Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-4710/2009

Urteil vom 29. März 2011

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Jean-Luc Baechler, Eva Schneeberger;
Gerichtsschreiber Kaspar Luginbühl.

Parteien

T._____ AG in Liquidation
,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen / Konkurseröffnung.

Sachverhalt:

A.
Die Eidgenössische Bankenkommission (EBK, seit dem 1. Januar 2009 Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Vorinstanz) wurde im Sommer 2008 durch die Meldung eines Marktteilnehmers auf die T._____ AG (Beschwerdeführerin) aufmerksam und eröffnete daraufhin eine Untersuchung, um zu klären, ob die Gesellschaft einer nach Banken-, Börsen- oder Kollektivanlagegesetz bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgeht. Zu diesem Zweck ersuchte sie die Beschwerdeführerin am 22. August 2008 um Informationen und Unterlagen zu ihrer Geschäftstätigkeit. Die Beschwerdeführerin erteilte die verlangten Auskünfte am 23. September 2008 schriftlich und stellte der Vorinstanz gleichzeitig Unterlagen zu. Am 29. Oktober 2008 gab die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, sich zu einem provisorisch erstellten Sachverhalt zu äussern, wovon diese nicht Gebrauch machte. In der Folge stellte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz auf deren Anfragen hin mehrmals Dokumente zu und erteilte ihr Auskünfte. Am 11. Mai 2009 wurde die Vorinstanz von einem Marktteilnehmer dahingehend informiert, dass sich Bonds der Beschwerdeführerin im Umlauf befänden.

B.
Mit sofort vollstreckbarer Verfügung vom 13. Juli 2009 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehme und damit gegen das Bankengesetz verstosse. Gleichzeitig ordnete sie die Konkurseröffnung über die Beschwerdeführerin an (Zeitpunkt: 14. Juli 2009, 08:00 Uhr) und setzte RA Dr. Daniel Hunkeler sowie RA Salvatore Petralia als Konkursliquidatoren ein.

Ihre Verfügung begründete die Vorinstanz damit, dass die Beschwerdeführerin Emittentin einer Medium Term Note (MTN) über den Betrag von US$ 400 Mio. sei, welche in Bonds à US$ 100'000.– gestückelt sei. Die Emission der MTN datiere vom 17. Januar 2007 und laute auf den Nominalbetrag. Gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV seien Anleihensobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion zwar nicht mit der Annahme von Publikumseinlagen gleichgestellt. Die in Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV statuierte Ausnahme, wonach Anleihensobligationen keine

Publikumseinlagen darstellten, komme aber nur zum Tragen, sofern die Erfordernisse der Prospektpflicht i.S.v. Art. 1156 OR i.V.m. den in Art. 652a OR gemachten Publizitätsvorschriften erfüllt seien. Wenn die Information über die Anleihensobligationen nicht diesen Minimalanforderungen entspräche, sei deshalb von Publikumseinlagen auszugehen. Der Prospekt der Beschwerdeführerin entspräche den Anforderungen von Art. 1156 OR i.V.m. Art. 652a OR nicht. So enthalte der Prospekt lediglich Angaben über die Höhe des Aktienkapitals, nicht aber über die vermögensrechtliche Situation der Beschwerdeführerin. Insbesondere seien weder eine Jahresrechnung noch ein Revisionsbericht oder andere Zwischenabschlüsse im Prospekt abgedruckt. Ebenso wenig würden Angaben zum im Prospekt erwähnten "Guarantor" gemacht, was gegen Art. 1156 Abs. 2 OR verstosse. Auch die von den Art. 1156 Abs. 2 und 1157 Abs. 1 OR verlangten Angaben zur Vertretung der Anleihensgläubiger gingen aus dem Prospekt nicht hervor. Schliesslich unterstehe die Beschwerdeführerin seit dem 12. Mai 2009 keiner ordentlichen Revision mehr, was aber gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. b OR zwingend sei für eine Gesellschaft, die Anleihensobligationen ausgeben wolle. Die Beschwerdeführerin erfülle weder strukturell noch vom Prospekt her die Bedingungen zur Ausgabe von Anleihensobligationen, weshalb die von ihr beworbenen und vertriebenen Bonds als Publikumseinlagen zu behandeln seien. Da Publikumseinlagen nur von bewilligten Banken oder öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten entgegen genommen werden dürften, sei die Tätigkeit der Beschwerdeführerin mangels Bewilligung illegal i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 3a Abs. 1 BankV.

Schliesslich sei die Beschwerdeführerin gemäss Art. 25 Abs. 1 BankG illiquid und ein Sanierungsverfahren nach Art. 28 ff. BankG komme nicht in Betracht. Aus der geprüften Jahresrechnung 2007 und der ungeprüften Jahresrechnung 2008 gehe hervor, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft deren Aktiven um Fr. 90'000.– bzw. Fr. 50'000.– überstiegen, womit eine Überschuldung anzunehmen sei. Zudem habe die Beschwerdegegnerin beide Geschäftsjahre mit Verlusten abgeschlossen. Da die Erteilung einer nachträglichen Bankbewilligung i.S.v. Art. 3 ff. BankG nicht in Betracht komme, könne nur noch der Konkurs gemäss Art. 33 Abs. 1 BankG über sie eröffnet werden.

C.

Gegen diese Verfügung führt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. Juli 2009 Beschwerde und beantragt, die angefochtene Verfügung

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz aufzuheben. Weiter stellt sie die Verfahrensanträge, die Vollstreckung der Ziffern 7 und 8 (Publikation der Konkurseröffnung auf der Internetseite der Vorinstanz und im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB sowie Anweisung an das Handelsregisteramt Zug zur Eintragsänderung) sei bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens aufzuschieben und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zudem seien die Handlungen der Konkursliquidatoren auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken. Diese vorsorglichen Massnahmen seien superprovisorisch anzuordnen.

Zur Begründung bringt sie vor, ihre MTN sei in rechtlicher Hinsicht als Anleihe zu qualifizieren. Anleihen würden von Art. 1 Abs. 2 BankG ausdrücklich nicht als Publikumseinlagen bezeichnet. Soweit Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV von der Vorinstanz so ausgelegt werde, dass eine Anleihe nur dann keine Publikumseinlage darstelle, wenn der Prospekt den Voraussetzungen von Art. 1156 und Art. 652a OR entspreche, habe diese Norm keine gesetzliche Grundlage. Entspreche der Prospekt einer Anleihe im Einzelfall nicht sämtlichen der in Art 1156 und Art. 652a OR aufgezählten Anforderungen, bedeute dies nicht, dass es sich bei einer Anleihensobligation rechtlich nicht mehr um eine solche handle und diese automatisch in eine bewilligungspflichtige Publikumseinlage umqualifiziert werden könne. Der Anleger sei nicht schutzlos, wenn ein Prospekt unvollständig sei. Vielmehr greife in diesem Zusammenhang die Prospekthaftung nach Art. 752 OR. Der Gesetzgeber habe eine amtliche Prüfung der Effektenausgabe auf dem Primärmarkt abgelehnt, weshalb keine gesetzliche Grundlage bestehe, um den Schutz der Anleger über die obligationenrechtlichen Prospekthaftungsschutzbestimmungen hinaus auszudehnen.

Selbst wenn die Vorinstanz eine Schutzpflicht hätte, wäre die von ihr ergriffene Massnahme der Konkurseröffnung unverhältnismässig. Sie hätte die Beschwerdeführerin vor einer Konkurseröffnung auf allfällige Mängel im Prospekt hinweisen und sie auf die Folgen aufmerksam machen müssen, damit sie diese hätte korrigieren können. Die Konkurseröffnung könne nur *ultima ratio* sein. In diesem Zusammenhang sei weiter darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt habe. Sie habe der Beschwerdeführerin lediglich einen Fragebogen sowie drei Ergänzungsfragen zur Beantwortung zugestellt. Da an den von der Vorinstanz daraufhin gemachten Sachverhaltsfeststellungen nichts zu

beanstanden gewesen sei, habe sie es nicht für nötig befunden, weitere Ausführungen zu machen. Die Vorinstanz habe das Verhalten der Beschwerdeführerin mit keinem Wort gerügt, weshalb sie nicht habe voraussehen können, welch gravierende Vorwürfe ihr gemacht würden und welche Folgen diese für sie haben würden.

D.
Mit Zwischenverfügung vom 13. August 2009 wies das Bundesverwaltungsgericht die Anträge um vorsorgliche Massnahmen ab, soweit diese nicht gegenstandslos geworden waren.

E.
Mit Eingabe vom 14. September 2009 ergänzt die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde und hält an ihren Prinzipalanträgen fest. Sie bringt neu vor, dass sie bis anhin einen einzigen Bond an eine Drittperson (X._____N.V.) übertragen, dafür aber kein Geld entgegen genommen habe.

F.
In ihrer Vernehmlassung vom 19. Oktober 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Sie weist darauf hin, dass sie einem Schreiben der Falcon Private Bank die Existenz zwei weiterer von der Beschwerdeführerin ausgegebener Bonds entnehmen könne. Zudem seien im Konkurs entsprechende Forderungsanmeldungen von Fr. 33'067'930.– eingegangen. Die Beschwerdeführerin habe sich zum Verfahren vor der Vorinstanz äussern können, weshalb ihr Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt worden sei. Die Auslegung von Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV durch die Vorinstanz sei korrekt. Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung ergebe sich, dass eine Anleihensobligation nur dann bestehe, wenn die Voraussetzungen von Art. 1156 OR und Art. 652a OR erfüllt seien. Dies sei im Zusammenhang mit dem Anleihen der Beschwerdeführerin nicht der Fall, weshalb die von ihr ausgegebenen Bonds als Publikumseinlagen zu qualifizieren seien. Diese Auslegung von Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV sei auch deshalb zutreffend, weil sonst unter Missachtung der Prospektpflicht mittels Anleihen Gelder entgegen genommen werden könnten, die Publikumseinlagen gleichkämen und dadurch die Aufsichtspflicht der Vorinstanz unterlaufen werde. Unter diesen Umständen und aufgrund der Überschuldung der Beschwerdeführerin sei die Konkurseröffnung die einzige mögliche Rechtsfolge.

G.

Mit Replik vom 25. November 2009 hält die Beschwerdeführerin an ihren Prinzipalanträgen fest. In Bezug auf die insgesamt drei von ihr ausgegebenen Bonds hält sie fest, dass sie nach dem ersten Bondanteil über Fr. 15 Mio. noch einen zweiten Anteil über Fr. 10 Mio. an die X._____N.V. überwiesen habe. Dieser zweite Bondanteil sei von der X._____N.V. aufgeteilt und auf zwei Konten anderer Gesellschaften mit denselben wirtschaftlich Berechtigten überwiesen worden. Die Beschwerdeführerin habe für keinen dieser Anteile Geld erhalten und die diesbezügliche Forderung werde bestritten, denn die X._____N.V. habe die Bonds lediglich treuhänderisch gehalten. Des Weiteren habe die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nur eine Zusammenfassung des Sachverhalts zugestellt und dadurch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. In diesem Zusammenhang erklärt sie die vorinstanzliche Auslegung von Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV abermals für unzulässig und hält fest, sie werde sofort eine Revisionsstelle einsetzen, sobald sie wieder handlungsfähig sei. Zudem habe sie nie beabsichtigt Anleihen auszugeben, ohne sämtliche Voraussetzungen der Prospektpflicht zu erfüllen. Da sie jedoch bis anhin keine Anleihen öffentlich angeboten habe, sei diese Feststellung ohnehin nicht massgebend. Zur Konkurseröffnung bringt sie vor, dass sie kein Interesse an einer Bewilligung zum Betrieb einer Bank habe und ohne grösseren Aufwand die Voraussetzungen für die legale Ausgabe von Anleihen schaffen könne, weshalb die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme nicht nachvollziehbar sei.

H.

In ihrer Stellungnahme vom 22. Dezember 2009 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen fest und bringt im Wesentlichen abermals vor, sie habe das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Zudem sei ihre Auslegung von Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankG nicht überraschend, weshalb sie die Beschwerdeführerin während des Verfahrens nicht auf allfällige Konsequenzen habe hinweisen müssen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Verwendung der Bonds durch die X._____N.V. seien nicht nachvollziehbar. Vielmehr sei eine rechtswidrige Entgegennahme von Publikumseinlagen erstellt, weshalb die Konkurseröffnung über die Beschwerdeführerin die einzig mögliche Rechtsfolge sein könne.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Der Entscheid der Vorinstanz vom 13. Juli 2009 stellt eine Verfügung i.S.v. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen, welche von Anstalten des Bundes erlassen werden (vgl. Art. 33 Bst. e VGG), worunter jene der Vorinstanz fällt (vgl. Art. 4 i.V.m. Art. 54 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMAG, SR 951.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und durch sie berührt. Sie hat daher ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung und ist folglich zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Ihre einzige Verwaltungsrätin, Frau R._____, ist gemäss konstanter Rechtsprechung zur Beschwerdeführung im Namen der Gesellschaft berechtigt (BGE 131 II 306 E. 1.2.1 m.w.H.).

Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG); auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (vgl. Art. 47 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.
Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei der von ihr ausgegebenen bzw. zur Emission vorgesehenen Medium Term Note über US$ 400 Mio. (MTN, gestückelt in Bonds à US$ 100'000.–), handle es sich um eine Anleihe, und zwar unabhängig davon, ob die Anforderungen von Art. 3a Abs. 3 Bst. b der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 (BankV, SR 952.02) i.V.m. Art. 1156 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) bzgl. der Prospektpflicht erfüllt seien oder nicht. Es sei unzulässig, eine Anleihe ohne weiteres als unerlaubte Publikumseinlage zu behandeln, wenn der Prospekt den Anforderungen von Art. 1156 OR i.V.m. Art. 652a OR nicht genüge. Diese Vorgehensweise habe keine gesetzliche Grundlage, da Art. 1 Abs. 2 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) die Anleihen von der

Bankenaufsicht ausnehme, ohne Anforderungen an den Inhalt des Prospekts zu stellen.

Die Vorinstanz führt aus, schon aus dem Wortlaut von Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV ergebe sich, dass eine Anleihe nur dann als solche betrachtet werden könne, wenn die Voraussetzungen von Art. 1156 OR in Bezug auf die Prospektpflicht erfüllt seien. Deshalb obliege es ihr, den Prospekt inhaltlich zu prüfen. Bestünden Mängel am Prospekt, sei die Anleihe nach der vorinstanzlichen Praxis als Publikumseinlage zu behandeln. Ihre Auslegung von Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV sei auch deshalb korrekt, weil sich Markteilnehmer, die unter Missachtung der Vorgaben zur Prospektpflicht Anleihen ausgeben, andernfalls der Aufsicht durch die Vorinstanz entziehen könnten, was den Gläubigerschutz aushebeln würde.

3.
Es stellt sich vorerst die Frage, welche Anforderungen an die gesetzliche Grundlage einer unselbständigen Verordnung zu stellen sind.

3.1. Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) führt das Rechtsstaatlichkeitsprinzip ein (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 171). Demnach ist Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht (Art. 5 Abs. 1 BV). Das Erfordernis der Rechtsgrundlage verankert einerseits das Prinzip der Spezialermächtigung, wonach eine staatliche Behörde ausschliesslich dann tätig werden darf, wenn hierzu eine ausreichende Rechtsgrundlage besteht (YVO HANGARTNER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Komm., 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 5 N 6; sog. Rechtsstaatlichkeitsprinzip im formellen Sinn). Als Gegenstück zur Spezialermächtigung ist andererseits die Rechtsbindung der staatlichen Behörden zu nennen, welche sich an das gesetzte Recht zu halten haben. Die Bindung an das Recht gilt nur für gültige, mit dem übergeordneten Recht in Einklang stehende Normen (GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Komm., Zürich 2007, Art. 5 N 12 f.; sog. Rechtsstaatlichkeitsprinzip im materiellen Sinn).

3.2. Das von Art. 5 BV aufgestellte Prinzip der Rechtsbindung staatlicher Behörden wird von Art. 190 BV in Bezug auf die zwingend anwendbaren

Normen konkretisiert. Demnach sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden ausschliesslich Bundesgesetze und Völkerrecht massgebend. Die Lehre versteht den in Art. 190 BV verwendeten Rechtsbegriff des Bundesgesetzes in einem formellen, d.h. Art. 164 und Art. 165 BV entsprechenden Sinn (YVO HANGARTNER, in: Ehrenzeller/Malinverni/Schweizer/Vallender, a.a.O., Art. 190 N 12). Daraus ergibt sich, dass rechtsanwendende Behörden ein Bundesgesetz selbst dann anwenden müssen, wenn sie dessen Verfassungswidrigkeit feststellen (BGE 131 II 697 E. 5). Anders als ein Bundesgesetz im formellen Sinn werden die rechtsetzenden Erlasse unterer Hierarchiestufen vom Anwendungsgebot in Art. 190 BV nicht erfasst. Dadurch sind insbesondere Verordnungen i.S.v. Art. 163 Abs. 1 und Art. 182 Abs. 1 BV – unabhängig davon, ob sie vom Parlament oder vom Bundesrat erlassen worden sind – durch die rechtsanwendenden Behörden nicht voraussetzungslos anzuwenden (grundlegend: BGE 104 Ib 412 E. 2 ff.). Einer Verordnung, welche übergeordnetem Recht widerspricht oder in diesem keine Grundlage findet, ist daher von den rechtsanwendenden Behörden nach einer vorfrageweisen Prüfung die Anwendbarkeit zu versagen, sofern sie nicht gesetzes- oder verfassungskonform ausgelegt werden kann (BGE 103 IV 192 E. 2a ff.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1566/2007 vom 14. Juli 2008 E. 2.4 ff.).

3.3. Stellt sich – wie vorliegend – die Frage nach der Gesetzmässigkeit einer durch den Bundesrat erlassenen unselbständigen Verordnungsbestimmung, so ist vorerst zu prüfen, ob sich diese an den Umfang der formellgesetzlichen Delegationsnorm hält (PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 8 N 17). Ob die Verordnungsbestimmung im konkreten Fall von der Delegationsnorm gedeckt ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei sich das Gericht an den Grundsätzen und Regeln des übergeordneten Gesetzes zu orientieren hat (BGE 111 V 310 E. 2b). Bei der Auslegung ist insbesondere darauf zu achten, ob der Gesetzgeber dem Bundesrat einen weiten Ermessensspielraum zur Regelung der Materie auf Verordnungsstufe gegeben hat. Ist dies der Fall, muss das erkennende Gericht schon unter Berücksichtigung des Anwendungsgebots i.S.v. Art. 190 BV den formellgesetzlich eingeräumten Ermessensspielraum respektieren und darf nicht sein eigenes Ermessen an Stelle jenes des Bundesrats setzen. Sprengt die Bestimmung hingegen den Rahmen der dem Bundesrat delegierten Kompetenzen in offensichtlicher Weise, so ist sie gesetzeswidrig und

folglich nicht anwendbar (BGE 131 II 562 E. 3.2, BGE 126 II 522 E. 41); darauf basierende Verfügungen sind aufzuheben (BGE 110 V 252 E. 4bb ff.).

4.

Gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG dürfen Nichtbanken keine Publikumseinlagen entgegennehmen (Satz 1), wobei der Bundesrat aber Ausnahmen von diesem Prinzip vorsehen kann, sofern der Gläubigerschutz gewahrt ist (Satz 2). Satz 3 von Art. 1 Abs. 2 BankG hält fest, dass es sich bei Anleihen nicht um Publikumseinlagen handelt, ohne weitere Einschränkungen bzw. Präzisierungen zu machen. Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV nimmt Anleihen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) ebenfalls vom Begriff der Publikumseinlagen aus, verlangt jedoch zusätzlich, dass die Gläubiger in einem Art. 1156 OR entsprechenden Umfang informiert werden.

Vom Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 BankG her ist zweifelhaft, ob der Bundesrat im Rahmen seiner Verordnungskompetenz ohne zusätzliche Legitimationsgrundlage weitere Bedingungen für die Ausnahme von Anleihen von der Bankengesetzgebung aufstellen kann. Die von Art. 1 Abs. 2 BankG stipulierte Ausnahme der Anleihen von der Bankenaufsichtsgesetzgebung scheint vielmehr generell zu sein. Satz 2 von Art. 1 Abs. 2 BankG, wonach der Bundesrat weitere Ausnahmen vom Begriff der Publikumseinlagen machen kann, sofern der Gläubigerschutz gewahrt ist, bezieht sich vom grammatikalischen Verständnis her wohl nicht auf die Anleihen, da diese in Satz 3 von Art. 1 Abs. 2 BankG separat geregelt sind (vgl. den sich nicht explizit mit dieser Frage auseinandersetzenden BGE 121 II 147 E. 3b, welcher generell auf den Gläubigerschutz verweist).

Da der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 BankG nicht eindeutig ist, und das Bundesgericht in Fällen gleicher Art nicht explizit auf die Frage nach der gesetzlichen Grundlage von Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV eingegangen ist (vgl. unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts 2A.168/1999 vom 17. Juni 1999, E. 3a, publ. in: EBK-Bulletin 38/1999 S. 25 ff., BGE 121 II 147), muss auslegungsweise ermittelt werden, ob die in Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV gemachte Einschränkung, wonach nur solche Anleihen nicht als bankenaufsichtsrechtlich relevante Publikumseinlagen gelten, deren Emissionsprospekt die Voraussetzungen von Art. 1156 OR

erfüllt, in Art. 1 Abs. 2 BankG oder einer anderen Gesetzesbestimmung eine genügende gesetzliche Grundlage findet.

5.
Im vorliegenden Fall ist insbesondere in historischer Hinsicht eher fraglich, ob der Gesetzgeber dem Bundesrat die Kompetenz erteilen wollte, die in Art. 1 Abs. 2 BankG stipulierte generelle Ausnahme der Anleihen vom Begriff der Publikumseinlage durch das Einführen von im Gesetz nicht genannten Bedingungen zu relativieren.

5.1. Der heutige Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 BankG wurde im Rahmen des Folgeprogramms nach der Ablehnung des EWR-Abkommens am 18. März 1994 in das Bankengesetz aufgenommen (AS 1995 246). Der Botschaft des Bundesrats über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993 (BBl 1993 I 805 ff., 970) lässt sich entnehmen, dass der Bundesrat dem Parlament nur die ersten zwei Sätze von Art. 1 Abs. 2 BankG zur Genehmigung unterbreiten wollte. Die Norm hätte in diesem Fall die Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken verboten und dem Bundesrat unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen die Möglichkeit gegeben, Ausnahmen davon vorzusehen, ohne aber die Anleihen explizit zu erwähnen. In seiner Botschaft äusserte sich der Bundesrat ansonsten nicht zu den Anleihen, sondern verwies global auf seine Ausführungen in der Botschaft II zur EWR-Botschaft über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992 (BBl 1992 V 520 ff.). Daraus geht hervor, dass der Bundesrat die Rechtmässigkeitskontrolle von Anleihen nicht der Bankengesetzgebung bzw. -aufsicht unterstellen wollte. So führte er aus, die Gläubigerinteressen seien durch das Obligationenrecht gewahrt, und ausserdem sei eine Gesetzgebung in Bezug auf den Primärmarkt geplant (BBl 1992 V 696). Die ständerätliche Kommission schlug anlässlich der Beratung im Ständerat vom 7. Oktober 1993 die Aufnahme des Passus in Art. 1 Abs. 2 BankG vor, wonach die Auflage von Anleihen nicht als Entgegennahme von Publikumseinlagen gelte (AB 1993 S 764). Der Kommissionssprecher begründete den ausdrücklichen Ausschluss der Anleihen von der Bankengesetzgebung damit, dass es sich um eine essentielle Finanzierungsmöglichkeit für Unternehmen handle und zudem bereits eine obligationenrechtliche Regelung bestehe. Sowohl der Ständerat als am 17. Dezember 1993 auch der Nationalrat genehmigten die Aufnahme des Passus in Art. 1 Abs. 2 BankG diskussionslos (AB 1993 N 2494).

5.2. Umfassend ging der Bundesrat in seiner Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. Februar 1993 (BBl 1993 I 1369 ff., 1384 f.) auf die Emission von Wertpapieren und Wertrechten ein. Er hielt fest, dass die obligationenrechtlichen Regeln zum Prospektzwang und zur Prospekthaftung lediglich Mindeststandards betreffend Prospektinhalt und -haftung aufstellten. In Bezug auf die Information der Anleger betreffend Bilanzklarheit, Aktualität sowie Zukunftsaussichten des Emittenten seien diese Regeln zu knapp und ihren Pendants in der Europäischen Gemeinschaft unterlegen. Störend sei zudem, dass die Schutzwirkung des Obligationenrechts erst dann greife, wenn ein Anleger bereits zu Schaden gekommen sei. Diese Situation werde allerdings gemildert, indem die Aufsichtsbehörde (die Vorinstanz, vgl. Art. 3 Abs. 1 BEHG) via Genehmigung der Reglemente für die Zulassung von Effekten zum Handel an einer Börse ausführlichere Prospekte für kotierte Wertpapiere verlangen könne, als nach den obligationenrechtlichen Vorgaben erforderlich sei (zur Genehmigung der Börsenreglemente: Art. 3 Abs. 2 Bst. a BEHG; zum geforderten Prospektinhalt bei der Kotierung von Anleihen an der SIX Swiss Exchange: Art. 29 Kotierungsreglement vom 1. Juli 2009 i.V.m. Art. 14 Zusatzreglement für die Kotierung von Anleihen vom 1. Juli 2009). Damit nahm der Bundesrat in Kauf, dass Wertpapiere und Wertrechte, die nicht börsenkotiert sind, in Bezug auf den Prospekt und die Haftung ausschliesslich den obligationenrechtlichen Regeln unterstehen (zur ausserbörslichen Emission, vgl. MAX BOEMLE/MAX GSELL/JEAN-PIERRE JETZER/PAUL NYFFELER/CHRISTIAN THALMANN, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 64 f.). Er hielt fest, dass mittelfristig ein weitergehender Regelungsbedarf für den gesamten Primärmarkt bestehe, wobei z.B. eine direkte Kontrolle der Emissionsprospekte durch die Aufsichtsbehörde vorzusehen wäre (BBl 1993 I 1385; eine dem amerikanischen Recht nachgebildete sog. "full disclosure of all material facts"; ROLF WATTER/MICHAEL G. NOTH, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Obligationenrecht II, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 1156 N 7). Der Bundesrat empfahl dem Parlament trotz der festgestellten Schwächen der obligationenrechtlichen Regelung von Emissionen bzw. der Prospektpflicht, den Primärmarkt vorläufig nicht eingehender zu regeln, um die Konkurrenzfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes gegenüber dem Euromarkt nicht zu gefährden. Da die Prospektpflicht und -haftung obligationenrechtlich geregelt seien, wäre eine börsenrechtliche Normierung ausserdem in rechtssystematischer Hinsicht störend. Eine zukünftige Regelung habe entweder mittels einer Revision des Obligationenrechts oder über den

Erlass einer Spezialgesetzgebung zu erfolgen (BBl 1993 I 1386). Das Parlament folgte dem Bundesrat in Bezug auf die Belassung des Gläubigerschutzes bei Emissionen im Obligationenrecht (BBl 1995 II 419 ff.); das BEHG wurde entsprechend am 1. Februar 1997 in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Version in Kraft gesetzt (AS 1997 68).

Ebenso wenig war schliesslich eine Änderung der Regeln zur Prospektpflicht und -haftung Gegenstand der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Aktienrechtsreform. Wie der Botschaft des Bundesrats zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001 (BBl 2002 3148) zu entnehmen ist, werden in Bezug auf die Prospekthaftung die bisherigen obligationenrechtlichen Regeln beibehalten (BBl 2002 3225).

5.3. Da sich Art. 1 Abs. 2 BankG weder dem Wortlaut noch dem historischen Sinn nach entnehmen liesse, dass der Gesetzgeber ausschliesslich jene Anleihen von der Bankenaufsicht ausnehmen wollte, die über einen vollständigen Prospekt i.S.v. Art. 1156 OR (oder deren ausgebende Gesellschaft allenfalls über die korrekte Besetzung der Revisionsstelle gemäss Art. 727 OR) verfügen, geht die Lehre einheitlich von einer fehlenden gesetzlichen Grundlage für Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV aus. Sie stützt sich dabei auf die Tatsache, dass ein Prospekt nach den Vorgaben Art. 1156 OR bzw. eine korrekt bestellte Revisionsstelle gemäss Art. 727 keine konstitutive Merkmale zur Qualifikation eines Grossdarlehens als Anleihe sind (RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Bankengesetz, Basler Kommentar, Basel 2005, Art. 1 N 19, DANIEL BODMER/BEAT KLEINER/BENNO LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich, Stand: 18. Nachlieferung 2009, Art. 1 N 36, URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, N 1280).

Ob Art. 1 Abs. 2 BankG eine genügende gesetzliche Grundlage für Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV darstellt, kann im vorliegenden Kontext indes offen gelassen werden. Denn wie unten aufzuzeigen sein wird, wurden durch den Erlass des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG, SR 956.1) die Aufgaben der Vorinstanz so konkretisiert, dass eine Anordnung wie jene von Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV durch die formellgesetzlich festgehaltene Zielsetzung

der Aufsichtsbehörde als von der Normstufe und der Normdichte her gedeckt erscheint.

6.
Gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des FINMAG am 1. Januar 2009 (Verordnung über die vollständige Inkraftsetzung des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007, AS 2008 5205) nahm die Vorinstanz ihre Tätigkeit auf. Die Vorinstanz entstand aus dem Zusammenschluss der vormaligen Eidgenössischen Bankenkommission EBK, des Bundesamts für Privatversicherungen BPV sowie der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kst GwG), um als "integrierte Finanzmarktaufsicht" die verschiedenen Facetten des Finanzmarkts konsistent und einheitlich überwachen zu können (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG] vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829-2916, 2834 f.). Durch den Erlass des FINMAG als neue Rahmengesetzgebung zur Vereinheitlichung der Aufsichtsinstrumente für die verschiedenen bereits bestehenden Finanzmarktgesetze, sollte der Vorinstanz überdies ein Werkzeug zur effizienten Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben verschafft werden. Dadurch sollte eine einheitliche und umfassende Finanzmarktaufsicht geschaffen werden (BBl 2006 2830).

6.1. Die durch die Neustrukturierung der Finanzmarktaufsicht verfolgten gesetzgeberischen Absichten werden positivrechtlich in Art. 5 FINMAG festgehalten und dreigliedrig als Schutz der Anleger bzw. der Gläubiger, der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sowie des Ansehens des Finanzplatzes definiert. Diese Ziele sind gemäss dem 1. Satz von Art. 5 FINMAG nach Massgabe der Finanzmarktgesetze zu erreichen, die in Art. 1 Abs. 1 Bst. a-g FINMAG abschliessend aufgezählt sind und wozu auch die Bankengesetzgebung gehört. Vorliegend beruft sich die Vorinstanz bei ihrem Vorgehen insbesondere auf den die Bankengesetzgebung durchdringenden Gläubiger- bzw. Anlegerschutz, welcher ausgehebelt würde, wenn eine Gesellschaft unter Umgehung der Vorschriften zur Prospektpflicht gemäss Art. 1156 OR (bzw. ohne korrekt besetzte Revisionsstelle i.S.v. Art. 727 OR) Anleihen auflegen würde. Die Verwirklichung des von der Vorinstanz angesprochenen Gläubiger- bzw. Anlegerschutzes wird gemeinhin als der eigentliche Zweck der Bankengesetzgebung angesehen, auch wenn das BankG selbst keinen Zweckartikel kennt (vgl. etwa CHRISTOPH WINZELER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt, Börsengesetz - Finanzmarktaufsichtsgesetz, Basler

Kommentar, Basel 2011, N 3 zu Art. 5 FINMAG m.w.H.). Als weitere Zielsetzung der Bankengesetzgebung kommt der Schutz des Publikumsvertrauens in die Finanzintermediation hinzu (grundlegend: BGE 111 Ib 126 E. 2a). Auch wenn diese Ziele nicht *expressis verbis* im BankG niedergelegt worden sind, so wurden sie durch den Erlass von Art. 5 FINMAG doch auf eine für bankenrechtliche Sachverhalte direkt anwendbare formellgesetzliche Grundlage gestellt, indem gemäss Art. 2 FINMAG das FINMAG direkte Anwendung findet, sofern die finanzmarktrechtlichen Spezialbestimmungen nichts anderes vorsehen.

6.2. Der Gläubiger- bzw. Anlegerschutz als bankenrechtliches Ziel wird in materieller Hinsicht einerseits als Schutz des Gläubigers bzw. des Anlegers vor dem Risiko einer Insolvenz der Bank verstanden (BBl 2006 2859). Um dieses Ziel möglichst zu erreichen, müssen eine Bank oder ihr gleichgestellte Unternehmen Vorkehren in organisatorischer und finanzieller Hinsicht (Eigenmittel, Liquidität) treffen (RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, a.a.O., Art. 1 N 1). Andererseits trifft die Banken und ihnen gleichgestellte Unternehmen im Rahmen des Gläubiger- bzw. Anlegerschutzes zunehmend auch eine (aktive) Informationspflicht, welche heute allgemein anerkannt ist (vgl. z.B. die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung SBVg zu den Vermögensverwaltungsaufträgen, www.swissbanking.org > Selbstregulierung > Richtlinien). Die Ansicht, dass zum Gläubigerschutz zunehmend und analog zum Anlegerschutz auch eine aktive Information der Gläubiger gehört, rührt daher, dass heute eine Vielzahl verschiedener Publikumseinlagen besteht und sich der Trend weg vom klassischen Banksparen hin zu diversifizierten modernen Kapitalanlagen bewegt. Damit einhergehend haben sich in den letzten Jahrzehnten die Anforderungen an den Gläubigerschutz erhöht und dessen Ausprägungen zugenommen. Die Summe marktbezogener Entscheidungen, die ein Anleger bzw. ein Gläubiger treffen muss, ist gross und von bedeutender wirtschaftlicher Tragweite (DIETER ZOBL/CHRISTOPH BLÖCHLINGER, Risiken, Ziele und Massnahmen in der schweizerischen Kapitalmarktgesetzgebung, in: Rolf H. Weber/Dieter Zobl (Hrsg.), Risikomanagement durch Recht im Banken- und Versicherungsbereich, Schweizer Schriften zum Bankenrecht, Bd. 83, Zürich 2006, S. 33 f.). Beim Anleger- bzw. Gläubigerschutz geht es nicht in erster Linie darum, die einer Einlage bzw. Anlage inhärenten (Verlust-) Risiken vom Kunden auf die Bank bzw. den Emittenten abzuwälzen. Jedoch soll sichergestellt werden, dass der Anleger bzw. der Gläubiger eine vollständige und korrekte Risikobeschreibung erhält, worauf er

seinen Entscheid basieren kann. Eine solche ist insbesondere deshalb wichtig, weil ein Informationsgefälle zwischen der Bank bzw. dem Emittenten und dem Gläubiger bzw. dem Anleger besteht, welches die Bank bzw. der Emittent zu seinen Gunsten und u.U. gegen die Anlegerinteressen ausnützen kann. Aufgrund der Diversifizierung der Einlage- und Anlageformen hat sich der soeben in qualitativer Hinsicht umschriebene Begriff des Gläubiger- bzw. Anlegerschutzes auch in Bezug auf die Bankenaufsichtsgesetzgebung durchgesetzt (MIRJAM EGGEN, Die schweizerische Prospektpflicht für Effekten – eine rechtsvergleichende Untersuchung der bestehenden Rechtslage, in: SZW/RSDA 3/2010, S. 207 f.; DIETER ZOBL/CHRISTOPH BLÖCHLINGER, Risiken, Ziele und Massnahmen in der schweizerischen Kapitalmarktgesetzgebung, in: Rolf H. Weber/Dieter Zobl, a.a.O., S. 34 f.).

6.3. Auch wenn sich am gesetzgeberischen Grundsatzentscheid, den Primärmarkt vorläufig nicht umfassend zu regulieren und die Normierung von Wertpapier- und Wertrechtemissionen sowie die damit verbundene Rechtmässigkeitskontrolle und Haftung im Obligationenrecht zu belassen, im Zusammenhang mit dem Erlass des FINMAG nichts änderte (BBl 2006 2829 ff.) bzw. die bisherige liberale Regelung änderungslos beibehalten wurde (RETO JACOBS, in: Ehrenzeller/Mastronardi/ Schweizer/Vallender, a.a.O., Art. 98 N 6; PHILIPPE A. HUBER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt, Börsengesetz, Komm., 2. Aufl., Basel 2007, Art. 2 Bst. d N 19), so kann doch nach den in E. 6.1 und insbesondere E. 6.2 gemachten Feststellungen zum heutigen Zeitpunkt von einem Verständnis im bankenrechtlichen Gläubiger- bzw. Anlegerschutz ausgegangen werden, welcher den dem Bankenrecht unterstellten Unternehmen eine gewisse Informationspflicht mit Blick auf die von ihnen ausgegebenen Produkte oder die von ihnen angebotenen Anlageformen auferlegt. Auch wenn die Prospekthaftpflicht im Obligationenrecht und somit privatrechtlich geregelt ist, und die Anleihen von Art. 1 Abs. 2 BankG grundsätzlich von der Bankengesetzgebung ausgenommen werden, so wird Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV, welcher insofern eine Gegenausnahme zum Ausschlusstatbestand von Art. 1 Abs. 2 BankG darstellt, als dass er Anleihen, welche ohne einen die Prospektpflicht im Umfang von Art. 1156 OR berücksichtigenden Prospekt aufgelegt werden, als Publikumseinlage behandelt, sowohl umfangmässig als auch vom Konkretisierungsgrad her von Art. 5 FINMAG gedeckt. In diesem Zusammenhang erscheint denn auch das in Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV gewählte Abgrenzungskriterium – die Erfüllung der Prospektpflicht i.S.v.

Art. 1156 OR – als gesetzmässig und als korrekter Anknüpfungspunkt für den bankenrechtlich vorgesehenen Gläubigerschutz. Wie oben ausgeführt, wollte der Gesetzgeber grundsätzlich keine amtliche Vorabprüfung von Anleihen durch die Vorinstanz. Aus diesem Grund erlaubten Art. 5 FINMAG i.V.m. Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV keine systematische Vorabkontrolle aller nicht an der Börse aufgelegten Anleihen durch die Vorinstanz. Jedoch ermächtigt Art. 5 FINMAG die Vorinstanz, im Rahmen ihres Auftrags (Gläubiger- bzw. Anlegerschutz) tätig zu werden, wenn sie – wie vorliegend – auf Anleihen aufmerksam wird, die den Anschein erwecken, missbräuchlich zu sein und die gesetzlichen Minimalbestimmungen zum Anlegerschutz i.S.v. Art. 1156 OR nicht zu erfüllen. Dass die Vorinstanz Anleihen, deren Prospekt die Voraussetzungen von Art. 1156 OR nicht erfüllt, als Publikumseinlage i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG behandelt ist eine logische Folge davon, dass der Gesetzgeber die Anleihen offensichtlich als Publikumseinlagen angesehen, jedoch grundsätzlich von der Bankenaufsicht ausgenommen hat. Warum unter diesen Umständen Anleihensobligationen, die dem Gläubiger- bzw. Anlegerschutz nicht entsprechen, anders behandelt werden sollten als unerlaubte Publikumseinlagen, ist nicht ersichtlich (BGE 121 II 147 E. 3b f.).

6.4. Somit findet Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV seine gesetzliche Grundlage – wenn nicht in Art. 1 Abs. 2 BankG – jedenfalls in Art. 5 FINMAG und die Vorinstanz hat ihre Kompetenzen als Aufsichtsbehörde grundsätzlich nicht überschritten, wenn sie den Anleihensprospekt der Beschwerdeführerin auf dessen Konformität mit Art. 1156 OR hin geprüft hat. Soweit die Vorinstanz auch geprüft hat, ob die Beschwerdeführerin über eine genügende Revisionsstelle i.S.v. Art. 727 OR verfügt, so ist dieses Vorgehen ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid nicht auf den Verstoss der Beschwerdeführerin gegen Art. 727 OR abgestellt, sondern lediglich im Rahmen ihrer Kompetenz gemäss Art. 5 FINMAG festgehalten, die Beschwerdeführerin verfüge über keine ordentliche Revisionsstelle, was ein weiteres Indiz für die Rechtswidrigkeit der von ihr ausgegebenen Anleihe darstelle. Schliesslich kann dahingestellt bleiben, ob und inwiefern die Beschwerdeführerin für ihre Bonds bereits Gelder entgegen genommen hat: Erstellt ist einerseits, dass sie ihre Anleihensobligationen auf ihrer Internetseite öffentlich beworben hat und andererseits, dass die Übertragung mindestens einer Obligation an eine Drittperson (X._____ N.V.) stattgefunden hat. Allein schon durch die öffentliche Werbung für die Entgegennahme von Geldern für ihre Bonds wurde ihr Verhalten gemäss Art. 3 Abs. 1 BankV

bankenaufsichtsrechtlich relevant (BGE 136 II 43 E. 4.2, BGE 132 II 382 E. 6.3.1). Somit hat die Vorinstanz auch in dieser Hinsicht ihre Kompetenzen nicht überschritten.

7.
Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Vorinstanz habe durch die Konkurseröffnung über sie den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzt, kann ihr nicht gefolgt werden.

7.1. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, ist die Beschwerdeführerin überschuldet oder zumindest illiquid, was diese auch nicht bestreitet. Somit kommt ein Sanierungsverfahren gemäss Art. 28 BankG zum vornherein nicht in Betracht, weil es insbesondere am Tatbestandselement der begründeten Aussicht auf eine Sanierung fehlt und ein genehmigungsfähiger Sanierungsplan i.S.v. Art. 29 ff. BankG nicht erstellt werden könnte. Hinzu kommt, dass der Vorinstanz in Anwendung von Art. 3 BankG auch nachträglich keine Bewilligung zum Geschäftsbetrieb als Bank erteilt werden könnte. So verfügt die Beschwerdeführerin weder über die dazu notwendigen Organisationsstrukturen gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, noch erfüllt sie die Eigenkapitalvorschriften nach Art. 3 Abs. 2 Bst. b BankG. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin ausdrücklich festhält, sie gedenke nicht, den Betrieb als Bank aufzunehmen.

7.2. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen in Anwendung von Art. 33 BankG die Liquidation angeordnet hat, ging sie gesetzmässig vor und verstiess nicht gegen das Verhältnismässigkeitsgebot i.S.v. Art. 42 VwVG. Vielmehr basiert die Konkurseröffnung auf einer gesetzlichen Grundlage und ist geeignet, die Anleger und Gläubiger nach den Vorgaben von Art. 5 FINMAG zu schützen. Da die Beschwerdeführerin wie erwähnt zumindest illiquid ist und über keinerlei Organisationsstruktur verfügt, die sie zur Ausgabe von Anleihen oder alternativ dazu zum Betrieb einer Bank berechtigen würden, ist die Konkurseröffnung das erforderliche Mittel, um einen adäquaten Gläubigerschutz zu erreichen. Mildere Mittel sind hingegen keine ersichtlich. Schliesslich ist die von der Vorinstanz ergriffene Massnahme sowohl angemessen als auch zumutbar: Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie könne problemlos wieder eine Revisionsstelle einsetzen und den nicht Art. 1156 OR entsprechenden Prospekt den gesetzlichen Voraussetzungen anpassen, kann deshalb nicht gefolgt werden, weil diese Voraussetzungen bereits bei der Auflage der Anleihe hätten erfüllt sein

müssen und aufgrund ihrer finanziellen und organisatorischen Umstände zweifelhaft bleibt, ob sie sich in Zukunft an die gesetzlichen Vorgaben wird halten können. Gemessen an den Verfehlungen der Beschwerdeführerin ist das Verhältnis zwischen den von der Vorinstanz ergriffenen Mitteln und der Auswirkungen auf die Beschwerdeführerin adäquat und die Konkurseröffnung somit verhältnismässig.

8.
Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich vorbringt, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihr lediglich einen Fragebogen, drei Ergänzungsfragen sowie einen nicht zu beanstandenden provisorischen Sachverhalt zwecks Äusserung zugestellt habe, kann ihr nicht gefolgt werden.

8.1. Gemäss der Rechtsprechung und Lehre zu Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) muss das rechtliche Gehör so gewährt werden, dass sich die von einem Verwaltungshandeln betroffene Partei zu allen wesentlichen Sachverhaltselementen äussern kann und mit ihren Vorbringen auch gehört wird (grundlegend: BGE 111 Ia 273 E. 2c; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 29 N 22 f.). Die Beschwerdeführerin hatte die Gelegenheit, einen umfangreichen Fragenkatalog zu beantworten, der ihr die Möglichkeit gab, umfassend über ihre Struktur und Aktivitäten Bescheid zu geben. Zudem stellte die Vorinstanz Ergänzungsfragen, womit die Beschwerdeführerin abermals die Gelegenheit hatte, Auskunft zu geben und ihren Standpunkt darzustellen. Schliesslich konnte die Beschwerdeführerin zum provisorischen Sachverhalt Stellung beziehen. Die provisorische Sachverhaltsdarstellung gestützt auf den Fragebogen erscheint dem erkennenden Gericht als vollständig. Zudem unterstanden alle drei Äusserungsmöglichkeiten keinerlei Restriktionen. Vielmehr konnte sich die Beschwerdeführerin frei und grundsätzlich so umfassend wie erwünscht äussern. Schliesslich kann auch dem Vorbringen, wonach der Beschwerdeführerin nicht bewusst gewesen sei, welch gravierenden Vorwürfe ihr gemacht würden, nicht gefolgt werden. Vielmehr steht bereits im ersten Abschnitt des Fragebogens, dass die Beschwerdeführerin als juristische Person eventuell der Bankengesetzgebung unterstehe, weshalb sie zur Auskunftserteilung verpflichtet sei und im Unterlassungsfall Gefängnis oder eine Busse bis

zu Fr. 1 Mio. zu gewärtigen habe. Sie hätte somit auch ohne besonderes juristisches Vorwissen erkennen können, dass ihr Sanktionen drohen, sofern bei ihr nicht bewilligte, der Bankengesetzgebung unterstehende Handlungen festgestellt werden sollten.

8.2. Unter den soeben aufgezeigten Umständen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt haben sollte. Wenn die Beschwerdeführerin insbesondere zum provisorischen Sachverhalt keine Stellung bezogen hat, so ist dies ihr Recht, wobei sie sich aber die Folgen eines Äusserungsverzichts selber zuzuschreiben hat.

9.
Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

10.

10.1. Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei zu betrachten. Sie hat somit die Verfahrenskosten für das mit Zwischenverfügung vom 13. August 2009 abgewiesene Gesuch um superprovisorische bzw. vorsorgliche Massnahmen sowie für das vorliegende Urteil zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten für die Zwischenverfügung vom 13. August 2009 werden gemäss Art. 1 i.V.m. Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 500.– festgesetzt. Die Verfahrenskosten für das vorliegende Urteil werden in Anwendung der genannten Bestimmungen auf Fr. 2'500.– festgesetzt. Die somit insgesamt Fr. 3'000.– ausmachenden Verfahrenskosten werden mit dem am 5. August 2009 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– verrechnet.

10.2. Unterliegenden Parteien wie der Beschwerdeführerin wird gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG *e contrario* keine Parteientschädigung zugesprochen. Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat laut Art. 7 Abs. 3 VGKE auch bei Obsiegen keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 3'000.– auferlegt. Diese werden mit dem am 5. August 2009 bezahlten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.
Parteientschädigung wird keine zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury Kaspar Luginbühl

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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 4. April 2011