

2018 IV/9

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. X., Y. und Z. gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
B-1568/2017 vom 23. Juli 2018

Gemeinsame unerlaubte Tätigkeit als Gruppe. Massgeblicher Beitrag einer natürlichen Person durch eine pflichtwidrige Unterlassung in Bezug auf ihre Pflichten als Organ.

Art. 902 OR i.V.m. Art. 717 OR.

1. Eine natürliche Person kann auch aufgrund einer pflichtwidrigen Unterlassung in Bezug auf ihre Pflichten als Organ einen massgeblichen Beitrag zur Verletzung von Aufsichtsrecht leisten. Eine die unerlaubte Tätigkeit gemeinsam als Gruppe begünstigende Verletzung der Sorgfalts- und Überwachungspflicht muss in dessen tatsächlich vorliegen (E. 3.3.2).
2. Ein Mitglied des Verwaltungsrats beziehungsweise der Verwaltung ist nicht bereits per se auch Teil der Gruppe im aufsichtsrechtlichen Sinne. Nicht jede leichte Fahrlässigkeit in den Verantwortlichkeiten eines Verwaltungsrats beziehungsweise eines Mitglieds der Verwaltung kann automatisch mit einem namhaften Beitrag an die unerlaubte Tätigkeit und damit einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht gleichgesetzt werden. Vielmehr bedarf es einer Pflichtverletzung von einer gewissen Schwere. Eine solche wird in der Praxis regelmässig bejaht in Fällen, in welchen eine natürliche Person bewusst eine Strohmannposition in einer Gesellschaft übernommen hat, welche für sie erkennbar eine Tätigkeit auf dem Finanzmarkt ausübt (E. 3.3.2).

Activité illicite commise en commun par un groupe. Contribution déterminante d'une personne physique par une omission contraire aux devoirs résultant de sa qualité d'organe.

Art. 902 CO en relation avec l'art. 717 CO.

1. Une personne physique peut également apporter une contribution déterminante à la violation du droit de la surveillance en raison d'une omission contraire à ses devoirs résultant de sa qualité d'or-

gane. Cela présuppose toutefois l'existence effective d'une violation des devoirs de surveillance et de diligence favorisant une activité illicite commise en commun par un groupe (consid. 3.3.2).

2. Un membre du conseil d'administration ou de l'administration n'est pas déjà en soi une partie du groupe au sens du droit de la surveillance. Toute négligence mineure dans l'exercice de ses responsabilités par un conseil d'administration ou un membre de l'administration ne peut pas être automatiquement assimilée à une contribution notable à l'activité illicite ni, par conséquent, à une violation grave du droit de la surveillance. Bien au contraire, un manquement aux obligations d'une certaine gravité est nécessaire. Dans la pratique, une telle violation est généralement admise dans les cas où une personne physique a consciemment servi de prête-nom dans une société qui exerce une activité sur le marché financier qui soit reconnaissable pour elle (consid. 3.3.2).

Attività illecita congiunta a livello di gruppo. Contributo determinante di una persona fisica tramite un'omissione contraria ai doveri derivanti dalla sua qualità di organo.

Art. 902 CO in combinato disposto con l'art. 717 CO.

1. Una persona fisica può contribuire in modo determinante alla violazione del diritto di vigilanza anche tramite un'omissione illecita in relazione ai doveri derivanti dalla sua qualità di organo. Deve però effettivamente sussistere una violazione degli obblighi di diligenza e di vigilanza atta a favorire un'attività illecita congiunta a livello di gruppo (consid. 3.3.2).
2. Un membro del consiglio d'amministrazione o dell'amministrazione non fa già di per sé anche parte del gruppo ai sensi del diritto in materia di vigilanza. Non ogni colpa lieve nelle responsabilità di un membro del consiglio d'amministrazione o dell'amministrazione automaticamente assimilabile ad un contributo notevole all'attività illecita e quindi ad una grave violazione del diritto in materia di vigilanza. Al contrario, è necessaria una violazione degli obblighi di una certa gravità. Nella prassi, una siffatta violazione è regolarmente ammessa nei casi in cui una persona fisica ha consapevolmente fatto da prestanome in seno a una società che esercita in modo per lei riconoscibile un'attività sul mercato finanziario (consid. 3.3.2).

