

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 858/2017

Urteil vom 15. März 2018

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte

1. A. _____ GmbH in Liquidation,
 2. B. _____ GmbH in Liquidation,
 3. C. _____,
- Beschwerdeführer,
alle drei vertreten durch Daniel Grunder und Valentina Zihlmann, Rechtsanwälte,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA.

Gegenstand
Konkurseröffnung,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. August 2017
(B-3380/2015).

Sachverhalt:

A.

Die A. _____ GmbH in Liquidation (nachfolgend: A. _____) und die B. _____ GmbH in Liquidation (nachfolgend: B. _____), haben ihren Sitz in Ennetmoos. Sie betrieben finanzintermediäre Tätigkeiten. Mit Verfügung vom 24. April 2015 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA fest, A. _____ und B. _____ hätten gemeinsam als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Effektenhandel betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [BEHG; SR 954.1]) schwer verletzt (Dispositivziffer 1). Aufgrund seines massgeblichen Beitrags an der unbewilligten Tätigkeit sei auch C. _____ gewerbsmässig als Effektenhändler tätig geworden und habe damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Dispositivziffer 2). Als Rechtsfolge ordnete die FINMA die Auflösung der A. _____ und der B. _____ und deren Versetzung in das Liquidationsstadium an (Dispositivziffer 3). Zwecks Liquidation der A. _____ und der B. _____ auf dem Weg des Konkurses setzte die FINMA den Zeitpunkt der Konkurseröffnung auf den Montag, 27. April 2015, 08:00 Uhr, fest (Dispositivziffer 4), bestimmte als Konkursort den Sitz der Gesellschaften (Dispositivziffer 5) und setzte die D. _____ AG bei beiden Gesellschaften als Konkursliquidatorin ein (Dispositivziffer 6). Die FINMA bestimmte weiter, die Geschäftstätigkeit der beiden Gesellschaften würden auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung eingestellt (Dispositivziffer 7), den bisherigen Organen würde die Vertretungsbefugnis entzogen (Dispositivziffer 8), ordnete die entsprechenden Publikationen an (Dispositivziffer 9, 10) und traf eine Regelung über die Kosten der Konkursliquidatorin (Dispositivziffer 11). In allgemeiner Hinsicht verfügte die FINMA die Aufrechterhaltung der Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots, die auf die beiden Gesellschaften lauten oder an denen sie wirtschaftlich berechtigt seien, und ermächtigte die Konkursliquidatorin, über die gesperrten Vermögenswerte zu verfügen (Dispositivziffer 15). Des Weiteren ordnete die FINMA die sofortige Vollstreckbarkeit der Dispositivziffern 3-11 sowie 15-16 an (Dispositivziffer 15), beschränkte jedoch bis zum Eintritt der Rechtskraft ihrer Verfügung die Verwertungshandlungen auf sichernde und

werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland (Dispositivziffer 16).

B.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht stellten die A._____, die B._____ und C._____ folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 nicht überschuldet seien;
2. Es seien die Dispositivziffern 4-10 der Verfügung der FINMA vom 24. April 2015 aufzuheben;
3. Es sei die Aufhebung des Konkurses auf der Internetseite der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA und im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu publizieren;
4. Es sei das Handelsregisteramt des Kantons Nidwalden anzuweisen, die am 5. Mai 2015 - gestützt auf die Dispositivziffer 10 der Verfügung der Vorinstanz vom 24. April 2015 - bei den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 vorgenommenen Handelsregistereinträge zu löschen;
5. Eventualiter sei die Dispositivziffer 6 der Verfügung der Vorinstanz vom 24. April 2015 als Konkursliquidatorin eingesetzte D._____ AG abzusetzen und durch eine unbefangene und für diese Aufgabe geeignete Konkursliquidatorin zu ersetzen;
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.

Als Begründung machten die A._____, die B._____ und C._____ geltend, die Untersuchungsbeauftragte sowie die FINMA hätten die Vermögenswerte der beiden Gesellschaften völlig falsch bewertet; diese seien bei korrekter Bewertung des Gesellschaftsvermögens nicht annähernd überschuldet.

