



Abteilung II
B-4354/2016

Urteil vom 30. November 2017

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiber Corrado Bergomi.

Parteien

1. X. _____ AG,

2. Y. _____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Christoph Good,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen /
Liquidation und Konkurs /
Unterlassungsanweisung und Veröffentlichung.

Sachverhalt:**A.a**

Die X._____ AG mit Sitz in (...) verfolgt als statutarischen Zweck „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“ (vgl. Handelsregister-Auszug, Beilage 4 der Beschwerde vom 9. September 2016).

A.b

Die Xx._____ AG mit Sitz in (Ausland), eine Schwestergesellschaft der X._____ AG, wurde am (...) ins Handelsregister (...) eingetragen. Die Gesellschaft verfolgt u. a. den statutarischen Zweck „Handel mit Lebensmitteln aller Art und investiert direkt und indirekt in Produkte und Verfahren der Lebensmittelbranche“ (vgl. Handelsregister-Auszug, Vorakten Register 4 p. 140).

A.c

Y._____, geb. (...), von (...), mit Wohnsitz in (...) ist Gründer und Alleinaktionär und einziges Mitglied des Verwaltungsrates der X._____ AG. Er ist weiter Hauptaktionär der Xx._____ AG sowie Aktionär, Mitglied des Verwaltungsrates und Geschäftsführer der A._____ AG, mit Sitz in (...) (vgl. Vorakten, Reg. 4, p. 177).

B.

Wegen des Verdachts der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen eröffnete die FINMA gegen die X._____ AG ein Enforcementverfahren. Mit superprovisorischer Verfügung vom 3. September 2015 setzte sie Rechtsanwalt B._____ als Untersuchungsbeauftragten mit Organstellung bei der Gesellschaft ein und ordnete zugleich die Sperrung sämtlicher Konten an. Mit provisorischer Verfügung vom 15. Oktober 2015 bestätigte die FINMA die in der superprovisorischen Verfügung angeordneten Massnahmen vollumfänglich und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Eine von der X._____ AG am 22. Oktober 2015 gegen die provisorische Verfügung erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 21. März 2016 ab (vgl. Verfahren B-6686/2015).

Anschliessend eröffnete die FINMA auch gegen Y._____ ein Enforcementverfahren. Mit Schreiben vom 13. November 2015 teilte die FINMA den Parteien die Verfahrenseröffnung sowie die Vereinigung beider Verfahren mit (Vorakten, Register 2, p. 124-125).

C.

Mit Verfügung vom 8. Juli 2016 hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) gegenüber der X._____ AG mit Sitz in (...) (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) festgestellt, dass diese ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt habe (Dispoziff. 1).

Die Vorinstanz hat weiter festgestellt, dass die Beschwerdeführerin 1 die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bankenbewilligung nicht erfülle, worauf die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung verweigert wurde (Dispoziff. 2).

Gestützt auf diese Feststellungen hat die Vorinstanz die Auflösung der Beschwerdeführerin 1 sowie deren Liquidation auf dem Wege des Konkurses angeordnet, wobei als Zeitpunkt der Konkursöffnung Montag, 11. Juli 2016, 08:00 Uhr und der Konkursort der Gesellschaft an deren Sitz in (...) festgelegt wurde (vgl. Dispoziff. 4).

Gleichzeitig hat die Vorinstanz die C._____ AG, mit Sitz in (...), als Konkursliquidatorin eingesetzt (Dispoziff. 5), der Beschwerdeführerin 1 die Kosten der Liquidation auferlegt (Dispoziff. 6) und deren bisherigen Organen die Vertretungsbefugnis entzogen (Dispoziff. 7).

Die Vorinstanz hat sodann die Einstellung der Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 1 auf den Zeitpunkt der Konkursöffnung festgelegt (vgl. Dispoziff. 8) und der Gesellschaft sowie ihren Organen insbesondere verboten, Auszahlungen zu leisten und Zahlungen entgegenzunehmen (Dispoziff. 8).

Zudem verfügte die Vorinstanz die Publikation der Konkursöffnung für Dienstag, 19. Juli 2016, auf ihrer Internetseite (www.finma.ch) sowie im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB), unter gleichzeitigem Erlass des Schuldenrufes (vgl. Dispoziff. 9).

Das Handelsregisteramt des Kantons (...) wurde angewiesen, bei der X. _____ AG am Dienstag, 19. Juli 2016, die entsprechenden Eintragungen im Handelsregister vorzunehmen (vgl. Dispoziff. 10).

In der gleichen Verfügung stellte die Vorinstanz gegenüber Y. _____, (nachfolgend Beschwerdeführer 2) fest, dass dieser aufgrund seines massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt habe (Dispoziff. 3). Gestützt auf diese Feststellung wies sie den Beschwerdeführer 2 unter Strafandrohung bei Widerhandlung an, eine finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte sowie die entsprechende Werbung in jeglicher Form zu unterlassen (Dispoziff. 11 und 12). Die Vorinstanz verfügte überdies die Publikation der Unterlassungsanweisung auf ihrer Internetseite für die Dauer von 5 Jahren nach Eintritt der Rechtskraft (Dispoziff. 13).

Schliesslich hat die Vorinstanz den Weiterbestand der Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots angeordnet, die auf die Beschwerdeführerin 1 lauten oder an denen sie wirtschaftlich berechtigt ist (Dispoziff. 14).

Die Dispoziff. 4-10 sowie 14 und 15 wurden für sofort vollstreckbar erklärt und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen (Dispoziff. 15).

Die Untersuchungskosten im Betrag von Fr. 59'853.05 (inkl. MwSt.) und die Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 42'500.– wurden den zwei Verfügungsadressaten solidarisch auferlegt (Dispoziff. 16 und 17).

C.a Die Vorinstanz geht vom Vorliegen einer unzulässigen gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen aus. So habe die Beschwerdeführerin 1 über verschiedene Kanäle für eine Kapitalanlagemöglichkeit geworben, welche im Erwerb eines 30-Liter-Fasses Apfel-Balsam-Essig à Fr. 11'500.– pro Fass und in der anschliessenden Lagerung während mindestens fünf Jahren in (...) bestehe. Die Beschwerdeführerin 1 habe im Zeitraum 2011-2015 mindestens 600 Fassverkäufe abgeschlossen und von mehreren Anlegern mindestens Fr. 7'000'000.– entgegengenommen. Die FINMA verneint das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV (vollständig zitiert in E. 4.1). Zum einen stehe beim Vertragszweck, welcher dem von der Beschwerdeführerin 1 angebo-

tenen Geschäftsmodell zugrunde liege, der Investitionsgedanke im Vordergrund. Zum anderen habe aufgrund der ungenügenden und/oder widersprüchlichen Individualisierung der Essigfässer keine Eigentumsverschaffung zugunsten des Käufers stattfinden können.

Die Vorinstanz erachtet die Beschwerdeführerin 1 gestützt auf die Ausführungen der vom Untersuchungsbeauftragten mandatierten Wirtschaftsprüferin für überschuldet und illiquid, weshalb die Liquidation auf dem Weg des Konkurses zu erfolgen habe.

D.

Gegen diese Verfügung, vorab nur hinsichtlich der für sofort vollstreckbar erklärten Dispoziffern 4-10 sowie 14 und 15, erhob die Beschwerdeführerin 1, (...) vertreten durch (ihren damaligen) Rechtsanwalt, am 14. Juli 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte im Wesentlichen, es sei der Beschwerde superprovisorisch und alsdann provisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen und deren Entzug gemäss Dispoziff. 15 der angefochtenen Verfügung aufzuheben, insbesondere mit Bezug auf die Konkurspublikation und die Handelsregistereinträge. Eventualiter sei die Liquidatorin anzuweisen, bis zur Rechtskraft der Verfügung Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland zu beschränken. Auch sei die Liquidatorin anzuweisen, einstweilen keine konkursrechtlichen Handlungen vorzunehmen oder Massnahmen zu treffen.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Juli 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung – unter Vorbehalt der rechtzeitigen Einreichung einer Beschwerde in der Hauptsache – insoweit teilweise gut, als die Konkursliquidatorin angewiesen wurde, einstweilen die Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland zu beschränken. Weiter wurde das Handelsregisteramt des Kantons (...) angewiesen, bis auf weiteres keine die Beschwerdeführerin 1 betreffenden Eintragungen zu machen. Ferner wurde die Vorinstanz angewiesen, die gemäss Dispoziff. 9 der angefochtenen Verfügung vorgesehene Publikation der Konkursöffnung auf ihrer Internetseite (www.finma.ch) und im SHAB sowie den gleichzeitigen Schuldenruf einstweilen nicht vorzunehmen. Soweit weitergehend wurde der Antrag abgewiesen. Schliesslich wurde die Beschwerdeführerin 1 eingeladen, bis zum 16. August 2016 einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.– zu leisten.