Z. (nachfolgend: Beschwerdeführer 3) ist seit August 2014, X. und Y. (nachfolgend: Beschwerdeführer 1 und 2) sind seit September 2015 Mitglieder der Verwaltung der Genossenschaft A. in Liquidation (nachfolgend: Genossenschaft A.) je mit Kollektivunterschrift zu zweien. M. war von April 2010 bis Juni 2016 zuerst Mitglied, danach Präsident der Verwaltung der Genossenschaft A., ebenfalls mit Kollektivunterschrift zu zweien. Er ist zudem Alleinaktionär der B. AG in Liquidation (nachfolgend: B. AG), welche ihrerseits Mehrheitsaktionärin der C. AG in Liquidation (nachfolgend: C. AG) ist. M. ist ferner alleiniger Verwaltungsrat der beiden letztgenannten Gesellschaften.

Über die Genossenschaft A. wurde am 30. Mai 2016 der Konkurs eröffnet.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Juni 2016 setzte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA, nachfolgend auch: Vorinstanz) wegen Verdachts auf Verletzung der Finanzmarktgesetze bei der B. AG, der C. AG und der Genossenschaft A. eine Untersuchungsbeauftragte ein mit dem Auftrag, den aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären. In der Folge eröffnete die FINMA mit Schreiben vom 4. beziehungsweise 8. November 2016 auch gegen M. sowie gegen die drei Beschwerdeführer ein Enforcementverfahren und vereinigte dieses mit dem bereits laufenden Verfahren gegen die Gesellschaften.

Mit Verfügung vom 2. Februar 2017 stellte die Vorinstanz unter anderem fest, dass die Genossenschaft A., die B. AG und die C. AG gemeinsam als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumsseinlagen entgegengenommen sowie gewerbsmässig den Effektenhandel betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen des Bankengesetzes und des Börsengesetzes schwer verletzt hätten (Dispositiv-Ziff. 1). Aufgrund ihres massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit hätten sodann auch M. und die drei Beschwerdeführer ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumsseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Dispositiv-Ziff. 3). Zur Begründung führte sie unter anderem aus, die Genossenschaft A. habe von mehr als 500 Investoren (Darlehensgebern und/oder Genossenschaftlern) Gelder in der Höhe von insgesamt knapp 1,7 Mio. Fr. entgegengenommen. Die C. AG habe ihrerseits von 22 Personen Darlehen in der Höhe von insgesamt Fr. 250 000.– entgegengenommen. Die Genossenschaft A. und die C. AG hätten sich über zwei Internetseiten gegenseitig beworben, wodurch sie sich öffentlich zur Entgegennahme von Geldern empfohlen hätten. Die Genossenschaft

A. und die C. AG hätten somit Publikumseinlagen entgegengenommen und für eine solche Tätigkeit Werbung betrieben. Die Ausnahme für Einlagen bei Genossenschaften sei bei der Genossenschaft A. nicht anwendbar, da bei ihrer Geschäftstätigkeit wirtschaftlich betrachtet nicht die gemeinsame Selbsthilfe, sondern der Investitionsgedanke im Vordergrund gestanden habe. Darüber hinaus hätten die finanziellen Mittel der Genossenschaft A. mangels anderer Aktivitäten beinahe ausschliesslich aus der Entgegennahme von Darlehen gestammt, womit sie auch hauptsächlich im Finanzbereich tätig gewesen sei. Die Genossenschaft A., die B. AG, die C. AG, M. und die drei Beschwerdeführer seien wirtschaftlich, organisatorisch und personell derart eng miteinander verbunden, dass sie vorliegend aufsichtsrechtlich als wirtschaftliche Einheit und somit als Gruppe zu betrachten seien. M. sei der Hauptakteur und Nutzniesser der Gruppe gewesen. Die Beschwerdeführer hätten ihrerseits zwar keinen wesentlichen finanziellen Vorteil aus der Tätigkeit der Gesellschaften gezogen, es sei jedoch aufgrund der Akten davon auszugehen, dass sie ihre Pflichten als Organe der Genossenschaft A. vernachlässigt und damit einen wesentlichen Beitrag zur schweren Verletzung der Finanzmarktgesetze durch die Genossenschaft A. geleistet hätten.

Mit Eingabe vom 13. März 2017 erhoben die drei Beschwerdeführer gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 2. Februar 2017 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen unter anderem, es sei die Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung, soweit die Beschwerdeführer betreffend, aufzuheben. Sodann seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung (Ausschluss der nachträglichen Erteilung einer Banken- resp. Effekthändlerbewilligung), soweit die Genossenschaft A. betreffend, aufzuheben.

