



Urteil vom 2. Dezember 2016

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

1. **A. _____ AG in Liquidation,**
2. **B. _____ AG in Liquidation,**
3. **C. _____ AG in Liquidation,**
4. **D. _____ AG in Liquidation,**
alle handelnd durch X. _____
und Y. _____,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

Gegenstand

Gesuch um Mittelfreigabe.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (im Folgenden: Vorinstanz) mit Verfügung vom 12. August 2016 unter anderem festgestellt hat, dass die A._____ AG, die B._____ AG, die C._____ AG und die D._____ AG als Gruppe gewerbsmässig als Effekthändler tätig gewesen seien (Emissionshaustätigkeit) und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Börsengesetz) schwer verletzt hätten (vgl. Dispositiv-Ziffer 1), dass die A._____ AG eine kollektive Kapitalanlage betreibe, ohne über die dazu erforderliche Bewilligung zu verfügen, und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Kollektivanlagengesetz) schwer verletzt habe (vgl. Dispositiv-Ziffer 2), sowie, dass diese Gesellschaften die Voraussetzungen für die Erteilung der entsprechenden Bewilligungen nicht erfüllten und nachträglich keine Bewilligung erteilt werde (vgl. Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung vom 12. August 2016),

dass die Vorinstanz überdies die A._____ AG, die B._____ AG, die C._____ AG und die D._____ AG aufgelöst und in Liquidation gesetzt (vgl. Dispositiv-Ziffer 5) und über die A._____ AG, die B._____ AG und die C._____ AG am Montag, 15. August 2016, 08:00 Uhr, den Konkurs eröffnet hat (vgl. Dispositiv-Ziffer 6 der Verfügung vom 12. August 2016),

dass Y._____ diese Verfügung mit Beschwerde vom 5. September 2016 angefochten hat (Verfahren B-5415/2015),

dass X._____ mit Eingabe vom 15. September 2016 beim Bundesverwaltungsgericht in eigenem Namen sowie im Namen und Auftrag der A._____ AG in Liquidation, der B._____ AG in Liquidation, der C._____ AG in Liquidation und der D._____ AG in Liquidation (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen 1, 2, 3 und 4) Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 12. August 2016 erhoben hat (Verfahren B-5657/2016), mit den Rechtsbegehren, die Verfügung der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführenden keine finanzmarktaufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzt hätten (Antrag 1), die zuständigen Handelsregisterämter seien anzuweisen, die aufgrund der superprovisorischen Verfügung der Vorinstanz vom 20. August 2015 erfolgten Eintragungen zu löschen und die bis dahin geltenden Zeichnungsberechtigungen der Organe wieder einzutragen (Antrag 2) und die angeordneten Konkurse seien zu widerrufen (Antrag 3),

dass die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführenden mit Verfügung vom 16. September 2016 aufgefordert hat, einen Kostenvorschuss von je Fr. 5'000.– zu leisten,

dass X. _____ die Vorinstanz mit Gesuch vom 26. September 2016 er-
sucht hat, je Fr. 5'000.– aus den Mitteln der Beschwerdeführerinnen zur
Bezahlung dieser Kostenvorschüsse freizugeben,

dass die Vorinstanz dieses Gesuch mit Schreiben vom 4. Oktober 2016
sinngemäss abgewiesen hat, mit der Begründung, dass für den Bezug von
Kostenvorschüssen zu Lasten des Gläubigerkollektivs zwecks Führung
von Beschwerdeverfahren bei den Beschwerdeführerinnen zum gegen-
wärtigen Zeitpunkt kein Raum bestehe,

dass Y. _____ und X. _____ mit Eingabe vom 11. Oktober 2016 na-
mens und im Auftrag der Beschwerdeführerinnen beim Bundesverwal-
tungsgericht Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 4. Ok-
tober 2016 erhoben haben und beantragen, der angefochtene Entscheid
sei aufzuheben und es seien aus den Mitteln der Beschwerdeführerinnen
jeweils Fr. 5'000.– zur Bezahlung der Kostenvorschüsse für das entspre-
chende Beschwerdeverfahren freizugeben; und darüber hinaus seien die
bisher von X. _____ vorgeschossenen Mittel von Fr. 24'657.18 durch die
Gesellschaften zu übernehmen,

