Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.51/2007 /leb

Urteil vom 5. Juni 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Karlen,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Parteien
A._____ AG (in Konkurs),
Beschwerdeführerin, vertreten durch
Rechtsanwalt Dr. Marcel Köppel,

gegen

Eidgenössische Bankenkommission,
Postfach, 3001 Bern.

Gegenstand
Entgegennahme von Publikumseinlagen/ Konkurseröffnung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die
Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission
vom 21. Dezember 2006.

Sachverhalt:
A.
Die A._____ AG ist seit dem 30. April 2001 im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Sie bezweckt die Entwicklung, den Betrieb und Vertrieb von Umwelttechniken, den Handel mit und die kommerzielle Verwertung von Patenten, Lizenzen und anderen Schutzrechten sowie den Handel mit Waren aller Art. Nach den Angaben in ihren Werbeunterlagen handelt es sich bei ihr um ein "zukunftsorientiertes Unternehmen mit dem Ziel alternative Energieformen (IWS Faktor 5), Energiequellen (Thermische Kraftwerksanlage in Zilina/Slowakai) und ein Gesundheitsgetränk (Life Element) zu finanzieren und auf den Märkten zu platzieren". Einziges Verwaltungsratsmitglied ist B._____; als Geschäftsführer amtet C._____.
B.
B.a Im Rahmen der bankenrechtlichen Liquidation der D._____ AG stiess die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) auf Formularverträge der Firma A._____ AG, welche darauf schliessen liessen, dass auch diese unerlaubt Publikumsgelder entgegennehmen oder sich hierzu öffentlich anpreisen könnte. Mit superprovisorischer Verfügung vom 5. Oktober 2006 untersagte das Sekretariat der Bankenkommission ihr deshalb jegliche (weitere) Entgegennahme von Publikumseinlagen oder Werbung für eine solche und setzte zur genaueren Abklärung der Umstände Rechtsanwalt D._____ als Untersuchungsbeauftragten ein. Gleichzeitig blockierte die Bankenkommission sämtliche Vermögenswerte der A._____ AG und verbot deren Organen, ohne Zustimmung des Untersuchungsbeauftragten weitere Rechtshandlungen für diese vorzunehmen.
B.b Am 21. Dezember 2006 stellte die Bankenkommission fest, dass die A._____ AG gegen das Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verstossen habe, und eröffnete ab dem 22. Dezember 2006 (08.00 Uhr) den bankenrechtlichen Konkurs über sie. Als Liquidator setzte sie den bisherigen Untersuchungsbeauftragten ein; zudem regelte sie verschiedene weitere konkurs- und aufsichtsrechtliche Fra-

gen (Konkursort, Publikation, Handelsregistereintrag usw.).

C.
Die A._____ AG (in Konkurs) hat hiergegen am 22. Januar 2007 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragt, den Entscheid der Bankenkommission vom 21. Dezember 2006 vollumfänglich aufzuheben und festzustellen, dass sie nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und nicht gegen das Bankengesetz verstossen habe. Die Eidgenössische Bankenkommission beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die A._____ AG (in Konkurs) hat an ihren Anträgen und Ausführungen festgehalten.
D.
Mit Verfügung vom 26. Januar 2007 wies der Abteilungspräsident das mit der Beschwerde verbundene Gesuch um aufschiebende Wirkung und um Erlass vorsorglicher Massnahmen superprovisorisch ab, nachdem bereits die Bankenkommission angeordnet hatte, dass der Konkursliquidator bis zur Rechtskraft ihrer Verfügung seine Aktivitäten auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken habe. Nach Vorliegen der Vernehmlassung der EBK bestätigte er diesen Entscheid am 16. Februar 2007.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Die angefochtene Verfügung erging am 21. Dezember 2006 und damit vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juli 2005 über das Bundesgericht am 1. Januar 2007 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110, AS 2006 1205 ff.). Die vorliegende Eingabe ist somit noch als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegenzunehmen und nach den Regeln des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) zu erledigen (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG; Mitteilungen des Bundesgerichts zum Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes, Ziff. I, publ. in: ZBl 108/2007 S. 56).
1.2 In Anwendung des Bankengesetzes ergangene Aufsichtsentscheide können beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden (Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, Bankengesetz, BankG; SR 952.0; BGE 132 II 382 E. 1.1 mit Hinweisen). Die Organe einer durch die Bankenkommission in Liquidation oder Konkurs versetzten Gesellschaft sind trotz Entzugs bzw. Dahinfallens ihrer Vertretungsbefugnis hierzu befugt (BGE 132 II 382 E. 1.1 S. 385 mit weiteren Hinweisen). Auf die im Auftrag des einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrats der A._____ AG frist- (Art. 106 OG) und formgerecht (Art. 108 OG) eingereichte Beschwerde ist einzutreten. Nicht weiter einzugehen ist indessen auf ihr Begehren, festzustellen, dass sie keiner bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sei: Das Ersuchen, die Verfügung der Bankenkommission vom 21. Dezember 2006 aufzuheben, setzt die Beurteilung dieser Frage voraus; dem Feststellungsantrag kommt deshalb keine eigenständige Bedeutung zu (BGE 132 II 382 E. 1.2.2 mit Hinweisen).
1.3 Die Beschwerdeführerin hat am 11. Mai 2007 implizit auf eine öffentliche Verhandlung verzichtet und sich zur Sache abschliessend schriftlich geäussert. Von einer weiteren Anhörung der Bankenkommission kann abgesehen werden, nachdem diese hinreichend Gelegenheit gehabt hat, ihren Standpunkt darzutun. Der Fall ist gestützt auf die vorliegenden Unterlagen spruchreif; weitere Instruktionsmassnahmen erübrigen sich.
2.
2.1 Die Eidgenössische Bankenkommission ist zur Beseitigung von Missständen und zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands befugt, alle "notwendigen Verfügungen" zu treffen (Art. 23ter Abs. 1 BankG). Da sie allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr formell unterstellten Betriebe (Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der banken- oder finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft. Dabei kann sie praxisgemäss die im Gesetz vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten (oder Personen) einsetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewilligungspflicht (noch) umstritten ist (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1.1 S. 314; 130 II 351 E. 2.1 S. 354 mit Hinweisen). Die Frage, wie sie die Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem "technischen Ermessen" anheim gestellt. Das Bundesgericht greift in dieses nur bei qualifizierten Ermessensfehlern, d.h. Rechtsverletzungen, korrigierend ein (BGE 132 II 382 E. 4.1 mit zahlreichen Hinweisen).
2.2 Bestehen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit vorliegen könnte, ist die Bankenkommission befugt und verpflichtet, die zur weiteren Abklärung erforderlichen

Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Diese können bis zur Auflösung und Liquidation eines Unternehmens reichen, das unerlaubt einer zum Vornherein nicht bewilligungsfähigen Tätigkeit nachgeht bzw. das gegen das Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verstösst (BGE 131 II 306 E. 3.1.2 mit Hinweisen). Besteht eine Überschuldung, ist die EBK gehalten, die Liquidation nach den Sonderregeln des Bankenkonkurses (Art. 33 ff. BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003) anzuordnen; diese gelten auch für Betriebe, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-)Tätigkeit nachgehen (BGE 132 II 382 E. 4.2; 131 II 306 E. 4 S. 319 ff.).
3.
3.1 Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Das entsprechende bankenmässige Passivgeschäft besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistungen wird. Als Einlagen gelten alle Verbindlichkeiten, soweit keine Ausnahme im Sinne von Art. 3a der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) vorliegt (vgl. BGE 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391 mit Hinweisen). Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 BankV) oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (Art. 3 Abs. 1 BankV; BGE 131 II 306 E. 3.2.1).
3.2 Die Beschwerdeführerin hat unbestrittenermassen zwei Darlehen in der Höhe von insgesamt 2,9 Mio. Euro aufgenommen (E._____ AG: 1,6 Mio. Euro; F._____: 1,3 Mio. Euro); zur Vermarktung ihres mit Sauerstoff angereicherten Wassers (Life Element) schloss sie verschiedene Joint-Venture- und Project-Participation-Agreements über mehrere 100 Mio. Euro bzw. USD. Die Bankenkommission stiess bei ihren Abklärungen auf Formularverträge, welche den bereits abgeschlossenen Darlehensverträgen entsprachen, die eine Rendite von 4,5 % bei einer Laufzeit von 14 Monaten vorsahen. Zudem bestand ein auf Geschäftspapier der Beschwerdeführerin abgefasstes Konzept, welches unter dem Titel "ab - EUR 1,500,000.00 - Beteiligungsmöglichkeit" vorsah, dass der einzelne Kunde einen offiziellen Darlehensvertrag mit der Beschwerdeführerin über einen Zeitraum von 14 Monaten unterzeichne und ihm in einem Zusatzvertrag eine Gesamtrendite von 100% des Darlehensbetrags nach 90 Tagen und von einem verfünffachten Darlehensbetrag: + 500'000.-" versprochen werde. Begründet wurde das Angebot damit, dass sich die A._____ AG mit einem Betrag von 100 Mio. EUR an einem eigenständigen Investment Programm beteilige, womit sie in der Lage sei, diverse "kleiner Beträge"
im "Huckepackprinzip" mitzunehmen; dies sei nur dank dem entsprechenden eigenen "100er Programm" möglich. Gestützt hierauf durfte die Bankenkommission davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin Publikumsgelder entgegengenommen (vgl. Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV) bzw. sich hierzu angepriesen hat (vgl. Art. 3 Abs. 1 BankV).
3.3 Was die Beschwerdeführerin hiergegen einwendet, überzeugt nicht:
3.3.1 Soweit sie geltend macht, Gegenstand ihrer Geschäftstätigkeit sei "die Realisierung eines Wasserprojekts in der Form, als ein neuartiges mit Sauerstoff angereichertes Wasser auf den Markt gebracht werden soll und zwar in den USA, in Asien und in Südamerika und in der Folge weltweit", verkennt sie, dass nicht dieses Projekt als solches bankenrechtlich bedenklich erscheint (vgl. Art. 3a Abs. 3 lit. a BankG; vgl. das Urteil 2A.332/2006 vom 6. März 2007, E. 5.2.1), sondern das von ihr gewählte Finanzierungs- bzw. Investmentsystem im "Huckepack"-Verfahren. Ob ihr Getränke-Projekt, falls dieses tatsächlich besteht, irgendwelche reelle Erfolgsaussichten hat, bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Es erscheint in diesem Zusammenhang immerhin aber doch überraschend, dass die Beschwerdeführerin sich auf seriöse Finanzierungsvereinbarungen und Absprachen mit "kompetenten" und "wirtschaftlich soliden Vertragspartnern" bzw. "institutionellen Anlegern" beruft, zu diesen aber auch im vorliegenden Verfahren kaum detailliertere Angaben zu machen vermag. Nach ihrem Business-Plan aus dem Jahre 2005 will sie vor allem Kontakte mit amerikanischen Firmen gepflegt haben, entsprechende Aktivitäten oder Konkretisierungen ihres Projekts
legt sie indessen wiederum nicht dar. Weitere Abklärungen erübrigen sich aber, da - wie gesagt - nicht diese Geschäftsaktivität unter das Bankengesetz fällt, sondern das damit verbundene, von ihr angebotene Investitionsprogramm.
3.3.2 Wenn die Beschwerdeführerin einwendet, sie habe von diesem Programm erst im Rahmen des bankenrechtlichen Verfahrens Kenntnis erhalten, erscheint dies wenig glaubwürdig: Die Beschwerdeführerin hat im Jahre 2005 - zum Zeitpunkt ihres Business-Plans - zugestandenermassen für 14 Monate zwei (Investitions-

)Darlehen in der Höhe von insgesamt 2,9 Mio. Euro entgegengenommen. Die gefundenen (weiteren) Formulare entsprechen diesen Verträgen; das entsprechende "Huckepack"-Konzept liegt auf ihrem Geschäftspapier bei den Akten und trägt ihre Geschäftsbezeichnung und Handelsregisternummer. Entgegen ihren Vorbringen verfügt die Beschwerdeführerin nachgewiesenermassen auch über Geschäftsbeziehungen zu der von der Bankenkommission am 2. Juni 2006 in Konkurs versetzten D._____ AG, hat sie doch von dieser am 21. Oktober 2005 unter dem Vermerk "Darlehen an A._____" eine Zahlung über 275'000.– Euro erhalten und handelte es sich bei den in diesem Zusammenhang für die E._____ AG auftretenden Organen doch zudem um ein Verwaltungsratsmitglied bzw. einen Aktionär der D._____ AG. Nach wie vor liegen auch heute noch keine wissenschaftlichen Berichte oder konkreten Resultate zu ihrem Projekt "Life Element" vor, welche eine reelle Geschäftsaktivität belegen würden; die aufgenommenen Gelder flossen nicht in das entsprechende Investitionsprojekt, sondern dienten dem Aufbau ihrer Infrastruktur und insbesondere dem Kauf oder Leasing eines Parks von Luxuswagen (Ferrari, Porsche, BMW X5 usw.).

4.

Es ist weder unverhältnismässig noch anderweitig bundesrechtswidrig, wenn die Bankenkommission unter diesen Umständen die Liquidation der Beschwerdeführerin angeordnet bzw. über sie den bankenrechtlichen Konkurs eröffnet hat:

4.1 Die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung fiel mangels des bankenrechtlich vorgeschriebenen Mindestkapitals, einer adäquaten Organisation sowie der Garantie einer einwandfreien Geschäftsführung zum Vornherein ausser Betracht (Art. 3 Abs. 2 lit. a und lit. c BankG). Zwar übt die Beschwerdeführerin allenfalls teilweise auch eine nicht bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit aus, doch kommt dieser aufgrund der vorliegenden Unterlagen keine wesentliche eigenständige Bedeutung zu; sie ist im Übrigen derart mit der unzulässigen gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumsgeldern verknüpft, dass sie davon nicht getrennt werden kann; der Aufbau des entsprechenden Geschäftszweigs, soweit er reel besteht, wurde im Wesentlichen mit den entsprechenden Kundengeldern finanziert (vgl. BGE 132 II 382 E. 7.1 S. 396 mit Hinweisen). Die EBK war deshalb nicht gehalten, nur das illegale Finanzgeschäft zu liquidieren oder der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, ihre Aktivitäten nachträglich den gesetzlichen Vorgaben anzupassen (vgl. BGE 132 II 382 E. 7.1 mit Hinweisen).

4.2 Neben den Guthaben der Beschwerdeführerin auf ihren Bankkonten in der Höhe von 100'000.– Euro bestehen keine wesentlich anderen Aktiven mehr. Es ist unwahrscheinlich, dass die aus den verschiedenen Joint-Venture-Agreements vorgesehenen Mittel tatsächlich erhältlich gemacht werden könnten. Mit Auszahlung dieser Gelder bzw. der Inanspruchnahme der entsprechenden Garantien, würden - soweit diese werthaltig sein sollten - jeweils entsprechende verzinsliche Gegenforderungen entstehen, welche die Bilanz der Beschwerdeführerin wiederum belasten würden. Im Übrigen dürften noch wesentliche Lohn- und Honorarforderungen gegen sie bestehen (vgl. den Geschäftsführungsvertrag vom 17. März 2006 und den Konsulentenvertrag vom 1. Februar 2006 usw.). Zwar hat B._____ die privaten Darlehensforderungen über 2,9 Mio. Euro inzwischen privat übernommen, doch geschah dies erst nach Eröffnung des Konkurses und ist nicht erstellt, dass die Beschwerdeführerin damit gänzlich aus ihren Verpflichtungen entlassen wurde. Ob der Konkurs widerrufen werden kann, ist im Rahmen des Konkursverfahrens gegebenenfalls erstinstanzlich durch die Bankenkommission zu beurteilen (vgl. BGE 132 II 382 E. 1.2.3 S. 386). Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass das allgemeine Schuldbetreibungs- und Konkursrecht beim Bankenkonkurs nur in einem modifizierten Umfang zur Anwendung kommt; so gilt etwa Art. 172 Ziff. 3 SchKG (Abweisung des Konkursbegehrens bei Tilgung oder Stundung) nicht, da und soweit die Fortsetzung der (illegalen) Geschäftstätigkeit nicht gestattet werden kann. Die Sanierungsfähigkeit des unbewilligt tätigen Finanzintermediärs braucht deshalb in der Regel nicht mehr gesondert geprüft zu werden; mit der nachträglichen Bewilligungsverweigerung und der Anordnung der Liquidation steht fest, dass eine Fortführung als bewilligter Betrieb nicht möglich ist (vgl. BGE 132 II 382 E. 7.2 S. 397).

5.

5.1 Die Beschwerde ist nach dem Gesagten unbegründet und deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

5.2 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 20'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin und der Eidgenössischen Bankenkommission schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. Juni 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: