



## Urteil vom 23. Juli 2018

---

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler,  
Richterin Eva Schneeberger;  
Gerichtsschreiberin Julia Haas.

---

Parteien

1. X.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer 1,  
2. Y.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer 2,  
3. Z.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer 3,  
alle vertreten durch Dr. iur. Andreas Rüd, Rechtsanwalt,  
Rüd Winkler Partner AG,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen /  
Unterlassungsanweisung / vorinstanzliche Verfahrenskosten.

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

Z.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer 3) ist seit August 2014, X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer 1) und Y.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer 2) sind seit September 2015 Mitglieder der Verwaltung der Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ in Liquidation mit Sitz (...) (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), ebenfalls mit Sitz in (...), welche ihrerseits Mehrheitsaktionärin der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation (nachfolgend: C.\_\_\_\_\_ AG), ebenfalls mit Sitz in (...), ist. M.\_\_\_\_\_ ist ferner alleiniger Verwaltungsrat der beiden letztgenannten Gesellschaften.

Die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ bezweckte gemäss Handelsregisterauszug in gemeinsamer Selbsthilfe Entwicklung, Projektierung, Bau, Erwerb, Unterhalt und Betrieb von (...) und anderen Kraftwerken zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen, insbesondere mit dem Ziel, ihren Genossenschaftern einen vergünstigten Bezug von erneuerbarer, elektrischer Energie sicher zu stellen. Am 30. Mai 2016 wurde über sie der Konkurs eröffnet.

**B.****B.a**

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. bzw. 8. November 2016 auch gegen M.\_\_\_\_\_ sowie gegen die drei Beschwerdeführer ein Enforcementverfahren und vereinigte dieses mit dem bereits laufenden Verfahren gegen die Gesellschaften.

**B.b**

Mit Verfügung vom 2. Februar 2017 stellte die Vorinstanz fest, dass die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_, die B.\_\_\_\_\_ AG und die C.\_\_\_\_\_ AG

gemeinsam als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen sowie gewerbsmässig den Effektenhandel betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen des Bankengesetzes und des Börsengesetzes schwer verletzt hätten (Dispositiv-Ziff. 1). Die Gesellschaften würden die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bankenbewilligung respektive einer Effektenhändlerbewilligung nicht erfüllen, wodurch eine nachträgliche Erteilung einer Bewilligung ausgeschlossen sei (Dispositiv-Ziff.2). Des Weiteren stellte die Vorinstanz fest, dass aufgrund ihres massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit auch M.\_\_\_\_\_ und die drei Beschwerdeführer ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hätten (Dispositiv-Ziff. 3). M.\_\_\_\_\_ habe ausserdem aufgrund seines massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit ohne Bewilligung gewerbsmässig den Effektenhandel betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Dispositiv-Ziff. 4). Sodann stellte die Vorinstanz die Beendigung des Mandats der Untersuchungsbeauftragten fest (Dispositiv-Ziff. 5), wies das Handelsregisteramt des Kantons (...) an, die entsprechenden Änderungen im Handelsregister vorzunehmen (Dispositiv-Ziff. 6) und hob die Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots der B.\_\_\_\_\_ AG und der C.\_\_\_\_\_ AG auf (Dispositiv-Ziff. 7). Unter Strafandrohung für den Fall der Widerhandlung wies sie M.\_\_\_\_\_ und die drei Beschwerdeführer an, jegliche finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte sowie die entsprechende Werbung in irgendeiner Form zu unterlassen. Insbesondere wurden M.\_\_\_\_\_ und die drei Beschwerdeführer angewiesen, die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie die entsprechende Werbung ohne Bewilligung in irgendeiner Form zu unterlassen. M.\_\_\_\_\_ wurde darüber hinaus insbesondere auch angewiesen, den gewerbsmässigen Effektenhandel sowie die entsprechende Werbung ohne Bewilligung in irgendeiner Form zu unterlassen (Dispositiv-Ziff. 8 und 9). Betreffend M.\_\_\_\_\_ verfügte die Vorinstanz sodann die Veröffentlichung der Dispositiv-Ziffern 8 und 9 für die Dauer von fünf Jahren auf ihrer Internetseite (Dispositiv-Ziff. 10). Mit Bezug auf die Dispositiv-Ziffern 5 bis 7 sowie 11 wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen (Dispositiv-Ziff. 11). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz die bis zum Erlass dieser Verfügung angefallenen Kosten der mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Juni 2016 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von Fr. 58'238.70 (Dispositiv-Ziff. 12) sowie die Verfahrenskosten von Fr. 30'000.– (Dispositiv-Ziff. 13) der Genossen-

schaft A.\_\_\_\_\_, der B.\_\_\_\_\_, der C.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_ und den drei Beschwerdeführern in solidarischer Haftung.

Zur Begründung führte sie unter anderem aus, die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ habe von mehr als 500 Inverstoren (Darlehensgebern und/oder Genossenschaffern) Gelder in der Höhe von insgesamt knapp Fr. 1.7 Mio. 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.

## **C.**

### **C.a**

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, es seien die Dispositiv-Ziffern 3, 8, 9, 12 und 13 der Verfügung, soweit die Beschwerdeführer betreffend, aufzuheben. Sodann seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung, soweit die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ betreffend, aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführer, die Vorinstanz hätte die Begründungspflicht verletzt. Die Vorinstanz führe in der angefochtenen Verfügung lediglich aus, worin der massgebliche Beitrag von M. \_\_\_\_\_ bestanden habe. Keine Ausführungen fänden sich jedoch zum angeblichen massgeblichen Beitrag der Beschwerdeführer. Insbesondere begründe die Vorinstanz nicht, warum die angebliche Verletzung des Aufsichtsrechts den Beschwerdeführern in ihrer speziellen Situation zurechenbar und vorwerfbar sein soll und warum ihnen trotz der Vorenthaltung von Informationen durch den Präsidenten und trotz der turbulenten Ereignisse während ihrer kurzen Zeit in der Verwaltung der Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ eine pflichtwidrige Unkenntnis und ein Nichteinschreiten vorgeworfen werden könnten.

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. Die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ hätte eine reale und ideelle Tätigkeit im Bereich der alternativen Energien ausgeübt, wofür sie in der Öffentlichkeit hohes Ansehen genossen habe. Die Beschwerdeführer seien aus rein ideellen Gründen in den Vorstand der Genossenschaft eingetreten. Dabei hätten die Beschwerdeführer ein bereits seit Jahren praktiziertes System der dualen Mittelbeschaffung vorgefunden, an welchem bisher niemand Anstoss genommen habe und das wohl auch gesetzeskonform sei. Es habe somit für die Beschwerdeführer keine Veranlassung bestanden, dieses System einer vertieften rechtlichen Prüfung zu unterziehen, zumal die Vorinstanz ja kurz nach bzw. gar vor ihrem Eintritt in den Vorstand bereits aktiv geworden sei. Während der kurzen Zeit, welche die Beschwerdeführer dem Vorstand der Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ angehört hätten, hätten sie kritische Fragen gestellt und auch entsprechend reagiert, als ihnen die Antwort auf diese Fragen verweigert worden sei. Eine Pflichtverletzung könne ihnen nicht vorgeworfen werden. Sie würden weder mit M. \_\_\_\_\_ noch mit dessen Gesellschaften eine Gruppe bilden. Ein Fehlverhalten dieser Personen könne ihnen nicht zur Last gelegt werden. Es sei deshalb stossend, wenn sie für ihren altru-

istischen Einsatz für alternative Energien und ihr korrektes Verhalten im Vorstand der Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ nun einer schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen bezichtigt würden und für Verfahrenskosten von knapp Fr. 100'000.– aufkommen sollten.

### **C.b**

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.

Auf die erwähnten und weiteren Vorbringen der Parteien wird – soweit sie sich für den Entscheid als rechtserheblich erweisen – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

### **1.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (Art. 7 VwVG [SR 172.021]).

**1.1** Der Entscheid der Vorinstanz vom 2. Februar 2017 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Vorinstanz (Art. 31 VGG [SR 173.32] i.V.m. Art. 5 VwVG und Art. 33 Bst. e VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 1 FINMAG [SR 956.1]). Ein Ausschlussgrund (Art. 32 VGG) liegt nicht vor.

**1.2** Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.2.1** Als Adressaten der angefochtenen Verfügung sind die Beschwerdeführer durch die sie selbst betreffenden Feststellungen und die ihnen selbst gegenüber angeordneten Massnahmen (Dispositiv-Ziff. 3, 8, 9, 12 und 13 der angefochtenen Verfügung) berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung (vgl. statt vieler: BGE 136 II 304 E. 2.3.1; BGer Urteil 2C\_894/2014 E. 3; mit Bezug auf die Feststellungs-

ziffern anders: BGer, Urteil 2C\_305/2016 24. November 2016 E. 2.1, 2C\_352/2016 9. Dezember 2016 E. 1.2.3). Die Beschwerdeführer sind insofern beschwerdelegitimiert im Sinne von Art. 48 VwVG.

**1.2.2** Die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer beantragen sodann in eigenem Namen die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung, soweit die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ betreffend. Hierzu ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführer zwar Organe der Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ sind, über letztere jedoch mit Verfügung des Gerichtspräsidiums (...) vom 30. Mai 2016 mit Wirkung ab dem 30. Mai 2016 der Konkurs eröffnet wurde (...). Mit der Konkursöffnung gemäss dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchkG; SR 281.1), welche vorliegend noch vor dem Einsatz der Untersuchungsbeauftragten durch die Vorinstanz mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Juni 2016 erfolgte, und der damit einhergehenden Auflösung der Gesellschaft gibt letztere die Verfolgung ihrer statutarischen Ziele endgültig auf und ihr einziger Zweck besteht in der Durchführung der Liquidation (BGE 143 I 328 E. 3.4; Urteil 4C.17/2000 vom 17. April 2000 E. 4b). In der Folge besorgt die Konkursverwaltung die Liquidation nach den Vorschriften des Konkursrechts und die Organe der Gesellschaft behalten ihre Vertretungsbefugnis nur, soweit eine Vertretung durch sie im Hinblick auf die Liquidation noch notwendig ist (Art. 913 i.V.m. Art. 740 Abs. 5 OR; vgl. CHRISTOPH STÄUBLI, in: Basler Kommentar OR II, Basel 2016, Art. 740/741 N 11, m.w.H; HEINER WOHLFART/CAROLINE B. MEYER, in: Basler Kommentar SchkG II, Art. 204 N 18). Die Gesellschaft als Schuldner verliert die Verfügungsfähigkeit über ihr Vermögen (Art. 204 SchkG; vgl. WOHLFART/MEYER, a.a.O., Art. 204 N 1).

Im vorliegenden Fall handelt es sich nach dem Gesagten nicht um eine von der Vorinstanz angeordnete (aufsichtsrechtliche) Liquidation und damit nicht um einen aufsichtsrechtlichen Konkurs. Entsprechend ist die mit Blick auf eine durch die Vorinstanz angeordnete aufsichtsrechtliche Liquidation entwickelte ständige Rechtsprechung, wonach die Organe einer Gesellschaft, welche durch die Vorinstanz (aufsichtsrechtlich) in Liquidation oder in Konkurs versetzt wird, trotz Entzugs oder Dahinfallens der Vertretungsbefugnis weiterhin berechtigt sind, die entsprechende Verfügung in deren Namen anzufechten (vgl. zu dieser Konstellation statt vieler BGE 132 II 382 E. 1.1; BGE 131 II 306 E. 1.2, m.w.H.), vorliegend nicht einschlägig. Denn dieser Rechtsprechung liegt im Wesentlichen die Überlegung zu Grunde, dass es mit der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) nicht vereinbar ist, wenn nur noch ein Beauftragter der Vorinstanz – regelmäs-

sig der sog. Untersuchungsbeauftragte – als befugt angesehen würde, für die Gesellschaft zu handeln und gegebenenfalls eine Verfügung der Vorinstanz anzufechten (vgl. BGer, Urteil 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.1.). Ein solcher Interessenskonflikt liegt vorliegend jedoch gerade nicht vor, da die Vertretungs- und Prozessführungsbefugnis für die Gesellschaft nicht auf eine Beauftragte der Vorinstanz, sondern nach den konkursrechtlichen Vorgaben vielmehr auf die Konkursverwaltung überging (Art. 240 SchKG).

Zwar bringen die Beschwerdeführer zu Recht vor, dass der Wegfall des Vorwurfs gegen die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ vorliegend auch sie selbst entlasten würde, weshalb sie vom Vorwurf gegenüber der Gesellschaft zumindest indirekt auch persönlich berührt sind. Diesem Umstand wird jedoch bereits dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass im Rahmen der Beurteilung der gegenüber den Beschwerdeführern persönlich angeordneten aufsichtsrechtlichen Feststellungen und Massnahmen auch die in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung enthaltenen Feststellungen gegenüber der Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ vorfrageweise überprüft werden, sofern dies für die Beurteilung der Vorwürfe gegenüber den Beschwerdeführern notwendig ist. Das Bundesverwaltungsgericht ist hierbei in keiner Weise an die in Dispositiv-Ziffern 1 und 2 enthaltene Feststellung gebunden (zur Beurteilung von Vorfragen bei unterschiedlichen Parteien vgl. BGE 142 II 243 E. 2.3 f.). Auf die Rechtsbegehren um Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung ist demnach nicht einzutreten.

**1.3** Im Übrigen ist die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht worden und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit im Umfang des Gesagten (vgl. E. 1.2) einzutreten.

## **2.**

Die Vorinstanz stellt in der angefochtenen Verfügung fest, die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_, die B.\_\_\_\_\_ AG und die C.\_\_\_\_\_ AG hätten gemeinsam als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen sowie gewerbsmässig den Effektenhandel betrieben und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen des Bankengesetzes und des Börsengesetzes schwer verletzt (Dispositiv-Ziff. 1). Gestützt hierauf wirft sie auch den Beschwerdeführern vor, aufgrund ihres massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit auf-

sichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt zu haben (Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung).

Die Beschwerdeführer ihrerseits bestreiten, eine finanzmarktrechtliche bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt zu haben. Sie machen unter anderem geltend, die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ hätte keine Publikumseinlagen entgegengenommen, da sie unter die Ausnahmebestimmung betreffend Einlagen bei Genossenschaften falle. Vorab ist daher vorfrageweise zu prüfen, ob die Vorinstanz der Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ zu Recht vorwirft, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen zu haben. Nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet hingegen der Vorwurf des gewerbsmässigen Effektenhandels gemeinsam als Gruppe, da die Vorinstanz den Beschwerdeführern diesbezüglich keinen massgeblichen Beitrag vorwirft (vgl. dazu jedoch E. 5.).

## 2.1

**2.1.1** Zur Begründung führt die Vorinstanz aus, die Genossenschaft habe auf ihrer Webseite den Erwerb ihrer Anteilscheine mit einem „Zuschuss“ von 3.33% beworben, wobei für Anteilsscheine gemäss Statuten ein Kündigungs- und Rückzahlungsrecht gegolten hätten. Auf derselben Website habe die Genossenschaft ausserdem die Entgegennahme von Darlehen mit einem Zins von 2,34% angeboten, wobei eine Kündigungsfrist von 6 Monaten und eine Minimallaufzeit von 3 Jahren vorgesehen gewesen seien. Insgesamt habe die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ so von mehr als 500 Inverstoren (Darlehensgebern und / oder Genossenschaftern) Gelder in der Höhe von insgesamt knapp Fr. 1.7 Mio. entgegengenommen. Die C. \_\_\_\_\_ AG habe ihrerseits von 22 Personen Darlehen von Fr. 250'000.– entgegengenommen. Die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ und die C. \_\_\_\_\_ AG hätten sich über zwei Internetseiten gegenseitig beworben und ferner mit E-Mailversand an über 600 Personen für ihre Tätigkeit geworben, 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 nach Art. 5 Abs. 3 Bst. f BankV bzw. Art. 3a Abs. 4 Bst. d aBankV sei bei der Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ nicht anwendbar. Das Geschäftsmodell der Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ beruhe weder auf einem ideellen Zweck noch auf gemeinsamer Selbsthilfe. Einerseits ergebe sich bereits aus ihrem Gesellschaftszweck, dass sie mit dem Ziel handeln solle, einen vergünstigten Bezug von erneuerbarer elektrischer Energie

für ihre Genossenschafter sicherzustellen, um diesen dadurch einen geldwerten Vorteil einzuräumen. Damit verfolge sie einen wirtschaftlichen Zweck. Andererseits sei augenfällig, dass annähernd alle Genossenschafter zusätzlich zur Einzahlung ihrer Genossenschaftsanteile der Genossenschaft verzinsliche Darlehen gewährt hätten. Es seien jedoch keine Bemühungen ersichtlich, mit diesen Geldern Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu produzieren. Wirtschaftlich betrachtet habe demnach nicht die gemeinsame Selbsthilfe, sondern der Investitionsgedanke im Vordergrund gestanden. Darüber hinaus hätten die finanziellen Mittel der Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ mangels anderer Aktivitäten beinahe ausschliesslich aus der Entgegennahme von Darlehen gestammt, womit sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig gewesen sei.

**2.1.2** Die Beschwerdeführer ihrerseits wenden ein, die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ falle unter die Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3 Bst. f der Bankenverordnung. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz habe die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ auch einen ideellen Zweck verfolgt und habe dies in gemeinsamer Selbsthilfe getan. Das Vorliegen einer dieser beiden Voraussetzungen genüge. Bei der Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ handle es sich genau um die Art von Unternehmen, welches der Gesetzgeber von der Anwendbarkeit des Bankengesetzes habe ausnehmen wollen. Der ideelle Zweck der Genossenschaft, nämlich die Erhaltung der Natur und Umwelt, sei ausgewiesen. Die Darstellung der Vorinstanz, wonach die Genossenschaft keine Bemühungen getätigt habe, um aus den Geldern erneuerbare Energien zu produzieren, und dass keine „Selbsthilfe“ vorgelegen habe, sei falsch. Die Realisation des Projekts in (...), die Forschung und die diversen Standortabklärungen seien nur aufgrund des Einsatzes des fachspezifischen Wissens der Genossenschafter möglich gewesen. Dank ihres Zusammenwirkens hätte ein Pilotprojekt installiert, über Jahre verbessert und gewartet sowie eine Vielzahl von Standortevaluationen durchgeführt werden können. Es sei daher erstellt, dass die Genossenschafter die Gewinnung von erneuerbaren Energie in gemeinsamer Selbsthilfe angestrebt hätten. Die Genossenschaft habe die Darlehen lediglich aufgenommen, um ihre Projekte realisieren zu können. Sollte die B.\_\_\_\_\_ AG die ihr überwiesenen Gelder für andere als die vorgesehenen Zwecke verwendet haben, so hätten die Genossenschaft und insbesondere auch die Beschwerdeführer nichts davon gewusst. Die Genossenschaft habe alle Zahlungen in der Absicht ausgeführt, den genossenschaftlichen Zweck zu fördern. Sofern M.\_\_\_\_\_ seine Dreifachrolle als Geschäftsführer der Genossenschaft, der B.\_\_\_\_\_ AG und der C.\_\_\_\_\_ AG zum Nachteil der Genossenschaft ausgenutzt und dieser

ungerechtfertigt Mittel entzogen haben sollte, so sei dies ein Fall für die Strafverfolgungsbehörden und nicht für die Vorinstanz. Ein Unternehmen werde nicht dadurch zu einer Bank, weil sich ein Organ ungerechtfertigte Vorteile verschaffe. Die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ habe daher keine Tätigkeit im Finanzbereich ausgeübt.

## 2.2

**2.2.1** Nach Art. 1 Abs. 2 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ohne Bewilligung keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig für eigene Rechnung Fremdgelder entgegennimmt und selbst zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird. Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen. Die Definition als Einlage verlangt weder, dass die gesamte Summe zurückbezahlt werden, noch dass die Rückzahlung sofort ohne Zwischentransaktion erfolgen muss (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2; BVGer, Urteil B-2757/2015, B-3484/2015 vom 21. März 2016, E. 3.1). Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder wer in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (Art. 6 Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. April 2014 [BankV, SR 952.02]; ebenso Art. 3a Abs. 2 alte Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, in Kraft bis zum 31. Dezember 2014 [aBankV, AS 1972 821]; vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2 m.H.).

**2.2.2** Der Bundesrat kann jedoch Ausnahmen von diesem Verbot vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist (Art. 1 Abs. 2 BankG 2ter Satz). Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat mit den eng umschriebenen Ausnahmebestimmungen in der Bankenverordnung Gebrauch gemacht. So hält Art. 5 Abs. 2 lit. f BankV (ähnlich bereits Art. 3a Abs. 4 Bst. d aBankV) fest, dass Einlagen bei Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften nicht als Publikumseinlagen gelten, sofern diese nicht im Finanzbereich tätig sind, einen ideellen Zweck oder die gemeinsame Selbsthilfe verfolgen und die Einlagen ausschliesslich dafür verwenden, und die Laufzeit der Einlagen mindestens sechs Monate beträgt. Die Ausnahme von der Bewilligungspflicht gründet auf der Überlegung, dass die Einleger in diesen Fällen in der Regel nicht geschützt werden, sondern vielmehr einen ideellen oder gemeinsamen Selbsthilfeszweck fördern wollen (vgl. EBK Jahresbericht 2001, S. 44 f.; RASHID BAHAR/ERIC STUPP,

in: Basler Kommentar BankG, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 1 N 30). Auf das früher bestehende Verzinsungsverbot für solche Einlagen wurde dabei bereits mit der am 1. Dezember 2003 in Kraft getretenen Änderung von Art. 3a Abs. 4 lit. d BankV (AS 2003 4077) verzichtet, womit eine Verzinsung auch bei solchen Einlagen möglich ist. Seit der Revision von Art. 3a Abs. 4 Bst. d aBankV (in Kraft getreten am 1. Januar 2010; vgl. AS 2009 5279) wird sodann der Zusammenhang der entgegen genommenen Gelder zum ideellen Zweck oder zur gemeinsamen Selbsthilfe hervorgehoben („und die Einlagen ausschliesslich dafür verwenden“).

Gemäss Rundschreiben der Vorinstanz sind unter den erwähnten Genossenschaften unter anderem Produktions-, Vertriebs-, Verkaufs- und Wohngenossenschaften oder auch landwirtschaftliche Genossenschaften zu verstehen. Der Kreis der Einleger ist dabei nicht auf die Mitglieder beschränkt. Hingegen gelten Einlagen als Publikumseinlagen, wenn sie bei Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften gemacht werden, deren Zweck oder Geschäftstätigkeit vorwiegend in der Entgegennahme und in der zinstragenden Anlage der Einlagen besteht (vgl. FINMA, Rundschreiben 2008/3 [Publikumseinlagen bei Nichtbanken] vom 20. November 2008, Rz. 27).

**2.2.3** Gesetzesumgehungen werden nicht geschützt. Bei Gestaltungen, welche jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegen, ist deshalb näher zu prüfen, ob die Ausnahmebestimmung missbräuchlich, d.h. zu Zwecken, die nicht in Übereinstimmung mit den Zielen und Zwecken des Gesetzes stehen, angerufen wird. Wird eine solche missbräuchliche Anrufung bejaht, ist der aufsichtsrechtlichen Beurteilung sachverhaltsmässig nicht die gewählte zivilrechtliche, sondern diejenige Rechtsgestaltung zu Grunde zu legen, welche sachgemäss gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen (Sachverhaltsfiktion). Aufsichtsrechtliche Bestimmungen zwecks Anleger-, Investoren- und Gläubigerschutz, insbesondere solche über Bewilligungen als Voraussetzung für einen Marktzutritt, sollen nicht durch konstruierte zivilrechtliche Rechtsgestaltungen umgangen werden können (vgl. Urteil des BGer 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2)

**2.3** Unbestritten und klar ist vorliegend, dass die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ auf ihrer Webseite den Erwerb ihrer Anteilsscheine mit einem „Zuschuss“ von 3.33% sowie die Entgegennahme von Darlehen mit einem Zins von 2.34% beworben hat. Dabei hat sie verzinsliche Darlehen von mehr als 500 Inverstoren in der Höhe von insgesamt knapp

Fr. 1.7 Mio aufgenommen, womit ihre Tätigkeit an und für sich eine gewerbmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 des Bankengesetzes darstellt. Die Frage nach der Bewilligungspflicht dieser Tätigkeit hängt demnach von der Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung betreffend Einlagen bei Genossenschaften nach Art. 5 Abs. 2 lit. f der Bankenverordnung ab.

**2.3.1** Wie bereits ausgeführt, bezweckte die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ gemäss dem Handelsregisterauszug und den Statuten in gemeinsamer Selbsthilfe die Entwicklung und Projektierung sowie den Bau, Erwerb, Unterhalt und Betrieb von (...) und anderer Kraftwerke zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen, insbesondere mit dem Ziel, ihren Genossenschaftern, einen vergünstigten Bezug von erneuerbarer, elektrischer Energie sicher zu stellen (vgl. vorinstanzliche Akten 1B 028). Gemäss Reglement der Genossenschaft war ein Verkauf des Stroms direkt an die Genossenschafte von der Gesetzgebung her jedoch nicht möglich, weshalb ihnen jeweils ein jährlicher „Zuschuss“ von Fr. 33.30 pro Anteilsschein im Wert von Fr. 1'000.– gewährt wurde (vgl. Ziff. 1.1 des Genossenschaftsreglements [vorinstanzliche Akten 1B 041]). Die Tätigkeit der Genossenschaft zielte damit *de facto* vorab darauf ab, ihren Genossenschaftern einen geldwerten Vorteil im Sinne von „Zuschüssen“ auf die einbezahlten Anteilsscheine einzuräumen, dies jedoch gleichfalls vor dem Hintergrund, damit erneuerbare Energiequellen zu fördern. Damit verfolgte sie primär zwar einen wirtschaftlichen, darüber hinaus aber durchaus auch einen ideellen Zweck.

**2.3.2** Fest steht sodann, dass annähernd alle Genossenschafte der Genossenschaft zusätzlich zur Einzahlung ihrer Genossenschaftsanteile auch ein verzinliches Darlehen gewährt haben, so dass im Jahr 2016 ein „Genossenschaftskapital“ von rund Fr. 3 Mio. langfristigen Darlehensverbindlichkeiten von insgesamt knapp Fr. 1.7 Mio gegenüber stand (vgl. Untersuchungsbericht S. 13). Dabei ist nicht restlos klar, inwieweit – wie dies die Beschwerdeführer geltend machen – die Genossenschafte neben dem Erwerb von Anteilsscheinen und der Gewährung von Darlehen auch noch weitere persönliche Beiträge an den Genossenschaftszweck leisteten. Zumindest ist jedoch – entgegen der Darstellung der Vorinstanz, wonach keine Bemühungen ersichtlich seien, mit den entgegengenommenen Geldern Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu produzieren – insgesamt davon auszugehen, dass die Genossenschaft durchaus (auch) einer realen Geschäftstätigkeit im Bereich der erneuerbaren Energien nachgegangen ist. So hat die Genossenschaft in (...) bereits eine (...) fer-

tig entwickelt, gebaut und in Betrieb gesetzt, welche mit dem (...) ausgezeichnet wurde und der Genossenschaft in der Öffentlichkeit auch zu einer gewissen Bekanntheit verholfen hat (vgl. Beschwerdebeilagen 3 ff.). Die Beschwerdeführer legen in ihrer Beschwerde sodann ausführlich dar, dass die Genossenschaft neben der bereits bestehenden (...) in (...) die Errichtung weiterer (...) geplant und dass sich die notwendige behördliche Bewilligung dieser weiteren Anlagen hauptsächlich aufgrund der noch ausstehenden (...) verzögert habe (Beschwerde Rz. 36 ff.). Dem entsprechend hält auch der Untersuchungsbericht fest, dass in der Schweiz über 160 weitere Standorte evaluiert worden und zudem auch Lizenzen zur Erstellung von (...) im Ausland vergeben worden seien (Untersuchungsbericht S. 9 f.). Nichts anderes ergibt sich schliesslich auch aus den Protokollen der Vorstandssitzungen (vgl. Beschwerdebeilagen 22 ff.). Eine – auch gegen aussen entsprechend kundgegebene – operative Tätigkeit im Bereich der erneuerbaren Energien kann der Genossenschaft daher nicht abgesprochen werden.

**2.3.3** Eine andere Frage ist jedoch, ob die entgegengenommenen Gelder tatsächlich ausschliesslich für den genannten Gesellschaftszweck verwendet wurden. Fest steht zumindest, dass die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ ihre Geschäftstätigkeit bis zuletzt im Wesentlichen über die Genossenschaftsanteile und die Darlehen finanzierte, da die von ihr erwirtschafteten betrieblichen Erträge im Vergleich zu den Ausgaben sehr gering ausfielen (vgl. Untersuchungsbericht S. 14; vorinstanzliche Akten 1B 048 ff.). Aufgrund der Akten ist sodann davon auszugehen, dass tatsächlich wohl nur ein Bruchteil der entgegengenommenen Gelder für die dargelegte operative Tätigkeit verwendet worden ist. Ein wesentlicher Teil der von der Genossenschaft entgegengenommenen Gelder scheint nämlich durch diverse wirtschaftlich letztlich nicht nachvollziehbare Geldströme über die B.\_\_\_\_\_ AG bzw. die C.\_\_\_\_\_ AG in grossem Umfang an M.\_\_\_\_\_ weitergeleitet worden zu sein. Insbesondere wurden substantielle Überweisungen an die B.\_\_\_\_\_ AG getätigt (vgl. Untersuchungsbericht S. 10 f. und S. 27 ff.; vorinstanzliche Akten 3B 055-065 und 3B 074-078). Diese wurden formell zwar als „Dienstleistungen“ im Sinne des Gesellschaftszwecks verbucht. Mit Blick auf den erheblichen Interessenkonflikt, in welchem sich M.\_\_\_\_\_ bei der Ausführung dieser Geschäfte befand (vgl. hierzu E. 3.2), sowie die – zumindest soweit ersichtlich – weitgehend fehlende Dokumentation dieser Rechtsgeschäfte scheint deren Werthaltigkeit letztlich jedoch nicht glaubhaft.

**2.3.4** Insgesamt scheint die Geschäftstätigkeit der Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ damit zumindest in den letzten Jahren vor dem Konkurs vorwiegend in der Entgegennahme von Einlagen in erheblichem Umfang bestanden zu haben, welche zuletzt in keinem Verhältnis mehr zu den übrigen realen nachweisbaren Tätigkeiten im Sinne des Genossenschaftszwecks standen. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung ihres technischen Ermessens ist es daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung feststellt, dass die Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ hauptsächlich im Finanzbereich tätig gewesen sei, und die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung nach Art. 5 Abs. 2 lit. f BankV als nicht erfüllt erachtet. Letztlich bleibt denn auch aus einem teleologischen Blickwinkel anzumerken, dass in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem die Rechtsform der Genossenschaft bei einer wirtschaftlichen Betrachtung vorab als Investitions- bzw. Anlagevehikel dient, das Schutzbedürfnis der Einleger eben gerade nicht aufgrund eines vorrangigen gemeinsamen Selbsthilfezwecks entfällt bzw. in den Hintergrund rückt (vgl. hierzu E. 2.2.2). Auch wenn solche Genossenschaften in der Praxis regelmässig geduldet werden, so darf dies in aufsichtsrechtlicher Hinsicht jedoch nicht dazu führen, dass Bestimmungen zum Einleger-schutz in einschlägigen Fällen durch die Wahl der Rechtsform umgangen werden können. Dies umso mehr, als auf Gesetzesebene Ausnahmen von der Bewilligungspflicht nur soweit erlaubt sind, als der Schutz der Einleger gewährleistet bleibt (Art. 1 Abs. 2 BankG, 2. Satz; zur Gesetzesumgehung vgl. bereits E. 2.2.3).

**2.4** Zusammenfassend ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Genossenschaft Publikumseinlagen entgegen genommen und für eine solche Tätigkeit Werbung betrieben hat, nicht zu beanstanden.

### **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 entgegengenommen 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 bzw. 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 bzw. die dahinter stehenden 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. BGer, Urteil 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, 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. BGer, Urteil 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 2.2, m.w.H.). Die Annahme einer Gruppe hat zur Folge, dass die auf-

sichtsrechtlichen 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 Bundesverwaltungsgerichts B-605/2011 vom 8. Mai 2012, E. 2.2.1, B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010, E. 3.1, B-8227/2007, B-8244/2007 und B-8245/2007 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 oder eine Gruppe von juristischen Personen ausgeübt hat, vorgeworfen werden, wenn sie im Rahmen einer fairen Gesamtsicht als massgeblich an den bewilligungspflichtigen Tätigkeiten beteiligt bzw. in die entsprechenden Aktivitäten in entscheidender Form involviert erscheint (vgl. Urteil des BGer 2C\_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.3.4 [nicht publizierte Erwägung in BGE 137 II 284], m.w.H.; 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 in Frage 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 (vgl. vorinstanzliche Akten 1A 004; Beschwerde Rz. 59). M.\_\_\_\_\_ ist zudem Alleinaktionär der B.\_\_\_\_\_ AG, welche ihrerseits Mehrheitsaktionärin der C.\_\_\_\_\_ AG ist. Organisatorisch haben zudem alle Gesellschaften ihren Sitz am (Adresse) (vgl. Untersu-

chungsbericht S. 4 ff. und 25 ff.). 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 (vgl. E. 2.3.3; Untersuchungsbericht S. 10 f.; vorinstanzliche Akten 3B 055-065 und 3B 074-078). 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 (vgl. u.a. vorinstanzliche Akten 5B 017 f.; 5C 007 ff.). 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 (vgl. Beschwerde Rz. 52 ff.). 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 in Frage 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 Ge-

nossenschaft A. \_\_\_\_\_ von der Gruppentätigkeit und den bestehenden Verbindungen zwischen den drei Gesellschaften Bescheid wussten (vgl. BVGer, Urteil 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 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 Entscheidfindung 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 (hierzu vgl. E. 4.3.4). 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 materiell-rechtlicher 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. BVGer B-6584/2013 vom 18. Januar 2016 E. 2.6; B-2943/2013 vom 6. März 2014 E. 4.2.3; BVGer B-4094/2012 vom 11. Juni 2013 E. 3; vgl. bereits 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 Ziff. 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.; ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar OR II, Basel 2016, Art. 902 N 2; zur Sorgfaltspflicht in einer AG vgl. u.a. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 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 umstritten 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 N 2, m.w.H.). Zumindest unterstehen auch in solchen Fällen alle Mitglieder der Verwaltung, d.h. insbesondere auch diejenigen, die keinem oder einem anderen Ausschuss angehören, den erwähnten gesetzlich verankerten Aufsichts- und Kontrollpflichten

(Art. 902 Abs. 2 und 3 OR; vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 897 N 2 und Art. 902 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 Geschäftsganges 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. BGer, 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 3.2.1, m.w.H. [zur Verantwortlichkeit in einer AG]; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, §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 bzw. der Verwaltung ist nicht bereits *per se* auch Teil der Gruppe im aufsichtsrechtlichen Sinne (vgl. BVGer B-4094/2012 vom 11. Juni 2013 E. 3.2.2). Zudem kann nicht jede leichte Fahrlässigkeit in den Verantwortlichkeiten eines Verwaltungsrats bzw. 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 zu Lasten 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 Per-

son, die ihr Organ ist, vgl. BENJAMIN BLOCH/HANS CASPAR VON DER CRO-NE, Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effektenhändlerstätigkeit, SZW 2010, S. 161 ff., S. 166 f.). 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 ihn erkennbar eine Tätigkeit auf dem Finanzmarkt ausübt (vgl. BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 6 und B-6584/2013 vom 18. Januar 2016 E. 2.6).

**3.3.3** Aufgrund der Akten und den 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 haben dort auch keine Schlüsselpositionen besetzt. 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 (angefochtene Verfügung Rz. 49). 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 ihres beruflichen Hintergrundes hauptsächlich für (technische) Aufgaben im Bereich der erneuerbaren Energien zuständig waren (vgl. eingehend Beschwerde Rz. 22 ff und Rz. 59 ff; vorinstanzliche Akten 1A 004; vorinstanzliche Akten 1B 033; vorinstanzliche Akten 1B 043). 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 (vorinstanzliche Akten 1B 033 [Ziff. 3.2.4]; vgl. auch das Organigramm in Ziff. 2.1 des Organisationsreglements [vorinstanzliche Akten 1B 043]; zur Notwendigkeit einer statutarischen Delegationsgrundlage vgl. WATTER/PELLANDA, a.a.O., Art. 897 N 2 und Art. 897 N 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 (vgl. Protokolle der Vorstandssitzungen vom 19. Oktober 2015 Ziff. 5, vom 9. November 2015 Ziff. 4 und vom 27. Januar 2016 [Beschwerdebeilagen 22-25]; Beschwerde Rz. 62), 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 (vgl. Beschwerde Rz. 63 sowie Beschwerdebeilagen 23-25). An der Vorstandssitzung vom 15. Dezember 2015 wurde ferner über die Bedeutung von Art. 902 und 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 beschlossen, das Geschäft der Genossenschaft durch eine unabhängige Institution begutachten zu lassen und einen Business Plan erstellen zu lassen (Beschwerde Rz. 64; Beschwerdebeilage 24). Im April/Mai 2016 wurden sodann Offerten von unabhängigen Revisionsstellen eingeholt (Beschwerde Rz. 71 ff.; Beschwerdebeilagen 30-34). Schliesslich kam es am 24. Mai 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 (Beschwerdebeilagen 48 - 50).

**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* in Frage 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 Laufe 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. BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.2.1; DANIEL JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Ein dogmatischer Beitrag zur

Einwendungen- und Einredenordnung unter Würdigung der «Raschein-Praxis», SSHW 2012, S. 484 ff., 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 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 sämtlich Untersuchungs- und Verfahrenskosten haften zu lassen (vgl. hierzu E. 5). Denn die Beschwerdeführer haben vorliegend nicht wissentlich und wilentlich 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 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.

#### 4.

Da den Beschwerdeführer nach dem Vorstehenden kein massgeblicher Beitrag und somit auch keine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht vorgeworfen werden kann, hätte die Vorinstanz ihnen gegenüber grundsätzlich auch keine weiteren Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffern 8 und 9 der angefochtenen Verfügung (Unterlassungsanweisung mit Strafandrohung im Wiederhandlungsfall) anordnen dürfen (vgl. BVGer B-4354/2016 vom 30. November 2017 E. 6.2).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts durfte die Vorinstanz indes als Reflexwirkung der Gruppenbeteiligung der Genossenschaft A.\_\_\_\_\_ den Beschwerdeführern als deren formelle Organe in Konkretisierung des Gesetzes gleichfalls die bewilligungslose Ausübung einer Effektenhändlerstätigkeit und die Werbung für eine solche untersagen bzw. ihnen die entsprechenden Regeln in Erinnerung rufen (vgl. BGE 135 II 356 E. 6.2.2; BGer 2A.721/2006 vom 19. März 2007 E. 2.2, in: EBK-Bulletin 50/2007 S. 148 ff.). Entsprechend ist die Beschwerde diesbezüglich trotz der Verneinung eines massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit als Gruppe abzuweisen.

#### 5.

Was schliesslich die Kosten der mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Juni 2016 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von Fr. 58'238.70 (Dispositiv-Ziff. 12) sowie die Verfahrenskosten von Fr. 30'000.– (Dispositiv-Ziff. 13) anbelangt, ist festzuhalten, dass gemäss Art. 36 Abs. 4 FINMAG die Beaufsichtigten die Kosten des Untersuchungsbeauftragten tragen. Diese Kostenregelung folgt dem Störer- bzw. Verursacherprinzip (Art. 15 Abs. 1 FINMAG) und findet auch auf Finanzintermediäre Anwendung, die in Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen bewilligungslos tätig waren (vgl. BGE 137 II 284 E. 4.2.2). Die Vorinstanz erhebt zudem Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 FINMAG). Gebührenpflichtig ist auch hier, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 5 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 15. Oktober 2008 [FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, FINMA-GebV; SR 956.122]).

Die Kosten sind vorliegend durch die gemeinsamen Aktivitäten aller an der Gruppe beteiligten juristischen und natürlichen Personen entstanden, deren koordiniertes Handeln zur Untersuchung und deren jeweiligen Ausdehnung Anlass gab. Die Beschwerdeführer sind nach dem Gesagten jedoch nicht als Mitglieder dieser Gruppe zu betrachten; ein massgeblicher Beitrag der Beschwerdeführer an der unerlaubten Tätigkeit als Gruppe wurde vorliegend verneint. Entsprechend können ihnen auch nicht die aus dem Verfahren gegen die involvierten Gesellschaften und die weiteren an der Gruppe beteiligten natürlichen Personen entstandenen Untersuchungs- und Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. BGE 135 II 356 E. 6.2.2). Damit kann letztlich dahingestellt bleiben, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführern vorliegend überhaupt die gesamten Untersuchungs- und Verfahrenskosten in solidarischer Haftung hätte auferlegen können, obwohl sie ihnen einzig einen massgeblichen Beitrag zur gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ohne Bewilligung gemeinsam als Gruppe, ausdrücklich nicht jedoch einen massgeblichen Beitrag am gewerbsmässigen Effektenhandel gemeinsam als Gruppe vorgeworfen hat (vgl. E. 2).

Die Beschwerde ist demnach auch diesbezüglich gutzuheissen und die Dispositiv-Ziffern 12 und 13 der angefochtenen Verfügung sind aufzuheben, soweit sie die Beschwerdeführer betreffen.

## **6.**

**6.1** Insgesamt obsiegen die Beschwerdeführer vorliegend im Hauptpunkt, weshalb sie keine Verfahrenskosten zu tragen haben (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz trägt unabhängig vom Verfahrensausgang keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Daher sind vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben. Der von den Beschwerdeführern geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von insgesamt Fr. 5'000.– wird ihnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**6.2** Ausgangsgemäss ist den Beschwerdeführern zu Lasten der Vorinstanz eine leicht reduzierte Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE; Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 FINMAG). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Die Beschwerdeführer liessen sich vor Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten, reichten aber keine detaillierte Kostennote ein. Die Parteientschädigung ist deshalb aufgrund der Akten und des

geschätzten Aufwands durch das Bundesverwaltungsgericht festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Angesichts des vorliegend getätigten Aufwands und der Komplexität der Streitsache erscheint es vorliegend angemessen, den Beschwerdeführern zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 8'000.– (inkl. MWST) zuzusprechen. Die Parteientschädigung hat die Vorinstanz den Beschwerdeführern nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

**7.**

Dieser Entscheid kann mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Die Dispositiv-Ziffern 3, 12 und 13 der Verfügung der Vorinstanz vom 2. Februar 2017 werden aufgehoben, soweit sie die Beschwerdeführer betreffen. Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von den Beschwerdeführern geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von insgesamt Fr. 5'000.– wird ihnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

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

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Breitenmoser

Julia Haas

**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 Rechtsschrift 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: