Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-5272/2012

Urteil vom 17. Juli 2013

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Philippe Weissenberger,
Richter Frank Seethaler,
Gerichtsschreiber Alexander Schaer.

Parteien

1. **A._____ AG in Liquidation,**
vertreten durch Dr. iur. Kurt Langhard,
2. **B._____, A.S.,**
Zustelladresse: Dr. iur. Kurt Langhard,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

Gegenstand

Konkurseröffnung.

Sachverhalt:

A.

A.a Die A._____ AG in Liquidation (Beschwerdeführerin 1) mit Sitz in C._____ wurde am (…) unter der Firma D._____ AG im Handelsregister eingetragen. Mit Verfügung vom (…) wurde der damaligen E._____ AG die Bewilligung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Bank und mit Verfügung vom (…) die Bewilligung zur Weiterführung der Geschäftstätigkeit als Effektenhändlerin erteilt. (…) wurde die E._____ AG in A._____ AG umfirmiert. Mit Beschluss der Generalversammlung vom (…) wurde die Gesellschaft aufgelöst und in Liquidation versetzt. Als Liquidatorin wurde die PricewaterhouseCoopers AG in Zürich (nachfolgend: PwC) gewählt.

A.b Mit Reporting vom 5. September 2012 informierte die Beschwerdeführerin 1 die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (Vorinstanz) darüber, dass sie die Einhaltung der Eigenmittelvorschriften nicht mehr zu erfüllen vermöge und beantragte die sofortige Befreiung von der Verpflichtung zur Einhaltung derselben. Die PwC bestätigte mit Schreiben vom 7. September 2012, dass die Beschwerdeführerin 1 die Eigenmittelvorschriften nicht mehr einhalten könne.

A.c Mit Schreiben vom 10. September 2012 teilte die Vorinstanz dem Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 1 sowie der PwC mit, dass das erforderliche Mindestkapital unterschritten sowie die Eigenmittelvorschriften nicht mehr eingehalten würden, wodurch die Bewilligungsvoraussetzungen, die auch für Gesellschaften in freiwilliger Liquidation gelten würden, nicht mehr erfüllt seien. Sie setzte daraufhin der Beschwerdeführerin 1 Frist bis 13. September 2012, 15:00 Uhr, um die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes umzusetzen. Ebenfalls innert der gesetzten Frist hatte die Beschwerdeführerin 1 einen Zuschlag zum gesetzlichen Mindestkapital in der Höhe von Fr. 2 Mio. gemäss dem FINMA Rundschreiben 2011/2 "Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung Banken" zu leisten. Im Rahmen dieses Schreibens machte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin 1 darauf aufmerksam, dass sie gemäss Art. 25 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG, SR 952.0) bei Insolvenzgefahr Massnahmen – und dabei insbesondere auch die Konkurseröffnung – anordnen könne, wenn die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von ihr gesetzten Frist nicht erfüllt würden. Die im Schreiben angesetzte Frist sei eine solche Frist im Sinne von Art. 25 BankG.

In der Folge fanden zwischen der Beschwerdeführerin 1, der PwC sowie der Vorinstanz ein reger Austausch sowie mehrere Sitzungen statt. Dabei wurde namentlich mittels Schreiben vom 14. bzw. 21. September 2012 die Frist zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes bis 21. September 2012, 16:00 Uhr erstreckt.

A.d Mit Eingabe vom 21. September 2012 erhob die Beschwerdeführerin 1 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Schreiben der Vorinstanz vom 10., 14. und 21. September 2012 (Verfahren B-4966/2012). Nach der Konkurseröffnung über die Beschwerdeführerin 1 wurde dieses Verfahren mit Entscheid vom 20. März 2013 als gegenstandslos geworden vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben. Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen, da er unangefochten blieb.

A.e Im Nachgang zum Schreiben der Vorinstanz vom 21. September 2012 kam es erneut zu einem regen Austausch zwischen der Beschwerdeführerin 1, der PwC sowie der Vorinstanz. Schliesslich eröffnete die Vorinstanz mit Verfügung vom 8. Oktober 2012 den Konkurs über die Beschwerdeführerin 1 und entzog ihr die Bewilligung als Bank sowie als Effektenhändlerin. Als Konkursliquidatorin wurde die PwC eingesetzt sowie einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen.

B.

B.a Mit Eingabe vom 9. Oktober 2012 erhob die Beschwerdeführerin 1 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Oktober 2012 (Verfahren B-5272/2012).

In materieller Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin 1 die Aufhebung der Verfügung und die Zurückweisung der Streitsache an die Vorinstanz mit der verbindlichen Weisung, der Beschwerdeführerin in Form einer schriftlichen und begründeten Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung Frist im Sinne von Art. 25 Abs. 1 BankG anzusetzen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin 1 aus, dass die Vorinstanz zu Unrecht Art. 25 BankG angerufen habe, da diese Norm die Verhinderung einer Liquidation bezwecke und eine solche bereits auf freiwilliger Basis im Gange sei. Daher müsse die Verfügung der Vorinstanz mangels gesetzlicher Grundlage aufgehoben werden. Auch habe die Vorinstanz vor der Konkurseröffnung keine Frist im Sinne von Art. 25 Abs. 1 BankG gesetzt und damit die Verfahrensvorschriften verletzt.

Verfahrensrechtlich beantragt die Beschwerdeführerin 1 unter anderem die superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie den Erlass mehrerer superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen: So seien die Publikation der Konkurseröffnung, der Erlass des Schuldenrufs sowie der Eintrag ins Handelsregister zu verbieten und die Konkurseröffnung aufzuheben.

B.b Ebenfalls mit Eingabe vom 9. Oktober 2012 erhob die B._____, A.S. (Beschwerdeführerin 2) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Oktober 2012 (Verfahren B-5273/2012). Dies erfolgte mit denselben Anträgen und der gleichen Begründung wie die Beschwerdeführerin 1.

C.
Mit Zwischenverfügung vom 11. Oktober 2012 wies der Instruktionsrichter die Gesuche der Beschwerdeführerinnen um superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden sowie um Erlass mehrerer superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen ab und lud gleichzeitig die Vorinstanz ein, grundsätzlich zur Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden sowie zum Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen Stellung zu nehmen.

D.
Mit Verfügung vom 26. Oktober 2012 wurden die beiden Verfahren B-5272/2012 sowie B-5273/2012 unter der Verfahrensnummer B-5272/2012 vereinigt.

E.
Mit Stellungnahme vom 26. Oktober 2012 beantragte die Vorinstanz die Abweisung aller Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden sowie den Erlass vorsorglicher Massnahmen unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerinnen.

F.
Mit Eingabe vom 7. November 2012 reichte die Beschwerdeführerin 1 eine ergänzte Beschwerdeschrift ein, dies mit den materiell gleichen Begehren wie in der Beschwerde vom 9. Oktober 2012. In formeller Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin 1 im Wesentlichen nur noch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Ergänzend zu den Vorbringen vom 9. Oktober 2012 rügt die Beschwerdeführerin 1 die Unangemessenheit der vorinstanzlich verfügten Massnahmen.

G.
Mit Zwischenverfügung vom 12. November 2012 wies der Instruktionsrichter die Gesuche der Beschwerdeführerinnen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der jeweiligen Beschwerde sowie auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen ab, soweit darauf eingetreten wurde.

H.
Mit Vernehmlassung vom 21. November 2012 beantragt die Vorinstanz, dass auf die Beschwerde sowie die darin aufgeführten Gesuche der Beschwerdeführerin 2 nicht einzutreten sei, eventualiter seien diese vollumfänglich abzuweisen. Die Beschwerde sowie die darin aufgeführten Gesuche der Beschwerdeführerin 1 wiederum seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Alles jeweils unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerinnen.

Hinsichtlich der Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 bringt die Vorinstanz vor, dass es gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG ausgeschlossen sei, dass die Eigner einer Bank Beschwerde gegen eine Konkurseröffnung führen könnten. Auch sei die Beschwerdelegitimation im Sinne von Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) nicht gegeben.

