Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-8228/2007
sef/plk/bib

{T 0/2}

Zwischenverfügung vom 15. Februar 2008

In der Beschwerdesache

Parteien

1. A._____ AG,
2. B._____ AG,
3. C._____,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Burkhalter, Ackermannstr. 23, Postfach 907, 8044 Zürich
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Bankenkommission (EBK), Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern
Vorinstanz,

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen / Konkurseröffnung / Werbeverbot,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Die Beschwerdeführerin 1 ist eine Aktiengesellschaft, die laut Statuten den Handel mit Devisen auf eigene und fremde Rechnung in der Schweiz und von der Schweiz aus bezweckt. Der statutarische Zweck der Beschwerdeführerin 2, ebenfalls einer Aktiengesellschaft, liegt in der Entwicklung, dem Marketing und dem Verkauf von strukturierten Finanzprodukten in der Schweiz und von der Schweiz aus; die Gesellschaft verfügt zur Zeit offenbar über keinen Verwaltungsrat und keine Revisionsstelle. Der Beschwerdeführer 3 ist CEO und Alleinaktionär der Beschwerdeführerinnen 1 und 2; zudem ist er Verwaltungsratsmitglied der Beschwerdeführerin 1.

Aufgrund von Internetwerbungen wurde die Vorinstanz auf die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 aufmerksam und eröffnete eine Untersuchung. Wegen dringendem Verdacht auf unerlaubte Effektenhändlertätigkeit sowie unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen ordnete die Vorinstanz am 3. Juli 2007 superprovisorisch eine Untersuchung an und setzte die Rechtsanwälte Dr. Peter Lutz und Romeo Da Rugna (Zürich) als Untersuchungsbeauftragte ein. Am 27. September 2007 reichten die Untersuchungsbeauftragten ihren Untersuchungsbericht ein. Mit Eingabe vom 15. Oktober 2007 nahmen die Beschwerdeführer, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Burkhalter, Zürich, zum Untersuchungsbericht Stellung.

Mit Verfügung vom 1. November 2007 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen, sich öffentlich dazu empfehlen, ohne die notwendige Bewilligung den Ausdruck "Bank" verwenden und damit gegen das Bankengesetz verstossen (Dispositiv Ziff.1). Weiter eröffnete sie auf den 2. November 2007, 8.00 Uhr über die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 den Konkurs und setzte als Konkursliquidatoren die bisherigen Untersuchungsbeauftragten ein (Dispositiv Ziff. 2 - 4). Zudem verfügte sie die Einstellung der Geschäftstätigkeit, verbot die Entgegennahme von eingehenden Zahlungen zu Gunsten der Kunden, welche die Passiven erhöhen und ordnete die Bekanntmachung der Konkurseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und den Eintrag im Handelsregister an (Dispositiv Ziff. 5 – 8). Diese Anordnungen erklärte sie als sofort vollstreckbar mit der Einschränkung, dass Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu

beschränken seien (Dispositiv Ziff. 10). Soweit den Beschwerdeführer 3 betreffend verbot sie auch diesem unter Hinweis auf die gesetzlichen Strafandrohungen, gewerbsmässig selbst oder über Dritte Publikumseinlagen entgegenzunehmen oder die Effektenhändlertätigkeit auszuüben und hierfür zu werben sowie in seiner Werbung den Begriff "Bank" zu verwenden (Dispositiv Ziff. 11 – 13). Die Verfahrenskosten von Fr. 25'000.- auferlegte sie den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung (Dispositiv Ziff. 14). Die Vorinstanz begründete diese Anordnungen damit, dass die Beschwerdeführerin 1 ohne die erforderliche Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und sich öffentlich dazu empfohlen habe, was gegen Art. 1 Abs. 2 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) verstosse (angefochtener Entscheid Randziffer 24-28). Ferner habe die Beschwerdeführerin 1 – ebenfalls ohne Bewilligung – den Ausdruck „Bank“ verwendet und damit Art. 1 Abs. 4 BankG verletzt (Rz. 29-30). Aufgrund der engen örtlichen und wirtschaftlichen Verflechtungen seien die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 aufsichtsrechtlich als Gruppe zu behandeln (Rz. 22-23). Die nachträgliche Erteilung einer Bank- oder Effektenhändlerbewilligung sei vorliegend nicht möglich. Es sei von einer Überschuldung oder zumindest Illiquidität der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 auszugehen. Vor diesem Hintergrund sowie mit Blick auf die Interessen von Anlegern und Gläubigern sei über die beiden Gesellschaften gestützt auf Art. 33 Abs. 1 BankG der Konkurs zu eröffnen (Rz. 34-35). Die Verfügung sei diesbezüglich sofort zu vollstrecken; bis zur Rechtskraft der Verfügung seien jedoch die Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland zu beschränken (Rz. 42).

