



## **Urteil vom 8. Dezember 2015**

---

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),  
Richter Stephan Breitenmoser,  
Richter Jean-Luc Baechler;  
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

---

Parteien

**X.**\_\_\_\_\_ **AG**,  
vertreten durch A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA**,  
Laupenstrasse 27, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Einstellung des Enforcementverfahrens / Verfahrenskosten /  
Kosten der Untersuchungsbeauftragten.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Eingabe vom 7. März 2013 fragte die Beschwerdeführerin, vertreten durch ihren Verwaltungsrats-Präsidenten, Rechtsanwalt A.\_\_\_\_\_, bei der Vorinstanz an, ob die Beschwerdeführerin und ihre aktuelle Geschäftstätigkeit unter das Kollektivanlagengesetz (KAG; vgl. die Zitierung in E. 3.1.1) fielen. Sie führte dabei einlässlich aus, dass dies ihrer Meinung nach nicht der Fall sei und ersuchte um eine dahin gehende schriftliche Bestätigung seitens der Vorinstanz. In der Folgezeit kam es zu verschiedenen Kontakten zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz, die aber nicht zur Befriedigung der Vorinstanz ausfielen, weil die Vorinstanz dabei nach ihrer Meinung nicht alle von ihr gewünschten Informationen erhielt. Die Beschwerdeführerin selber bewarb und akquirierte in dieser Zeit unter dem Titel "Kapitalerhöhung" Aktienzeichnungen in der Höhe von ca. ½ Mio. Franken, freilich ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass sie und ihre Geschäftstätigkeit nicht unter das KAG fielen.

**B.**

Am 27. März 2014 eröffnete die Vorinstanz mit superprovisorischer Verfügung ein Untersuchungsverfahren gegen die Beschwerdeführerin und untersagte ihr jegliche unbewilligte Tätigkeit als SICAF (vgl. zur Legaldefinition E. 3.1.1). Dabei setzte sie die Y.\_\_\_\_AG als Untersuchungsbeauftragte ein und ermächtigte diese, für die Beschwerdeführerin zu handeln. Zugleich ordnete sie einen entsprechenden Eintrag im Handelsregister an und sperrte sämtliche auf die Beschwerdeführerin lautenden Kontoverbindungen. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, gemäss der ihr per 11. November 2013 zugestellten Aktionärsliste hätten mindestens 30 Kleinaktionäre insgesamt über 33'000 Aktien der Beschwerdeführerin zum Nominalwert von Fr. 10.– gezeichnet. Diese Aktienzeichnungen seien gemäss den öffentlich bekannt gemachten Werbeunterlagen im Hinblick auf hochrentable Investitionen der Beschwerdeführerin in Transferverträge mit jungen Fussballtalenten angeboten worden. Indessen bestehe gemäss Jahresrechnung per 30. Juni 2013 eine erhebliche finanzielle Unterdeckung der Beschwerdeführerin, so dass von einer Gefährdung von Anlegerrechten auszugehen sei. Sodann habe die Beschwerdeführerin trotz Aufforderung hierzu ihre Post-, Bank- und Brokerverbindungen sowie die Kontobeziehungen, über welche der Verkehr mit den Aktionären abgewickelt würde, nicht angegeben. Insgesamt müsse beim aktuellen Wissensstand

von einer unbewilligten Geschäftstätigkeit als SICAF und einer entsprechenden Verletzung des KAG sowie von einer Gefährdung von Anlegerrechten ausgegangen werden.

**C.**

Am 27. Mai 2014 erstattete die Untersuchungsbeauftragte Bericht. In diesem beschrieb sie einlässlich die Geschäftstätigkeit und die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin und kam zum Schluss, dass im untersuchten Zeitraum von der Beschwerdeführerin keine Aktien ausgegeben worden und keine Investitionen in Fussballer-Transferrechte erfolgt seien. Die Aktien seien vielmehr unter Vorbehalt einer Nichtunterstellung unter das KAG gezeichnet worden, und die Fussballer-Transferverträge seien von Rechtsanwalt A. \_\_\_\_\_ persönlich und auf eigene Rechnung und nicht mit Wirkung für die Beschwerdeführerin abgeschlossen worden. Insofern liege aus ihrer Sicht keine unbewilligte, unter das KAG fallende Tätigkeit vor. Was die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin betreffe, sei zwar ein namhafter Kapitalverlust zu verzeichnen. Eine eigentliche Überschuldung im Sinne des Gesetzes und eine entsprechende Gefährdung von Gläubigerrechten lägen indessen nicht vor. Zudem habe die Beschwerdeführerin im Untersuchungsverfahren gut kooperiert und der Untersuchungsbeauftragten alle gewünschten Angaben geliefert.

**D.**

Mit Verfügung vom 18. Dezember 2014 stellte die Vorinstanz das Verfahren ein, überband jedoch der Beschwerdeführerin die Untersuchungskosten von Fr. 30'240.– und die Verfahrenskosten von Fr. 15'868.–. Sie begründete dies damit, dass die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin den Tatbestand einer unbewilligten, jedoch nach dem KAG bewilligungspflichtigen Tätigkeit in verschiedener Hinsicht erfüllt (vgl. Rz 11 ff. und 19 ff. ihres Entscheids). Erst nach angehobener Untersuchung habe sie denn auch ihre Werbung für Investitionen eingestellt und den Gesellschaftszweck so geändert, dass sie nun nicht mehr unter den Geltungsbereich des KAG falle. Insgesamt habe sie daher die bisherigen Untersuchungs- und Verfahrenskosten zu tragen.

**E.**

Hiergegen führt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 2. Februar 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt, sie sei von der Bezahlung der ihr auferlegten Kosten zu befreien. Zur Begründung führt sie aus, sie habe die Entgegennahme von Einlagen vorsorglich unter

der Suspensivbedingung angeboten, dass sie nicht unter den Geltungsbereich des KAG falle, und sich zur Klärung dieser Frage "proaktiv" an die Vorinstanz gewendet. Indessen habe sie keine Aktien an Dritte ausgegeben oder Verträge mit Fussballspielern abgeschlossen, sondern abgewartet, was passiere, und sich denn auch mehrfach bei der Vorinstanz über den Stand der Dinge informiert. Sie sei durch die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten, die Sperrung ihrer Konten und die Anordnung der Änderung ihres Handelsregistereintrags völlig überrascht worden, zumal sie von Anfang an kooperationswillig gewesen sei, was übrigens auch für die Vorinstanz erkennbar sein müssen (wird näher ausgeführt). Ein Telefonanruf seitens der Vorinstanz hätte genügt. Die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten sei daher unnötig und ungesetzlich gewesen, weshalb die Auferlegung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten als ungerechtfertigt und unverhältnismässig bezeichnet werden müsse.

#### **F.**

Replikando und duplikando halten die Verfahrensbeteiligten an ihren Anträgen und Vorbringen fest.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Der Entscheid der Vorinstanz vom 18. Dezember 2014 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der Vorinstanz erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung zuständig.

**1.2** Als Adressatin des angefochtenen Entscheides ist die Beschwerdeführerin beschwerdelegitimiert im Sinne von Art. 48 VwVG. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen (Art. 44 ff. VwVG), ist auf die Beschwerde einzutreten.

## 2.

Umstritten und im vorliegenden Verfahren zu klären ist vorab, ob die Vorinstanz vor Anordnung ihrer förmlichen Untersuchung am 27. März 2014 annehmen durfte und musste, die Beschwerdeführerin übe mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine unbewilligte, unter das KAG fallende Tätigkeit aus, sei zudem überschuldet und gefährde dadurch Anlegerrechte, und ob sie durch unkooperatives Verhalten eine Abklärung oder eine allfällige Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erschwere oder vereitle. Daran anschliessend ist die Frage zu beantworten, ob der Beschwerdeführerin Untersuchungs- und Verfahrenskosten auferlegt werden durften, und ob diese allenfalls übermässig waren und damit gegen das Verhältnismässigkeitsgebot verstossen.

## 3.

### 3.1

**3.1.1** Wer kollektive Kapitalanlagen verwaltet, aufbewahrt oder an nicht qualifizierte Anlegerinnen und Anleger vertreibt, braucht eine Bewilligung der Vorinstanz (Art. 13 Abs. 1 des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 [KAG, SR 951.31]). Eine Bewilligung beantragen muss die Beschwerdeführerin als SICAF (Société d'investissement à Capital Fixe; Investmentgesellschaft mit festem Kapital; Art. 13 Abs. 2 Bst. d KAG). Im Gegensatz zur SICAV (Société d'investissement à Capital Variable; Investmentgesellschaft mit variablem Kapital) handelt es sich bei der SICAF nicht um eine spezialgesetzliche Neuschöpfung des Kollektivanlagenrechts. Eine SICAF ist im Gegenteil nichts anderes als eine gewöhnliche AG i.S.v. Art. 620 ff. OR, deren ausschliesslicher Zweck die kollektive Kapitalanlage ist. Da das Aktienrecht grundsätzlich nicht vorschreibt, welchen (inhaltlichen) Zweck eine AG ausüben muss, ist eine SICAF aktienrechtlich ohne Weiteres zulässig und auch per se nicht atypisch (vgl. JUTZI/SCHÄREN, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, 2014, N. 574 ff.). Während der vertragliche Anlagefonds, die SICAV und die KGK (Kollektivgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen) spezialgesetzliche Schöpfungen des KAG sind, basiert eine SICAF auf den aktienrechtlichen Vorschriften i.S.v. Art. 620 ff. OR. Eine SICAF kann m.a.W. auch jenseits des regulatorischen Rahmens des KAG eine rechtliche Existenz haben (vgl. JUTZI/SCHÄREN, a.a.O., N. 587 ff.). Gemäss Art. 2 Bst. d KAG sind operative Gesellschaften, welche eine unternehmerische Tätigkeit ausführen, dem KAG nicht unterstellt. Die Abgrenzung zwischen der Kapi-

talanlage einerseits und der operativen Tätigkeit andererseits mag in offensichtlichen Fällen einleuchten, kann sich in heiklen Grenzfällen aber als schwierig erweisen. Das Bundesgericht hat in einem Leitscheid (Urteil des BGer 2C\_571/2009 vom 5. November 2010) eine Reihe von Abgrenzungskriterien festgelegt, die zur Abgrenzung der operativen Tätigkeit von der Kapitalanlage herangezogen werden können. Im Vordergrund stehen dabei der statutarische Zweck, die Art des Risikos (Markt- bzw. Investitionsrisiken oder operationelle bzw. Geschäftsrisiken), der Ursprung der Erträge sowie der Marktauftritt gegenüber dem Anleger (vgl. JUTZI/SCHÄREN, a.a.O., N. 600 ff.).

**3.1.2** Im Rahmen der Teilrevision des KAG (vgl. E. 3.1.1) wurde das Konzept des "öffentlichen Angebots" aufgegeben und stattdessen der Begriff des "Vertriebs" eingeführt. Als "Vertrieb" gilt dabei "jedes Anbieten von kollektiven Kapitalanlagen und jedes Werben für kollektive Kapitalanlagen, das sich nicht ausschliesslich an [qualifizierte] Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 KAG lit. a [beaufsichtigte Finanzintermediäre] und lit. b [beaufsichtigte Versicherungseinrichtungen] richtet. Die Neukonzeption hat zur Folge, dass das Kriterium der Öffentlichkeit entfällt und stattdessen jede Aktivität unter Art. 3 KAG fällt, die rein begrifflich als "Vertrieb" zu qualifizieren ist. Mit dem Wegfall des Kriteriums der Öffentlichkeit sind qualitative und quantitative Kriterien zur Bestimmung des Vertriebsbegriffs nicht mehr relevant. Es spielt m.a.W. keine Rolle mehr, ob ein in qualitativer und quantitativer Hinsicht begrenzter Anlegerkreis angesprochen wird. In quantitativer Hinsicht kann aus der Tatsache, dass ein kleiner Anlegerkreis angesprochen wird, nicht mehr abgeleitet werden, dass kein Vertrieb mehr vorliegt. Erst recht besteht auf der Grundlage des revidierten Rechts keine Möglichkeit mehr, eine – wie auch immer geartete – quantitative *safe harbor rule* heranzuziehen, wonach erst bei Überschreiten von 20 oder 100 Anlegern ein tatbestandsmässiger Vertrieb vorliegt. Gemäss geltendem Art. 3 KAG liegt daher – sofern keine andere Ausnahme anwendbar ist – ein Vertrieb auch dann vor, wenn bloss ein einziger Anleger kontaktiert wird. Das für quantitative Kriterien Gesagte gilt grundsätzlich auch für qualitative Kriterien, welche unter der Geltung des früheren Art. 3 KAG herangezogen werden konnten, um einen in "qualitativer Hinsicht begrenzten Anlegerkreis" zu begründen.

Die Vorinstanz hat den Begriff des Vertriebs in ihrer Praxis wie folgt definiert: "Als Vertrieb gilt (...) sowohl jedes Anbieten, d.h. das effektive Angebot zum Vertragsabschluss, als auch jedes Werben, d.h. die Verwendung von Werbemitteln jeder Art, deren Inhalt dazu dient, bestimmte kollektive

Anlagen anzubieten" (FINMA-RS 2013/9 vom 28. August 2013). Aus dem Begriff des Anbietens und des Werbens folgt immerhin, dass die relevante Vertriebshandlung einen hinreichenden Informationsgehalt aufweisen muss. Art und Form der Mittel sind grundsätzlich nicht von Bedeutung. Als solche fallen gemäss FINMA-Praxis namentlich in Betracht: Print- und elektronische Medien jeder Art, wie Zeitungen und Zeitschriften, Streusendungen, Prospekte, Fact Sheets, Empfehlungslisten und Informationsschreiben an die Kunden eines Finanzintermediärs; Angaben über die Zeichnungsmöglichkeiten von kollektiven Kapitalanlagen (z.B. Valorennummer, Zeichnungsstelle); Pressekonferenzen, Internetwebseiten und andere Formen des E-Commerce, Zeichnungsscheine und Online-Zeichnungsmöglichkeiten sowie E-Mails (vgl. FINMA-RS 2013/9 vom 28. August 2013; JUTZI/SCHÄREN, a.a.O., N.1042 ff.).

**3.2** Wenn die Vorinstanz aufsichtsrechtlich relevante Gesetzesverletzungen oder Missstände aufdeckt oder entsprechende Hinweise darauf erhält, nimmt sie zunächst formlose Vorabklärungen auf. Wenn sie von der Vorinstanz auf mögliche Gesetzesverletzungen hingewiesen worden ist, beschafft sie sich von den Betroffenen, deren Prüfgesellschaften oder auch von Drittpersonen weitere Informationen. Obwohl die Informationsbeschaffung während Vorabklärungen formlos erfolgt, haben die von der Vorinstanz beaufsichtigten Institute und Personen bereits in diesem Verfahrensstadium nach Art. 29 FINMAG eine umfassende Auskunftspflicht. Diese formlose Vorabklärung dient der Vorinstanz zur Informationsbeschaffung, die es ihr ermöglichen soll, einen Entscheid darüber zu fällen, ob ein aus Sicht der Aufsichtsbehörde und vor dem Hintergrund der Finanzmarktgesetze relevanter Sachverhalt vorliegt, der die Eröffnung eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens notwendig macht. Am Ende der Vorabklärungen entscheidet die Vorinstanz anhand verschiedener Kriterien, ob ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnet oder die Untersuchung nach den Vorabklärungen beendet und eingestellt werden soll. Berücksichtigt werden dabei die Gefährdung der Gläubiger und Anleger, die Schwere der Rechtsverletzung, die verantwortlichen Personen, die Aktualität der Rechtsverletzungen sowie die Haltung der Betroffenen. Das eingreifende Verwaltungsverfahren der Vorinstanz beginnt mit dem Eröffnungsbeschluss nach Abschluss der Vorabklärungen. Im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung beginnt grundsätzlich auch die Kostentragungspflicht der Betroffenen. Im eingreifenden Verwaltungsverfahren wird der Verdacht auf mögliche aufsichtsrechtlich relevante Missstände und Gesetzesverstösse näher untersucht. Die Vorinstanz stellt hierzu den Sachverhalt von Amtes

wegen fest (Art. 12 VwVG). Die dafür zulässigen Beweismittel sind abschliessend in Art. 12 VwVG festgelegt. Nachdem die FINMA den Sachverhalt aus ihrer Sicht ausreichend abgeklärt hat, wird das Verfahren entweder eingestellt oder mit einer Verfügung abgeschlossen. Eine Einstellung des Verfahrens erfolgt, wenn sich der ursprüngliche Verdacht auf eine Gesetzesverletzung nicht erhärtet oder das Resultat der Untersuchung eine Massnahme der Vorinstanz nicht rechtfertigt. Auch wenn das eingreifende Verwaltungsverfahren eingestellt wird, können die Kosten den Betroffenen auferlegt werden, und zwar derjenigen Partei, deren Verhalten das Aufsichtsverfahren veranlasst hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. b der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 [FINMA-GebV, SR 956.122]; vgl. ANDRÉ E. LEBRECHT, in: Watter/Vogt [Hrsg.], BSK Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., 2011, N. 5 ff. zu Art. 53 FINMAG).

### 3.3

**3.3.1** Die Kosten für Aufsichtsverfahren der Vorinstanz werden nach Art. 15 Abs. 1 FINMAG in Form von Gebühren gemäss der FINMA-GebV erhoben. Der Begriff der "Aufsichtsverfahren" umfasst nicht nur durch Verfügungen abgeschlossene Verfahren, sondern auch Untersuchungen, die ohne Verfügung oder bloss mit einer Einstellungsverfügung beendet werden. Die Spruchgebühren in der FINMA-GebV sind jedoch nur für das eingreifende Verwaltungsverfahren anwendbar. Aufgelaufene Kosten für Vorabklärungen, die zu keiner Eröffnung eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens führen, belastet die Vorinstanz den Betroffenen nicht. Die Spruchgebühren im eingreifenden Verwaltungsverfahren bemessen sich nach der FINMA-GebV. Danach wird entweder eine Pauschale gemäss Rahmentarif im Anhang der FINMA-GebV erhoben oder – wenn keine Pauschale festgelegt wurde und bei besonders aufwendigen Verfahren, wie z.B. bei Abklärungen von sehr technischen Sachverhalten – bemisst sich die Gebühr nach dem effektiven Aufwand und der Bedeutung der Sache (Art. 8 Abs. 3-5 FINMA-GebV). Wird der effektive Zeitaufwand verrechnet, so ist der Stundenansatz der die Sache behandelnden Person innerhalb der Vorinstanz massgebend. Dieser bewegt sich zwischen Fr. 100.– und Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 4 FINMA-GebV). Die Kostentragung richtet sich nach Art. 5 Abs. 1 FINMA-GebV. Danach trägt derjenige die Gebühren, der eine Verfügung oder (lit. a) ein Aufsichtsverfahren, das nicht mit einer Verfügung endet oder eingestellt wird, veranlasst (lit. b) oder eine

Dienstleistung der Vorinstanz beansprucht hat (lit. c). Die Gebühren müssen stets dem Kosten- und Äquivalenzprinzip entsprechen (vgl. LEBRECHT, BSK, a.a.O., N. 68 ff. zu Art. 53 FINMAG).

**3.3.2** Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten sind gemäss Art. 36 Abs. 4 FINMAG von dem betroffenen Beaufsichtigten zu tragen. Die Pflicht des Beaufsichtigten zur Übernahme der Kosten besteht – analog zu Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV – auch dann, wenn sich der Anfangsverdacht der Vorinstanz als unbegründet herausstellen sollte. Zumindest bei vollständig fehlendem Verdacht ist davon auszugehen, dass die Untersuchungskosten von der Vorinstanz zu übernehmen sind. Diese Kostenregelung folgt dem Störer- bzw. Verursacherprinzip, auf welchem das gesamte Finanzierungskonzept weitgehend beruht (Art. 15 Abs. 1 FINMAG) (vgl. MAURENBRECHER/TERLINDEN, BSK, a.a.O., N. 73 ff. zu Art. 36 FINMAG).

#### **4.**

Die Z. \_\_\_\_\_ AG wurde am [...] im Handelsregister des Kantons Zug eingetragen und am [...] X. \_\_\_\_\_ AG umfirmiert. Zum gleichen Zeitpunkt wurde auch der Gesellschaftszweck geändert. Er bestand neu im Kauf von Transfer- und Vermarktungsrechten, insbesondere für Fussballspieler und/oder Vereine. Am 7. März 2013 gelangte die Beschwerdeführerin an die Vorinstanz mit dem Ersuchen, es sei eine Feststellungsverfügung zu erlassen, wonach sie nicht unter das KAG falle. Die Vorinstanz forderte daraufhin die Beschwerdeführerin auf, den Fragebogen zur Abklärung einer allfälligen Unterstellung unter das Banken-, Versicherungsaufsichts-, Börsen-, Kollektivanlagen- oder Geldwäschereigesetz auszufüllen, welchem Ersuchen die Beschwerdeführerin am 15. August 2013 nachkam. Am 7. November 2013 forderte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin auf, Angaben über die Anzahl der Aktionäre, die sämtlichen Bankverbindungen und die Geschäftstätigkeit zu machen. In den von der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin eingereichten Akten fehlen nun aber für die fragliche Zeit Dokumente, die eine sachdienliche Kommunikation der verlangten Angaben belegen würden. Mit superprovisorischer Verfügung vom 27. März 2014 setzte die Vorinstanz deshalb eine Untersuchungsbeauftragte ein, welche ihren Bericht am 27. Mai 2014 erstattete. Mit Verfügung vom 18. Dezember 2014 stellte die Vorinstanz das Verfahren ein und auferlegte der Beschwerdeführerin die Verfahrens- und Untersuchungskosten.

**4.1** Zur Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten kam es gemäss der Vorinstanz aus folgenden Gründen: Der Zweck der Beschwerdeführerin

habe gemäss Handelsregistereintrag im Kauf von Transfer- und Vermarktungsrechten für Fussballer und/oder Vereine bestanden. Ferner habe die Beschwerdeführerin auf ihrer Website und in ihrer Werbebroschüre Anlegern angeboten, eigene Aktien aus einer Kapitalerhöhung zum Nennwert von je Fr. 10.– zu zeichnen. Aus der erwähnten Werbebroschüre sei hervorgegangen, dass es sich um eine alternative, mittelfristige Investitionsmöglichkeit für jede Investorin und jeden Investor zur Diversifizierung ihres Vermögens handle; es werde eine mit private equity vergleichbare Rendite angestrebt. Die Beschwerdeführerin habe sodann in ihren Schreiben vom 7. März 2013 bzw. 27. November 2013 angegeben, sie schliesse Verträge mit Fussballclubs ab und betreibe daneben ein Scouting-System. Allerdings seien bis zum massgebenden Zeitpunkt noch keine Transfer-Verträge abgeschlossen worden. Der Vorinstanz lag ferner eine Aktionärsliste per 11. November 2013 vor, gemäss welcher mindestens 30 als "Kleinaktionäre" zu bezeichnende Privatpersonen insgesamt über 33'000 Aktien der Beschwerdeführerin zum Nominalwert von Fr. 10.– gezeichnet haben. Die Beschwerdeführerin gab trotz Aufforderung der Vorinstanz, die Kontenbeziehungen anzugeben, über welche der Verkehr mit den Aktionären abgewickelt wurde, diese nicht an. Der Vorinstanz lag ferner eine Jahresrechnung per 30. Juni 2013 vor, die einen Kapitalverlust aufwies.

**4.2** Die Beschwerdeführerin bestritt, einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachzugehen. Sie habe 35 eingetragene Aktionäre, welche praktisch alle aus der Zeit vor 2011 stammten; lediglich B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ seien durch eine Kapitalerhöhung hinzugekommen. Sie habe damit nachweislich seit der Kapitalerhöhung vom Oktober 2011 weder Aktien zur Zeichnung angeboten noch Gelder entgegengenommen. Sie habe auf ihrer Webseite und in ihrer Imagebroschüre lediglich einen Teilbereich ihrer Aktivitäten aufgezeigt. Weder die Website noch die Imagebroschüre hätten dem Marktauftritt zur Akquisition von Geldern gedient, sondern seien ein Informationsmedium für die Aktionäre und Partner gewesen. Die Unterbilanz und den Kapitalverlust bestritt die Beschwerdeführerin nicht. Sie sei unternehmerisch tätig und habe zur Zeit weder Bankkonten noch Depots. Der Zahlungsverkehr sei meistens durch den Verwaltungsratspräsidenten über seine Konten erfolgt. Daher hätten gegenüber der Vorinstanz auch keine Angaben über Kontenbeziehungen gemacht werden können. Von einer Verletzung der Auskunftspflicht könne daher keine Rede sein.

### **4.3**

**4.3.1** Es ist erstellt, dass eine Werbebroschüre bestand, welche die Beschwerdeführerin als eine alternative, mittelfristige Investitionsmöglichkeit zur Diversifizierung des Vermögens bezeichnete. Ferner war der Informationsbroschüre zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin eine mit private equity vergleichbare Rendite anstrebe und dass sie im Vergleich zu Fonds eine billige Kostenstruktur mit gutem Risiko-Rendite-Profil aufweise. Ferner bot sie in dieser Broschüre die Zeichnung von Aktien zu einem Nennwert von je Fr. 10.– an. Dem Internetauftritt zufolge investierte die Beschwerdeführerin in Transferrechte von jungen Topjunioren im Alter zwischen 16 und 21 Jahren.

**4.3.2** Der Gesellschaftszweck der Beschwerdeführerin bestand gemäss Eintrag im Handelsregister seit dem 14. November 2013 im Kauf von Transfer- und Vermarktungsrechten für Fussballspieler und/oder Vereine. Das Geschäftsmodell sah vor, dass bei Kapitalerhöhungen Aktien an Dritte ausgegeben würden und dass dieses Geld in Personalkosten (für das Scouting) der Beschwerdeführerin sowie in Zahlungen an die Kooperationspartner und Fussballclubs für die Ausbildung von Fussballspielern fließen würde. Im Gegenzug sollten bei einem allfälligen späteren Transfer eines Jungtalents in einen Top-Fussball-Club ein Teil der Transfersumme der Beschwerdeführerin zukommen.

**4.3.3** Folgende Fussballer-Transferverträge liegen vor:

- Eine Vereinbarung zwischen R.\_\_\_\_\_ AG/S.\_\_\_\_\_ AG und A.\_\_\_\_\_ vom 7. Juni 2006 betreffend die Spieler D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_. Danach hatte A.\_\_\_\_\_ die fällige Ausbildungsentschädigung von S.\_\_\_\_\_ AG an den FC T.\_\_\_\_\_ für D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 67'000.– zu begleichen, falls S.\_\_\_\_\_ AG dazu nicht in der Lage ist. Im Gegenzug stand A.\_\_\_\_\_ bei einem Transfer von D.\_\_\_\_\_ und/oder E.\_\_\_\_\_ als Nichtamateurspieler zu einem anderen Club als S.\_\_\_\_\_ AG im In- oder Ausland eine Transferbeteiligung von 20% des Erlöses aus der allfälligen Netto-Vertragsauskaufsumme zu;
- eine Vereinbarung zwischen S.\_\_\_\_\_ AG und A.\_\_\_\_\_ vom 24. August 2013 betreffend den Spieler D.\_\_\_\_\_. Danach stand A.\_\_\_\_\_ 400'000.– bzw. 20% der Netto-Vertragsauskaufsumme für den Transfer von D.\_\_\_\_\_ zu CJSC "Professional Football

Club CSKA (Moskau) zu. Mit Schreiben vom 17. Januar 2014 der Beschwerdeführerin an die S.\_\_\_\_\_ AG wurde Letztere informiert, dass 25% des Transfererlöses von D.\_\_\_\_\_ von A.\_\_\_\_\_ mit Vertrag vom 8. Dezember 2011 an die A.\_\_\_\_\_ geleistet worden seien, so dass Zahlungen mit befreiender Wirkung somit nur noch an die Beschwerdeführerin geleistet werden könnten;

- ein Vertrag der Beschwerdeführerin mit F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ vom 17. Juni 2013 sowie ein weiterer Vertrag mit I.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ vom 24. Juni 2013. Gemäss diesen Verträgen garantierte die Beschwerdeführerin den Herren F.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ während der Vertragszeit als Nachwuchsspieler ein Mindesteinkommen von Fr. 5'000.–. Die allfällige Differenz, die der Verein nicht bezahle, werde durch die Beschwerdeführerin geleistet. Von den Transferrechten, die sich die Beschwerdeführerin mittels der Verträge sicherte (maximal 40%), gingen zu 40% an die Beschwerdeführerin, zu 20% an den Spieler und insgesamt zu 40% an dessen Betreuer. Als Grundlage diene der Nettobetrag, welchen die Beschwerdeführerin erhalte abzüglich Fr. 10'000.– für den Betreuer und Fr. 60'000.– für die Beschwerdeführerin. Diese beiden Verträge wurden gemäss Angaben von A.\_\_\_\_\_ aufgelöst, da die T.\_\_\_\_\_ AG nach einem Probetraining nicht bereit gewesen sei, den genannten Spielern Verträge anzubieten.

Damit bestanden Verträge über Transferrechte mit A.\_\_\_\_\_ oder mit der Beschwerdeführerin. Zwar hat A.\_\_\_\_\_ die Vereinbarung zwischen der R.\_\_\_\_\_ AG und ihm vom 7. Juni 2006 betreffend die Spieler D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ bereits am 27. November 2013, und damit vor dem eingreifenden Verwaltungsverfahren, eingereicht. Die restlichen, hiervor genannten Verträge kamen jedoch erst im Laufe der Untersuchung der Y.\_\_\_\_\_ AG zum Vorschein.

**4.3.4** Die Bilanz per 30. Juni 2013, die A.\_\_\_\_\_ am 15. August 2013 (mit dem Fragebogen) eingereicht hatte, zeigte einen Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR, d.h. die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven waren zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gedeckt. Da A.\_\_\_\_\_ persönlich oder die U.\_\_\_\_\_ AG Rechnungen beglichen und begleichen, ist jedoch nicht von einer Überschuldung der Beschwerdeführerin auszugehen. Der Umstand, dass Rechnungen von A.\_\_\_\_\_ persönlich oder

der U.\_\_\_\_\_ AG beglichen wurden, förderte aber wiederum erst die Untersuchung zu Tage.

**4.3.5** Der Vorinstanz lagen vor Eröffnung des eingreifenden Verwaltungsverfahrens der Arbeitsvertrag vom 26. Februar 2013 zwischen der Beschwerdeführerin und J.\_\_\_\_\_ vor, der jedoch wieder aufgelöst wurde, ferner der Prospekt der Beschwerdeführerin, die Bilanz per 30. Juni 2013, welche einen Kapitalverlust zeigte, eine Liste der Aktionäre per 11. November 2013 sowie deren Beteiligung, die Vereinbarung zwischen der T.\_\_\_\_\_ AG und A.\_\_\_\_\_ vom 7. Juni 2006 sowie ein Auszug der Bank K.\_\_\_\_\_ per 25. September 2013 und eine Spielerliste sowie eine Liste diverser Fussballverbände. Dass die gesamten 35 Aktionäre bereits aus der Zeit stammten, als die Beschwerdeführerin einen ganz anderen Zweck verfolgte (Zucht, Ausbildung und Handel mit Sport- und Concoursperden) und sie sich noch Z.\_\_\_\_\_ AG nannte, ging erst aus den Befragungen vom 1. April 2014 von L.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ hervor. Dass die Beschwerdeführerin über keine Bankkonten mehr verfügte, zeigte sich zwar bereits aus der Beilage zum Schreiben vom 27. November 2013, nicht jedoch, dass der der Beschwerdeführerin nahe stehende A.\_\_\_\_\_ Rechnungen der Beschwerdeführerin über seine Bankkonten beglich. Die Vorinstanz verfügte vor dem eingreifenden Verwaltungsverfahren durchaus über gewisse Akten, welche jedoch ohne Erklärungen schwer zu interpretieren waren. So ging aus der Aktionärsliste per Ende November 2013 nicht hervor, wie lange die betreffenden Aktionäre schon dabei waren und dass seit der Umfirmierung keine neuen hinzugekommen sind. Auch die im Vorverfahren eingereichte Bilanz per Juni 2013 wies einen Kapitalverlust aus. Dass die Beschwerdeführerin jedoch nicht auch überschuldet ist, wurde erst durch den Umstand ersichtlich, dass sowohl A.\_\_\_\_\_ als auch die U.\_\_\_\_\_ AG mehrfach Rechnungen beglichen haben. Erst im Untersuchungsverfahren wurden der Vorinstanz sämtliche Transfer- und damit zusammenhängende Verträge zwischen der Beschwerdeführerin bzw. A.\_\_\_\_\_ und Clubs bzw. Spielern zur Kenntnis gebracht. Ferner ergab erst die Untersuchung, dass J.\_\_\_\_\_ seit dem 1. März 2013 in einer Kooperation mit der Beschwerdeführerin tätig ist (Vertrag vom 26. Juli 2013) und dass M.\_\_\_\_\_ gemäss Vertrag vom 5. Juli 2013 beauftragt wurde, im Sinne eines Auftrags nach Art. 394 ff. OR die Funktion "Chef Sportbereich" auszuüben.

**4.3.6** Im Laufe des eingreifenden Verwaltungsverfahrens wurden die Texte auf der Website der Beschwerdeführerin (www.X.\_\_\_\_\_AG) soweit über-

arbeitet, dass nurmehr das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin erklärt wird (Investition in Fussballvereine/-spieler gegen Partizipation an künftigen Transfererlösen). Der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin hat anlässlich seiner Sitzung vom 22. Juli 2014 beschlossen, bestehende Werbebroschüren nicht mehr an externe Interessenten abzugeben, auf eine Kotierung der Aktien der Beschwerdeführerin zu verzichten und vorerst keine Kapitalerhöhungen vorzunehmen und somit keine Gelder von neuen Aktionären entgegenzunehmen. Ferner beschloss er, ausschliesslich "qualifizierte Anleger" zuzulassen. Nachdem diese Änderungen der Vorinstanz nicht genügten, damit sich die Beschwerdeführerin dem Anwendungsbereich des KAG und einer Bewilligungspflicht entziehen konnte, wurde der Zweck der Beschwerdeführerin, der gemäss Statuten vom 28. August 2013 im Kauf von Transfer- und Vermarktungsrechten, insbesondere für Fussballspieler und/oder Vereine, bestand, geändert: Neu besteht der Zweck der Beschwerdeführerin in der Organisation, Vermarktung und Durchführung von Veranstaltungen und Events, insbesondere im Sportbereich (Statuten vom 6. November 2014 sowie entsprechender Handelsregistereintrag).

## 5.

**5.1** Gemäss Art. 7 Abs. 1 KAG sind kollektive Kapitalanlagen Vermögen, die von Anlegerinnen und Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und für deren Rechnung verwaltet werden, wobei die Anlagebedürfnisse in gleichmässiger Weise befriedigt werden. Im vorerst geplanten, noch nicht vollständig umgesetzten Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin sollen Vermögen von nicht-qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und für deren Rechnung verwaltet werden. Die Anteile der X. \_\_\_\_\_ AG an den künftigen Spielertransfererlösen sollen sodann anteilmässig, im Sinne einer "private equity Rendite", an die Investoren zurückfliessen. Damit erfüllt die Beschwerdeführerin bei Umsetzung des Geschäftsmodells den Tatbestand einer kollektiven Kapitalanlage nach Art. 7 KAG, womit dieses Gesetz auf die WSH anwendbar wäre. Mangels Börsenkotierung und operativer Tätigkeit würde die Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht unter die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 2 lit. d bzw. Abs. 3 KAG fallen. Über ihre Webseite sowie Imagebroschüre bewarb die Beschwerdeführerin ihr Produkt, was als Vertrieb einer kollektiven Kapitalanlage gemäss Art. 3 KAG ohne die erforderliche Bewilligung der Vorinstanz zu werten ist. Nach dieser Bestimmung gilt als Vertrieb jedes Anbieten und jedes Werben für kol-

lektive Kapitalanlagen, das sich nicht ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 lit. a und b KAG richtet (Art. 3 Abs. 1 KAG). Als Vertrieb gilt somit jede Verwendung von Werbemitteln, deren Inhalt dazu dient, bestimmte kollektive Kapitalanlagen anzubieten. Jedoch erst nachdem sich die Beschwerdeführerin umorientierte bzw. seit 6. November 2014 nurmehr die Organisation, Vermarktung und Durchführung von Veranstaltungen und Events, insbesondere, im Sportbereich, bezweckt, entzog sich die Beschwerdeführerin dem Anwendungsbereich des KAG und damit einer Bewilligungspflicht.

**5.2** Vor der Eröffnung des eingreifenden Verwaltungsverfahrens lagen folgende Indizien vor, die auf eine bewilligungspflichtige Kollektivanlagetätigkeit schliessen liessen: Der Gesellschaftszweck, die Website (www.X.\_\_\_\_\_AG) sowie die Werbebroschüre. Die Beschwerdeführerin gab in ihrer Werbebroschüre an, es handle sich um eine "alternative, mittelfristige Investitionsmöglichkeit für jede Investorin und jeden Investor zur Diversifizierung ihres Vermögens. Sie strebe eine mit private equity vergleichbare Rendite an". Per November 2013 lag der Vorinstanz eine Aktienärliste vor, wonach mindestens 30 als "Kleinanleger" bezeichnete Privatpersonen insgesamt über 33'000 Aktien der Beschwerdeführerin zum Nominalwert von Fr. 10.– gezeichnet hatten. Obwohl noch nicht umgesetzt, erfüllte das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin insbesondere aufgrund ihres Zwecks und ihrer Broschüre sowie Webseite den Tatbestand von Art. 7 KAG. Zudem musste die Vorinstanz befürchten, dass das Geschäftsmodell jederzeit umgesetzt würde, nachdem die Beschwerdeführerin wiederholt behauptete, sie betreibe keine unter das KAG fallende Tätigkeit.

**5.3** Nachdem somit nicht von einem vollständig fehlenden Anfangsverdacht ausgegangen werden konnte, sondern im Gegenteil starke Indizien für eine rechtswidrige Situation sprachen, hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht sämtliche Verfahrenskosten (Art. 15 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV) wie auch die Kosten der Untersuchungsbeauftragten (Art. 15 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV analog) auferlegt (vgl. E. 3.3 hiavor). Aus dem mit der Vernehmlassung eingereichten detaillierten Time-Sheet sind weder eine Verletzung des Kostendeckungs- noch eine Verletzung des Äquivalenzprinzips ersichtlich und es besteht für das Gericht kein Spielraum, die Verfahrenskosten zu reduzieren. Nicht anders verhält es sich mit den Kosten der Untersuchungsbeauftragten, die durch zwei Honorarnoten vom 27. Mai 2014 und 13. November 2014 ausgewiesen sind.

**7.**

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten zu tragen und es wird ihr gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) keine Parteientschädigung ausgerichtet. Die Verfahrenskosten sind angesichts der Schwierigkeit der Streitsache und der in Frage stehenden Vermögensinteressen auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. G01025196; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler

Karin Behnke

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 14. Dezember 2015