Hinsichtlich der Recht- und Verhältnismässigkeit der Konkurseröffnung bringt die Vorinstanz vor, dass die Eigenmittelvorschriften auch für Gesellschaften in freiwilliger Liquidation gelten würden und im vorliegenden Fall erheblich verletzt worden seien, was einen Insolvenzgrund im Sinne von Art. 25 BankG darstelle. Eine Freistellung von der Erfüllung der Eigenmittelvorschriften sei nicht möglich; die Vorschläge der Beschwerdeführerinnen hätten nichts an der Eigenmittelunterdeckung ändern können. Insbesondere hätten die Garantien nicht als Eigenmittel berücksichtigt werden können. Mildere Massnahmen wie beispielsweise Schutzmassnahmen oder Sanierungsverfahren seien nicht in Frage gekommen. Schliesslich weist die Vorinstanz darauf hin, dass ihren Schreiben vom 10. und 14. September 2012 kein Verfügungscharakter zukomme und in einem unter Aufsicht der Vorinstanz durchgeführten Konkursverfahren der Schutz der Gläubigerinteressen besser gewährleistet sei als in einer freiwilligen Liquidation.

I.
Mit Eingabe vom 28. Februar 2013 bringt die Beschwerdeführerin 1 unter

Vorlage neuer Beweismittel vor, dass davon auszugehen sei, dass sich die Eigenmittelsituation der Beschwerdeführerin 1 nunmehr in einem Masse entspannt habe, dass die Eigenmittelvorschriften erfüllt seien. Somit sei die Grundlage für die Konkurseröffnung entfallen und der Konkurs aufzuheben. Sie erneuerte in diesem Zusammenhang ihr Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

J.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Eingabe vom 5. April 2013, die Noveneingabe der Beschwerdeführerin 1 aus dem Recht zu weisen, da einerseits die Eingabe verspätet sei und es sich andererseits um unzulässige echte Noven handle. Schliesslich sei belegt, dass die Beschwerdeführerin 1 weiterhin nicht über die notwendigen Eigenmittel verfüge.

K.
Mit Zwischenverfügung vom 19. April 2013 wies der Instruktionsrichter das erneute Gesuch der Beschwerdeführerin 1 auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

L.
Mit Verfügung vom 3. Mai 2013 forderte der Instruktionsrichter bei der Vorinstanz diverse, in der Verfügung vom 8. Oktober 2012 zitierte, Dokumente ein. Die Vorinstanz kam diesem Editionsersuchen mit Schreiben vom 15. Mai 2013 nach.

M.
Mit Stellungnahme vom 31. Mai 2013 äusserte sich die Beschwerdeführerin 1 zu den edierten Dokumenten. Dabei stellt sie sich insbesondere auf den Standpunkt, dass sie einen Anspruch darauf gehabt hätte, dass die Vorinstanz klar und unmissverständlich anordne, was sie vorzukehren habe, um den von der Vorinstanz behaupteten Missstand zu beseitigen. Doch sei selbst die Vorinstanz nicht in der Lage gewesen, klar zu definieren, welche Anforderungen die Beschwerdeführerin 1 hätte erfüllen müssen.

Im Weiteren bestreitet die Beschwerdeführerin 1 sowohl die Richtigkeit als auch die Vollständigkeit der in der Email vom 2. Oktober 2012 aufgeführten Sachverhaltsdarstellung hinsichtlich einer gleichentags stattgefundenen Sitzung, die im Übrigen von den Vertretern der Beschwerdeführerin 1 lediglich als Diskussionsrunde verstanden worden sei. Schliesslich

zeige die aktuelle Eigenmittel- und Eigenkapitalsituation der Beschwerdeführerin 1 auf, dass kein Konkursverfahren notwendig gewesen wäre.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021). Darunter fällt auch die vorliegende, von der Vorinstanz erlassene Verfügung (vgl. Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1]). Da kein Ausschlussgrund nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht somit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerden im Sinne der Art. 31 und 33 lit. e VGG zuständig.

1.2 Als Adressatin der Verfügung ist die Beschwerdeführerin 1 beschwerdelegitimiert im Sinne von Art. 48 VwVG. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift wurden gewahrt (vgl. Art. 50 sowie 52 Abs. 1 VwVG), die Vertretungsvollmacht liegt vor und der Kostenvorschuss wurde geleistet. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen (vgl. E. 3.2.1) einzutreten.

1.3 Die angefochtene Verfügung richtet sich nur an die Beschwerdeführerin 1 und nicht an die Beschwerdeführerin 2. Dritte sind grundsätzlich nur dann zur Anfechtung einer adressatenbelastenden Verfügung legitimiert, wenn sie ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Verfügung haben und in einer besonderen, beachtenswerten nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N. 34).

Praxisgemäss gelten der Allein- oder Mehrheitsaktionär und der wirtschaftlich Berechtigte nicht als zur Beschwerde legitimiert, da und soweit sie über die beherrschte Gesellschaft selber an das Bundesverwaltungsgericht gelangen können (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.2 mit Hinweisen). Wie bereits unter E. 1.2 ausgeführt, ist auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1, welche die einzige Adressatin der Verfügung ist, unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen (vgl. E. 3.2.1) einzutreten, wodurch die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 2 gänzlich dahinfällt.

Nichts anderes ergibt sich spezialgesetzlich aus dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG, SR 952.0). So können gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG die Gläubiger und Eigner einer Bank im Zusammenhang mit Massnahmen bei Insolvenzgefahr (Art. 25-32 BankG) bzw. im Bankenkonkurs (Art. 33-37*g* BankG) lediglich gegen die Genehmigung des Sanierungsplans sowie gegen Verwertungshandlungen Beschwerde führen (vgl. RENATE SCHWOB, in: Daniel Bodmer et al. [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2013, Art. 24 N. 4 u. 6, TOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, in: Rolf Watter et al. [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005, Art. 24 N. 26 u. 28, BGE 131 II 306 E. 1.1, Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060, 8078, nachfolgend: Botschaft Änderung BankG 2002). Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist demzufolge nicht einzutreten.

2.

Der Finanzmarktaufsicht unterstehen gemäss Art. 3 lit. a FINMAG alle Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Vorinstanz benötigen, so insbesondere auch Banken (vgl. Art. 3 Abs. 1 BankG). Als Bewilligungsträger untersteht die Beschwerdeführerin 1 dabei der Aufsicht der Vorinstanz auch im Verfahren der freiwilligen Liquidation (vgl. URS EMCH ET AL., Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, S. 971 u. 998, Rz. 3128 u. 3206). Die Vorinstanz wiederum trifft als Aufsichtsbehörde über den Finanzmarkt die zum Vollzug des Bankengesetzes und dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (vgl. Art. 3, Art. 6 Abs. 1 sowie Art. 56 FINMAG). Erhält sie von Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (vgl. Art. 31 FINMAG). Bei der Wahl des

geeigneten Mittels hat die Vorinstanz im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits, Rechnung zu tragen. Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist dabei weitgehend ihrem "technischen Ermessen" anheimgestellt (BGE 131 II 306 E. 3.1.2, 130 II 351 E. 2.1, jeweils mit Hinweisen).

3.

3.1

3.1.1 Mit Eingabe vom 28. Februar 2013 bringt die Beschwerdeführerin 1 vor, dass sie Mitte Februar 2013 in den Besitz einer in ihrem Namen erfolgten Eingabe mit Datum 21. Dezember 2012 im Rahmen eines von ihr am 27. August 2010 vor dem (…)gericht des Kantons (…) anhängig gemachten, mittlerweile jedoch von der Konkursliquidatorin geführten Prozesses gekommen sei. Gemäss den in dieser Eingabe aufgeführten Angaben sei davon auszugehen, dass sich die Eigenmittelsituation der Beschwerdeführerin 1 nunmehr in einem Masse entspannt habe, dass die Eigenmittelvorschriften erfüllt seien. Die Zwischenbilanzen der Beschwerdeführerin 1 bis und mit 30. November 2012 würden eine finanziell gesunde Situation zeigen; es liege keine Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung vor; die Beschwerdeführerin 1 könne allen ihren Verpflichtungen nachkommen. Somit sei die Grundlage für die Konkurseröffnung entfallen und der Konkurs aufzuheben.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Eingabe vom 5. April 2013, die Noveneingabe der Beschwerdeführerin 1 aus dem Recht zu weisen. So müssten gemäss dem analog anwendbaren Art. 174 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1) echte Noven in zeitlicher Hinsicht mit der Beschwerdebegründung vorgebracht werden. Dies sei vorliegend nicht geschehen, wodurch die Noven nicht berücksichtigt werden könnten. Auch handle es sich inhaltlich um unzulässige echte Noven, da die Aufzählung in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend sei und die Tatbestände der Beseitigung der Überschuldung bzw. der Verbesserung der Eigenmittelsituation dort nicht aufgeführt sei. Schliesslich lasse sich der Übersicht der Konkursliquidatorin per 31. März 2013 eine Eigenmittelunterdeckung von Fr. 5'175'547.- ent-