B.

Mit Eingabe vom 3. Dezember 2007 erhoben die Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 1. November 2007. Sie beantragten, 1. die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben, 2. es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 keine unterstellungspflichtige Tätigkeit ausübten, noch dass begründete Besorgnis einer Überschuldung oder ernsthafter Liquiditätsprobleme bestehe, weshalb die angeordnete Liquidation aufzuheben und die Konkursliquidatoren aus ihrem Amt zu entlassen seien, 3. die abgesetzten, bisherigen Organe der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 seien erneut einzusetzen, 4. der Devisenhandel über die Internetplattform „...“ sei wieder zu gestatten bzw. die in diesem Zusammenhang verfügten Einschränkungen seien aufzuheben,

und 5. die Kosten des gesamten Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen. Eventualiter beantragten die Beschwerdeführer die Anordnung von – im Vergleich zur Liquidation – milderen Massnahmen und die Ermächtigung des Beschwerdeführers 3, in Absprache mit der Vorinstanz bzw. den Konkursliquidatoren Verkaufsverhandlungen zu führen. Ferner stellten die Beschwerdeführer zwei Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen: 1. die Konkursliquidatoren seien für die Dauer des Beschwerdeverfahrens mittels vorsorglichen Massnahmen anzuweisen, sich sofort auf sichernde und werterhaltende Massnahmen und die hierzu erforderlichen Verfahren zu beschränken und die Existenz und die Aktiven der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zu sichern sowie bereits angeordnete Liquidations- und Konkurshandlungen, inklusive Äusserungen und Informationen zum Konkursverfahren gegenüber Kunden oder Dritten zu sistieren, respektive zu unterlassen; 2. die Liquidatoren seien mit vorsorglichen Massnahmen anzuweisen, in Absprache mit dem Beschwerdeführer 3 alle notwendigen Schritte zu veranlassen und Entscheidungen zu treffen, um eine geordnete Wiederaufnahme des Devisenhandels sicherzustellen, d.h. namentlich die laufenden Zahlungen auszuführen und die Withdrawal Requests der Kunden zu honorieren. Die Beschwerdeführer begründen ihre Anträge damit, dass der von der Beschwerdeführerin 1 betriebene Devisenhandel ohne Bewilligung zulässig sei, und dass keine unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen vorliege (Beschwerde Ziff. 18 und 68). Die Beschwerdeführerin 2 habe nie Devisenhandel betrieben, und zwischen ihr und der Beschwerdeführerin 1 bestehe keine Gruppenstruktur (Ziff. 54-55 und 66). Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 seien weder überschuldet noch illiquid (Ziff. 60-65). Auch der Vorwurf der unerlaubten Verwendung des Titels „Bank“ sei unzutreffend (Ziff. 76). Um bedrohte Interessen einstweilen zu sichern, habe das Bundesverwaltungsgericht angemessene vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (Ziff. 71 [recte: 90]). Ohne Anordnung der beantragten Massnahmen bestehe – im Fall einer Gutheissung der Beschwerde – die Gefahr, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 ihre operative Tätigkeit mangels Liquidität nicht mehr aufnehmen können, was das Ende der untersuchten Gesellschaften bedeuten würde. Dies würde gegen elementare Verfahrensgarantien verstossen und wäre verheerend für Kunden, Gläubiger und den Ruf des Finanzplatzes Schweiz (Ziff. 72 [recte: 91]).

C.

Am 7. Dezember 2007 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz um eine Stellungnahme namentlich auch zu den von den

Beschwerdeführern beantragten vorsorglichen Massnahmen. Diese wurde fristgerecht eingereicht und den Beschwerdeführern zur Gegenäusserung zugestellt. Indessen liessen sich die Beschwerdeführer innert der ihnen auf den 7. Januar 2008 angesetzten und bis zum 31. Januar 2008 erstreckten Frist nicht mehr vernehmen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BVGE 2007/6 E. 1).