F.

Mit Verfügung vom 11. August 2016 wies die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin 1 um Freigabe von Mitteln aus dem Geschäftsvermögen, u. a. zur Zahlung des Kostenvorschusses, ab. Im Hinblick auf eine mögliche Anfechtung dieser Verfügung ersuchte die Beschwerdeführerin 1 das Bundesverwaltungsgericht am 12. August 2016, die Frist für die Leistung des Kostenvorschusses einstweilen abzunehmen. Mit Verfügung vom 15. August 2016 wurde diesem Gesuch stattgegeben.

G.

Am 16. August 2016 bzw. 26. August 2017 reichte die Vorinstanz bzw. die Beschwerdeführerin 1 ihre Stellungnahme hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen ein. Zugleich legte die Vorinstanz die Vorakten bei.

H.

Am 23. August 2016 wurde der Beschwerdeführerin 1, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Christoph Good, am Sitz des Bundesverwaltungsgerichts die Einsicht in die Vorakten der FINMA gewährt. Sie konnte 2211 Kopien anfertigen.

I.

Am 9. September 2016 reichten die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2, der erst in diesem Zeitpunkt ins Verfahren eintrat, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Christoph Good, die Beschwerde in der Hauptsache ein, womit sie die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz beantragen.

Im Wesentlichen beanstanden die Beschwerdeführer das Vorliegen von Anhaltspunkten, welche für eine bewilligungspflichtige Tätigkeit sprächen. Ihrer Ansicht nach beruhe die Qualifikation des Vertragszwecks und der ungenügenden bzw. widersprüchlichen Individualisierung der Essigfässer auf einer falschen oder unvollständigen Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz. Insbesondere deren Behauptungen zur Annahme einer Rückzahlungsverpflichtung, eines Renditeversprechens, einer garantierten Wertsteigerung und den Renditeüberlegungen auf Seiten des überwiegenden Teils der Anleger fänden keine Stütze im vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt. Weiter habe die Vorinstanz in willkürlicher Feststellung des Sachverhalts und entgegen den Ausführungen im Untersuchungsbericht

angenommen, die Beschwerdeführerin 1 sei überschuldet und zudem illiquid. Insofern würden die angeordnete Liquidation und Konkursöffnung gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen.

Schliesslich machen die Beschwerdeführer eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots geltend, zumal die Vorinstanz gegen gleiche Geschäftsmodelle wie die Subskriptionsangebote von (Angaben zu den Anbietern) nicht gleich wie bei der Beschwerdeführerin 1 vorgegangen sei.

J.

Mit Erklärung vom 12. September 2016 teilte der bisherige Rechtsvertreter die inzwischen erfolgte Mandatsübertragung mit.

Am 14. September 2016 erklärten die Beschwerdeführer, auf eine Anfechtung der von der FINMA verweigerten Kostenfreigabe zu verzichten, worauf mit Zwischenverfügung vom 15. September 2016 eine neue Frist für die Leistung des Kostenvorschusses angesetzt wurde.

K.

Mit innert erstreckter Frist eingereichter ergänzender Stellungnahme vom 22. September 2016 hält die Vorinstanz im Wesentlichen an ihren Anträgen und an der Begründung hinsichtlich der vorsorglichen Massnahmen fest.

L.

Mit Verfügung vom 26. September 2016 wurde der Schriftenwechsel mit Bezug auf das Zwischenverfahren betreffend die vorsorglichen Massnahmen abgeschlossen, vorbehältlich allfälliger Instruktionen und/oder Parteieingaben.