nehmen, wodurch belegt sei, dass die Beschwerdeführerin 1 weiterhin nicht über die notwendigen Eigenmittel verfüge.

3.1.2 Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dürfen im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannte, neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor (sog. unechte Nova) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Nova) zugetragen haben, vorgebracht werden. Gleiches gilt für neue Beweismittel. Es ist dabei grundsätzlich Sache der Parteien, die neuen Sachverhaltselemente zu belegen, während das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid abzuwägen hat, inwiefern die neuen Tatsachen und Ereignisse geeignet sind, die angefochtene Entscheidung zu beeinflussen (vgl. ANDRÉ MOSER ET AL., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 92 f., Rz. 2.204 u. 2.207).

Im vorliegenden Fall kann die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 174 Abs. 2 SchKG offen gelassen werden, da die Beschwerdeführerin 1 aus den vorgebrachten Noven die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen ohnehin nicht in Frage zu stellen vermag. So ist die von der Beschwerdeführerin 1 geltend gemachte, inzwischen eingetretene Verbesserung der finanziellen Situation der Beschwerdeführerin 1 sowie die Zunahme der Eigenmittel gerade der Zweck des Bankenkonkursverfahrens und denn auch hauptsächlich den in diesem Zusammenhang verfügten Massnahmen zu verdanken. Auch steht vorliegend die Frage der Zahlungsfähigkeit bzw. Schuldensituation der Beschwerdeführerin 1 nicht zur Diskussion; das vorliegende Verfahren dreht sich einzig und allein um die Frage der Erfüllung der einschlägigen Eigenmittelvorschriften. Diesbezüglich kann die Beschwerdeführerin 1 aus der eingereichten Eingabe vom 21. Dezember 2012 nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ganz im Gegenteil wird selbst in dieser Eingabe der Umstand erwähnt, dass der Konkurs gestützt auf Art. 25 BankG eröffnet wurde, da die Beschwerdeführerin 1 "infolge der freiwilligen Liquidation und der entsprechenden Bildung von Rückstellungen, (…), die gesetzlichen Eigenmittelvorschriften nicht mehr erfüllte". Schliesslich belegt auch die ihrer Eingabe vom 5. April 2013 beigelegte, von der Konkursliquidatorin auf den Angaben des CFO der Beschwerdeführerin 1 erstellten Übersicht der Vorinstanz zur Eigenmittelsituation der Beschwerdeführerin 1, dass in der Zeit von Ende Oktober 2012 bis Ende März 2013 weiterhin konstant eine Eigenmittelunterdeckung sowie ein Mindestkapitalfehlbetrag vorlagen.

3.2

3.2.1 Nicht einzutreten ist auf die Kritik der Beschwerdeführerin 1 gegenüber den Handlungen der Konkursliquidatorin. So ist das Bundesverwaltungsgericht weder Aufsichtsbehörde der Vorinstanz noch der Konkursliquidatorin, wodurch auf Beanstandungen hinsichtlich deren Geschäftstätigkeit nicht eingetreten werden kann (vgl. Art. 33 Abs. 2 BankG, Art. 21 Abs. 4 FINMAG).

