



---

Abteilung II  
B-2482/2008  
{T 0/2}

## **Urteil vom 16. Dezember 2008**

---

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger,  
Richter Stephan Breitenmoser,  
Gerichtsschreiber Jürg Studer.

---

Parteien

1. **A.** \_\_\_\_\_,
2. **B.** \_\_\_\_\_,
3. **C.** \_\_\_\_\_,
4. **D.** \_\_\_\_\_,
5. **E.** \_\_\_\_\_,

alle vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Bruno Burch,  
Weggisgasse 1 / Falkeplatz, 6004 Luzern,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Bankenkommision (EBK),**  
Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

unerlaubte Entgegennahme von  
Publikumseinlagen/Konkurseröffnung/Liquidation und  
Werbeverbot.

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

**A.a** Die Eidgenössische Bankenkommission (EBK, Vorinstanz) wurde im Oktober 2007 darauf aufmerksam gemacht, dass die A.\_\_\_\_\_ (A.\_\_\_\_\_) möglicherweise gewerbsmässig Publikumsfelder entgegen nehme. Aus den Kontounterlagen ergab sich, dass im Jahr 2007 mehr als 20 Personen grössere Beträge auf die Konti der A.\_\_\_\_\_ überwiesen hatten. Als Sicherheit hätten die Investoren Namen-Schuldbriefe, lastend auf einem Grundstück der B.\_\_\_\_\_ (B.\_\_\_\_\_), erhalten.

**A.b** Mit superprovisorischer Verfügung vom 30. November 2007 setzte die Vorinstanz die Transliq AG als Untersuchungsbeauftragte ein und beauftragte diese, einen umfassenden Bericht über die Geschäftsaktivitäten der A.\_\_\_\_\_ und der B.\_\_\_\_\_ zu verfassen. Die Untersuchungsbeauftragte wurde ermächtigt, für die A.\_\_\_\_\_ und die B.\_\_\_\_\_ zu handeln und über deren Vermögenswerte zu verfügen. Den Organen der A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ wurde gleichzeitig untersagt, ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten weitere Rechtshandlungen für die jeweilige Unternehmung vorzunehmen. Sämtliche Kontoverbindungen und Depots lautend auf die A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ wurden gesperrt. Beide Firmen wurden eingeladen, bis zum 21. Dezember 2007 Stellung zu nehmen.

**A.c** In ihrem Bericht vom 31. Januar 2008 hielt die Untersuchungsbeauftragte zusammengefasst fest, dass zwischen den zu untersuchenden Gesellschaften ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe und diese unter personell identischer Oberleitung von E.\_\_\_\_\_ als einzigem Mitglied des Verwaltungsrats stehe. Die A.\_\_\_\_\_ habe im Zeitraum von Dezember 2006 bis August 2007 mit 24 Privatpersonen 26 Investitionsverträge über eine Summe von insgesamt Fr. 3'474'000.- abgeschlossen. Gegenstand dieser Verträge sei jeweils die Einzahlung eines bestimmten Betrags an die als Immobiliengesellschaft bezeichnete A.\_\_\_\_\_ gewesen. Den Investoren sei eine Rückzahlung in zwölf monatlichen Raten zuzüglich einem Zuschlag von 10 % versprochen worden. Als Sicherheit habe die A.\_\_\_\_\_ dem überwiegenden Teil der Investoren einen Schuldbrief der B.\_\_\_\_\_ in der Höhe der Investitionssumme übergeben. Die B.\_\_\_\_\_ habe in den Monaten November und Dezember 2006

ebenfalls mit drei Privatpersonen Investitionsverträge im Umfang von Fr. 650'000.- abgeschlossen, wobei das Geld auf das gleiche Konto der A.\_\_\_\_\_ geflossen sei. Der Kontakt der A.\_\_\_\_\_ zu den Investoren sei über (ehemalige) Berater der Allgemeinen Wirtschaftsdienst AG (AWD) erfolgt, welche von der A.\_\_\_\_\_ mit einer Vermittlungsprovision von bis zu 20 % der investierten Beträge entschädigt worden seien. Die von der A.\_\_\_\_\_ getätigten Rückzahlungen würden sich auf insgesamt Fr. 560'000.- belaufen. E.\_\_\_\_\_ fungiere zudem bei der D.\_\_\_\_\_ (D.\_\_\_\_\_) als einziger Verwaltungsrat und bei der C.\_\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_\_) als Verwaltungsratspräsident. Zwischen diesen Gesellschaften und der A.\_\_\_\_\_ würden sich auf personeller, wirtschaftlicher und finanzieller Ebene ebenfalls wesentliche Verbindungen ergeben.