M.

Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 7. Oktober 2016 äusserten sich die Beschwerdeführer zu den Vorbringen der Vorinstanz in der ergänzenden Stellungnahme vom 22. September 2016, welche sie insgesamt für nicht substantiiert und unzutreffend halten.

N.

Mit Vernehmlassung vom 11. Oktober 2016 in der Hauptsache beantragt die Vorinstanz die kostenfällige vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist.

Die Vorinstanz stützt ihr Begehren auf Nichteintreten auf das angebliche Fehlen eines gültigen Vertretungsverhältnisses hinsichtlich des Beschwerdeführers 2.

Die Vorinstanz stellt sich nach wie vor auf den Standpunkt, dass das Geschäftsmodell der Beschwerdeführer aufgrund des Vertragszwecks einen primären Einlagecharakter aufweise, insbesondere weil die Rechte an den Fässern verbrieft wurden und die Anleger keinen unmittelbaren Besitz an der Kaufsache erlangten. Die im Vertrag enthaltene Option auf Rückerstattung des Kaufpreises, sollte sich der Zertifikatsinhaber vor Ablauf der Lagerdauer nicht rechtzeitig für eine der angebotenen Wahlmöglichkeiten entscheiden, sowie die beworbene Wertsteigerung stellten einen Hinweis auf Rückzahlungen oder gleichgelagerte Verpflichtungen dar. Auch hätten die sich aus zwei beigelegten Presseartikeln ergebenden beworbenen Zusatzleistungen (Rendite von teilweise über 200% des Einlagepreises, die ursprünglich angebotenen Hilfe bei der Weiterveräusserung von Fässern, wertsteigernde Versicherung) bei den interessierten Investoren den Eindruck erweckt, es handle sich um ein Investment inklusive einer garantierten Rendite. Dies ergebe sich aus der beigelegten Diskussion in einem Internet-Forum. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer stellten die durch den Liquidator dokumentierten Fassrückkäufe einen Hinweis für Rückzahlungen dar.

Die Vorinstanz beharrt auf dem Standpunkt, wonach aus aufsichtsrechtlicher Sicht nicht nur massgeblich sei, ob eine vertraglich geschuldete Leistung auf Übertragung des Eigentums genügend bestimmbar sei, sondern dass die Eigentumsübertragung auch tatsächlich erfolgt sei. Vorliegend sei nicht nur die gesamte Anzahl Fässer von Belang, sondern auch deren Produktions- und Einlagerungszeitpunkt und deren Inhalt bei einer gleichzeitigen Individualisierung. Eine solche Differenzierung fehle im konkreten Fall. Nach Ansicht der Vorinstanz ergibt sich aus den Akten, dass der Bestand an eingelagerten Fässern seit dem ersten Augenschein der FINMA am 2. Juli 2015 kontinuierlich erhöht worden sei, wobei zusätzliche Fässer produziert und an bisher nicht beschrifteten Fässern nachträglich Plaketten angebracht worden seien. Auch die Feststellung der von der Vorinstanz

eingesetzten Liquidatorin, wonach 118 Fässer keiner Position auf der Fassliste und umgekehrt 181 Positionen auf der Fassliste keinem Fass zugeordnet werden könnten, zeige auf, dass in einer Vielzahl von Fällen keine Eigentumsübertragung erfolgt sei.

Die FINMA zählt anschliessend die Gründe auf, warum ihrer Ansicht nach der von den Beschwerdeführern angestellte Vergleich mit einer Subskription von eingelagerten aber noch nicht abgefüllten Bordeaux-Weinen eines bestimmten Jahrgangs nicht überzeugend sei.

O.

Mit Schreiben vom 14. November 2016, welches am folgenden Tag den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht wurde, orientierte die Liquidatorin über die bevorstehende Veräusserung des sich in den Mieträumlichkeiten in (...) befindlichen Mobiliars und weiterer Einrichtungsgegenstände und legte die Vereinbarung zum Freihandverkauf bei, mit der Mitteilung, dass ohne Gegenbericht des Instruktionsrichters das Dokument unterzeichnet werde und die Veräusserung vor Monatsende abgewickelt werde.

Mit Schreiben vom 15. November 2016 teilte der Instruktionsrichter mit, dass vorbehältlich allfälliger Einwendungen der Verfahrensbeteiligten, kein Gegenbericht zu erwarten sei.

P.

Mit innert einmal erstreckter Frist eingereichter Replik vom 16. Dezember 2016 halten die Beschwerdeführer an ihrer Beschwerde und deren Begründung fest.

Die Beschwerdeführer heben hervor, dass sich in den ins Recht gelegten Presseartikeln bzw. Chat-Konversation keine Hinweise auf eine angebliche wertsteigende Versicherung, eine garantierte Rendite oder auf einen versprochenen Erfolg bei der Hilfe zum Weiterverkauf finden liessen. Entgegen der Meinung der Vorinstanz stelle die im Vertragstext enthaltene Option, dass die Beschwerdeführerin 1 den Kaufpreis zurückerstatte, wenn sich der Zertifikatsinhaber nach Ablauf der Lagerdauer nicht rechtzeitig für eine der angebotenen Optionen entscheide, keinen Beweis für eine Rückzahlungsverpflichtung, sondern die vertragliche Regelung des Gläubigerzugs und das damit verbundene vertraglich zugesichertes Sekundärrecht der Beschwerdeführerin 1 dar. Die Beschwerdeführer beharren auf ihrer bereits vorgetragenen Auffassung, wonach zu keinem Zeitpunkt eine vertraglich vereinbarte Rückzahlungsverpflichtung bestanden habe und

von einer genügenden Bestimmbarkeit der Fässer auszugehen sei. Insbesondere machen sie darauf aufmerksam, dass der Einlagebegriff die Verpflichtung zur Geldleistung als primäre Leistungspflicht umfasse. Ferner bedauern sie, dass die Vorinstanz in der Vernehmlassung ihre Argumentation zur Individualisierung der Fässer unzulässigerweise auf das Zahlenmaterial der Liquidatorin stütze und falsche Schlüsse daraus ziehe.

Schliesslich verweisen die Beschwerdeführer auf das von der Xx. _____AG sämtlichen Fasskunden der Beschwerdeführerin 1 unterbreitetes Angebot, entweder ihnen die jeweiligen Fässer, die sie bei der Beschwerdeführerin 1 gekauft und eingelagert hätten, abzukaufen, oder aber gegen eigene Fässer der Xx. _____AG zu tauschen. Dabei erklären sie, dass bisher das Eigentum an insgesamt 501 Fässern an die Xx. _____AG übergegangen sei. Dies zeige, dass die jeweiligen Veräusserer sich als Eigentümer der Fässer ansehen und entsprechende Veräusserungspositionen betreffend ihr Eigentum machen könnten und wollten.

Q.

Mit Zwischenentscheid vom 6. Januar 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin 1 um Erteilung der aufschiebenden Wirkung insoweit gut, als die von der Vorinstanz eingesetzte Liquidatorin ihre Tätigkeit vorerst auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken hat. Soweit weitergehend wurde das Gesuch abgewiesen.

Mit Bundesgerichtsurteil 2C_158/2017 vom 27. März 2017 (versendet am 13. April 2017) wurde die hiergegen beim Bundesgericht am 8. Februar 2017 erhobene öffentlich-rechtliche Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.

R.

Mit Duplik vom 19. Januar 2017 hält die Vorinstanz an ihren im Rahmen der Vernehmlassung vom 11. Oktober 2017 gestellten Anträgen fest.

Ergänzend führt die Vorinstanz aus, die in Aussicht gestellten hohen Renditen, die diversen versprochenen vertraglichen Nebenleistungen, der fehlende unmittelbare Besitz der Käufer an den Fässern sowie die im Rahmen der Liquidation dokumentierten Rückkäufe liessen den Schluss zu, dass es sich beim vorliegenden Geschäftsmodell um ein unterstellungspflichtiges Einlagegeschäft handle. Unter Hinweis auf das Urteil des BGer

2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 geht die Vorinstanz davon aus, dass es auch vorliegend um eine Umgehung bzw. missbräuchliche Berufung auf den Ausnahmetatbestand durch eine zivilrechtlich fragwürdige Rechtsgestaltung gehe. Der Umstand, dass sich die Beschwerdeführer nicht um eine korrekte Individualisierung der Fässer bemüht hätten und dass Balsamico-Essige im Luxussegment ab einer Lagerdauer von 20 Jahren oder mehr und nicht schon nach 5 Jahren die von den Beschwerdeführern beworbenen Preise erzielen würden, sei ein Indiz für den Einlagecharakter und spreche gegen den Erwerb von Essig aus reinen privaten Konsumzwecken.

S.

Mit Verfügung vom 23. Januar 2017 wurde die Duplik der Vorinstanz den Beschwerdeführern zur Kenntnis gebracht und zugleich der Abschluss des Schriftenwechsels mitgeteilt.

T.

Mit Eingabe vom 30. März 2017 bzw. 13. Juni 2017 liessen die Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht eine weitere Dokumentation zukommen, welche die Nutzung des in der Replik erwähnten Fasstausch/-kauf-Angebots der Xx. _____ AG an die Kunden der Beschwerdeführerin 1 aufzeigen soll. Inzwischen sei das Eigentum an 647 Fässern an die Xx. _____ AG übergegangen. In der Eingabe vom 13. Juni 2017 äusseren sich die Beschwerdeführer zudem kritisch gegenüber einer Weitergabe von sie betreffenden Informationen an die Medien durch die Vorinstanz.

U.

Mit Schreiben vom 22. Juni 2017, welches den Beschwerdeführern am 26. Juni 2017 zugestellt wurde, nahm die FINMA zur Eingabe der Beschwerdeführer vom 13. Juni 2017 Stellung.

V.

Auf die erwähnten und weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Aktenstücke wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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).

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]).

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 Beschwerde (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.

1.2.1 Beschwerdeführerin 1

1.2.1.1 Soweit sich der Antrag auf Aufhebung der Beschwerde auf die gegen die Beschwerdeführerin 1 angeordneten Massnahmen bezieht, d. h. die Konkursöffnung (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 Konkursöffnung (Dispoziff. 8), die Publikation der Konkursöffnung 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.).

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 beziehend 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.

1.2.2 Beschwerdeführer 2

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 Dis-

poziffern 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.

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 mitenthaltene 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).

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.

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).

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

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.

3.

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, der 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 1 gestützt auf die Ausführungen der vom Untersuchungsbeauftragten mandatierten Wirtschaftsprüferin für überschuldet und illiquid.

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.

4.

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).

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.).

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).

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 BVGer 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).

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.

5.1

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.

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.

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).

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.

(...)"

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 BankV 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 eingelegten 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.

5.3

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 gutschreiben, 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.

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 Subsumtion 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.

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.

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. aBankV 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.

6.

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.

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 Konkurskenntnisse kantonaler Gerichte Urteile des BGer

5A_786/2012 vom 18. Dezember 2012 Dispoziff. 4, 5A_466/2012 vom 4. September 2012, Dispoziff. 4).

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).

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

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.

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 Parteientschädigung 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 Parteientschädigung von insgesamt Fr. 8'000.– zuzusprechen. Die Parteientschädigung 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).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 wird aufgehoben.

2.

Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen zwecks allfälligem neuen Entscheid über die Kostenverteilung hinsichtlich der Kosten des eingesetzten Untersuchungsbeauftragten und der von ihr erstinstanzlich auferlegten Verfahrenskosten.

3.

3.1

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.2

Den Beschwerdeführern wird für die Anfertigung von 2211 Kopien eine reduzierte Verwaltungsgebühr von Fr. 737.– auferlegt.

Dieser Betrag wird vom Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 5'263.– ist ihnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückzuerstatten.

4.

Den Beschwerdeführern wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– zugesprochen. Dieser Betrag ist den Beschwerdeführern nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde);
- C. _____ AG (Liquidatorin),
(Einschreiben);
- Handelsregisteramt des Kantons (...),
(Einschreiben).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

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: 1. Dezember 2017