In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführer geltend, die Genossenschaft A. falle unter die Ausnahmeregelung der Bankenverordnung betreffend Genossenschaften und habe keine Tätigkeit im Finanzbereich ausgeführt. Zudem bestreiten sie sowohl ihre eigene Gruppenzugehörigkeit als auch die Gruppenzugehörigkeit der Genossenschaft A. Sie seien weder in die Beschaffung von Darlehen involviert noch in irgendeiner Form mit der B. AG und der C. AG verbunden gewesen.

Mit Stellungnahme vom 8. Mai 2017 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und verweist dabei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollumfänglich auf die angefochtene Verfügung. Auf eine weitergehende Vernehmlassung verzichtete sie.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde teilweise gut, soweit darauf eingetreten wird.

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz wirft nun auch den Beschwerdeführern vor, einen massgeblichen Beitrag an die unerlaubte Tätigkeit der Genossenschaft A., der B. AG und der C. AG gemeinsam als Gruppe geleistet und damit ebenfalls ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenommen und aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt zu haben. Sie führt aus, die Genossenschaft A., die B. AG, die C. AG, M. und die drei Beschwerdeführer seien wirtschaftlich, organisatorisch und personell derart eng miteinander verbunden, dass sie vorliegend aufsichtsrechtlich als wirtschaftliche Einheit und somit als Gruppe zu betrachten seien.

Die Beschwerdeführer ihrerseits bestreiten, einen massgeblichen Beitrag an die unerlaubte Tätigkeit geleistet zu haben, und verneinen sowohl ihre eigene Gruppenzugehörigkeit als auch die Gruppenzugehörigkeit der Genossenschaft A. Mit Blick auf ihre eigene Gruppenzugehörigkeit beziehungsweise den ihnen vorgeworfenen massgeblichen Beitrag an der unerlaubten Tätigkeit als Gruppe rügen sie unter anderem, die Vorinstanz hätte diesbezüglich ihre Begründungspflicht verletzt.

3.1

3.1.1 Eine bankengesetzlich unzulässige Entgegennahme von Publikumseinlagen kann auch durch ein arbeitsteiliges Vorgehen im Rahmen einer Gruppe erfolgen. Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen beziehungsweise die dahinterstehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Unterstellungspflicht erfüllen, im Resultat aber dennoch gemeinsam eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben. Der Schutz des Marktes, des Finanzsystems und der Anleger rechtfertigt in solchen Fällen – trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen – finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise, falls zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche (finanzielle/geschäftliche), organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird (vgl. Urteil des BGer 2C_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 2.2 m.w.H.).

3.1.2 Ein gruppenweises Vorgehen liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten oder aufgrund der Umstände (Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleiche Geschäftssitze; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen usw.) davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinne ausgeübt oder wesentlich gefördert wird (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.3.1 m.w.H.). Ein blosses Parallelverhalten genügt für die Annahme, es werde gruppenweise gehandelt, nicht. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass eine gemeinsame Umgehungsabsicht besteht, da die von der Gruppe ausgehende Gefahr nicht von den Intentionen der einzelnen Gruppenmitglieder abhängt (vgl. Urteil 2C_671/2014 E. 2.2 m.w.H.). Die Annahme einer Gruppe hat zur Folge, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Gruppenmitglieder treffen, selbst wenn in Bezug auf einzelne davon – isoliert betrachtet – nicht alle Tatbestandselemente erfüllt sind oder sie selbst keine nach aussen erkennbaren finanzmarktrechtlich relevanten Tätigkeiten ausgeübt haben (vgl. Urteile des BVGer B–605/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2.1; B–2311/2010 vom 22. Oktober 2010 E. 3.1; B–8227/2007 vom 20. März 2009 E. 8.2; B–6715/2007 vom 3. September 2008 E. 6.3.3 sowie B–2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2).

3.1.3 Nach der Rechtsprechung kann einer natürlichen Person eine wesentliche, individuelle Mitverantwortung an der unbewilligten Tätigkeit, die eine juristische Person oder eine Gruppe von juristischen Personen ausgeübt hat, vorgeworfen werden, wenn sie im Rahmen einer fairen Gesamtsicht als massgeblich an den bewilligungspflichtigen Tätigkeiten beteiligt beziehungsweise in die entsprechenden Aktivitäten in entscheidender Form involviert erscheint (vgl. Urteil des BGer 2C_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.3.4 m.w.H., nicht publiziert in: BGE 137 II 284; Urteil des BVGer B–4094/2012 vom 11. Juni 2013 E. 3.2.1 m.w.H.). Auch Personen, welche keine prioritäre Rolle innehatten, können in diesem Sinne als wesentlich mitverantwortlich angesehen werden, sofern sie bei einer der infrage stehenden juristischen Personen Organstellung hatten und um die bewilligungspflichtige Tätigkeit wussten oder wissen mussten (vgl. Urteile des BVGer B–3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 6.1; B–6736/2013 vom 22. Mai 2014 E. 5.3.6; B–4094/2012 E. 3.2.1).