Mit prozessleitender Verfügung vom 25. Juni 2015 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der A._____, der B._____ und von C._____ auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Mit Urteil vom 21. August 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab, soweit auf diese eingetreten werde.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlicher Angelegenheit an das Bundesgericht vom 5. Oktober 2017 beantragen A._____, B._____ und C._____, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. August 2017 sei kostenfällig aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter seien die Verwertungshandlungen im Konkurs über A._____, B._____ während der Dauer des Verfahrens auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken.

Die Vorinstanz hat auf die Einreichung einer Vernehmlassung verzichtet. Die FINMA schliesst auf kostenfällige Abweisung, soweit Eintreten. Mit Präsidialverfügung vom 9. November 2017 weist der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts das Gesuch der Beschwerdeführer auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab, soweit er darauf eintritt.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführer 1-3 haben eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Sie richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG).

1.2. Die Beschwerde hat ein Rechtsbegehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Da die Beschwerde an das Bundesgericht ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 107 Abs. 2 BGG), darf sich die Beschwerde grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Urteils zu beantragen, sondern muss einen Antrag in der Sache stellen (BGE 134 III 379 E. 1.3 S. 383; 133 III 489 E. 3.1 S. 489 f.). Die Beschwerdeführer stellen einen rein kassatorischen Antrag, was bei belastenden Anordnungen ohne Weiteres zulässig ist. Aus der Begründung der Beschwerde, die zur Interpretation des Rechtsbegehrens nach Treu und Glauben beigezogen werden kann (anstatt vieler BGE 137 II 313 E. 1.3 S. 317), ist zudem ersichtlich, dass sie anstelle der vorinstanzlich bestätigten Konkursliquidation die Anordnung einer gesellschaftsrechtlichen Auflösung anstreben. Auf das gestellte Rechtsbegehren kann eingetreten werden.

1.3. Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 89 Abs. 1 lit. b und lit. c

BGG), das praktisch und aktuell sein muss (BGE 139 I 206 E. 1.1 S. 208; 137 I 296 E. 4.2 S. 299; 137 I 23 E. 1.3 S. 24 f.). Hat eine Vorinstanz das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses im vorinstanzlichen Verfahren zu Unrecht bejaht und (anstelle eines Nichteintretensentscheids) einen materiellen Beschwerdeentscheid erlassen, so ist, wie die FINMA dies in jenem Verfahrensstadium vernehmlassungsweise geltend machte, der materielle Beschwerdeentscheid auf Beschwerde hin aufzuheben (BGE 131 II 587 E. 5.1 S. 592; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 6 VwVG). Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz im vorinstanzlichen Verfahren zu Recht ein aktuelles, praktisches und schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers bejahte, andernfalls der angefochtene Entscheid aufzuheben ist.

1.3.1. Ein praktisches Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG kann nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden können und die konkret als Rechtsbegehren gestellt werden (Urteil 2C 383/2014 vom 15. September 2014 E. 4.6, unter Verweis auf BGE 137 II 313 E. 3.3.1 S. 320 f.). Die Beschwerdeführer haben sich im vorinstanzlichen Verfahren nicht gegen die Auflösung und Versetzung in den Liquidationszustand (Dispositivziffer 3) gewendet, sondern nur die Aufhebung der Konkursöffnung (Dispositivziffer 4) und die Modalitäten der Liquidation auf dem Konkursweg (Dispositivziffern 5-10) angebeht; eine positive Anordnung einer Auflösung nach den anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Regeln (Art. 913 OR; zur Auflösung nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln gemäss Art. 739 ff. OR vgl. BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321) haben sie jedoch nicht beantragt. Die Aufrechterhaltung der Versetzung in Auflösung und in das Liquidationsstadium (Dispositivziffer 3) ohne jegliche aufsichtsrechtliche Anordnungen über die Liquidation (vorliegend Dispositivziffern 4-10) widerspricht jedoch zum Vornherein der Vorgabe von Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) in Verbindung mit Art. 36 BEHG, wonach die FINMA bei aufsichtsrechtlich begründeten Liquidationen den Liquidator zu bezeichnen und dessen Tätigkeit zu überwachen hat (URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement - Verfahren zur Durchsetzung des Schweizerischen Finanzmarktrechts, 2. Aufl. 2014, S. 257; THOMAS BAUER, Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 4 zu Art. 36 BEHG; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen 2010, S. 70). Das im vorinstanzlichen Verfahren gestellte Rechtsbegehren (auf Aufrechterhaltung der Liquidation unter Aufhebung jeglicher Anordnungen über dessen Abwicklung) konnte mit der Beschwerde somit nicht erreicht werden, weshalb darauf grundsätzlich nicht eingetreten werden könnte.