**A.d** Mit Schreiben vom 5. Februar 2008 stellte die Vorinstanz den Untersuchungsbericht der A.\_\_\_\_\_, der B.\_\_\_\_\_, der D.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ zu und lud sie zur Stellungnahme bis zum 14. Februar 2008 ein.

Die Beschwerdeführer erklärten am 25. Februar 2008, dass aufgrund ihrer Geschäftstätigkeiten keine der Firmen von E.\_\_\_\_\_ dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG, SR 952.0) unterstehe. Mit Ausnahme der A.\_\_\_\_\_ seien auch keine der in die Untersuchung einbezogenen und voneinander unabhängigen Gesellschaften überschuldet, weshalb die von der Vorinstanz in die Wege geleitete Liquidation unverhältnismässig sei. Die Firmen A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ hätten zwar mit mehreren Personen Darlehensverträge abgeschlossen, doch hätten weder diese noch andere Firmen von E.\_\_\_\_\_ oder er selber sich öffentlich für die Entgegennahme von Publikumsgeldern empfohlen.

**A.e** Am 27. Februar 2008 verfügte und stellte die Vorinstanz fest, dass die A.\_\_\_\_\_, die B.\_\_\_\_\_, die D.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen hätten. Sie eröffnete deshalb über die A.\_\_\_\_\_ und die B.\_\_\_\_\_ am Donnerstag, 28. Februar 2008, den Konkurs und setzte die D.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ zwecks Auflösung in Liquidation. E.\_\_\_\_\_ verbot sie, unter Hinweis auf die gesetzlichen Strafandrohungen, gewerbsmässig selbst oder über Dritte Publikumseinlagen entgegenzunehmen oder für eine andere, den Banken vorbehaltene Tätigkeit Werbung zu betreiben. Mit Bezug auf

die Ziffern 1 – 16 und 20 des Dispositivs verfügte sie die sofortige Vollstreckbarkeit; bis zur Rechtskraft der Verfügung seien Verwertungshandlungen jedoch auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken.

**B.**

Gegen diese Verfügung erhoben die A.\_\_\_\_\_, die B.\_\_\_\_\_, die C.\_\_\_\_\_, die D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer 1-5) am 17. April 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, die Verfügung der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und die aufschiebende Wirkung wieder herzustellen. Ihre Begründung ist inhaltlich weitgehend deckungsgleich mit ihrer Stellungnahme vom 25. Februar 2008 zuhanden der Vorinstanz. Zusätzlich führen sie aus, der Entzug der aufschiebenden Wirkung habe dazu geführt, dass eine normale Geschäftstätigkeit der Betroffenen unter den von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen nicht mehr möglich sei. Die Firmen seien darauf angewiesen ihre ordnungsgemässe geschäftliche Tätigkeit, insbesondere im Rahmen der bevorstehenden Euro 2008, wieder aufnehmen zu können.

**C.**

Mit Vernehmlassung vom 7. Mai 2008 beantragte die Vorinstanz, es sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu gewähren. Die Vorinstanz begründete ihren Antrag damit, dass den Beschwerdeführern durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung kein Nachteil erwachse, zumal die Konkursliquidatorin bzw. Liquidatorin angewiesen worden sei, bis zur Rechtskraft der angefochtenen Verfügung Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken. Den Beschwerdeführern sei es somit möglich, die Betriebe unter Auflagen fortzuführen.