1.2. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der eidgenössischen Bankenkommission (Art. 31 und Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]). Die Vorinstanz verfügte die sofortige Vollstreckung des angefochtenen Entscheids, soweit er die Konkurseröffnung über die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 und die Einstellung ihrer Geschäftstätigkeit betraf. Damit hat sie zugleich einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter kann die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung wiederherstellen; über ein Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist ohne Verzug zu entscheiden (Art. 55 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]). Desgleichen kann die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei andere vorsorgliche Massnahmen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 56 VwVG). Demnach hat vorliegend der Instruktionsrichter über das eingereichte Begehren zu entscheiden.

1.3. Die Beschwerdeführer 1 bis 3 beantragen in Ziffer 1 ihres Begehrens um Erlass vorsorglicher Massnahmen unter anderem die Beschränkung der Verwertungshandlungen während dem hängigen Verfahren auf sichernde und werterhaltende Massnahmen. Damit verlangen sie indessen, was bereits die Vorinstanz in Ziffer 10 des angefochtenen Entscheids verfügt hat. Sie tun nicht dar und es wird nicht ersichtlich, inwiefern die Konkursliquidatoren sich nicht an diese Auflage

gehalten hätten. Insofern fehlt es an einer Beschwer, und auf das Begehren ist in diesem Umfang mangels eines schutzwürdigen Interesses nicht eintzutreten.

1.4. Die Vorinstanz weist in ihrer Eingabe vom 17. Dezember 2007 darauf hin, dass der Beschwerdeführer 3 nicht befugt ist, in eigenem Namen vorsorgliche Massnahmen zu beantragen, welche nur den Konkurs der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 als juristische Personen betreffen. Dieser Hinweis ist richtig und steht in Einklang mit der konstanten Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (vgl. etwa BGE 131 II 306 E. 1.2.2 mit weiteren Hinweisen sowie das Urteil des Bundesgerichts 2A. 721/2006 vom 19. März 2007 E. 2.1). Auch insofern kann auf das Begehren nicht eingetreten werden.

1.5. Im Übrigen ist jedoch das zusammen mit der Verwaltungsbeschwerde eingereichte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen an die Hand zu nehmen, zumal die übrigen Prozessvoraussetzungen (form- und fristgerechte Beschwerde, gültige Vollmacht des Vertreters und fristgerechte Leistung des Kostenvorschusses; vgl. Art. 11, 50, 52 und 64 Abs. 4 VwVG) vorliegen.

2.

2.1. Vorsorgliche Massnahmen bezwecken, einen umfassenden und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Sie sollen eigenmächtige Veränderungen der Sach- und Rechtslage – das Schaffen vollendeter Tatsachen – verhindern und so die angestrebte tatsächliche Überprüfung von Rechtsverhältnissen sicherstellen. Mit vorsorglichen Massnahmen soll vermieden werden, dass Rechtsschutz nur unter Inkaufnahme erheblicher Nachteile erlangt werden kann oder gar illusorisch wird (vgl. hierzu und zum Folgenden: Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Rz 1 ff. zu Art. 27 VRPG; ferner: Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Zürich 1998, Rz 647 ff., je mit weiteren Hinweisen). Über einstweiligen Rechtsschutz muss in der Regel ohne weitere Beweiserhebungen – aufgrund der Akten – entschieden werden. Die gesuchstellende Partei muss eine Gefährdung ihres Rechtsanspruchs bloss glaubhaft machen. Es genügt, wenn eine Gefährdung aufgrund summarischer Prüfung zwar als wahrscheinlich erscheint, die Möglichkeit einer Fehlannahme aber nicht ausgeschlossen werden kann. Zusätzliche Anforderungen an das Glaubhaftmachen der Gefährdung

sind jedoch am Platz, wenn mit vorläufigen Massnahmen das Ergebnis eines Verfahrens unwiderruflich vorweggenommen wird. Stehen den Interessen am Erlass vorsorglicher Massnahmen andere private oder öffentliche Interessen gegenüber, so ist über den vorläufigen Rechtsschutz aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden. Dabei ist dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit grosse Bedeutung zuzumessen. Sind die Privatinteressen der von vorläufigen Anordnungen betroffenen Person nicht gering, so können auch die Erfolgsaussichten in der Hauptsache beleuchtet werden. Diese können bei der Abwägung aber nur wesentlich ins Gewicht fallen, wenn der Prozessausgang als eindeutig erscheint.

2.2. Diese allgemeinen Grundsätze sind auch für das bankenkonkursrechtliche Verfahren wegleitend, wobei hier gewisse Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Die Vorinstanz weist in ihrer Eingabe vom 17. Dezember 2007 darauf hin, dass die Konkurseröffnung und die damit verbundenen Wirkungen den generellen Schutz der Gläubiger und deren Gleichbehandlung bezwecken. Eine Verminderung des Schuldnervermögens und damit die zusätzliche Gefährdung der Gläubigerinteressen solle verhindert werden. Analog der Konkurseröffnung gemäss Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1), die von Gesetzes wegen sofort vollstreckbar sei und der die aufschiebende Wirkung in strenger Praxis nur zurückhaltend bei Vorliegen qualifizierter Voraussetzungen erteilt werde (Art. 36 und 174 SchKG; vgl. auch R. Giroud, Kommentar zu Art. 171 – 176 SchKG, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Basel etc. 1998, N 29 zu Art. 174 SchKG), müssten die mit der Konkurseröffnung verbundenen Wirkungen und Massnahmen sofort greifen, um ihren Zweck verwirklichen zu können. Bis zur Rechtskraft der angefochtenen Verfügung seien indessen vorliegend die Verwertungshandlungen ausdrücklich auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland beschränkt worden.

Dieses Vorgehen steht in Einklang mit der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (vgl. hierzu neuestens das Urteil des Bundesgerichts vom 19. Oktober 2007, 2C_171/2007 E. 3.3.3 mit Hinweisen auf BGE 131 II 306 Sachverhalt lit. C sowie E. 4.3.5; 132 II 382 ff., dort im Sachverhalt S. 384). Insbesondere bewirkt die Anordnung, Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken, den gebotenen Ausgleich zwischen den Interessen der

Gläubiger auf der einen und der betroffenen Finanzinstitute auf der anderen Seite.

2.3. Die Beschwerdeführerinnen haben sich innerhalb der erstreckten Frist zu den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen der Vorinstanz nicht geäussert. Sie legen nicht näher dar, inwiefern vorliegend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen werden sollte. Auch für das Bundesverwaltungsgericht ist – jedenfalls bei der nach dem Gesagten gebotenen summarischen Würdigung der Parteivorbringen – nichts ersichtlich, das ein Abweichen von der Praxis des Bundesgerichts verlangen würde. Insbesondere ist nicht einsehbar, weshalb den Konkursliquidatoren Äusserungen und Informationen gegenüber Kunden der Beschwerdeführerinnen oder Dritten verboten werden sollten, welche sich auf die im SHAB und der Website der Vorinstanz publizierte Konkurseröffnung beziehen. Demnach ist in dieser Hinsicht und bei einer summarischen Würdigung den Argumenten der Vorinstanz zu folgen. Ebensowenig erscheint es nach dem vorstehend Gesagten folgerichtig, nach Eröffnung des Konkurses die Konkursliquidatoren anzuweisen, "bereits angeordnete Liquidations- und Konkurshandlungen ... zu sistieren" sowie "Schritte zu veranlassen und Entscheidungen zu treffen, um eine geordnete Wiederaufnahme des Devisenhandels sicherzustellen, d.h. namentlich die laufenden Zahlungen auszuführen und die Withdrawal Requests der Kunden zu honorieren". Solches liesse sich mit der angestrebten Zielsetzung des angeordneten Konkurses bzw. mit einem rechtsgenüglichen Gläubigerschutz kaum vereinbaren. Ob, was die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerdeschrift bestreiten, die von der Vorinstanz getroffenen Feststellungen, die zur Konkurseröffnung geführt haben, zutreffen, nämlich der Vorwurf der widerrechtlichen gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen und der widerrechtlichen Verwendung des Ausdrucks "Bank" wie auch die Bejahung einer Überschuldung, ist Gegenstand des Hauptverfahrens und kann nicht im summarischen Verfahren entschieden werden. Dies umso weniger, als sich (auch nach Darstellung der Beschwerdeführerinnen) komplexe Fragen namentlich mit Bezug auf im Ausland abgewickelte Transaktionen stellen und die Beschwerdeführerinnen selber hierzu die Befragung zahlreicher Zeugen als erforderlich erachten.

Insofern ist das Gesuch der Beschwerdeführerinnen demnach abzuweisen.

3.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

3. Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2007-12-11/180/30839; Einschreiben mit Rückschein)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:	Die Gerichtsschreiberin:
Frank Seethaler	Marion Spori

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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 Beschwerdeführer in Händen haben, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 15. Februar 2008