3.2 Nicht zu beanstanden ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Genossenschaft A. gemeinsam mit der B. AG und der C. AG eine Gruppe bildete.

3.2.1 Zwischen den drei Gesellschaften bestanden in der Tat enge personelle, wirtschaftliche und organisatorische Verflechtungen. In personeller Hinsicht ist augenfällig, dass M. in der fraglichen Zeit sowohl einziger Verwaltungsrat der B. AG und der C. AG als auch gleichzeitig Präsident der Verwaltung der Genossenschaft A. war, wobei insgesamt davon auszugehen ist, dass M. die Genossenschaft A. zumindest in finanzieller Hinsicht faktisch alleine gesteuert hat ([...]). M. ist zudem Alleinaktionär der B. AG, welche ihrerseits Mehrheitsaktionärin der C. AG ist. Organisatorisch haben zudem alle Gesellschaften ihren Sitz am (Adresse; [...]). Aus den Akten ergibt sich sodann, dass die genannten Gesellschaften auch in wirtschaftlicher Hinsicht eng miteinander verbunden sind. So wurden – wie bereits ausgeführt – die von der Genossenschaft A. und der C. AG entgegengenommenen Gelder durch diverse wirtschaftlich letztlich nicht nachvollziehbare Geldströme über die B. AG und die C. AG in grossem Umfang an M. weitergeleitet. Insbesondere hat die Genossenschaft A. substantielle Überweisungen an die B. AG getätigt und stellte für Letztere eine der Hauptertragsquellen dar ([...]). Ferner machte die B. AG auf ihrer Website Werbung für die Darlehensgewährung an die Genossenschaft A., und auch die C. AG machte auf ihrer Website Werbung für diverse eigene Projekte sowie für Anteilsbeteiligungen an Drittgesellschaften für [Projekte] in der Schweiz und im Ausland ([...]). Gegen aussen konnte damit durchaus der Eindruck einer gruppenartigen Verbundenheit entstehen, auch wenn intern nicht alle Organe der Genossenschaft A. darüber im Bild gewesen sein mögen.

3.2.2 Zwar wenden die Beschwerdeführer grundsätzlich zu Recht ein, dass die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung dargelegte (Minderheits-)Beteiligung der Genossenschaft A. an der C. AG aufgrund der Akten gar nicht erstellt sei. Vielmehr ist diesbezüglich mit den Beschwerdeführern davon auszugehen, dass die Genossenschaft A. tatsächlich mit Fr. 6 000.– an der BC. GmbH in Liquidation beteiligt ist, welche ihrerseits nicht Adressatin der angefochtenen Verfügung ist ([...]). Ferner ist mit den Beschwerdeführern festzuhalten, dass die Genossenschaft A. ihrerseits selber – zumindest soweit ersichtlich und entgegen der Darstellung der Vorinstanz, wonach die Gesellschaften sich « gegenseitig » beworben hätten – keine Werbung für die anderen beiden Gesellschaften gemacht hat. Dies ändert letztlich jedoch nichts daran, dass es aufgrund der

soeben dargelegten engen personellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Verflechtungen der infrage stehenden Gesellschaften vorliegend gerechtfertigt erscheint, von einer Gruppe im aufsichtsrechtlichen Sinne auszugehen. Da M. die Genossenschaft A. in finanzieller Hinsicht faktisch alleine gesteuert zu haben scheint, ist für die Zugehörigkeit der Genossenschaft A. als juristische Person zur Gruppe schliesslich entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführer auch nicht relevant, ob die Beschwerdeführer als weitere Organe der Genossenschaft A. von der Gruppentätigkeit und den bestehenden Verbindungen zwischen den drei Gesellschaften Bescheid wussten (vgl. Urteil des BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 5.8.3).