Mit Zwischenverfügung vom 21. Mai 2008 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

**D.**

Die Vorinstanz hielt mit Vernehmlassung vom 23. Mai 2008 an ihrer Verfügung vom 27. Februar 2008 vollumfänglich fest. Die Untersuchung habe den in der superprovisorischen Verfügung vom 30. November 2007 geäusserten Verdacht der Entgegennahme von Publikumseinlagen bestätigt. Die A.\_\_\_\_\_, die B.\_\_\_\_\_, die D.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ hätten Investitionsbeträge von Kunden im Umfang

von rund Fr. 4,1 Mio. entgegengenommen. Da keine Ausnahme gemäss Art. 3a Abs. 3 und 4 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, BankV, SR 952.02) vorliege, habe sie mit Verfügung vom 27. Februar 2008 festgestellt, dass die Beschwerdeführerinnen 1-4 von mindestens 27 Personen gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen hätten. Angesichts der engen personellen, örtlichen und wirtschaftlichen Verflechtungen seien die Beschwerdeführerinnen 1-4 bezüglich ihrer Aktivitäten aufsichtsrechtlich als Einheit und damit als Gruppe zu betrachten. Die Eröffnung des Konkurses über die A.\_\_\_\_\_ und die B.\_\_\_\_\_ sei aufgrund Art. 25 Abs. 1 BankG und Art. 2 der Verordnung der EBK zum Konkurs von Banken und Effekthändlern vom 30. Juni 2005 (BKV, SR 952.812.32) und der begründeten Besorgnis einer Überschuldung zwingend vorgeschrieben. Die ordentliche Liquidation der D.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ sei dagegen aufgrund des Umstandes in die Wege geleitet worden, dass diese in Zusammenarbeit mit der A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen haben. Das gegen E.\_\_\_\_\_ verfügte Werbeverbot sei ausgesprochen worden, weil nach der definitiven Einstellung der Geschäftstätigkeiten der Beschwerdeführerinnen 1-4 die Gefahr bestehe, dass E.\_\_\_\_\_ die ausgeübten Tätigkeiten in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft weiterführe.

Auf die erwähnten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

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

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Dazu zählen die Verfügungen der Eidgenössischen Bankenkommission (Art. 33 Bst. f VGG).

Die Verfügung der Vorinstanz vom 24. Januar 2007 kann mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht angefochten werden

(Art. 31 VGG); ein Ausschlussgrund gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2** Die Organe einer durch die Vorinstanz in Liquidation oder in Konkurs versetzten Gesellschaft sind trotz Entzugs oder Dahinfallens der Vertretungsbefugnis berechtigt, die entsprechende Verfügung in deren Namen anzufechten (BGE 132 II 382 E. 1.1; BGE 131 II 306 E. 1.2, mit weiteren Hinweisen). Die Beschwerdeführerinnen 1-4 sind zudem als Adressatinnen der angefochtenen Verfügung durch die angeordneten Massnahmen berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

**1.3** Zu prüfen bleibt schliesslich die Beschwerdelegitimation von E.\_\_\_\_\_ in Bezug auf die ihn direkt betreffenden Dispositivziffern 17-19 (Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikums geldern und Verbot der Werbung für diese Tätigkeiten). E.\_\_\_\_\_ war zwar Partei des vorinstanzlichen Verfahrens und ist unmittelbar Adressat der Ziff. 17-19 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Bei den ihn betreffenden Anordnungen handelt es sich indessen weitgehend um Wiederholungen der ohnehin von Gesetzes wegen geltenden Verbote, ohne Bewilligung der Aufsichtsbehörde gewerbsmässig Publikums gelder entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Aus dem Verbot, ohne Bewilligung Publikums gelder entgegenzunehmen, ergibt sich ferner, dass in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben, elektronischen oder anderen Medien auch nicht für solche Medien geworben werden darf (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2281/2008 vom 10. Juli 2008). Ob E.\_\_\_\_\_ in Bezug auf die in Ziff. 17 des Dispositivs angeordneten Verbote ein schutzwürdiges Interesse hat, erscheint deshalb fraglich, kann aber offen gelassen werden. Gemäss Ziff. 18 und 19 des Dispositivs werden E.\_\_\_\_\_ im Falle einer Widerhandlung gegen dessen Ziff. 17 eine Strafe (Art. 16 Abs. 1 Bst. f und Art. 50 BankG) sowie die sofortige Veröffentlichung der Ziff. 17 und 18 angedroht. Diese Androhung hat den Charakter einer Verwarnung, die E.\_\_\_\_\_ nahelegt, in Zukunft ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen. Sie ist zudem mit zwingenden Folgen bei einer erneuten Widerhandlung verknüpft und belastet E.\_\_\_\_\_ damit stärker als das für ihn von Gesetzes wegen geltende Werbeverbot. Obwohl die angedrohten Massnahmen noch keiner eigentlichen Sanktion gleichkommen, bewirken sie somit einen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen von E.\_\_\_\_\_. Er ist folglich in Bezug auf die Ziff. 17-19 des Dispositivs der angefoch-

tenen Verfügung beschwerdelegitimiert. Soweit E.\_\_\_\_\_ in seiner Beschwerde vom 17. April 2008 indes weitergehende Anträge stellt, kann folglich nicht darauf eingetreten werden.

**1.4** Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

## **2.**

Die Vorinstanz trifft als Aufsichtsbehörde über das Bankenwesen die zum Vollzug des Bankengesetzes und von dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG). Erhält sie von Verstössen gegen das Gesetz oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG).

Da die Bankenkommission allgemein über die Einhaltung der „gesetzlichen Vorschriften“ zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr formell unterstellten Betriebe (Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen) beschränkt. Liegen hinreichende konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt wird oder werden könnte, ist die Vorinstanz befugt und verpflichtet, die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Diese können bis zur Auflösung und Liquidation eines Unternehmens reichen, welches unerlaubt einer Tätigkeit nachgeht, die einer Bewilligung bedarf oder von vornherein nicht bewilligungsfähig ist. Besteht eine Überschuldung, ist die Vorinstanz gehalten, die Liquidation nach den Sonderregeln des Bankenkongresses (Art. 33 ff. BankG) anzuordnen; diese gelten auch für Betriebe, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit – wie beispielsweise die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen – nachgehen. Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Vorinstanz im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung – dem Schutz der Gläubiger und Anleger einerseits sowie der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits – Rechnung zu tragen (BGE 132 II 382 E. 4, BGE 131 II 306 E. 3.1, mit weiteren Hinweisen).

## **3.**

Die Beschwerdeführerinnen 1-4 rügen, die Vorinstanz habe ihnen zu

Unrecht vorgeworfen, sie hätten gewerbsmässig Publikumsgelder angenommen. Sie weisen darauf hin, dass sie sich weder öffentlich für die Entgegennahme von Publikumseinlagen empfohlen noch die Absicht gehabt hätten, über eine längere Zeitdauer unbeschränkt viele Publikumseinlagen entgegenzunehmen, zumal es auch nicht verboten sei, Darlehensverträge abzuschliessen. E.\_\_\_\_\_ habe zudem in seiner Eigenschaft als einziges Mitglied des Verwaltungsrates der A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ nie persönlichen Kontakt mit den Darlehensgebern gehabt. Aufgrund der Geschäftstätigkeiten der B.\_\_\_\_\_ – der Betrieb von Cabarets und die Vermietung eines sich im Eigentum der B.\_\_\_\_\_ befindenden Mehrfamilienhauses – sei es unerfindlich, weshalb die Vorinstanz die B.\_\_\_\_\_ dem Bankengesetz unterstelle.

Die Vorinstanz macht dagegen geltend, gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 3a Abs. 2 BankV handle im Sinne einer gesetzlichen Vermutung gewerbsmässig, wer von mehr als 20 Einlegern Gelder entgegennehme. Die Gruppe erfülle diesen Tatbestand, da sie durch die A.\_\_\_\_\_ und die B.\_\_\_\_\_ im Rahmen von Investitionsverträgen von mindestens 27 Personen Gelder entgegengenommen habe.

**3.1** Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG).

**3.1.1** Wenn die Beschwerdeführer nun vorbringen, die getätigten Investitionsverträge würden keine Einlagen darstellen, so überzeugt dies nicht. Gegenstand der zwischen der A.\_\_\_\_\_ und 24 Privatpersonen abgeschlossenen 26 Investitionsverträge war jeweils die Einzahlung eines bestimmten Betrags, mit einer Rückzahlungspflicht in zwölf monatlichen Raten und einem Zuschlag von 10% auf dem investierten Kapital. Die B.\_\_\_\_\_ ihrerseits schloss mit drei Privatpersonen inhaltlich gleiche Verträge über eine Summe von Fr. 650'000.- ab.

Grundsätzlich gelten alle Verbindlichkeiten eines Unternehmens als Einlagen, welche dieses gewerbsmässig auf eigene Rechnung gegenüber Dritten eingeht und so zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird. Ausgenommen hiervon sind unter gewissen, eng umschriebenen Voraussetzungen – welche vorliegend nicht erfüllt sind – lediglich fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter, insbesondere „Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden“

(Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV) sowie „Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten-, Devisen- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird“ (Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV). Nur die in Art. 3a Abs. 3 BankV abschliessend – als Ausnahmen – aufgezählten Verbindlichkeiten gelten somit nicht als Einlagen (ALOIS RIMLE, *Recht des schweizerischen Finanzmarktes*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 13). Die Umschreibung des Begriffs Einlagen erfolgt damit ausdrücklich negativ (DANIEL ZUBERBÜHLER, *Revision des Bankengesetzes vom 18. März 1994 und der Bankenverordnung*, in: *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Bd. 3/1994, S. 18 f.). Vorliegend treffen weder eine der angeführten noch eine weitere Ausnahme nach Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV zu.

**3.1.2** Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang sodann, ob die Einlagen gewerbsmässig entgegengenommen wurden.

Der Begriff der Gewerbsmässigkeit ist im BankG nicht näher definiert. Gemäss Art. 3a Abs. 2 BankV handelt gewerbsmässig im Sinne des Gesetzes, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt.

Der Begriff „gewerbsmässig“ legt nahe, in analoger Weise auf die Definition der Handelsregisterverordnung abzustellen (Art. 2 Bst. b der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HregV, SR 221.411]), wonach der Begriff des Gewerbes als selbständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit definiert ist. So wie Art. 36 Abs. 1 HregV eine Mindestumsatzgrenze für die Eintragungspflicht vorsieht, sieht auch Art. 3a Abs. 2 BankV eine zahlenmässige Grenze vor, um die gelegentliche Entgegennahme von Darlehen, die weder bewilligungspflichtig noch verboten ist, von der bewilligungspflichtigen systematischen Entgegennahme von Publikumseinlagen zu unterscheiden. Insofern stellt Art. 3a Abs. 2 BankV die unumstössliche gesetzliche Vermutung auf, dass bei mehr als 20 Publikumseinlegern Gewerbsmässigkeit anzunehmen ist. Demgegenüber spielt es – entgegen der Meinung der Beschwerdeführer – keine Rolle, welche Geschäftstätigkeiten die betroffenen Firmen ausüben und ob der Verwaltungsrat die Darlehen persönlich oder unter Zuhilfenahme einer Vermittlungsperson akquirierte.

Damit ist festzuhalten, dass die A.\_\_\_\_\_, welche mit 24 Privatpersonen 26 Investitionsverträge abgeschlossen hat, den Tatbestand der

gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen erfüllt hat. Bei der B. \_\_\_\_\_ ist hingegen aufgrund der geringen Anzahl von drei Publikumseinlagen als nächstes die Frage zu entscheiden, ob die Beschwerdeführerinnen 1-4 als Gruppe und somit als Einheit zu behandeln sind. In diesem Fall wären die Investitionsverträge der A. \_\_\_\_\_ und der B. \_\_\_\_\_ zusammenzuzählen.

#### 4.

Die Beschwerdeführerinnen 1-4 machen geltend, die Vorinstanz habe sie zu Unrecht als Gruppe qualifiziert, unterlassen es jedoch, weitergehende Angaben vorzubringen.

##### 4.1

Nach der Praxis der Vorinstanz und des Bundesgerichts ist es unter Umständen angezeigt, mehrere Gesellschaften in Bezug auf die Entgegennahme von Publikumseinlagen aufsichtsrechtlich als einheitliche Gruppe zu betrachten. Dies ist dann der Fall, wenn mehrere Gesellschaften einer gleichen Gruppe angehören, bei der eine derart enge wirtschaftliche Verflechtung besteht, dass die Gruppe als eine wirtschaftliche Einheit behandelt werden muss. Folglich findet das Bankengesetz auf alle Gesellschaften der Gruppe Anwendung, auch wenn nicht alle dieser Gesellschaften je einzeln mehr als 20 Publikumseinlagen entgegengenommen haben (EBK-Bulletin 48/2006, S. 317 f.; BGE 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000 E. 2e; BGE 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2.4). Diese Praxis überzeugt, jedenfalls dann, wenn die finanziellen und personellen Verflechtungen zwischen mehreren Gesellschaften derart intensiv sind, dass nur eine gesamthafte Betrachtungsweise den faktischen Gegebenheiten gerecht wird und Gesetzesumgehungen verhindern kann.

4.2 Sowohl die A. \_\_\_\_\_ als auch die B. \_\_\_\_\_ gehören beide dem Alleinaktionär E. \_\_\_\_\_. Für beide Gesellschaften amtete dieser zudem bis zur Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten durch die Vorinstanz als einziger Verwaltungsrat mit Einzelzeichnungsberechtigung. E. \_\_\_\_\_ hält zudem Beteiligungen an der D. \_\_\_\_\_ und der C. \_\_\_\_\_ und war bis zur Einsetzung der Liquidatorin einziger Verwaltungsrat bzw. Verwaltungsratspräsident der beiden Gesellschaften. Als Muttergesellschaft der B. \_\_\_\_\_, der D. \_\_\_\_\_ und der C. \_\_\_\_\_ dient E. \_\_\_\_\_ und seiner Ehefrau die F. \_\_\_\_\_. Die Verwaltung der F. \_\_\_\_\_ und der A. \_\_\_\_\_ erfolgt zudem an der gleichen Adresse in Rüti ZH.

In Bezug auf die finanziellen Verpflichtungen geht aus den von der Vorinstanz eingereichten Unterlagen hervor, dass E.\_\_\_\_\_ durch die Firmen A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ über 20 Investitionsverträge mit identischem Inhalt abschloss. Als Sicherheit wurden den Investoren Schuldbriefe übergeben, welche auf einem Grundstück der B.\_\_\_\_\_ in Bern lasten. Die Investitionsverträge waren für die „Immobilien-gesellschaft“ A.\_\_\_\_\_ bestimmt, obwohl diese im Gegensatz zu den Beschwerdeführerinnen 2-4 keine Liegenschaften besitzt. Das Geld aus den Investitionsverträgen wurde auf die Konti der A.\_\_\_\_\_ überwiesen, welche für die Beschwerdeführer 2-5 verschiedene finanzielle Verpflichtungen erfüllte. So erfolgten ab den Konten der A.\_\_\_\_\_ hohe Bargeldbezüge für die Begleichung von Verpflichtungen gegenüber Handwerkern, welche – nach Aussage von E.\_\_\_\_\_ – Arbeiten für die D.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ ausgeführt haben sollen. Daneben wurden aber auch diverse Forderungen gegenüber der B.\_\_\_\_\_, der D.\_\_\_\_\_ sowie Darlehens- und weitere Schulden von E.\_\_\_\_\_ direkt von den Kontis der A.\_\_\_\_\_ beglichen, obwohl hierfür keine vertragliche Anlässe ersichtlich sind. Die finanziellen Verbindungen ergeben sich zudem aus der vor der Untersuchungsbeauftragten getätigten Aussage von E.\_\_\_\_\_, er hoffe, die offenen Forderungen der Investoren aus den Überschüssen der geplanten Verkäufe der D.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ decken zu können.

**4.3** Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerinnen 1-4 aufgrund der intensiven personellen und wirtschaftlichen Verflechtungen als Gruppe zu betrachten sind. Dementsprechend sind die Investitionsverträge der A.\_\_\_\_\_ und der B.\_\_\_\_\_ zusammenzuzählen, was zur Folge hat, dass neben der A.\_\_\_\_\_ auch die B.\_\_\_\_\_ den Tatbestand der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen erfüllt.

## **5.**

Die Beschwerdeführer anerkennen des Weiteren die Überschuldung der A.\_\_\_\_\_, rügen aber, dass – entgegen der Meinung der Vorinstanz – weder die B.\_\_\_\_\_ noch die D.\_\_\_\_\_ oder die C.\_\_\_\_\_ überschuldet seien, weshalb in Bezug auf diese Gesellschaften von einer Liquidation abzusehen sei.

**5.1** Die Vorinstanz ist zur Beseitigung von Missständen und zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands befugt, alle „notwendigen Verfügungen“ zu treffen (Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG). Sie hat hierzu

über die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 den Konkurs eröffnet, die Beschwerdeführerinnen 3 und 4 in Liquidation versetzt und E.\_\_\_\_\_ ein Werbeverbot auferlegt.

Ein Unternehmen, das unbewilligt einer Bankentätigkeit nachgeht und sich als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig erweist, ist in analoger Anwendung der Art. 33 ff. BankG bankenkonzursrechtlich zu liquidieren. Das allgemeine Schuldbetriebs- und Konkursrecht kommt in diesem Fall bloss in einem entsprechend modifizierten Umfang zur Anwendung. So gilt etwa Art. 172 Ziff. 3 des Bundesgesetzes über Schuldbetrieb und Konkurs vom 11. April 1889 ([SchKG, SR 281.1]; Abweisung des Konkursbegehrens bei Tilgung oder Stundung) nicht, da die Fortsetzung der (illegalen) Geschäftstätigkeit so oder anders ausgeschlossen ist.

**5.2** Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind (Art. 725 Abs. 1 OR).

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen (act. A01 198-202) ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 seien infolge Überschuldung nach Art. 33 ff. BankG zu liquidieren.

**5.2.1** Im letzten verfügbaren Buchhaltungsabschluss der A.\_\_\_\_\_ vom 31. Dezember 2005 stehen Aktiven von Fr. 245'000.- Passiven von mehr als Fr. 3 Mio. gegenüber. Unter diesen Umständen erübrigen sich aufgrund der offensichtlichen Überschuldung weitere Erläuterungen hierzu, zumal diese von den Beschwerdeführer auch nicht bestritten wird.

**5.2.2** Gemäss dem provisorischen und ungeprüften Abschluss 2006 der B.\_\_\_\_\_ übersteigt das Fremdkapital das Eigenkapital. Die B.\_\_\_\_\_ ist Eigentümerin einer Liegenschaft in Bern. Auf dieser lasten, bei einem amtlichen Wert von Fr. 1,1 Mio., Schuldbriefe im Nominalwert von Fr. 4,78 Mio. Die Hypothekargläubigerin erachtet einen Markt- bzw. Verkehrswert von Fr. 3 Mio. als realistisch; ein Gutachten geht gar von einem Verkehrswert von Fr. 4,975 Mio. aus, wobei der Schätzer zur Berechnung des Verkehrswertes einen monatlichen Mietzins von Fr. 3'300.- pro 2 ½-Zimmerwohnung einsetzte (act. A01 133-140). Aufgrund dieser Faktenlage durfte die Vorinstanz zu Recht annehmen, dass die B.\_\_\_\_\_ zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung

überschuldet war. Diesbezüglich ist auch festzuhalten, dass die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde zwar behaupten, die B.\_\_\_\_\_ sei gesund, diese Behauptung aber nicht substantiierten, d.h. hierzu keine Ausführungen vorbringen und damit ihre Mitwirkungspflichten vernachlässigten.

**5.2.3** Soweit die Beschwerdeführer vorbringen, die D.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ seien weder überschuldet noch illiquid und es bestehe keine Veranlassung, diese zu liquidieren, kann ihnen ebenfalls nicht gefolgt werden.

Wie in E. 4 festgehalten, gingen die Beschwerdeführerinnen 1-4 vorliegend als Gruppe unbewilligt einer Bankentätigkeit nach. Die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung kam zudem offensichtlich von vornherein nicht in Betracht. Des Weiteren wurde auch nicht dargetan, dass durch einzelne Geschäftszweige allenfalls eine nicht bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit mit wesentlicher eigenständiger Bedeutung ausgeübt werde (BGE 2A.51/2007 vom 5. Juni 2007 E. 4.1, mit Hinweisen). Unabhängig davon, ob die D.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ überschuldet waren, konnte die Fortsetzung der illegalen Tätigkeit der Gruppe nicht gestattet werden. Die Vorinstanz musste daher in analoger Anwendung von Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG die aufsichtsrechtliche Liquidation anordnen. Der Entscheid der Vorinstanz ist somit in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.

## **6.**

Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, dass keine der involvierten Firmen oder E.\_\_\_\_\_ bis anhin Werbung für die Entgegennahme von Publikumseinlagen betrieben oder die Absicht habe, dies in Zukunft zu tun. Es bestehe daher kein Anlass, ein Werbeverbot anzuordnen. Damit bringen die Beschwerdeführer sinngemäss zum Ausdruck, dass das von der Vorinstanz gegenüber E.\_\_\_\_\_ angeordnete Werbeverbot unverhältnismässig sei.

**6.1** Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen (oder privaten) Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und für den Betroffenen zumutbar ist. Zulässigkeitsvoraussetzung bildet mithin eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (Urteil des Bundesgerichts 2P274/2004 vom 13. April 2005 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2007 vom 17. September 2008 E. 3.2).

**6.1.1** Die Vorinstanz erwägt, aus Gründen des Anlegerschutzes und des Vertrauens des Publikums in das Finanzsystem rechtfertigten sich im Fall von E.\_\_\_\_\_ sowohl ein Verbot zur gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen als auch ein Verbot, Werbung für solche Tätigkeiten zu betreiben, und dies unter Androhung von Straf- und Publikationsmassnahmen im Widerhandlungsfall. Ohne diese Verbote bestünde die Gefahr, dass E.\_\_\_\_\_ die über die Gesellschaften ausgeübten Tätigkeiten in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft weiterführe. Zudem sei es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht zwingend, dass die Parteien Werbung für die Entgegennahme von Publikumseinlagen gemacht hätten. Es genüge, dass sie Gelder gewerbsmässig entgegengenommen hätten.

**6.1.2** Das Werbeverbot ist ohne Weiteres verhältnismässig, weil es sich auch ohne entsprechende Individualverfügung bereits aus dem Gesetz beziehungsweise aus dem Verbot ergibt, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen. Die Anforderungen an den Anlass, der ein Werbeverbot rechtfertigen kann, sind deshalb gering. Dass die Beschwerdeführerinnen 1-4 gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und E.\_\_\_\_\_ als einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift bzw. als Verwaltungsratspräsident hierfür eine Mitverantwortung trägt, genügt, damit die Vorinstanz ein Werbeverbot gegen E.\_\_\_\_\_ aussprechen durfte.

Der Vorinstanz ist zudem insoweit zuzustimmen, als sie ausführt, dass das aktive Werben um Publikumseinlagen kein Erfordernis sei, um ein Werbeverbot auszusprechen, vielmehr sei diesbezüglich das Faktum der gewerbsmässigen Entgegennahme von entsprechenden Geldern ausschlaggebend.

## **7.**

Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführer grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]), und es steht ihnen keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Die Verfahrenskosten werden angesichts der Schwierigkeit der Streit-  
sache und der in Frage stehenden Vermögensinteressen auf  
Fr. 10'000.- festgesetzt und den Beschwerdeführern solidarisch und zu  
gleichen Teilen auferlegt. Sie werden mit den geleisteten Kostenvor-  
schüssen in gleicher Höhe verrechnet.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird, soweit auf sie eingetreten wird, abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- werden den Beschwerdeführern  
1-5 solidarisch und zu gleichen Teilen auferlegt. Sie werden nach  
Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils fällig und mit den  
geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 10'000.- verrechnet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2008-01-28/79/31402; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Jürg Studer

### **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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 18. Dezember 2008