dass sie zur Begründung ausführen, liquide Mittel seien vorhanden und die
Beschwerdeführerinnen hätten das Recht, sich ordentlich zu verteidigen,

dass die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 14. Oktober 2016 die Be-
schwerdeverfahren B-5415/2016 und B-5657/2016 vereinigt und unter der
Verfahrensnummer B-5657/2016 weiter geführt hat,

dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 17. Oktober 2016 auch über die
Beschwerdeführerin 4 den Konkurs eröffnet hat,

dass die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 24. Oktober 2016 beantragt,
die Beschwerde im vorliegenden Verfahren sei abzuweisen,

dass die Vorinstanz zur Begründung ausführt, aktuell verfügten die Be-
schwerdeführerinnen noch über liquide Mittel von Fr. 49'566.07 bzw.
Fr. 3'650.45 bzw. Fr. 3'521.90 bzw. Fr. 1'409.38 und seien überschuldet,
weshalb grundsätzlich kein Raum für den Bezug von weiteren Kostenvor-
schüssen zu Lasten des Gläubigerkollektivs bestehe, nachdem bereits im
erstinstanzlichen Verfahren Fr. 8'000.– für die Rechtsvertretung der Be-
schwerdeführerinnen freigegeben worden sei,

dass die Vorinstanz weiter geltend macht, die Beschwerdeführung sei
überwiegend im Interesse von X. _____ und Y. _____ erfolgt, die als

Verwaltungsräte und Hauptaktionäre der Beschwerdeführerin 1 für die festgestellten Verletzungen von Aufsichtsrecht hauptsächlich verantwortlich seien und den Gesellschaften wiederholt und systematisch betriebsnotwendiges Kapital entzogen hätten,

dass das Bundesverwaltungsgericht zuständig ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 und Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] und Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]),

dass die Beschwerdeführerinnen als Adressatinnen der vorinstanzlichen Verfügung zur Beschwerde legitimiert sind (vgl. Art. 48 VwVG),

dass die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführenden im Hauptverfahren B-5657/2016 aufgefordert hat darzulegen, inwiefern X._____ und Y._____ befugt seien, namens der Beschwerdeführenden Beschwerde zu erheben,

dass X._____ und Y._____ mit Eingabe vom 31. Oktober 2016 geltend gemacht haben, X._____ sei nach wie vor als Verwaltungsrat eingetragen und Y._____ sei in der in Frage stehenden Zeit Verwaltungsrat der Beschwerdeführerinnen gewesen und Aktionär der Beschwerdeführerin 4,

dass gemäss ständiger Rechtsprechung ehemals zeichnungsberechtigte Organe einer durch die FINMA in Liquidation oder Konkurs versetzten Gesellschaft trotz Entzugs ihrer Vertretungsbefugnis berechtigt sind, gegen den entsprechenden Unterstellungs- bzw. Liquidationsentscheid sowie gegen das nachträgliche Konkurserkennntnis im Namen der Gesellschaft (in aufsichtsrechtlicher Liquidation) Beschwerde zu führen (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.1; Urteile des BGer 2C_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.2.1 sowie 2A.712/2006 vom 29. Juni 2007 E. 2.1.1),

dass demgegenüber Organe, die ihre Zeichnungsberechtigung nicht durch eine Verfügung der FINMA, sondern durch ihren eigenen Rücktritt aus der Organstellung verloren haben, keine derartige Befugnis haben,

dass X._____ gemäss den einschlägigen Handelsregistereinträgen noch lediglich bei der im Kanton (...) domizilierten Beschwerdeführerin 4

als Organ eingetragen ist, nicht aber bei den übrigen, im Kanton (...) domizilierten Beschwerdeführerinnen 1, 2 und 3,

dass die Zeitpunkte der Löschungen von X. _____ sowie der Umstand, dass seine Löschung offenbar weder ihm selbst bekannt war noch von der Vorinstanz oder deren Beauftragten erwähnt wird, den Eindruck aufdrängt, dass diese Löschungen nicht auf einen Rücktritt von X. _____, sondern auf eine eigene Interpretation der Verfügungen der Vorinstanz durch das zuständige Handelsregisteramt zurückzuführen sind,

dass dann, wenn ein Verwaltungsrat aus einem einzigen Mitglied besteht, dieses von Gesetzes wegen die Einzelvertretungsvollmacht hat, und zwar selbst dann, wenn aus dem Handelsregister etwas anderes hervorgehen sollte (vgl. BGE 133 III 77 E. 6, m.H.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rz. 511b),

dass X. _____ daher befugt ist, im Namen der Beschwerdeführerinnen Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 12. August 2016 zu erheben,

dass daher auf die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen einzutreten ist, soweit darin eine Mittelfreigabe von Fr. 5'000.– je Beschwerdeführerin beantragt wird,

dass demgegenüber auf das Beschwerdebegehren, es seien darüber hinaus bisher von X. _____ vorgeschossene Mittel von Fr. 24'657.18 durch die Gesellschaften zu übernehmen, nicht einzutreten ist, da Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens nur sein kann, was Inhalt des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (vgl. dazu FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 1983, S. 42 ff. und 127 ff.), und dieses Begehren vor der Vorinstanz noch nicht gestellt worden war und daher über den Anfechtungsgegenstand hinaus geht,

dass für die Frage, ob die Vorinstanz in Unterstellungsverfahren einen Teil der gesperrten Mittel für die Prozessführung der untersuchten Gesellschaft freizugeben hat, zu berücksichtigen ist, dass durch die Sperrung der Vermögenswerte auf Konten und Depots unnötige Ausgaben verhindert und eine damit verbundene ungerechtfertigte Vermögensverminderung im Interesse der Gläubiger vermieden werden soll,

dass die Abwägung zwischen den Interessen der untersuchten Gesellschaft an der Prozessführung einerseits und den Interessen der Gläubiger andererseits daher analog zu den Voraussetzungen für die unentgeltliche Prozessführung vorzunehmen ist (vgl. Urteil des BGer 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001 E. 3b aa, m.H.; Urteile des BVGer B-872/2011 vom 16. Mai 2011 und B-1607/2010 vom 21. Juni 2010),

dass dabei primär zu prüfen ist, ob im Verfahren, für das die Mittel beantragt werden, zumindest minimale Erfolgschancen bestehen,

dass Prozessbegehren dann als aussichtslos anzusehen sind, wenn ihre Erfolgsaussichten beträchtlich geringer sind als die Gefahr eines Unterliegens und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können,

dass ein Begehren nicht als aussichtslos gilt, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese, so dass auch eine Partei, die selbst über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (vgl. BGE 129 I 129 E. 2.3.1; Urteil des BGer 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001 E. 3b aa, m.H.),

dass die Vorinstanz im vorliegenden Fall den Beschwerdeführerinnen vorwirft, sie hätten zusammen mit der F. _____ Ltd. und der G. _____ Ltd. gemeinsam als Gruppe Aktien der Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 4 öffentlich beworben und erstmals auf dem Primärmarkt verkauft, um damit regelmässige Erträge zu erzielen,

dass unbestritten ist, dass enge personelle, organisatorische und wirtschaftliche Verflechtungen zwischen den Beschwerdeführerinnen bestehen und sie daher eine Gruppe im relevanten Sinne bilden,

dass auch unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerinnen in den letzten Jahren vor dem Eingreifen der Vorinstanz am 20. August 2015 den weit überwiegenden Anteil ihrer Erträge durch den Verkauf von Aktien der Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 4 erzielt haben,

dass die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen bereits im Februar 2010 untersagt hatte, weitere Verkäufe derartiger Aktien über andere Gruppengesellschaften vorzunehmen oder den Erlös auf X. _____, Y. _____ oder andere nahestehende Personen zu übertragen, und sie angewiesen hatte, die Erlöse der betreffenden Gesellschaft gutzuschreiben und für deren operative Tätigkeit zu verwenden,

dass in der Folge die Aktien jeweils von der Beschwerdeführerin 1 oder einer anderen Gruppengesellschaft oder der G._____ Ltd. gezeichnet und an diejenige Gesellschaft, um deren Aktien es sich handelte, verkauft worden sind, damit sie im Namen dieser Gesellschaft an Investoren verkauft würden,

dass der Erlös aus diesen Verkäufen in der Folge aber nur zu einem geringeren Teil in der betroffenen Gesellschaft verblieben ist, mehrheitlich aber als Ankaufspreis oder als Darlehen an die Beschwerdeführerin 1 überwiesen worden ist,