1.3.2. An einem praktischen und aktuellen Interesse an der Beschwerdeführung fehlt es insbesondere auch, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation eines Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens nicht mehr beeinflusst werden kann (BGE 140 II 214 E. 2.1 S. 218; 133 II 409 E. 1.3 S. 413; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N. 946), wobei es einem Beschwerdeführer offen steht, die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Ausnahme von diesem Erfordernis in seiner Beschwerdeschrift darzulegen. Diese Prozessvoraussetzung führt bei Liquidations- und Verwertungsanordnungen dazu, dass an Beschwerden gegen unumkehrbare Liquidations- oder Verwertungshandlungen grundsätzlich kein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung besteht (grundlegend Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004 E. 2.2, letztmals bestätigt in Urteil 2C 352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 1.2.1; ebenso Urteil 2C 1087/2017 vom 3. Januar 2018 E. 2.4.1). Die materielle Verknüpfung zwischen Bewilligungsentzug (Art. 37 Abs. 1 FINMAG) bzw. bewilligungsloser Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit (Art. 37 Abs. 3 FINMAG) und Versetzung in das Liquidationsstadium gemäss anwendbarem Spezialgesetz (Art. 37 Abs. 2 FINMAG) kann zudem dazu führen, dass durch die rechtskräftige Verweigerung einer nachträglichen Bewilligung die Auflösung und Versetzung in das Liquidationsstadium unabwendbar wird, weshalb es in solchen Konstellationen ebenfalls an einem aktuellen und praktischen Interesse an einer Beschwerdeführung gegen die Auflösung und Versetzung in das Liquidationsstadium fehlen kann. Wie die Vorinstanz jedoch zutreffend erkannte, sind selbst bei nicht mehr abwendbaren Liquidationen die Modalitäten der Durchführung der Liquidation (gemäss den anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Normen oder gemäss aufsichtsrechtlicher Spezialgesetzgebung, vgl. ausführlich URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 257 ff.; TERLINDEN, a.a.O., S. 69 f.) verfassungsmässig zu regeln und hat ein Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse daran, die Modalitäten der Durchführung der Liquidation überprüfen zu lassen (Urteile 2C 101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.1, 2C 829/2013 vom 7. März 2014 E.

1.3; ebenso Urteil 2C 97/2015 vom 28. April 2015 E. 2.3 in fine).

1.3.3. Die Vorinstanz legte jedoch das im vorinstanzlichen Verfahren gestellte kassatorische Rechtsbegehren auf Aufhebung der Anordnungen der FINMA über die Konkursliquidation gestützt auf die Beschwerdebegründung nach Treu und Glauben dahingehend aus, die Beschwerdeführer wollten die Modalitäten der Durchführung der Liquidation der betroffenen Gesellschaften auf dem Wege der aufsichtsrechtlichen Liquidation überprüfen lassen, und bejahte ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführer (Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG) an der vorinstanzlichen Beschwerdeführung. Diese Auslegung und Anwendung der Prozessvoraussetzung des schutzwürdigen Interesses im vorinstanzlichen Verfahren ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführer, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und mit ihren Anträgen unterlegen sind, haben auch im bundesgerichtlichen Verfahren ein schutzwürdiges Interesse (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG) auf Abänderung (vgl. dazu oben, E. 1.2) des angefochtenen Entscheids. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.4. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f. mit Hinweis). Die Verletzung von Grundrechten untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

2.

Die Beschwerdeführer rügen, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 seien, bei zutreffender Sachverhaltsermittlung, weder überschuldet noch würden Liquiditätsengpässe bestehen, weshalb die Voraussetzungen für eine Durchführung einer Konkursliquidation gemäss Art. 36a BEHG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 BankG nicht gegeben seien und das angefochtene Urteil aufgehoben werden müsse. Die Vorinstanz habe den für den Vermögensstand der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 rechtserheblichen Sachverhalt rechtsverletzend im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 30 und Art. 32 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) ermittelt. Abzusetzen sei in jedem Fall die als Konkursliquidatorin eingesetzte D. _____ AG, welcher es an den für die Ausübung dieses Amtes erforderlichen fachlichen Fähigkeiten und dem notwendigen Fingerspitzengefühl fehle.

2.1. Vorliegend hatte die FINMA in ihrer Verfügung vom 24. April 2015 zusammenfassend (ausführlich oben, Sachverhalt A) erwogen, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hätten gemeinsam als Gruppe ohne Bewilligung den Effektenhandel betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Der Beschwerdeführer 3 sei aufgrund seines massgeblichen Beitrags an der unbewilligten Tätigkeit (ohne Bewilligung) gewerbsmässig als Effektenhändler tätig geworden und habe dadurch aufsichtsrechtliche Bestimmungen (BEHG) schwer verletzt. Als Rechtsfolge der unbewilligt ausgeübten bewilligungspflichtigen Tätigkeit ordnete die FINMA die Auflösung und den Eintritt in das Liquidationsstadium der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 an und verfügte, die Liquidation werde auf dem Wege des Konkurses durchgeführt.

2.2. Art. 37 FINMAG (Entzug der Bewilligung, der Anerkennung, der Zulassung oder der Registrierung) lautet wie folgt:

1 Die FINMA entzieht einer oder einem Beaufsichtigten die Bewilligung, die Anerkennung, die Zulassung oder die Registrierung, wenn sie oder er die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.

2 Mit dem Entzug verliert die oder der Beaufsichtigte das Recht, die Tätigkeit auszuüben. Die übrigen Folgen des Entzugs richten sich nach den anwendbaren Finanzmarktgesetzen.

3 Diese Folgen gelten analog, wenn eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter tätig ist, ohne über eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung zu verfügen.

Art. 36 und Art. 36a BEHG haben folgenden Wortlaut:

Art. 36 BEHG Folgen des Bewilligungsentzugs

1 Entzieht die FINMA einem Effektenhändler die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit, so bewirkt dies bei juristischen Personen und Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Auflösung und bei Einzelfirmen die Löschung im Handelsregister. Die FINMA bezeichnet den Liquidator und überwacht

seine Tätigkeit. Bei Effekthändlern, welche auch dem Bankengesetz vom 8. November 1934 unterstehen, kann die FINMA auf die Auflösung verzichten, sofern die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit als Bank nicht ebenfalls entzogen werden muss.

Art. 36a BEHG Anwendung der Bestimmungen über die Bankinsolvenz

Die Artikel 24-37I des Bankengesetzes vom 8. November 1934 gelten sinngemäss.

Art. 25 und Art. 33 BankG bestimmen folgendes:

Art. 25 BankG Voraussetzungen

1 Besteht begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, oder erfüllt diese die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist nicht, so kann die FINMA anordnen:

- a. Schutzmassnahmen nach Artikel 26;
- b. ein Sanierungsverfahren nach den Artikeln 28-32;
- c. die Konkursliquidation der Bank (Bankenkurs) nach den Artikeln 33-37g.

2 Die Schutzmassnahmen können selbständig oder in Verbindung mit einer Sanierung oder Konkursliquidation angeordnet werden.

3 Die Bestimmungen über das Nachlassverfahren (Art. 293-336 SchKG²), über das aktienrechtliche Moratorium (Art. 725 und 725a des Obligationenrechts) und über die Benachrichtigung des Richters (Art. 729b Abs. 24 des Obligationenrechts) sind auf Banken nicht anwendbar.

4 Die Anordnungen der FINMA umfassen sämtliches Vermögen der Bank mit Aktiven und Passiven und Vertragsverhältnisse, ob sie sich nun im In- oder im Ausland befinden.

Art. 33 BankG (Anordnung der Konkursliquidation und Ernennung der Konkursliquidatoren) regelt folgendes:

1 Besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert, so entzieht die FINMA der Bank die Bewilligung, ordnet die Konkursliquidation an und macht diese öffentlich bekannt.

2 Die FINMA ernennt einen oder mehrere Konkursliquidatoren. Diese unterstehen der Aufsicht der FINMA und erstatten ihr auf Verlangen Bericht.

3 Sie orientieren die Gläubiger mindestens einmal jährlich über den Stand des Verfahrens.

Art. 1 und Art. 2 der Verordnung vom 30. August 2012 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, SR 952.05) bestimmen folgendes:

Art. 1 Bankeninsolvenzverordnung-FINMA Gegenstand

Diese Verordnung konkretisiert das Sanierungs- und Konkursverfahren nach den Artikeln 28-37g BankG.

Art. 2 Bankeninsolvenzverordnung-FINMA Geltungsbereich

1 Diese Verordnung gilt für folgende, nachfolgend als Banken bezeichnete Institutionen und Personen:

- a. Banken nach dem BankG;
- b. Effekthändler nach dem BEHG;
- c. Pfandbriefzentralen nach dem PfG.

2 Für natürliche und juristische Personen, die ohne die erforderliche Bewilligung tätig sind, sind die Bestimmungen zur Bankensanierung (Art. 40-57) nicht anwendbar. Die FINMA kann sie jedoch dann für anwendbar erklären, wenn ein hinreichendes öffentliches Interesse vorliegt.

2.3. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 haben gemeinsam als Gruppe eine auch nachträglich nicht bewilligungsfähige, als gewerbsmässigen Effektenhandel zu qualifizierende Tätigkeit betrieben bzw. hat Beschwerdeführer 3 massgeblich zu dieser unbewilligten Tätigkeit beigetragen; sämtliche Beschwerdeführer haben somit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Steht fest, dass ein bewilligungslos ausgeübter (gewerbsmässiger) Effektenhandel auch nachträglich nicht bewilligt werden kann, erweist sich die Auflösung und Versetzung in das Liquidationsstadium nach der von der EBK begründeten Praxis als einzige angemessene Rechtsfolge; aus Gründen des Investorenschutzes sind weder ein Verzicht auf das gesetzliche Bewilligungserfordernis noch die bewilligungslose Fortführung der bewilligungspflichtigen Tätigkeit angezeigt (Verfügung der

Eidgenössischen Bankenkommission [EBK] vom 19. August 2004 in der Sache S. SA, E. 4 f., veröffentlicht in EBK-Bulletin 46/2004 S. 172; ebenso Verfügung der EBK vom 29. Oktober 2002 in der Sache Braro Roveredo, E. 3 [bestätigt durch Urteil 2A.565/2002 vom 2. April 2003 E. 5.3.2], veröffentlicht in EBK-Bulletin 45/2003 S. 146-148). Diese Praxis der EBK zur Auflösung und Versetzung in das

Liquidationsstadium klar illegaler Banken und Effektenhändlerinnen sollte nach dem Willen des historischen Gesetzgebers in Art. 37 Abs. 3 FINMAG verankert werden, wonach die (jeweils spezialgesetzlich geregelten [Art. 37 Abs. 2 FINMAG]) Folgen des Bewilligungsentzugs analog auf unbewilligt tätige Institute angewendet werden (Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2885, unter Verweis auf EBK-Bulletin 46/2004 S. 61 ff. [BGE 130 II 351]). Für den unbewilligt ausgeübten Effektenhandel bedeutet dies, dass - im Interesse eines effektiven Investorenschutzes - bei fehlender nachträglicher Bewilligungsfähigkeit das unbewilligte Institut nicht nur die bewilligungspflichtige Tätigkeit nicht mehr ausüben darf, sondern auch zu liquidieren ist (THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 3 zu Art. 36 BEHG; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 254). Geht die Gesellschaft oder die Einzelfirma sowohl einer bewilligungspflichtigen wie auch einer unbedenklichen Tätigkeit nach, ist nur der bewilligungspflichtige Teil zu

liquidieren, sofern dies technisch möglich ist und die erlaubte Tätigkeit eine eigenständige Bedeutung hat (BGE 136 II 43 E. 3.3 S. 47; Urteil 2C 352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1). Im Falle einer bloss untergeordneten Bedeutung der legalen Tätigkeit und fehlender buchhalterischer Abgrenzung ist hingegen der gesamte und nicht nur der bewilligungspflichtige Teil der Aktivitäten zu liquidieren (BGE 131 II 306 E. 3.3 S. 317; ebenso URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 258 f.); insbesondere muss dem Institut keine Möglichkeit eingeräumt werden, die illegale Tätigkeit in eine legale zu überführen (Urteil 2A.565/2002 vom 2. April 2003 E. 5.3).

2.4. Von der in Art. 36 BEHG (anwendbar in Verbindung mit Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 FINMAG) spezialgesetzlich angeordneten Rechtsfolge der Auflösung und Versetzung in das Liquidationsstadium der als GmbH organisierten Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zu unterscheiden ist die eigentliche Durchführung der Liquidation, die vorliegend Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens bildet. Für die Durchführung der Liquidation wird in erster Linie, soweit vorhanden, auf die anwendbaren spezialgesetzlichen (gesellschaftsrechtlichen und aufsichtsrechtlichen) Regeln und nur subsidiär auf das SchKG abgestellt (URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 257, S. 258; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen 2010, S. 69 f.). Für als Aktiengesellschaften organisierte Banken gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass sie grundsätzlich nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln über die freiwillige Auflösung (Art. 739 ff. OR) liquidiert, im Falle der Überschuldung oder dauernder Zahlungsunfähigkeit jedoch in Anwendung der aufsichtsrechtlichen Regelung von Art. 33 ff. BankG

(Bankenkonzurs) zu liquidieren sind; das allgemeine Schuldbetreibungs- und Konkursrecht kommt in diesem Fall bloss im entsprechend modifizierten Umfang zur Anwendung (BGE 131 II 306 E. 4.1.2 S. 321; 132 II 382 E. 7.2 S. 397). Diese Rechtsprechung findet auch auf die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 Anwendung (Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 FINMAG, Art. 36 f. BEHG, Art. 33 BankG; Art. 913 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 739 ff. OR). Zu beachten ist in jedem Fall - selbst bei einer Abwicklung der Liquidation nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln von Art. 739 ff. OR - die spezialgesetzliche Modifikation von Art. 36 BEHG, wonach die FINMA den Liquidator bezeichnet und seine Tätigkeit überwacht (Urteil 2C 829/2013 vom 7. März 2014 E. 4.3; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 257).

3.

3.1. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil die durch die FINMA angeordnete Konkursliquidation (vgl. oben, Sachverhalt, A) mit der Begründung gestützt, die Liquidation auf dem Konkursweg sei anzuordnen, wenn eine Gesellschaft überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig sei (Art. 36a BEHG in Verbindung mit Art. 33 ff. BankG). Ob eine Überschuldung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 vorliege, könne deswegen offen bleiben, weil der Konkursgrund der ernsthaften Liquiditätsprobleme der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 erstellt seien: Es sei nicht ersichtlich, wie die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 auf absehbare Zeit wieder ihren fälligen Zahlungsverpflichtungen

nachkommen könnten (angefochtenes Urteil, E. 5.2.4).

3.2. Die vorliegend sinngemäss (Art. 36a BEHG) zur Anwendung gelangende Vorschrift von Art. 33 BankG knüpft inhaltlich an Art. 25 BankG an. Die FINMA wird demnach tätig, wenn die betreffende Gesellschaft überschuldet ist, ernsthafte Liquiditätsprobleme hat oder die Eigenmittelvorschriften nicht mehr einhält (Urteil 2C 829/2013 vom 7. März 2014 E. 4.3; BAUER/HARI/JEANNERET, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 16 zu Art. 33 BankG); die FINMA kann diesfalls Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG anordnen (Art. 25 Abs. 1 lit. a BankG), ein Sanierungsverfahren nach den Art. 28-32 BankG einleiten (Art. 25 Abs. 1 lit. b BankG) oder die Konkursliquidation nach den Art. 33-37g BankG (Art. 25 Abs. 1 lit. c BankG) verfügen. Zu berücksichtigen ist im vorliegenden Zusammenhang, dass die FINMA gegenüber den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 die Auflösung, Versetzung in den Liquidationszustand und die Durchführung der Liquidation auf dem Konkursweg (anstelle einer Auflösung nach den anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, vgl. oben, E. 2.4) infolge unbewilligt ausgeübtem (gewerbsmässigem) Effektenhandel ausgesprochen hat. Die Bestimmungen über das Sanierungsverfahren sind nicht auf die Konstellation der Liquidation eines unbewilligt tätigen Instituts zugeschnitten, weshalb sie, vorbehältlich eines öffentlichen Interesses, praxismässig auch keine Anwendung finden (BGE 136 II 43 E. 3.2 S. 46; 132 II 382 E. 7.2 S. 397; 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321; [mittlerweile] Art. 2 Abs. 2 Bankeninsolvenzverordnung [oben, E. 2.2]; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, a.a.O., S. 342). Ein Sanierungsplan könnte zudem nur genehmigt werden, wenn er die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen gesetzlichen Vorschriften auch künftig sicherstellt; dies ist bei einem nachträglich nicht bewilligungsfähigen, illegal tätigen Institut zum Vorherein nicht möglich (BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321). Die Rüge, die Vorinstanz habe Art. 25 BankG verletzt, erweist sich zum Vorherein als unbegründet.

3.3. Unter Berücksichtigung dessen, dass die Vorschriften über den Bankenkurs von Art. 33 ff. BankG vorliegend im Zusammenhang mit der Liquidation eines unbewilligten Instituts gestützt auf Art. 36a BEHG in Verbindung mit Art. 36 BEHG, Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 FINMAG sinngemäss zur Anwendung gelangen, ist im Lichte der ständigen bundesgerichtlichen Praxis davon auszugehen, dass eine Überschuldung vorliegt, wenn die Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (BGE 131 II 306 E. 4.3.1 S. 322 f.), wobei im Rahmen der Finanzmarktaufsicht der Nachweis einer formellen Überschuldung nicht erforderlich ist; das Vorliegen vernünftiger, nachvollziehbarer Umstände, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen, genügt hierfür (Urteil 2C 101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Von ernsthaften Liquiditätsproblemen ist auszugehen, wenn das unbewilligte Institut nicht mehr in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, bzw. die bestehende Liquidität die fällig gewordenen oder in Kürze fällig werdenden Forderungen nicht mehr deckt (Urteil 2C 101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1, unter

Verweis auf den EBK-Bankeninsolvenzbericht vom Januar 2008, S. 12; BGE 104 IV 77 E. 3d S. 83). Wann der kritische Punkt zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung oder ernsthafter Liquiditätsprobleme erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen, weshalb der FINMA als Fachbehörde diesbezüglich ein nicht unerheblicher (technischer) Ermessensspielraum zukommt. Dieser Ermessensspielraum geht jedoch mit erhöhten Anforderungen an die Begründungspflicht einher: Die FINMA muss ihren Entscheid im Einzelfall rechtsgenügend (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG) begründen; die blosse abstrakte Vermutung einer Überschuldung genügt nicht (Urteil 2C 101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1).

3.4. Die Beschwerdeführerinnen beschränken sich in ihrer Beschwerdeschrift zum von der Vorinstanz als tragend erachteten (oben, E. 3.1) aufsichtsrechtlichen Konkursgrund der ernsthaften Liquiditätsprobleme darauf zu rügen, die Vorinstanz habe ihre Ausführungen betreffend Liegenschaften in ihrer Urteilsbegründung nicht berücksichtigt und deren Rechtserheblichkeit dadurch verkannt, dass eine Aufwertung dieser Liegenschaften die Beschaffung von Liquidität stark vereinfache (Beschwerdeschrift, NN. 37, 41, 45, 54); implizit machen sie wohl auch geltend, eine andere Bewertung verschiedener Aktien (Beschwerdeschrift, N. 30 ff., N. 47 ff.) oder Beteiligungen (Beschwerdeschrift, N. 39) sowie die Berücksichtigung bestimmter Schuldbriefe (Beschwerdeschrift, NN. 61 f.) würden sich positiv auf die Liquidität auswirken. Auf diese Sachverhaltsrüge ist jedoch deswegen nicht weiter einzugehen, weil sie keinerlei Auswirkungen auf den Verfahrensausgang (Art. 97 Abs. 1 BGG) zu entfalten vermag. Die Vorinstanz hat erwogen, die Untersuchung habe ergeben, dass die Beschwerdeführerin 1 einen kumulierten Liquiditätssaldo habe, welcher negativ sei und einen eindeutigen Negativtrend zeige (April 2015: Fr. -1'875'085.--, Mai 2015: Fr. -1'375'032.--, Juni

2015: Fr. -2'120'032; Juli 2015: Fr. -2'120'032; später: Fr. -3'801'458.--), und in ihrer Bilanz einen Posten "weitere Forderungen und unbezahlte Rechnungen" mit einem Betrag von Fr. 300'000.-- ausweisen würde. Zur Beschwerdeführerin 2 geht aus dem Bericht des Untersuchungsbeauftragten hervor, dass den flüssigen Mitteln und kurzfristig eintreibbaren Forderungen im Umfang von Fr. 453'000.-- Verpflichtungen von mindestens Fr. 2'100'000.-- gegenüber stehen würden. Selbst bei einer Korrektur der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung wie von den Beschwerdeführern beantragt, wäre somit nicht annähernd dargetan, dass die verbesserten Liquiditätspositionen ausreichen würden, um die fällig gewordenen oder in Kürze fällig werdenden Forderungen der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zu decken; die Beschwerdeschrift schweigt sich dazu vielmehr vollkommen aus. Die Beschwerdeschrift ist somit nicht geeignet, den aufsichtsrechtlichen Konkursgrund der ernsthaften Liquiditätsprobleme zu entkräften, weshalb die Anordnung der Liquidation auf dem Konkursweg wegen ernsthafter Liquidationsprobleme nicht zu beanstanden ist.

4.

4.1. Die Beschwerdeführer kritisieren weiter das Vorgehen der als Konkursliquidatorin eingesetzten D._____ AG; dieser hätten bereits als Untersuchungsbeauftragten die erforderliche Unabhängigkeit sowie die zu erwartenden fachlichen Fähigkeiten gefehlt. Ihr "Vorpreschen" sei weder aus Sicht des Gläubigerschutzes noch im Sinne einer "werterhaltenden oder sichernden Massnahme" angezeigt gewesen, weshalb das Verhalten der D._____ AG den Beschwerdeführern einen unnötigen und irreversiblen Schaden zugefügt habe. Damit habe die D._____ AG auch gleich bewiesen, dass ihr als Konkursliquidatorin sowohl die fachlichen Fähigkeiten als auch das notwendige Fingerspitzengefühl fehle.

4.2. Die Beschwerdeführer verkennen, dass der FINMA bei der Ernennung des Untersuchungsbeauftragten bzw. der Konkursliquidatorin ein Beurteilungsspielraum und damit ein technisches Ermessen zukommt, welches das Bundesgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüft (BGE 131 II 306 E. 3.4.1 S. 318). Eine solche liegt nicht vor: Es ist nicht ersichtlich, weshalb die D._____ AG bei ihrer Ernennung als Konkursliquidatorin nicht in der Lage gewesen sein sollte, die angeordnete Liquidation sachgerecht und gesetzeskonform durchzuführen; nach der Ernennung angeblich zugefügte Imageschäden sind zum Vornherein nicht geeignet, die Ernennung in Frage zu stellen (BGE 131 II 306 E. 3.4.1 S. 318). Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen.

5.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführern 1, 2 und 3, welche das aufsichtsrechtliche Verwaltungsverfahren gemeinsam veranlasst haben, zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG). Parteientschädigungen werden nicht gesprochen (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden den Beschwerdeführern 1, 2 und 3 zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. März 2018

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall