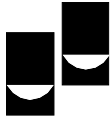


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal amministrativ federal



Abteilung II
B-4171/2008
{T 0/2}

Urteil vom 31. Juli 2009

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser,
Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Michael Barnikol.

Parteien

A. _____ AG in Liquidation,
vertreten durch Fürsprecher Georg Friedli und
Fürsprecher Gregor Marcolli, Bahnhofplatz 5,
Postfach 6233, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kollektive Kapitalanlagen/Entgegennahme von
Publikumseinlagen/Konkurseröffnung/Liquidation.

Sachverhalt:

A.

Die A. _____ AG wurde 1983 in K. _____ gegründet. Ihr statutarischer Zweck besteht in der Gestaltung und dem Vertrieb von rentablen Kapitalanlagen in Immobilien. In den Jahren 1998 bis 2006 konzipierte sie die A. _____ & Co IV Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft, die A. _____ & Co VI Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft, die A. _____ & Co VIII Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft, die A. _____ & Co IX Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft, die A. _____ & Co X Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft, die A. _____ & Co XI Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft, die A. _____ & Co XII Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft, die A. _____ & Co XIV Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft sowie die A. _____ & Co (...) Sachwert-Beteiligung Kommanditgesellschaft (im Folgenden: Kommanditgesellschaften bzw. KG IV, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIV und Z. _____). Diese Gesellschaften sollten Anlegern die Möglichkeit bieten, über eine Beteiligung als Kommanditäre in Immobilien zu investieren, welche von den Kommanditgesellschaften erworben, erstellt und vermietet wurden. Die Anleger konnten entweder direkt (als "Direktkommanditäre") oder indirekt (als "Treugeberkommanditäre" über "Treuhandkommanditäre") einen Anteil erwerben. Die Treuhandkommanditäre halten in eigenem Namen, aber treuhänderisch und auf Rechnung der Anleger die von diesen eingebrachten Kommanditeinlagen. Die einbezahlten Kommanditeinlagen (abzüglich Agio) bilden das Gesellschaftskapital; je ein bestimmter Anteil (z.B. 10'000 Fr. oder EUR) am Gesellschaftskapital ergeben ein Stimmrecht an der Gesellschafterversammlung. A. _____ war ursprünglich unbeschränkt haftender Gesellschafter und einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer aller Kommanditgesellschaften. Er hat keinen Anteil am Gesellschaftskapital, verfügt aber über eine vergleichsweise geringe Anzahl Stimmen in der Gesellschafterversammlung.

Am 12. September 2003 forderte die Eidgenössische Bankenkommision (EBK, Vorinstanz; heute: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA) die Kommanditgesellschaften auf, gewisse Änderungen vorzunehmen, um die erforderliche Konformität mit dem Anlagefonds- und dem Bankengesetz herzustellen. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2004 bestätigte die Vorinstanz in der Folge, dass sie nach den vorgeschlagenen Änderungen keine Einwände mehr erhebe.

Am 1. Februar 2007 teilte die A._____ AG der Vorinstanz mit, sie trage sich mit dem Gedanken, die KG IV, VI, VIII, IX, X und XII in Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen nach dem neuen Kollektivanlagengesetz umzuwandeln und ersuchte die Vorinstanz um Mitteilung, ob sie im Grundsatz mit einer Genehmigung rechnen könne bzw. unter welchen Voraussetzungen. Mit Schreiben vom 12. Juni 2007 beantwortete die Vorinstanz die Anfrage in dem Sinne, dass die Kommanditgesellschaften bereits aufgrund ihrer Anlagen die Voraussetzungen gemäss dem neuen Kollektivanlagengesetz nicht erfüllten. Auch seien die Anleger nicht qualifizierte Anleger im Sinn des Gesetzes. Sie setzte der A._____ AG Frist bis zum 31. Dezember 2007, um alle zur "A._____ -Gruppe" gehörenden Kommanditgesellschaften in eine gesetzeskonforme Ausgestaltung zu überführen. Andernfalls würden sie aufgelöst.

B.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 11. Januar 2008 untersagte die Vorinstanz der "A._____ -Gruppe", bestehend aus der A._____ AG sowie den KG IV, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIV und Z._____, jegliche Entgegennahme von Vermögenswerten von Anlegerinnen und Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage und Verwaltung auf Rechnung der Anlegerinnen und Anleger. Daneben beauftragte sie die X._____ AG, Basel (im Folgenden: Untersuchungsbeauftragte), damit, einen umfassenden Bericht über die Aktivitäten der "A._____ -Gruppe" zu verfassen, und ermächtigte sie gleichzeitig, für die zur Gruppe gehörigen Gesellschaften zu handeln. Den Organen dieser Gesellschaften wurde unter Strafandrohung untersagt, ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten weitere Rechtshandlungen vorzunehmen. Sie wurden verpflichtet, der Untersuchungsbeauftragten sämtliche Informationen bzw. Unterlagen zu den Geschäftsaktivitäten zur Verfügung zu stellen und ihr Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen.

C.

In der Folge erstattete die Untersuchungsbeauftragte am 28. April 2008 ihren Bericht. A._____ nahm dazu am 15. Mai 2008 Stellung und befürwortete die Liquidation der Kommanditgesellschaften.

D.

Mit Verfügung vom 20. Mai 2008 stellte die Vorinstanz fest, die

"A._____-Gruppe" verstosse gegen das Kollektivanlagengesetz, indem sie kollektive Kapitalanlagen verwalte, aufbewahre, öffentlich anbiete und vertreibe, ohne über die notwendigen Bewilligungen zu verfügen. Ebenso verstosse die "A._____-Gruppe" gegen das Bankengesetz, da sie gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen nehme. Als Folge verfügte die Vorinstanz die Konkurseröffnung über die A._____-AG und die Liquidation der KG IV, VI, VIII, IX, XI, XII, XIV sowie Z._____- und bestätigte die Liquidation der KG X. Den Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegenüber der A._____-AG setzte die Vorinstanz auf den 21. Mai 2008, 8:00 Uhr, fest und erklärte diese Dispositivziffer als sofort vollstreckbar. Als Liquidatorin bzw. Konkursliquidatorin setzte sie die Untersuchungsbeauftragte ein. In einer weiteren, als sofort vollstreckbar erklärten Dispositivziffer bestätigte die Vorinstanz die der Untersuchungsbeauftragten bzw. künftigen Liquidatorin mit der superprovisorischen Verfügung erteilten Befugnisse und wies sie an, bis zur Rechtskraft des Entscheides ihre Handlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken.

E.

Gegen diese Verfügung erhebt die A._____-AG in Liquidation (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 20. Juni 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei nach erfolgter vollständiger Akteneinsicht Gelegenheit zur Ergänzung der Beschwerde zu geben. Mit gemeinsamer Eingabe der Beschwerdeführerin und von A._____- vom 26. Juni 2008 erhebt auch A._____- Beschwerde. Die Beschwerdeführerin ergänzt ihre Beschwerde und beantragt, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben, soweit sie sich gegen die Beschwerdeführerin, die KG XII, XIV und Z._____- richte. Soweit der Beschwerde nicht schon von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukomme, sei diese zu gewähren. Zur Begründung der Beschwerde rügt die Beschwerdeführerin vorab eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie habe keine vollständige Akteneinsicht erhalten und die Vorinstanz habe sich nicht gebührend mit den Einwänden von A._____- auseinandergesetzt. In materieller Hinsicht bestreitet sie den Vorwurf der Vorinstanz, sie gehöre einer Gruppe an, die unbewilligt einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachgehe. Sie sei eine reine Dienstleistungsgesellschaft. Selbst wenn die Voraussetzungen für eine Gruppenbetrachtung gegeben seien, gehöre sie der entsprechenden Gruppe seit Anfang 2008 nicht mehr an. Spätestens seit diesem Zeitpunkt sei sie vollständig inaktiv. Schon seit Anfang 2007 sei

sie nicht mehr an der Verwaltung der Kommanditgesellschaften beteiligt gewesen, denn diese Aufgabe sei von der V. _____ GmbH übernommen worden. Die Anstrengungen der Beschwerdeführerin hätten sich im Jahre 2007 darauf konzentriert, den gesetzmässigen Zustand fristgerecht herzustellen und die Kommanditgesellschaften zu liquidieren. Gerade der Misserfolg dieser Bemühungen aufgrund der gegenläufigen Bestrebungen gewisser Treuhandkommanditärinnen beweise, dass A. _____ bzw. die Beschwerdeführerin die Willensbildung innerhalb der "A. _____-Gruppe" nicht entscheidend beeinflussen könnten. Es treffe auch nicht zu, dass die "A. _____-Gruppe" gegen das Bankengesetz verstossen habe. Die Vorinstanz habe dies ihr gegenüber bereits 2003 ausdrücklich bestätigt und die Voraussetzungen für eine Revision dieser Verfügung seien nicht gegeben. Dass die effektive Höhe der Kommanditeinlagen im Handelsregister nicht nachgetragen worden sei, spiele keine Rolle, weil die Eintragung im Handelsregister nur deklaratorischer Natur sei. Es treffe auch nicht zu, dass den Anlegern eine vollständige Rückzahlung des einbezahlten Kapitals versprochen worden sei. Die Beschwerdeführerin sei auch nicht überschuldet; die Vorinstanz habe völlig grundlos verschiedene Forderungen als nicht werthaltig eingestuft. Selbst wenn sie zu liquidieren sei, dürfe deshalb keine konkursamtliche Liquidation erfolgen. Auch sei die Untersuchungsbeauftragte als Liquidatorin nicht wählbar, da sie verschiedene Kommanditgesellschaften vertrete und wegen Interessenkollision in den Ausstand treten müsse.

F.

Am 30. Juni 2008 vereinigte das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin mit dem Beschwerdeverfahren von A. _____.

G.

Mit Stellungnahme vom 11. Juli 2008 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerdepunkte, die andere Gesellschaften als die Beschwerdeführerin betreffen, sei nicht einzutreten, und der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 17. Juli 2008 wies das Bundesverwaltungsgericht das Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab, soweit es darauf eintrat.

I.

Mit Vernehmlassung vom 22. September 2008 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, soweit sie die KG XII, XIV oder Z._____ betreffe. Im Übrigen sei sie abzuweisen.

J.

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2008 zog die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde zurück, soweit sie einzelne Kommanditgesellschaften betraf, und A._____ zog seine Beschwerde zurück, soweit er sie in eigenem Namen erhoben hatte.

K.

In der Folge schrieb das Bundesverwaltungsgericht das von A._____ in eigenem Namen eingeleitete Beschwerdeverfahren sowie das Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin, soweit es die KG XII, XIV oder Z._____ betraf, mit Abschreibungsentscheid vom 9. Oktober 2008 und Teilurteil vom gleichen Datum als durch Rückzug erledigt ab.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien ist – soweit sie als für den Entscheid wesentlich erscheinen – in den nachfolgenden Erwägungen weiter einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2009 trat das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG, SR 956.1) vollständig in Kraft (vgl. AS 2008 5205), welches Änderungen des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) sowie verschiedener weiterer finanzmarktrechtlicher Erlasse (u.a. Verordnungen des Bundesrats; Verordnungen der EBK) bewirkte. Insbesondere trat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) an die Stelle der Eidgenössischen Bankenkommission EBK (vgl. Art. 58 Abs. 1 FINMAG).

1.1 Ändert sich das anwendbare Recht während eines hängigen Beschwerdeverfahrens, so sind bei Fehlen ausdrücklicher Übergangsbestimmungen – wie hier – die von der Rechtsprechung entwickelten diesbezüglichen Prinzipien heranzuziehen. Die Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer derartigen Änderung Anwendbarkeit findet,

richtet sich nach dem Grundsatz, dass in materieller Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, während in verfahrensrechtlicher Hinsicht die neuen Regeln grundsätzlich sofort zur Anwendung gelangen. Insoweit ist in Beschwerdeverfahren, welche im Zeitpunkt der Rechtsänderung bereits hängig sind, materiell regelmässig auf das alte Recht abzustellen (vgl. BGE 126 III 431 E. 2a und 2b; PIERRE TSCHANNEN/ ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 24 Rz. 21; RENÉ A. RHINOW/ BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 15 B I und II, S. 44 ff.). Etwas anderes gilt, wenn eine davon abweichende übergangsrechtliche Regelung besteht (vgl. BGE 107 Ib 133 E. 2b), was vorliegend jedoch nicht der Fall ist.

In Bezug auf die Prozessvoraussetzungen ist somit jenes Recht massgebend, welches im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung in Kraft war (vgl. THOMAS FLÜCKIGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, N. 27 zu Art. 7; MICHAEL DAUM, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], VwVG - Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N. 11 zu Art. 7). Auch für die Beurteilung der materiellrechtlichen Fragen, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen zu Recht eine Verletzung finanzmarktaufsichtsrechtlicher Normen vorgeworfen hat und ob sie diesfalls die richtigen Konsequenzen daraus gezogen hat, finden die per 1. Januar 2009 geänderten Erlasse ebensowenig Anwendung wie das FINMAG; vielmehr sind sowohl das BankG als auch das KAG bzw. die entsprechenden Verordnungen in der bis Ende 2008 gültigen Fassung anwendbar. In der Folge wird mit Bezug auf das BankG die zugehörige Fundstelle in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts [AS] zitiert, sofern die Bestimmungen per 1. Januar 2009 geändert wurden, ansonsten die (unveränderte) Fassung der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR); mit Bezug auf die Bestimmungen des KAG kann generell auf die bis zur Rechtsänderung per 1. Januar 2009 unverändert gebliebene und in der AS publizierte Fassung verwiesen werden (AS 2006 5379 ff.); soweit schliesslich die Kollektivanlagenverordnung vom 22. November 2006 (KKV, AS 2006 5787 ff.) und Verordnung der EBK über die kollektiven Kapitalanlagen vom 21. Dezember 2006 (KKV-EBK, AS 2007 301 ff.) betroffen sind, erfolgt ein genereller Verweis auf die Erst-

publikation in der AS, da die später erfolgten Änderungen die hier interessierenden Bestimmungen nicht betreffen.

Die erfolgten Gesetzesänderungen sind, soweit den vorliegenden Fall betreffend, ohnehin weitgehend formaler Natur (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG], BBl 2006 2829, 2895).

1.2 Die Verfügung der Vorinstanz vom 20. Mai 2008 stellt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen, welche die EBK, die Vorgängerorganisation der Vorinstanz, erlassen hat (vgl. Art. 31 und Art. 33 Bst. f des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 17. Juni 2005 [VVG, SR 173.32]), zumal eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG nicht vorliegt.

1.3 Die Beschwerdeführerin hat vor der Vorinstanz am Verwaltungsverfahren teilgenommen und ist Adressatin der angefochtenen Verfügung. Sie ist durch die jeweils sie selbst betreffenden Ziffern besonders berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.4 Wird eine juristische Person im Kontext eines Unterstellungsverfahrens in Liquidation oder Konkurs versetzt, so fehlt ihren eigentlichen Organen im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung regelmässig die Zeichnungsberechtigung, da die Vorinstanz ihnen bereits vorher mittels superprovisorischer Verfügung die Vertretungsbefugnis entzogen und diese einem Untersuchungsbeauftragten übertragen hat. In dieser Situation wäre es aber nicht zulässig, ihr vorzuhalten, sie müsste durch den – zur Zeit allein zeichnungsberechtigten – Untersuchungsbeauftragten bzw. Konkursliquidator in spe Beschwerde erheben, da das Rechtsbegehren in direktem Zusammenhang mit dessen Einsetzung steht (vgl. Urteil des EGMR i.S. Credit and Industrial Bank gegen Czech Republic vom 21. Oktober 2003 29020/95 Ziff. 50ff.). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts gelten daher die nach den gesellschaftsinternen Regeln eingesetzten Organe, welche bis zum Erlass der superprovisorischen Verfügung zeichnungsberechtigt waren, als befugt, die Verfügung der Vorinstanz, in welcher die juristische Person in Liquidation oder Konkurs versetzt wurde, im Namen der juristischen Person anzufechten (vgl. Urteil des Bun-

desgerichts 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 2.3.1, mit Hinweis auf BGE 131 II 306 E. 1.2.1).

Im vorliegenden Fall wurde die Vollmacht der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin durch den bis zur Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten einzelzeichnungsberechtigten einzigen Verwaltungsrat, A._____, unterzeichnet. Die Rechtsvertreter sind damit gültig bevollmächtigt.

1.5 Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.5.1 Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. A._____ habe namens der Beschwerdeführerin am 15. Mai 2008 zum Untersuchungsbericht Stellung genommen, und bereits zwei Arbeitstage später sei die umstrittene Verfügung erlassen worden. Bereits dieser zeitliche Ablauf, insbesondere aber die Begründung der angefochtenen Verfügung, indiziere, dass sich die Vorinstanz nicht gebührend mit den Einwänden der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt habe. Es bestünden auch Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Akten, in die sie Einsicht erhalten habe, nicht vollständig gewesen seien.

Die Vorinstanz bestreitet diese Vorwürfe.

2.1 Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist in generalisierter Form in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) niedergelegt und wird in Bezug auf das Verwaltungsverfahren in Art. 26 bis 33b VwVG konkretisiert. Generell handelt es sich dabei um die Möglichkeit einer Verfahrenspartei, in einem sie betreffenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren mitwirken zu können. Dieser Anspruch dient einerseits der Sachverhaltsaufklärung, ist andererseits aber auch als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass einer Verfügung bzw. eines Entscheids zu verstehen (GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/ Klaus A. Vallen-der [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar,

2. Aufl., Zürich 2008, N. 21 ff. zu Art. 29). Leichtere Verletzungen des rechtlichen Gehörs können im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, indem der Partei im Rechtsmittelverfahren umfassende Akteneinsicht gewährt wird bzw. indem die Vorinstanz ihre Begründung in der Vernehmlassung ergänzt und die Partei ihre Beschwerde anschliessend ergänzen kann. Voraussetzung ist, dass der urteilenden Rechtsmittelbehörde mindestens dieselbe Kognition zukommt wie der Vorinstanz (STEINMANN, a.a.O., N. 32 zu Art. 29, mit Hinweisen).

2.2 Im vorliegenden Fall kann offen gelassen werden, ob der Bericht der Untersuchungsbeauftragten sich in den Akten befand, in die die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin Einsicht nahmen, da die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen bereits über ein Exemplar dieses Berichts verfügte. In der Folge hatte die Beschwerdeführerin Gelegenheit, vor einer Instanz mit voller Kognition (dem Bundesverwaltungsgericht) ihre Einwendungen gegenüber dem Bericht der Untersuchungsbeauftragten und der Begründung der angefochtenen Verfügung erneut vorzubringen. Im Übrigen erhielt sie offenbar nach der Beschwerdeeinreichung alle weiteren von ihr gewünschten Aktenkopien von der Vorinstanz, welche ihr offenbar zu keinen weiteren Vorbringen Anlass gaben. Eine allfällige Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehörs wäre damit geheilt.

3.

Die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde über das Bankenwesen einerseits und über die kollektiven Kapitalanlagen andererseits trifft die zum Vollzug des Banken- und Kollektivanlagengesetzes bzw. von deren Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und gemäss Kollektivanlagengesetz auch die vertraglichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften (vgl. aArt. 23^{bis} Abs. 1 BankG [AS 1971 815] sowie aArt. 132 KAG). Erhält sie von Verstössen gegen die Gesetze oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen resp. rechtmässigen Zustands (vgl. aArt. 23^{ter} Abs. 1 BankG [AS 1971 815 f.], aArt. 133 Abs. 1 KAG). Da die Aufsichtsbehörde allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr bereits unterstellten Betriebe (insbesondere Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen bzw. kollektiven Kapitalanlagen) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der in Frage stehenden finanzmarktrechtlichen Bewilligungs- und Genehmigungspflichten einer Ge-

sellschaft oder Person (vgl. Art. 1 und 3 ff. BankG sowie Art. 13 und 15 KAG). Praxisgemäss kann sie daher die in den Gesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. Personen einsetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.1). Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt wird, ist die Vorinstanz von Gesetzes wegen befugt und verpflichtet, die zur Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Erweist sich, dass die in Frage stehende natürliche oder juristische Person unbewilligt finanzmarktrechtlich unterstellungspflichtige Aktivitäten ausgeübt hat und ihre Tätigkeit nicht bewilligungsfähig ist, so können diese Anordnungen bis zum Verbot der betreffenden Tätigkeit bzw. zur Liquidation und – bei Überschuldung – zur Konkurseröffnung reichen (vgl. Art. 135 KAG; BGE 132 II 382 E. 4.2).

4.

Die Vorinstanz stellte fest, die Beschwerdeführerin gehöre zusammen mit den KG IV, VI, VIII, IX, XI, XII, XIV und Z._____ der "A._____-Gruppe" an. Diese Gruppe verstosse gegen das Kollektivanlagengesetz, indem sie kollektive Kapitalanlagen verwalte, aufbewahre, öffentlich anbiete und vertreibe, ohne über die notwendigen Bewilligungen zu verfügen. Ebenso verstosse die "A._____-Gruppe" gegen das Bankengesetz, da sie gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen nehme.

Die Beschwerdeführerin bestreitet diesen Vorwurf und macht geltend, selbst wenn die Voraussetzungen für eine Gruppenbetrachtung gegeben seien, gehöre sie der entsprechenden Gruppe seit Anfang 2008 nicht mehr an. Spätestens seit diesem Zeitpunkt sei sie vollständig inaktiv. Schon seit Anfang 2007 sei sie nicht mehr an der Verwaltung der Kommanditgesellschaften beteiligt gewesen. Diese Aufgabe sei von der V._____ GmbH übernommen worden. Die Anstrengungen der Beschwerdeführerin hätten sich im Jahre 2007 darauf konzentriert, den gesetzmässigen Zustand fristgerecht herzustellen und die Kommanditgesellschaften zu liquidieren. Gerade der Misserfolg dieser Bemühungen aufgrund der gegenläufigen Bestrebungen gewisser Treuhandkommanditärinnen beweiße, dass A._____ bzw. die Beschwerdeführerin die Willensbildung innerhalb der "A._____-Gruppe" nicht entscheidend beeinflussen könnten.

4.1 Nach der Praxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der Vorinstanz sind verschiedene natürliche und juristische

Personen in Bezug auf die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit dann aufsichtsrechtlich als Gesamtheit zu betrachten, wenn eine derart enge wirtschaftliche Verflechtung besteht, dass nur eine gesamthafte Betrachtungsweise den faktischen Gegebenheiten gerecht wird und Gesetzesumgehungen verhindern kann (vgl. etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2). Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, das jedes einzelne Unternehmen bzw. die dahinter stehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Bewilligungspflicht der Aktivität erfüllen, im Resultat gemeinsam aber dennoch ein solche ausgeübt wird (Urteil des Bundesgerichts 2C.749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2). Von einer Gruppe in diesem Sinne ist dann auszugehen, wenn die finanziellen und personellen Verflechtungen zwischen zwei oder mehreren Gesellschaften – oder zwischen natürlichen und juristischen Personen – derart intensiv sind, dass nur eine gesamthafte Betrachtungsweise den faktischen Gegebenheiten gerecht wird und Gesetzesumgehungen verhindern kann. Ein gruppenweises Handeln kann insbesondere dann gegeben sein, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten bzw. aufgrund der Umstände (Verwischung der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleicher Geschäftssitz; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen) davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt wird (Urteil des Bundesgerichts 2C.749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2). Ein typischer Anhaltspunkt für eine Gruppe ist es daher auch, wenn die gleichen natürlichen Personen als Organe handeln und dabei die rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den verschiedenen Gesellschaften wiederholt überschritten werden, etwa indem sie ohne erkennbaren Rechtsgrund Geschäftsaktivitäten der einen Gesellschaft durch Mitarbeiter der anderen Gesellschaft besorgen lassen, Schulden der einen Gesellschaft von Konten und damit zu Lasten der anderen Gesellschaft bezahlen oder Zahlungen für die eine Gesellschaft durch die andere Gesellschaft entgegen nehmen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8227/2007, B-8244/2007 und B-8245/2007 vom 20. März 2009 E. 8.2, B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 5.4 sowie B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2).

Die Annahme einer Gruppe hat zur Folge, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Mitglieder treffen, selbst wenn in Bezug auf einzelne

davon – isoliert betrachtet – nicht alle Tatbestandselemente erfüllt sind oder sie selbst überhaupt keine finanzmarktrechtlich relevanten Tätigkeiten ausgeübt haben (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts 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. 6.2 sowie B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 6.3.3).

4.2 Wird die Gruppe im aufsichtsrechtlichen Sinne definiert als eine Anzahl von Akteuren, welche im Hinblick auf die bewilligungspflichtige Tätigkeit koordiniert zusammenwirken, so muss die Frage nach der Zugehörigkeit zur Gruppe immer in Relation zur unterstellungspflichtigen Tätigkeit gestellt werden. Zwar erklärt das Kollektivanlagengesetz die kollektive Kapitalanlage als solche als bewilligungspflichtig (vgl. Art. 13 Abs. 1 und 2 KAG), und das Fehlen der Bewilligung kann letztlich zur Auflösung durch die Vorinstanz führen (vgl. Art. 134 f. KAG). Dennoch stellt die *Existenz* als Kollektivkapitalanlage an sich keine unterstellungspflichtige *Tätigkeit* dar. Unterstellungspflichtige Tätigkeiten sind insbesondere das Verwalten, Aufbewahren, öffentliche Anbieten und Vertreiben von kollektiven Kapitalanlagen (vgl. Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung). Bei kollektiven Kapitalanlagen in gesellschaftlicher Form (SICAV, SICAF, Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen) ist daher zu differenzieren zwischen den eigentlichen Akteuren, insbesondere der Geschäftsführung, dem Verwaltungsrat oder den Komplementären, welche die bewilligungspflichtigen Tätigkeiten ausüben ("Täter"), und den wirtschaftlich berechtigten Aktionären oder Kommanditären, die aus Sicht des Gesetzes schutzbedürftige Anleger sind ("Opfer"). Der Vorwurf, Mitglied einer Gruppe im aufsichtsrechtlichen Sinne zu sein und kollektive Kapitalanlagen zu verwalten, aufzubewahren, öffentlich anzubieten und zu vertreiben, richtet sich daher höchstens sekundär gegen die Kommanditgesellschaft als Gesamthandschaft. Eigentliche Adressaten dieses Vorwurfs und damit Gruppenmitglieder ("Mittäter") sind vielmehr und in erster Linie der Komplementär und allfällige mit ihm verbundene Akteure.

Aus den gleichen Überlegungen – wenn nicht sogar noch offensichtlicher – kann sich der Vorwurf, einer Gruppe anzugehören, die gewerbmässig Publikumseinlagen entgegennimmt, nur gegen die "Bank", nicht aber gegen die Einleger bzw. Kunden richten.

Die Feststellung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin stelle zusammen mit diversen Kommanditgesellschaften eine Gruppe dar, ist inso-

fern möglicherweise etwas unpräzise formuliert. Richtigerweise muss die Frage nach der Gruppenzugehörigkeit der Beschwerdeführerin weniger mit Bezug auf die Kommanditgesellschaften an sich als vielmehr mit Bezug auf die jeweiligen Komplementäre, Geschäftsführer oder anderen Verwalter der Kommanditgesellschaften gestellt werden.

4.3 Ein Gruppenzusammenhang zwischen dem Komplementär der angeführten Kommanditgesellschaften, A._____, und der Beschwerdeführerin, ist eigentlich offensichtlich. So ist unbestritten und aktenmässig erstellt, dass A._____ ursprünglich unbeschränkt haftender Gesellschafter sowie einziger und einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer in allen vom Gruppenvorwurf betroffenen Kommanditgesellschaften war. In Bezug auf die Beschwerdeführerin ist er einziger Verwaltungsrat, einziges Organ und Alleinaktionär.

Unbestritten und aufgrund der Beteiligungsprospekte aktenmässig erstellt ist weiter, dass zwischen der Beschwerdeführerin und den verschiedenen Kommanditgesellschaften diverse Verträge resp. Vereinbarungen, wie z.B. Finanzierungsvermittlungs- und Kreditkonditionenbürgschaftsvereinbarungen, Vertriebs-, Marketing- und Konzeptionsvereinbarungen, Rechtsberatungsverträge, Objektsvermittlungsvereinbarungen sowie Managementvertragshonorarvereinbarungen bestehen (vgl. p. B01 025-027, p. A01 205-204; B02 145). Die einzelnen Kommanditgesellschaften wurden denn auch regelmässig unter dem Namen "A._____ AG Internationale Kapitalanlagen" vermarktet. In den Prospekten wurde darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin für die Konzeption und den Vertrieb der Kapitalanlage verantwortlich zeichne und dass A._____ sowohl in der Beschwerdeführerin als auch der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft massgeblich in leitender Stellung tätig sei. Er sei Geschäftsführer (Verwaltungsratsvorsitzender) und Mehrheitsaktionär der Beschwerdeführerin sowie Geschäftsführer und unbeschränkt haftender Gesellschafter (Komplementär) der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft (vgl. z.B. vgl. p. B01 080 und 020, B01 241 und 188, B01 490 und 479, B02 205 und 142). Die Einlagen der einzelnen Anleger erfolgten indessen direkt auf Konten der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft (vgl. z.B. vgl. p. B01 092 § 4 5.). Diesbezüglich ist somit unbestritten und aktenmässig erstellt, dass ein arbeitsteiliges Zusammenwirken insofern stattfand, als die Beschwerdeführerin in der Anfangsphase jeder Kommanditgesellschaft wesentliche Aufgaben erfüllte, insbesondere im Hinblick auf die Akquisition neuer Kommanditäre.

4.4 Die Beschwerdeführerin macht indessen geltend, sie habe Ende 2006 beschlossen, keine neuen Kommanditgesellschaften mehr anzubieten, sondern nur noch die KG XII zu Ende zu platzieren. In der Folge habe sie entschieden, auch für diese Kommanditgesellschaft keine Zeichnungen mehr anzunehmen. Die Verwaltungstätigkeiten habe sie "im Innenverhältnis" der V._____ GmbH übertragen (vgl. p. A01692).

Es stellt sich daher die Frage, ob die Beschwerdeführerin vor Ablauf der Übergangsfrist nach dem Kollektivanlagengesetz rechtswirksam aus der in Frage stehenden Gruppe "ausgestiegen" ist.

4.4.1 Das Kollektivanlagengesetz sieht als Übergangsbestimmung für bereits bestehende Kollektivanlagen, welche nach dem neuen Recht als unterstellungspflichtig einzustufen sind, vor, dass sie innert eines Jahres ab Inkrafttreten des Gesetzes, d.h. bis zum 1. Januar 2008, dessen Anforderungen zu genügen und ein Gesuch um Bewilligung beziehungsweise Genehmigung zu stellen haben (vgl. Art. 157 Abs. 2 S. 1 KAG). Dass die Beschwerdeführerin und die verschiedenen Kommanditgesellschaften dem bis Ende 2006 geltenden Anlagefondsgesetz nicht unterstellt waren, ist unbestritten und Gegenstand einer ausdrücklichen schriftlichen Zusicherung der Vorinstanz. Sachverhaltselemente, welche sich noch unter der Geltung des Anlagefondsgesetz bzw. vor dem Ablauf der Übergangsfrist verwirklicht haben, können daher für den Vorwurf einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit nach dem Kollektivanlagengesetz an sich nicht herangezogen werden.

4.4.2 Im Kontext einer Gruppenbetrachtung kann diese Regel indessen nur gelten, wenn der Gruppenzusammenhang aus rein funktionalen Gründen, d.h. aufgrund eines koordinierten und arbeitsteiligen Zusammenwirkens, aber bei einer ansonsten sauberen rechtlichen und buchhalterischen Trennung zwischen den verschiedenen Gruppenmitgliedern bejaht wurde. Bestehen indessen ausgeprägte personelle und wirtschaftliche Verflechtungen durch gemeinsame Organe und wirtschaftlich Berechtigte, so kann dieser Gruppenzusammenhang nicht einfach durch einen einseitigen "Austrittsbeschluss" eines bis dahin hauptverantwortlichen Gruppenmitglieds aufgelöst werden.

4.4.3 Im vorliegenden Fall ist nicht erstellt, dass die vorbestehenden Verflechtungen aufgelöst worden sind und eine saubere Auseinandersetzung stattgefunden hat. Gegenteils unterschrieb A._____ beispielsweise noch Ende Oktober 2007 sowohl namens der Beschwerde-

führerin als auch als Komplementär der jeweils betroffenen Kommanditgesellschaften die Anerkennung einer Honorarforderung der Beschwerdeführerin gegenüber der KG XII, zederte die Forderung gleichentags namens der Beschwerdeführerin an die KG X und verrechnete den Kaufpreis mit einer Gegenforderung der KG X gegen die Beschwerdeführerin (vgl. p. C01 135 ff.). Auch aus der Aufstellung der Beschwerdeführerin über die Forderungen und Schulden gegenüber den Kommanditgesellschaften geht hervor, dass im Jahre 2007 über ein Dutzend Honorarforderungen der Beschwerdeführerin an verschiedene Kommanditgesellschaften verkauft wurden (vgl. p. C01 143).

Unter derartigen Umständen wäre es stossend, wenn die Beschwerdeführerin als nicht mehr zur "A. _____-Gruppe" gehörig betrachtet würde.

5.

Die Vorinstanz wirft der "A. _____-Gruppe" vor, sie verstosse gegen das Kollektivanlagengesetz, indem sie kollektive Kapitalanlagen verwalte, aufbewahre, öffentlich anbiete und vertreibe, ohne über die notwendigen Bewilligungen zu verfügen. Ebenso verstosse sie gegen das Bankengesetz, da sie gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen nehme.

Die angefochtene Verfügung – und damit der darin enthaltene Vorwurf der Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit – ist gegenüber den KG IV, VI, XI, XII, XIV und Z. _____ in Rechtskraft erwachsen. Die Bindung an eine rechtskräftige Entscheidung erstreckt sich grundsätzlich nur auf die Parteien des betreffenden Verfahrens (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.706/2003 vom 23. Februar 2004 E. 2.6; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 323), also diejenigen Adressaten der Verfügung, welche auch legitimiert gewesen wären, die entsprechende Dispositivziffer anzufechten. Zur Beschwerdeerhebung im Namen dieser Kommanditgesellschaften wäre einzig A. _____ befugt gewesen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4312/2008 vom 31. Juli 2009 E. 1.5), nicht die Beschwerdeführerin. Insofern kann der Beschwerdeführerin eine allfällige materielle Rechtskraftwirkung bezüglich der gegenüber den übrigen Gesellschaften getroffenen Feststellungen nicht entgegen gehalten werden (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8227/2007, B-8244/2007 und B-8245/2007 vom 20. März 2009 E. 8.3; Urteil des Bundesgerichts 2A.712/2006 vom 29. Juni 2007 E. 2.1.2. [Frage offen gelassen]).

6.

Die Beschwerdeführerin rügt zwar, sie gehöre nicht mehr zur "A._____-Gruppe" und die "A._____-Gruppe" habe keine Publikumseinlagen entgegengenommen. Sie rügt indessen nicht, die Kommanditgesellschaften der "A._____-Gruppe" seien keine unterstellungspflichtigen kollektiven Kapitalanlagen bzw. die Vorinstanz habe die Tätigkeit der "A._____-Gruppe" zu Unrecht als Verstoß gegen das Kollektivanlagengesetz qualifiziert.

Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht verpflichtet, die angefochtene Verfügung auf sämtliche denkbaren Mängel hin zu untersuchen, sondern es muss sich nur mit jenen rechtlichen Einwänden auseinandersetzen, die von der Beschwerdeführerin thematisiert worden sind (vgl. CHRISTOPH AUER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, N. 12 zu Art. 12). Dass die angefochtene Verfügung – und damit der darin enthaltene Vorwurf der Ausübung einer nach dem Kollektivanlagengesetz bewilligungspflichtigen Tätigkeit, und als deren Konsequenz die Anordnung einer aufsichtsrechtlichen Liquidation – gegenüber den meisten Kommanditgesellschaften in Rechtskraft erwachsen ist, liegt in erster Linie daran, dass A._____, der als Organ allein dazu berechtigt gewesen wäre, namens dieser Kommanditgesellschaften kein Rechtsmittel ergriffen hat (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4293/2008 vom 28. Januar 2009 und B-4312/2008 vom 31. Juli 2009 E. 1.5.3). Angesichts des dargelegten Gruppenzusammenhangs und der darin massgeblichen Stellung von A._____ sieht sich das Bundesverwaltungsgericht daher nicht veranlasst, im vorliegenden Verfahren, in dem einzig die die Beschwerdeführerin betreffenden Punkte angefochten sind, von Amtes wegen der Frage nachzugehen, ob die Vorinstanz diese Kommanditgesellschaften zu Recht als unterstellungspflichtige Kollektivanlagen qualifiziert hat oder nicht.

7.

Die Vorinstanz wirft der "A._____-Gruppe" weiter vor, sie habe gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen.

Die Beschwerdeführerin rügt demgegenüber, die Vorinstanz habe ihr gegenüber bereits mit Schreiben vom 12. September 2003 bestätigt, dass die Tätigkeit der "A._____-Gruppe" nicht gegen das Bankengesetz verstosse. Die Voraussetzungen für eine Revision dieser Verfü-

gung seien nicht gegeben. Die "A. _____-Gruppe" habe keine Publikumseinlagen entgegen genommen. Die diesbezüglichen Argumente der Vorinstanz seien nicht stichhaltig. Dass die effektive Höhe der Kommanditeinlagen im Handelsregister nicht nachgetragen wurde, spiele keine Rolle, weil die Eintragung im Handelsregister nur deklaratorischer Natur sei. Die Argumentation der Vorinstanz sei auch widersprüchlich, wenn sie einerseits eine Gefährdung von Gläubigerinteressen ausschliesse, weil das vorhandene Eigenkapital ausreichend sei, andererseits aber dieses von den Treuhändern gehaltene Kapital als Fremdkapital einstufe. Es treffe auch nicht zu, dass den Anlegern eine vollständige Rückzahlung des einbezahlten Kapitals versprochen worden sei. Aus dem Prospekt ergebe sich vielmehr das Gegenteil. Für eine derartige Rückzahlung sei auch gar kein Schuldner vorhanden.

7.1 Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (vgl. Art. 1 Abs. 2 S. 1 BankG) oder sich öffentlich dazu zu empfehlen. Die Entgegennahme von Publikumseinlagen besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig für eigene Rechnung Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (vgl. BGE 132 II 382 E. 6.3.1). Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen. Keine Publikumseinlagen sind hingegen eigene Mittel wie Aktien, Gesellschafts- oder Genossenschaftsanteile, Kapitalkonten von Privatbankiers sowie "à fonds perdu"-Zuschüsse, auf eine Nachzahlungspflicht gestützte Bezahlungen und sämtliche Partizipationsscheine (RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.] Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, N. 22 zu Art. 1).

Massgebendes Kriterium für die Unterscheidung zwischen Publikumseinlagen und Gesellschaftsanteilen ist somit, ob es sich aus Sicht der Gesellschaft, die die Gelder entgegennimmt, um Fremd- oder Eigenmittel handelt. Verpflichtet sich die Gesellschaft vertraglich zur Rückzahlung der betroffenen – oder einer im voraus bestimmten – Summe, so handelt es sich um Fremdmittel. Sehen die vertraglichen Verpflichtungen dagegen vor, dass der Anleger proportional zu seiner Kapitaleinlage an Risiko und Gewinn der Gesellschaft teilhat, so handelt es sich aus Sicht der Gesellschaft um Eigenmittel.

7.2 Bei den Geldern, welche die Vorinstanz als Publikumseinlagen qualifizieren will, handelt es sich um das von den Kommanditären einbezahlte Gesellschaftskapital. Auch die Untersuchungsbeauftragte und die Vorinstanz gehen in ihren Ausführungen zur Liquiditätslage der einzelnen Kommanditgesellschaften ausdrücklich und übereinstimmend davon aus, dass es sich hierbei um das Eigenkapital der Kommanditgesellschaften handelt.

Die Qualifizierung als Gesellschaftskapital und damit als Eigenmittel ist nicht nur unbestritten, sondern auch zutreffend. Wie aus den Gesellschaftsverträgen der jeweiligen Kommanditgesellschaften zu ersehen ist, besteht weder für den Komplementär noch für die Gesellschaft eine Verpflichtung, den jeweils einbezahlten Betrag wiederum in gleicher oder auch nur in einer im voraus vertraglich bestimmten Höhe zurückzuerstatten. Vielmehr hängt die Höhe der Rückzahlungsverpflichtung von den finanziellen Verhältnissen der Gesellschaft im Zeitpunkt des Austritts des Anlegers oder der Auflösung der Gesellschaft ab (vgl. p. 04 453 B01 082 und 084). Beim Austritt aus der Gesellschaft findet eine Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der Vermögens-, Ertrags- und Liquiditätslage der Gesellschaft statt; der ausscheidende Anleger hat Anspruch auf seinen rechnerischen Anteil am Gesellschaftsvermögen, nicht auf Rückerstattung seiner Kommanditeinlage (vgl. p. 04 453 B01 084 §19 ff.).

Eine jährliche Ausschüttung von 6,25% – sofern über einen längeren Zeitraum hinweg durchgeführt – könnte zwar tatsächlich zur vollständigen Rückzahlung des einbezahlten Gesellschaftskapitals führen. Diese von der Vorinstanz angeführte Stelle in gewissen Prospekten hat jedoch offensichtlich nicht den Charakter einer verbindlichen Zusicherung, sondern lediglich einer Prognose zu Werbezwecken. Sowohl aus den jeweiligen Prospekten, wie insbesondere aus den Gesellschaftsverträgen, ergibt sich nämlich, dass es die Gesellschafterversammlung ist, welche alljährlich über die Höhe allfälliger Gewinnanteile beschliesst, wobei die – ebenfalls von ihr zu beschliessenden – Vorabausschüttungen von *höchstens* 6.25% in Anrechnung zu bringen sind (vgl. B01 531, § 15 Ziff. 2). Zwar sind Ausschüttungen auch in Verlustjahren möglich, doch würden alle Anleger von derartigen Ausschüttungen in gleicher Weise profitieren bzw. die haftungsmässigen Folgen einer allfälligen Rückzahlung der Kommanditeinlage über die im Handelsregister eingetragene Kommanditsumme hinaus zu tragen haben.

7.3 Richtig ist ferner, dass die im Handelsregister eingetragenen Kommanditsummen in diversen Fällen nicht – wie in den Gesellschaftsverträgen an sich vorgesehen – den tatsächlich von den Anlegern übernommenen Kommanditeinlagen entsprechen. Die Bedeutung, welche die Vorinstanz der Diskrepanz zwischen der einbezahlten Kommanditeinlage und der im Handelsregister eingetragenen Kommanditsumme sowie dem fehlenden Eintrag der Namen der Kommanditäre zumisst, ist indessen nicht nachvollziehbar. Zwar ist der Eintrag einer Kommanditsumme ins Handelsregister ein starkes Indiz für die Qualifizierung der betreffenden Einlage als Eigenmittel, da die Vermögenseinlage des Kommanditärs jedenfalls in diesem Umfang am Risiko der Gesellschaft teilhat. Der Umkehrschluss ist indessen nicht zulässig. Der Eintrag ins Handelsregister wirkt sich lediglich im Aussenverhältnis aus (vgl. CARL BAUDENBACHER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, N. 5 ff. zu Art. 594 OR); ob der Anleger proportional zu seiner Kapitaleinlage an Risiko und Gewinn der Gesellschaft teilhat oder ob die Einlage (allenfalls teilweise) Darlehenscharakter hat, hängt indessen von den vertraglichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Einleger bzw. vom Gesellschaftsvertrag ab (vgl. LUKAS HANDSCHIN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, N. 1 ff. zu Art. 601 OR). Sind die einbezahlten Kommanditeinlagen nach den entsprechenden Bestimmungen der Gesellschaftsverträge als Eigenmittel zu qualifizieren, so ist nicht ersichtlich, inwiefern ein fehlender Eintrag im Handelsregister an dieser Qualifizierung etwas ändern könnte.

7.4 Die von den Kommanditären geleisteten Zahlungen stellen somit aus der Sicht der Gesellschaften Eigenmittel und keine Publikumseinlagen dar. Der Vorwurf der Entgegennahme von Publikumseinlagen ist daher unbegründet.

8.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, selbst wenn sie zu liquidieren wäre, dürfe jedenfalls keine konkursamtliche Liquidation erfolgen, da sie nicht überschuldet sei. Auch sei die Untersuchungsbeauftragte als Liquidatorin nicht wählbar, da sie verschiedene Kommanditgesellschaften vertrete und wegen Interessenkollision in den Ausstand treten müsse.

8.1 Gegen Personen, die ohne Bewilligung bzw. Genehmigung der Aufsichtsbehörde tätig werden, kann die Aufsichtsbehörde die Auflösung verfügen (Art. 135 Abs. 1 KAG). Das Kollektivanlagengesetz und die dazugehörige Verordnung enthalten zwar keine Bestimmung darüber, wie

diese Auflösung erfolgen solle, insbesondere keinen ausdrücklichen Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen des Bankengesetzes oder der Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 30. Juni 2005 zum Konkurs von Banken und Effektenhändlern (Bankenkonkursverordnung, BKV, AS 2005 3539), auf welche sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung stützt. Ausdrücklich vorgesehen im Kollektivanlagengesetz ist jedoch die Kompetenz der Aufsichtsbehörde, einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen, wenn die Rechte der Anleger ernstlich gefährdet erscheinen oder dies zur Umsetzung einer aufsichtsrechtlich angeordneten Massnahme erforderlich ist (vgl. Art. 137 Abs. 1 KAG), oder für eine geschäftsunfähige Kollektivanlage einen Sachwalter zu ernennen (vgl. Art. 138 KAG). Aus systematischen und teleologischen Überlegungen erscheint eine analoge Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des Bankengesetzes und des Börsengesetzes und der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Liquidation von unbewilligt tätigen Finanzinstituten daher naheliegend. Nach diesen Bestimmungen bezeichnet und überwacht die Vorinstanz den Liquidator (vgl. Art. 22 Abs. 2 BankG und Art. 36 Abs. 2 S. 2 BEHG [AS 1997 79]). Ist die betreffende juristische oder natürliche Person überschuldet oder illiquid, wird über sie der Konkurs eröffnet (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.2). An den Nachweis der Überschuldung sind dabei keine strengen Anforderungen zu stellen, da bei einer Überschuldung nur die Durchführung eines Konkursverfahrens eine gleichmässige Befriedigung der Forderungen aller betroffenen Gläubiger garantiert.

8.2 Bezüglich der Vermögenslage der Beschwerdeführerin führt die Vorinstanz aus, der von der Beschwerdeführerin eingereichte Entwurf einer Bilanz per Ende 2007 weise Aktiven von rund 16 Mio. Franken aus, welche aber im Wesentlichen aus Forderungen bestünden, darunter eine von rund 6.1 Mio. Franken gegenüber der KG XI und einer von rund 2.2 Mio. Franken gegenüber der U._____ Sogedame, welche von A._____ beherrscht werde. Diese Forderungen hätten nicht durch Unterlagen plausibilisiert werden können und erschienen daher nicht werthaltig. Bei Passiven von rund 12 Mio. Franken erscheine sie daher als überschuldet.

Die Beschwerdeführerin rügt, diese Forderungen würden zu Unrecht als nicht werthaltig eingestuft. Es bestünden aber keine konkreten Anhaltspunkte, dass die Schuldner nicht solvent seien. Die Forderungen seien bereits im Umfang von Fr. 1'574'648.02 wertberichtigt. Auch sei die Schuld von Fr. 3'133'700.30 gegenüber der KG XIV von der V._____

AG übernommen und bereits zur Hälfte bezahlt worden. Für diese Schuld sei die V._____ AG bereit, eine Rangrücktrittserklärung abzugeben. Auch die von A._____ beherrschte T._____ AG sei in Bezug auf ihre Forderung von Fr. 207'063.36 dazu bereit.

In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, diverse der in der Bilanz angeführten Forderungen gäben bezüglich ihrer Begründetheit zu vielen Fragen Anlass. So lägen nach wie vor keine Belege für die Begründetheit der Forderungen gegenüber der KG XI und der Sogedame vor. Auch sei nicht belegt, dass die KG XIV einer Schuldübernahme ihrer Forderung von (recte) rund 2.4 Mio. Franken zugestimmt habe. Im angelaufenen Konkursverfahren hätten weitere Gläubiger bedeutende Forderungen angemeldet, so etwa die S._____ Limited eine Forderung von rund 19 Mio. Franken. Insgesamt seien Forderungen von 28.9 Mio. Franken angemeldet worden. Auch die prekäre Liquiditätssituation mit flüssigen Mitteln von rund Fr. 9'100.– stehe einer Weiterführung der Gesellschaft entgegen.

8.3 Bezüglich der Umstände, welche im vorliegenden Fall die Befürchtung einer Überschuldung begründen, kann weitgehend auf die überzeugenden Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid und in ihrer Vernehmlassung verwiesen werden. Was die Beschwerdeführerin dagegen anführt, ist nicht belegt und überzeugt nicht. Als Aktiven wurden von der Beschwerdeführerin per Ende 2007 rund 16 Mio. Franken geltend gemacht, davon nur rund Fr. 9'000.– Bargeld oder Bankguthaben. Die übrigen Aktiven sind Forderungen. An Passiven machte sie rund 12 Mio. Franken geltend. Nach der Auflistung der Untersuchungsbeauftragten wurden indessen im Konkursverfahren bis Ende Juli 2008 offene Forderungen von über 27 Mio. Franken eingegeben. Auch wenn naturgemäss nicht verbindlich erstellt ist, dass alle diese Forderungen zu Recht erhoben wurden, sind andererseits auch der Bestand und die Werthaltigkeit der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Aktiven nicht belegt.

Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen zum Schluss kam, es bestehe begründete Besorgnis, dass die Beschwerdeführerin überschuldet sei, so hat sie den Rahmen des ihr zustehenden technischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums nicht überschritten. Die verfügte Konkursöffnung ist daher nicht zu beanstanden.

8.4 Auch die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten, welche auch verschiedene Kommanditgesellschaften liquidiert, als Konkursliquidatorin, ist nicht zu beanstanden. Dass die Untersuchungsbeauftragte seit Beginn der Untersuchung (auch) für die untersuchten Kommanditgesellschaften allein zeichnungsberechtigt war und in der angefochtenen Verfügung auch als deren Liquidatorin eingesetzt wurde, macht sie nicht zur Interessenvertreterin der einzelnen Kommanditgesellschaften. Sie ist nicht von diesen mandatiert und nimmt von deren ehemaligen Organen oder wirtschaftlich Berechtigten auch keine Weisungen entgegen. Im Kontext eines derartigen aufsichtsrechtlichen Liquidations- oder Konkursverfahrens hat die von der Vorinstanz eingesetzte Liquidatorin vielmehr die Funktion und Aufgabe einer amtlichen Konkursverwaltung, welche unparteiisch die Interessen aller Beteiligten zu wahren hat.

Die von der Beschwerdeführerin angeführten Ausstandsgründe dringen daher nicht durch.

9.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde im Wesentlichen als unbegründet und ist abzuweisen. Teilweise gutzuheissen ist sie lediglich in Bezug auf die Feststellung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe auch als Teil der "A._____-Gruppe" gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen, womit sie gegen das Bankengesetz verstossen habe.

Da diese teilweise Gutheissung keine Auswirkung auf den Hauptpunkt, die verfügte Konkurseröffnung hat, gilt die Beschwerdeführerin als derart überwiegend unterliegend, dass eine Reduktion der ihr auferlegten Verfahrenskosten oder die Zusprechung einer Parteientschädigung nicht gerechtfertigt ist (vgl. Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Ziff. 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 20. Mai 2008 insoweit aufgehoben, als darin festgestellt wird, die Beschwerdeführerin habe als Teil der "A._____-

Gruppe" gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref. Nr. 51/2007/04453; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Eva Schneeberger

Michael Barnikol

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die

Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 10. August 2009