3.3 Die Vorinstanz wirft gestützt hierauf sodann auch den Beschwerdeführern als natürliche Personen vor, einen massgeblichen Beitrag an die unerlaubte Tätigkeit gemeinsam als Gruppe geleistet und damit Aufsichtsrecht schwer verletzt zu haben. Zur Begründung führt sie diesbezüglich einzig aus, die Beschwerdeführer hätten die Vorgehensweise der Genossenschaft A. zur Beschaffung von Liquidität in Missachtung ihrer Pflichten als Mitglieder der Verwaltung (Art. 902 OR i.V.m. Art. 717 OR) nicht hinterfragt und durch ihre Passivität die Verletzung von Aufsichtsrecht innerhalb der Gruppe gefördert.

3.3.1 Soweit die Beschwerdeführer im Hinblick auf diesen Vorwurf eine Verletzung der Begründungspflicht und damit des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 ff. VwVG) rügen, ist festzuhalten, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung ermöglicht es dem Betroffenen, die Rechtmässigkeit der Entscheidung zu überprüfen und die Chancen einer Anfechtung zu beurteilen. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann (vgl. statt vieler BGE 126 I 97 E. 2b).

Die Vorinstanz hat den von ihr behaupteten massgeblichen Beitrag der Beschwerdeführer an der unerlaubten Tätigkeit als Gruppe vorliegend tatsächlich einzig mit dem Hinweis auf deren Funktion als Mitglieder der Verwaltung begründet, wobei sie nicht weiter auf die Zuständigkeit und

das Verhalten der Beschwerdeführer als Mitglieder der Verwaltung der Genossenschaft und auf die diesbezüglich besonderen Umstände des vorliegenden Einzelfalls eingeht ([...]). Die Begründung der Vorinstanz ist damit zwar sehr knapp und pauschal. Sie ist jedoch grundsätzlich nachvollziehbar und ausreichend, um eine sachgerechte Anfechtung zu ermöglichen. Eine Verletzung der Begründungspflicht und damit des rechtlichen Gehörs liegt somit nicht vor. Eine andere Frage ist es hingegen, ob die pauschale Argumentation der Vorinstanz auch in materiellrechtlicher Hinsicht zu überzeugen vermag.

3.3.2 Gemäss ständiger Rechtsprechung kann eine natürliche Person auch aufgrund einer pflichtwidrigen Unterlassung in Bezug auf ihre Pflichten als Organ eine aufsichtsrechtlich unerlaubte Tätigkeit begünstigen und damit einen massgeblichen Beitrag zur Verletzung von Aufsichtsrecht leisten (vgl. Urteile des BVGer B-6584/2013 vom 18. Januar 2016 E. 2.6; B-2943/2013 vom 6. März 2014 E. 4.2.3; B-4094/2012 E. 3; vgl. E. 3.1.3).

Im Vordergrund steht dabei regelmässig eine Verletzung der Sorgfalts- und Überwachungspflicht. Nach Art. 902 Abs. 1 OR hat die Verwaltung die Geschäfte der Genossenschaft mit aller Sorgfalt zu leiten und die genossenschaftliche Aufgabe mit besten Kräften zu fördern. Gemäss dessen Abs. 2 Ziffer 2 ist sie sodann verpflichtet, die mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten im Hinblick auf die Beobachtung der Gesetze, der Statuten und allfälliger Reglemente zu überwachen und sich über den Geschäftsgang regelmässig unterrichten zu lassen. Dabei ist – wie bei der Aktiengesellschaft – grundsätzlich von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab auszugehen. Massgebend ist diejenige Sorgfalt, welche ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie der Verantwortliche unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde (vgl. BGE 128 III 375 E. 4.1 m.w.H.; WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 902 OR N. 2; zur Sorgfaltspflicht in einer AG vgl. u.a. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rz. 563 ff.). Die Statuten können sodann die Generalversammlung oder die Verwaltung ermächtigen, die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben und die Vertretung an eine oder mehrere Personen, Geschäftsführer oder Direktoren zu übertragen, die nicht zwingend Mitglieder der Genossenschaft zu sein brauchen (Art. 898 Abs. 1 OR). Ebenso können die Statuten einen Teil der Pflichten und Befugnisse der Verwaltung einem oder mehreren von dieser

gewählten Verwaltungsausschüssen übertragen (Art. 897 OR), wobei unstritten ist, ob auch hier – analog zu Art. 716a Abs. 1 OR zu den unübertragbaren Aufgaben eines Verwaltungsrats einer AG – gewisse materielle Grenzen der Delegierbarkeit bestehen (vgl. hierzu WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 897 OR N. 2 m.w.H.). Zumindest unterstehen auch in solchen Fällen alle Mitglieder der Verwaltung, das heisst insbesondere auch diejenigen, die keinem oder einem anderen Ausschuss angehören, den erwähnten gesetzlich verankerten Aufsichts- und Kontrollpflichten (Art. 902 Abs. 2 und Abs. 3 OR; vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 897 OR N. 2 und Art. 902 OR N. 6). Analog zur Rechtsprechung zur Sorgfaltspflicht von Verwaltungsräten einer Aktiengesellschaft (Art. 717 OR) ist das nicht geschäftsführende Mitglied einer Verwaltung entsprechend nicht verpflichtet, jedes einzelne Geschäft des mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten zu überwachen, sondern darf sich auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsgangs beschränken. Dazu gehört, dass er sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rapporte verlangt, sie sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Irrtümer abzuklären versucht. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen, nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen (vgl. Urteil 2C_671/2014 E. 3.2.1 m.w.H. [zur Verantwortlichkeit in einer AG]; BÖCKLI, a.a.O., § 18 Rz. 396 ff. [zur mit der Aufsichtspflicht einhergehenden Eingriffspflicht]).

Eine die unerlaubte Tätigkeit gemeinsam als Gruppe begünstigende Verletzung der Sorgfalts- und Überwachungspflicht muss indessen tatsächlich vorliegen. Ein Mitglied des Verwaltungsrats beziehungsweise der Verwaltung ist nicht bereits per se auch Teil der Gruppe im aufsichtsrechtlichen Sinne (vgl. Urteil B-4094/2012 E. 3.2.2). Zudem kann nicht jede leichte Fahrlässigkeit in den Verantwortlichkeiten eines Verwaltungsrats beziehungsweise eines Mitglieds der Verwaltung automatisch mit einem namhaften Beitrag an die unerlaubte Tätigkeit und damit einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht gleichgesetzt werden. Vielmehr bedarf es einer Pflichtverletzung von einer gewissen Schwere, um – in Durchbrechung der grundsätzlichen Trennung der juristischen Person von der natürlichen Person, die ihr Organ ist – den Einschluss einer natürlichen Person in der Gruppe und die damit regelmässig einhergehende Solidarhaftung für die vorinstanzlichen Untersuchungs- und Verfahrenskosten zu rechtfertigen

(vgl. BGE 135 II 356, wo die Auferlegung der Kosten zulasten eines Beschwerdeführers als unverhältnismässig bezeichnet wurde, da dieser zwar als Verwaltungsrat der einen Gesellschaft tätig und als solcher indirekt in die Gruppenaktivitäten verwickelt, sein Beitrag aber nur mittelbarer Natur war; BGE 136 II 43 E. 7.3.4, wonach Gesellschaften, die allenfalls in punktueller Verkennung finanzmarktrechtlicher Pflichten eine legale Tätigkeit ausüben und denen nicht unzweifelhaft nachgewiesen werden kann, dass sie Teil eines grösseren Systems bilden, nicht liquidiert werden sollen; zur Trennung der juristischen Person von der natürlichen Person, die ihr Organ ist, vgl. BLOCH/VON DER CRONE, Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effekthändlerstätigkeit, SZW 2/2010 S. 165 ff.). In der Praxis wird eine schwere Pflichtverletzung regelmässig bejaht in Fällen, in welchen eine natürliche Person bewusst eine Strohmannposition in einer Gesellschaft übernommen hat, die für sie erkennbar eine Tätigkeit auf dem Finanzmarkt ausübt (vgl. Urteile B-3100/2013 E. 6.2 und B-6584/2013 E. 2.6).

3.3.3 Aufgrund der Akten und der Vorbringen der Parteien ergibt sich mit Bezug auf die Rolle der Beschwerdeführer vorliegend im Wesentlichen, was folgt:

3.3.3.1 Die Verbindung der Beschwerdeführer zur Gruppe beschränkt sich vorliegend auf den Umstand, dass sie Mitglieder der Verwaltung und damit formelle Organe der Genossenschaft A. waren. Zwischen ihnen und den beiden anderen Gesellschaften der Gruppe (B. AG und C. AG) bestand – soweit ersichtlich – keine Verbindung; sie hielten ihrerseits keine Beteiligungen an diesen Gesellschaften und besetzten dort auch keine Schlüsselpositionen. Das Zusammenspiel der drei Gesellschaften fand vielmehr einzig über M. statt, welcher von der Vorinstanz entsprechend auch als « Hauptakteur und -nutzniesser » dieser Gruppe bezeichnet wird ([...]). Demgegenüber haben die Beschwerdeführer – wie selbst die Vorinstanz festhält – ihrerseits keinen wesentlichen finanziellen Vorteil aus der Tätigkeit der Gesellschaften gezogen.

Mit Bezug auf ihre Organfunktion bei der Genossenschaft A. ist zudem zu beachten, dass der Beschwerdeführer 3 seit August 2014, die Beschwerdeführer 1 und 2 erst seit September 2015 Mitglieder der Verwaltung der Genossenschaft A. waren, wobei die Vorinstanz selbst bereits ab Oktober 2015 mit der Genossenschaft A. in Kontakt stand und im Mai 2016 – auf die Überschuldungsanzeige der Beschwerdeführer hin – der Konkurs über die Genossenschaft eröffnet wurde. Die Beschwerdeführer 1 und 2 waren bis zum Konkurs der Genossenschaft somit gerade einmal rund ein halbes

Jahr Mitglieder der Verwaltung und ihre Organtätigkeit fiel auf einen Zeitraum, in welchem die Vorinstanz bereits Abklärungen über die Geschäftstätigkeit der Genossenschaft traf.

3.3.3.2 Sodann ist aufgrund der Vorbringen der Parteien und aufgrund des Umstandes, dass die Beschwerdeführer – soweit ersichtlich – nicht über einschlägige Kenntnisse im Finanzbereich, sondern vielmehr im Bereich der erneuerbaren Energien und im technischen Bereich verfügen, davon auszugehen, dass die Finanzen und damit auch das Mittelbeschaffungskonzept der Genossenschaft A. in die Zuständigkeit von M. als Präsident fiel, während die Beschwerdeführer als weitere Mitglieder der Verwaltung entsprechend ihrem beruflichen Hintergrund hauptsächlich für (technische) Aufgaben im Bereich der erneuerbaren Energien zuständig waren ([...]). Die Statuten der Genossenschaft enthalten denn auch eine entsprechende Ermächtigung an die Verwaltung, die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben an Verwaltungsausschüsse oder an einen oder mehrere Geschäftsführer zu übertragen ([...]; zur Notwendigkeit einer statutarischen Delegationsgrundlage vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 897 OR N. 2 und 3 und Art. 898 N. 2).

Entgegen der Darstellung der Vorinstanz, welche den Beschwerdeführern pauschal « Passivität » vorwirft, weisen die Ausführungen der Beteiligten und die entsprechenden Hinweise in den Protokollen der Vorstandssitzungen sodann darauf hin, dass die Beschwerdeführer während der kurzen Zeit, in welcher sie der Verwaltung angehörten, durchaus aktiv waren, sich einen Überblick verschafft, Nachforschungen gemacht und stufenweise verschiedene Massnahmen beantragt und durchgesetzt haben. Insbesondere scheinen die Beschwerdeführer zu Beginn ihrer Tätigkeit von M. zuerst erfolglos Einsicht in die relevanten Geschäftsunterlagen verlangt zu haben ([...]), weshalb davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführer erst im Rahmen und dank ihrer weiteren Abklärungen Einblick in die tatsächliche Geschäftstätigkeit der Genossenschaft und insbesondere auch Kenntnis von der engen wirtschaftlichen Verbindung zwischen den drei Gesellschaften erhalten haben. Sodann scheinen die Beschwerdeführer sich bei M. mehrfach über die Untersuchung der FINMA erkundigt zu haben ([...]). An der Vorstandssitzung vom 15. Dezember 2015 wurde ferner über die Bedeutung von Art. 902 OR und Art. 903 OR, die finanzielle Situation sowie über die Buchführung der Genossenschaft diskutiert und daraufhin beschlossen, dass Auftragsvergaben nicht mehr ohne Offerten und schriftliche Verträge vorgenommen werden dürfen. Zudem wurde be-

schlossen, das Geschäft der Genossenschaft durch eine unabhängige Institution begutachten zu lassen und einen Businessplan erstellen zu lassen ([...]). Im April/Mai 2016 wurden sodann Offerten von unabhängigen Revisionsstellen eingeholt ([...]). Schliesslich kam es am 24. Mai 2016 bei einer ausserordentlichen Vorstandssitzung zum Rücktritt von M. als Präsident und die Beschwerdeführer reichten am 26. Mai 2016 beim Bezirksgericht in (...) die Überschuldungsanzeige ein. Am 6. Juni 2016 machten sie zudem eine Mitteilung an die Vorinstanz ([...]).

3.3.3.3 Zwar ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Beschwerdeführer das Mittelbeschaffungskonzept der Genossenschaft A. in ihrer kurzen Zeit als Mitglieder der Verwaltung tatsächlich nicht per se infrage gestellt haben. Jedoch ist diesbezüglich zu beachten, dass die Beschwerdeführer, welche aufgrund ihres beruflichen Hintergrundes und soweit ersichtlich allesamt keine besonderen Kenntnisse in Finanzsachen haben, bei ihrem Eintritt in die Genossenschaft ein bereits seit Jahren praktiziertes System der Mittelbeschaffung vorgefunden haben, welches lange Zeit vor ihrem Eintritt in den Vorstand implementiert wurde. Es bestand daher – wie die Beschwerdeführer zu Recht einwenden – grundsätzlich keine Veranlassung, dieses System umgehend einer vertieften rechtlichen Prüfung zu unterziehen, zumal die Vorinstanz kurz nach ihrem Eintritt in die Verwaltung selber aktiv wurde und für die Beschwerdeführer nach ihrem Eintritt zudem primär die Klärung der finanziellen Lage der Gesellschaft sowie – aufgrund der hieraus gewonnenen Erkenntnisse – die Einleitung des Insolvenzverfahrens im Vordergrund stand. Zudem haben die Beschwerdeführer nach dem Gesagten überhaupt erst im Lauf und aufgrund ihrer eigenen Abklärungen vollumfänglich Kenntnis von der tatsächlichen Geschäftstätigkeit der Genossenschaft erhalten. Die tatsächliche Geschäftstätigkeit wiederum ist vorliegend jedoch letztlich der Grund dafür, dass die Genossenschaft nicht, wie auch von den Beschwerdeführern angenommen, unter die Ausnahmebestimmung betreffend Genossenschaften fällt. Wird dabei noch berücksichtigt, dass einem Mitglied der Verwaltung regelmässig eine angemessene Einarbeitungszeit zugestanden werden muss (vgl. Urteil des BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.2.1; DANIEL JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 312, 2012, S. 501 Rz. 860 m.w.H.), so scheint doch zumindest mit Bezug auf die Beschwerdeführer 1 und 2 fraglich, ob ihnen diesbezüglich überhaupt eine schuldhaft rechtswidrige Unterlassung vorgeworfen werden kann.

3.3.4 Letztlich kann jedoch dahingestellt bleiben, ob den Beschwerdeführern als Mitglieder der Verwaltung der Genossenschaft A. überhaupt eine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne von Art. 902 OR in Verbindung mit Art. 717 OR vorgeworfen werden kann. Denn im Rahmen einer Gesamtwürdigung erscheint es vorliegend zumindest als unverhältnismässig, die Beschwerdeführer unbesehen und ohne jegliche Differenzierung als Teil der Gruppe zu betrachten, ihnen eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht vorzuwerfen und sie damit auch solidarisch für sämtliche Untersuchungs- und Verfahrenskosten haften zu lassen ([...]). Denn die Beschwerdeführer haben vorliegend nicht wissentlich und willentlich eine eigentliche Strohmannposition in einer klar im Finanzbereich tätigen Gesellschaft übernommen. Vielmehr scheinen sie sich ehrenamtlich und aus eher ideellen Gründen für eine Organtätigkeit in einer in der Öffentlichkeit für ihre operative Tätigkeit im Bereich der erneuerbaren Energien bekannte Genossenschaft entschieden und engagiert zu haben. Während ihrer (relativ) kurzen Tätigkeit als Mitglieder der Verwaltung waren sie sodann nachweislich nicht einfach « passiv », sondern haben vielmehr versucht, Klarheit in die Geschäftstätigkeit und die finanzielle Situation der Genossenschaft zu bringen, und sie haben letztlich auch die entsprechenden Massnahmen ergriffen. Ob diese Massnahmen mit Blick auf Art. 902 OR in Verbindung mit Art. 717 OR unter Umständen noch früher hätten erfolgen müssen oder unzureichend waren oder ob allenfalls sogar ein Übernahmeverschulden vorliegt, ist dabei nicht im vorliegenden Aufsichtsverfahren, sondern allenfalls in einem Verantwortlichkeitsprozess zu beantworten. Ein massgeblicher Beitrag an der unbewilligten Tätigkeit als Gruppe und somit eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht stellt das Verhalten der Beschwerdeführer nach dem Gesagten jedenfalls nicht dar.

3.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Unrecht festgestellt hat, dass die Beschwerdeführer aufgrund ihres massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hätten.

Demnach ist die Beschwerde diesbezüglich gutzuheissen und die Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung – soweit die Beschwerdeführer betreffend – aufzuheben.