dass auch erhebliche Beträge als Provisionen an verschiedene Vermittler bezahlt worden sind, wobei in der Regel eine Provision von 25% vereinbart worden ist,

dass die Untersuchungsbeauftragte diesbezüglich insbesondere etwa bezüglich der Beschwerdeführerin 4 festgehalten hat, dass diese in den Jahren 2014 und 2015 für rund 6.485 Mio. Fr. eigene Aktien, die sie vorher für rund 2.5 Mio. Fr. von den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 erworben hatte, an Investoren verkauft hat,

dass die Untersuchungsbeauftragte dargelegt hat, dass vom Erlös in der Folge rund 2.335 Mio. Fr. unter verschiedenen Titeln an Gruppengesellschaften überwiesen worden sind,

dass vom Erlös weiter 2.3 Mio. Fr. an Vermittlungsprovisionen bezahlt worden sind, wobei nicht immer Belege für einen diesbezüglichen Vermittlungserfolg vorhanden sind,

dass über die Hälfte dieser Vermittlungsprovisionen an die F._____ Ltd. überwiesen worden sind, eine Off-Shore-Gesellschaft, welche durch X._____ gegründet und in der Folge an einen ehemaligen Mitarbeiter übertragen worden sein soll und über deren Konto X._____ immer noch verfügungsberechtigt ist,

dass demgegenüber lediglich rund Fr. 620'000.– in die (...), den behaupteten operationellen Geschäftszweck der Beschwerdeführerin 4 geflossen sind,

dass im Zeitpunkt der Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten im Jahr 2015 keine der Beschwerdeführerinnen neben dem Aktienverkauf und allfälligen Tätigkeiten oder Darlehen zugunsten anderer Gruppengesellschaften eine operative Geschäftstätigkeit aufwies, aus der sie in wesentlichem

Umfang Einkünfte erzielt und die buchhalterisch von der Aktienverkaufstätigkeit abgrenzbar wäre,

dass die relevanten Sachverhaltsumstände, wie sie aus dem Bericht der Untersuchungsbeauftragten und der Verfügung der Vorinstanz vom 12. August 2016 hervorgehen, in den wesentlichen Punkten unbestritten oder aktenmässig belegt sind,

dass eine derartige Geschäftstätigkeit gemäss ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts als bewilligungspflichtige Emissionshaustätigkeit zu qualifizieren ist (vgl. BGE 135 II 356 E. 4.3),

dass dabei der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 nach dem ersten Einschreiten der Vorinstanz im Februar 2010 die Aktien der anderen Beschwerdeführerinnen nicht mehr in eigenem Namen verkauft hat, sondern im Namen der betroffenen Gesellschaft hat verkaufen lassen, kein wesentliches Element darstellt, sondern angesichts der dargelegten Sachverhaltsumstände als reines Umgehungsgeschäft anzusehen ist,

dass die Rechtsfolge einer derartigen Emissionshaustätigkeit praxisgemäss die aufsichtsrechtliche Liquidation ist, sofern, wie im vorliegenden Fall, weder eine Bewilligung erteilt werden kann noch daneben eine buchhalterisch klar abgrenzbare operative Tätigkeit vorliegt (vgl. BGE 136 II 43 E. 7.3.4),

dass die Frage, ob der Vorwurf der Vorinstanz zutrifft, die Beschwerdeführerin 1 habe eine kollektive Kapitalanlage betrieben, ohne über die dazu erforderliche Bewilligung zu verfügen, offen gelassen werden kann, da die Beschwerdeführerin 1 kein aktuelles und praktisches Interesse an einem diesbezüglichen Rechtsmittelentscheid hat, wenn sie, wie dargelegt, ohnehin aufsichtsrechtlich zu liquidieren ist,

dass sich aufgrund einer prima facie-Würdigung der Akten daher ergibt, dass die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen als aussichtslos einzustufen sind,

dass unter diesen Umständen nicht zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz die beantragte Freigabe von Mitteln verweigert hat,

dass die Beschwerde daher abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist,

dass die Beschwerdeführerinnen bei diesem Verfahrensausgang als unterliegende Partei gelten, weshalb ihnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass den Beschwerdeführerinnen als unterliegender Partei auch keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils.

3.

Den Beschwerdeführerinnen wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. G01064982; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

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: 2. Dezember 2016