beschwerdeführerin getätigten Investitionen mehr als 540 Essigfässer bildeten. Zudem habe die Beschwerdeführerin mittels einer Inventar- und Kundenliste die Einlagerung von 199 Fässern in (Angaben zum Ort) dokumentiert. Nachdem die FINMA aufgrund angeblicher Einsturzgefahr keinen Augenschein in (Angaben zum Ort) habe

durchführen können, habe sie in einem zweiten ihr zugänglich gemachten und als "Show Room" ausgestalteten (Angaben zum Ort) insgesamt 316 Kundenfässer sowie in einem (Angaben zum Ort) weitere 46 Kundenfässer feststellen können. Auf Ersuchen der Vorinstanz, die eine gewisse Logik bei der Lagerung der Kundenfässer vermisst habe, habe ihr die Beschwerdeführerin - zusätzlich zur Liste der im (Angaben zum Ort) gelagerten Fässer - eine Inventar- und Kundenliste für den (Angaben zum Ort) zukommen lassen, welche lediglich 316 Fässer umfasse, jedoch keine Angaben zu den weiteren 46 Fässern mache. Weiter bemängelte die FINMA die Unvollständigkeit der Informationen hinsichtlich Jahrgangs, Einlagerungsdatums und Fassnummern. Aus den von der Beschwerdeführerin zuhanden der FINMA eingereichten Versicherungsunterlagen gehe schliesslich hervor, dass zwischen 2012 und 2014 lediglich 60 Fässer in (Angaben zum Ort) versichert gewesen seien. Schliesslich sei der FINMA auf den von der Beschwerdeführerin eingereichten Fotos der sich noch in (Angaben zum Ort) befindlichen Fässer aufgefallen, dass die Fässer trotz bereits langjähriger Lagedauer (ab 2009) neuwertig wirkten und die an den Fässern angebrachten silber-metallisierten Etiketten/Plaketten ebenfalls neu wirkten und grösstenteils nicht bedruckt bzw. beschriftet seien.

#### **E. 5.2**

Die widersprüchlichen Angaben zur Anzahl Fässer und die sich auf lediglich 60 Fässer beschränkte Versicherungsdeckung haben bei der Vorinstanz Zweifel darüber aufkommen lassen, dass die Anzahl der verkauften Fässer mit der Anzahl der eingelagerten Kundenfässer übereinstimme. Infolgedessen habe zumindest für eine noch nicht bestimmbar Anzahl Kundenfässer kein Besitzübergang stattgefunden, so dass die Kunden lediglich über einen obligatorischen Anspruch auf eine künftige Sache verfügten und ihnen kein Aussonderungsrecht im Fall eines Konkurses der Beschwerdeführerin zustehe. Aufgrund der Zweifel an der Eigentumsverschaffung und/oder an der genügenden Individualisierung der Fässer sowie aufgrund der festgestellten Werbung mittels Prospekte und auf Internetplattformen und der von mindestens 200 verschiedenen Anlegern/Investoren/Kunden entgegengenommenen Geldern schloss die Vorinstanz insgesamt auf das Vorliegen gewichtiger Anzeichen für eine möglicherweise unerlaubte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen.

#### **E. 5.3**

In ihrer Stellungnahme zur superprovisorischen Verfügung vom 1. Oktober 2015 führte die Beschwerdeführerin insbesondere an, sie schliesse mit Kunden Kauf- und Einlagerungsverträge betreffend hochwertigen Balsamico, d. h. einen Sachwert, ab. Ein solches Geschäftsmodell werde von zahlreichen prominenten Mitbewerbern betrieben. Das Eigentum an den bestimmten bzw. bestimmbar Gattungssachen gehe jedenfalls mit Besitzeskonstitut auf die Kunden über, womit ein Ausnahmetatbestand vorliege. Sodann gab die Beschwerdeführerin zu, im Rahmen der Vorabklärungen einige administrative Unzulänglichkeiten offenbart zu haben, wobei die bei der Vorinstanz anscheinend hervorgerufenen Zweifel durch die Übermittlung einer transparenten Kunden- und Fassliste hätten ausgeräumt werden können.

#### **E. 5.4**

In der angefochtenen provisorischen Verfügung vom 15. Oktober 2015 hielt die FINMA fest, die nach erfolgter superprovisorischer Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten nachgeschobene Kunden- und Fassliste vermöge die begründeten Verdachtsmomente nicht

zu entkräften. Dies umso mehr, als der Untersuchungsbeauftragte bisher nicht habe abklären können, ob die von der Beschwerdeführerin angegebene Anzahl Fässer tatsächlich in (Angaben zum Ort) eingelagert sei, so dass weiterhin begründete Zweifel bestünden, ob die einzelnen Fässer den angeblichen Eigentümern hätten zugewiesen werden können und ob den Käufern tatsächlich Eigentum an den Fässern verschafft worden sei.

### **E. 5.5**

Die Sachverhaltsfeststellung der FINMA lässt sich insofern verifizieren, als die Beschwerdeführerin auf ihrer Webseite, Internetplattformen sowie auf verschiedenen Prospekten für eine Kapitalanlagemöglichkeit Werbung betrieb und unvollständige bzw. widersprüchliche Angaben hinsichtlich der Anzahl der verkauften Fässer mit der Anzahl der eingelagerten Kundenfässer und im Vergleich zur offengelegten Versicherungsdeckung machte. Im Sinne einer Gesamtwürdigung der Umstände ist nicht zu beanstanden, wenn die FINMA Zweifel daran hegt, ob eine ausreichende Individualisierung und effektive Zuordnung der Fässer auf einen mutmasslichen Eigentümer stattgefunden hätten und das Eigentum an den verkauften Fässern tatsächlich übertragen worden sei. Dies umso mehr, als selbst die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zur superprovisorischen Verfügung zugegeben hat, im Rahmen der Vorabklärungen administrative Unzulänglichkeiten offenbart zu haben. Gestützt auf die Sachverhaltsdarstellung der FINMA bestanden vorliegend hinreichend Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin möglicherweise ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegengenommen hat, mithin einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist bzw. nachgehen könnte. In Anbetracht des Vorliegens ausreichender Indizien ist einzuräumen, dass sich bestimmte Abklärungen effektiv als nötig erwiesen, um die Frage des Einlagecharakters abschliessend beurteilen zu können. Die FINMA war daher befugt und verpflichtet, die nötigen Abklärungen und Anordnungen mit Bezug auf den aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt in die Wege zu leiten, um gegebenenfalls den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen. Die Frage, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist, wird Gegenstand des Endentscheids bilden, den die FINMA gestützt auf den Schlussbericht des Untersuchungsbeauftragten fällen wird. Wie bereits geschildert, erhielt die Beschwerdeführerin vor Erlass der provisorischen Verfügung Gelegenheit, ihre schutzwürdigen Interessen darzulegen, wovon sie Gebrauch machte, indem sie eine aktualisierte Kunden- und Fassliste übermittelte. Nachdem die Beschwerdeführerin aber bis zu diesem Zeitpunkt trotz entsprechender Aufforderung der Vorinstanz unvollständige und teils widersprüchliche Auskünfte geliefert hatte, lässt sich nachvollziehen, dass die mit der Stellungnahme nachgereichte Liste oder ein weiteres Auskunftsersuchen der Vorinstanz nicht geeignet sein konnte, die bei ihr hervorgerufenen Verdachtsmomente vollständig auszuräumen. Dies nicht zuletzt, weil die Verifizierung der ins Recht gelegten Liste eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen und ein weiteres Zuwarten gegebenenfalls negative Auswirkungen für die Anleger haben könnte. Gestützt auf die erwähnte Stellungnahme der Beschwerdeführerin bestand für die FINMA daher keine Veranlassung, auf die superprovisorisch angeordneten Massnahmen zurückzukommen. Nur eine Kontrolle vor Ort kann der FINMA erlauben, sich im Interesse des Anlegers- und Funktionsschutzes möglichst schnell ein objektives und vollständiges Bild über die effektiv von der Beschwerdeführerin nachgegangene Tätigkeit zu verschaffen. Zur Abklärung, ob und inwiefern die Beschwerdeführerin tatsächlich einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgeht, scheint die provisorische Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen als sachlich gerechtfertigt, sowie geeignet und erforderlich,

um ein möglicherweise von unbewilligt tätigen Finanzinstituten ausgehendes Schädigungspotential aufzudecken und dem Schutz der Anleger einerseits und der Stabilität des Finanzsystems andererseits genügend Rechnung zu tragen. Der FINMA ist demnach kein rechtswidriges und willkürliches Verhalten vorzuwerfen.

#### **E. 5.6**

An diesem Ergebnis vermögen die von der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift vorgebrachten Argumente nichts zu ändern. Sie hält im Wesentlichen dafür, das unrechtmässige Vorgehen der Vorinstanz beruhe letztlich allein auf einer nicht vertretbaren Auslegung von Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV und Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV bzw. einer Fehlinterpretation der von ihr angeführten bundesrechtlichen Rechtsprechung. Die Vorinstanz habe einen Sachverhalt ohne jegliche aufsichtsrechtliche Relevanz untersucht und sei dabei ohne Rechtsgrundlage gegen die Beschwerdeführerin vorgegangen. Selbst wenn sich sämtliche von der Vorinstanz gehegten Verdachtsmomente und Vermutungen als wahr erweisen würden, nähme die Beschwerdeführerin keine Gelder mit Einlagecharakter entgegen. So sei das Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Kunden auf die Herstellung und Übereignung einer bestimmten vertretbaren Gattungssache gerichtet, nämlich einer nach Zahl und Mass bestimmten Menge Apfelbalsamico, abgefüllt in Eichenfässern. Zudem biete die Beschwerdeführerin weitere Dienstleistungen an (Qualitätskontrolle, Transport, Lagerung und Versicherung des Kaufobjekts) an. Für sie sei der Zeitpunkt der Eigentumsverschaffung nicht massgebend. Auch seien die betreffenden Kaufobjekte bei Vertragsschluss genügend bestimmt bzw. bestimmbar, so dass sie dem Eigentum der betreffenden Käufer bzw. Investoren auch jederzeit zugeordnet werden könnten. Mit ihrer Argumentationslinie verkennt die Beschwerdeführerin, dass letztlich nicht darauf ankommt, ob sie tatsächlich ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegengenommen hat bzw. ob sie den Ausnahmetatbestand von Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV bzw. Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV effektiv nicht erfüllt. Ob ein widerrechtliches Umgehungsgeschäft vorliegt oder nicht, wird die FINMA erst aufgrund des Berichts des Untersuchungsbeauftragten beurteilen können. Wie es sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, konnte die FINMA gestützt auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten genügend hinreichende Anhaltspunkte dafür erkennen, dass die Beschwerdeführerin möglicherweise einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist und die Anlegerinteressen bzw. die Stabilität des Finanzsystems bedroht sein könnten. Es bestehen berechtigte Zweifel an der Eigentumsverschaffung, Individualisierung und Zuordnung der Fässer. Mit ihren Vorbringen in der Beschwerdeschrift vermag die Beschwerdeführerin keine klare Antwort auf diese offenen Fragen zu liefern, zumal sie die ihrer Ansicht nach fehlende aufsichtsrechtliche Relevanz des Sachverhalts auf keine plausiblen Tatsachenelemente abstützt, sondern sich vorwiegend mit einer angeblich nicht vertretbaren Auslegung der Ausnahmetatbestände durch die Vorinstanz begnügt. Angesichts der bestehenden Unsicherheiten war die FINMA gehalten, die nötigen Anordnungen zur weiteren Abklärung dieses aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalts zu treffen. Es besteht ein gegenseitiges Interesse, dass die FINMA ihren Entscheid zur Frage der aufsichtsrechtlichen Qualifikation der Tätigkeit der Beschwerdeführerin möglichst rasch und aufgrund einer möglichst vollständigen Aktenlage fällen kann. Vor diesem Hintergrund und in Berücksichtigung des Anleger- und Funktionsschutzes erweisen sich die hierfür angeordnete Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten sowie das vorsorgliche Verbot, einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachzugehen und die Sperrung der Bankkonten als verhältnismässig (vgl. vorne E. 5.5). Eine Verletzung von Bundesrecht ist nicht

auszumachen.

#### **E. 5.7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend hinreichend objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beschwerdeführerin einer unbewilligten Geschäftstätigkeit nachgegangen sein oder nachgehen könnte. Die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen die von der Vorinstanz geltend gemachten Verdachtsmomente nicht auszuräumen. Die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten und die Anordnung der damit einhergehenden Massnahmen sind daher nicht zu beanstanden.

#### **E. 6**

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass sich die Beschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin die Aufhebung der vorsorglich angeordneten Massnahmen verlangt, als unbegründet erweist und abzuweisen ist.

#### **E. 7**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320]). Diese werden auf Fr. 2'500.- festgesetzt und der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss wird zu deren Bezahlung verwendet. Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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