In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass es im Rahmen des Bankenkonkurses der Konkursliquidatorin obliegt, die notwendige Geschäftsführung zu besorgen und die Konkursmasse vor Gericht zu vertreten (vgl. Art. 9 der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Banken und Effektenhändlern vom 30. Juni 2005 [Bankenkonkursverordnung-FINMA, aBKV-FINMA, AS 2005 3539, in Kraft bis 31. Oktober 2012] bzw. Art. 13 der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern vom 30. August 2012 [Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA, SR 952.05, in Kraft seit 1. November 2012]). Die Organe der Beschwerdeführerin 1 erhalten dabei nur insoweit Informationen, als diese für die Ausübung ihrer Rechte und Aufgaben im Konkurs notwendig sind (vgl. Art. 739 Abs. 2, i.V.m. Art. 740 Abs. 5 i.V.m. Art. 743 OR). Die Konkursliquidatorin verfügt über keinerlei Verfügungskompetenz und gegen ihre Handlungen ist keine Beschwerde möglich (vgl. Art. 6 aBKV-FINMA bzw. Art. 6 BIV-FINMA). Vielmehr hätte die Beschwerdeführerin 1 in diesem Zusammenhang bei der Vorinstanz den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen müssen, wobei ein dahingehender Anspruch nur bei Verwertungshandlungen bestehen würde (vgl. RENATE SCHWOB, Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz, Art. 33 N. 11, EMCH ET AL., a.a.O., S. 1014, Rz. 3250, BAUER, BSK BankG, Art. 33 N. 33, Botschaft Änderung BankG 2002, 8079).

3.2.2 Abzuweisen sind schliesslich die Editionsbegehren der Beschwerdeführerin 1. So ist vor dem Hintergrund der vorgängig gemachten Ausführungen sowie der zahlreichen Finanzunterlagen, die bereits bei den Akten liegen, nicht ersichtlich, inwieweit eine Edition der seit Konkurseröffnung erstellten Reportings der Konkursliquidatorin bzw. der Zwischenbilanzen der Vorinstanz für den vorliegenden Fall entscheidrelevant wären. Eine solche Relevanz vermag auch die Beschwerdeführerin 1 in ihrer Eingabe nicht darzulegen. Da der Untersuchungsgrundsatz das Bundesverwaltungsgericht lediglich dazu verpflichtet, den entscheiderheblich er-

scheinenden Umständen nachzugehen, rechtfertigt es sich, in antizipierter Beweiswürdigung auf die Edition der genannten Akten zu verzichten (vgl. CHRISTOPH AUER, in: Christoph Auer et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 12 N. 17).

4.

Die Beschwerdeführerin 1 bringt unter anderem vor, dass die Vorinstanz zu Unrecht Art. 25 BankG angerufen habe, da diese Norm die Verhinderung einer Liquidation bezwecke und eine solche bereits auf freiwilliger Basis im Gange sei. Daher müsse die Verfügung der Vorinstanz mangels gesetzlicher Grundlage aufgehoben werden.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 1 ist das Verfahren nach Art. 25 Abs. 1 BankG auch anwendbar auf eine Bank, die sich bereits im Stadium der freiwilligen Liquidation befindet (vgl. EMCH ET AL., a.a.O., S. 1006, Rz. 3224). So ist das Hauptziel der Anordnung von Massnahmen nach Art. 25 ff. BankG der Gläubigerschutz (vgl. Botschaft Änderung BankG 2002, 8079). Dabei ist es durchaus möglich, dass die Konkursliquidation der Bank im Sinne von Art. 25 Abs. 1 lit. c BankG in diesem Verfahrensstadium die einzige Möglichkeit ist, (weiteren) Schaden von den Gläubigern fernzuhalten (vgl. Art. 33 Abs. 1 BankG). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 1 werden denn auch die Gläubigerinteressen im Verfahren der freiwilligen Liquidation nicht per se besser gewahrt als im Rahmen der Bankenkonkursliquidation, steht doch, wie bereits ausgeführt, gerade im Bankenkonkursverfahren der Gläubigerschutz im Zentrum der zu treffenden Massnahmen.

Es gilt festzuhalten, dass eine bewilligte Bank auch im Stadium der freiwilligen Liquidation die gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich vollständig zu erfüllen hat. Dies gilt insbesondere auch für die erforderlichen Eigenmittel, die – vorbehältlich Art. 4 Abs. 3 BankG – "jederzeit" (vgl. Botschaft Änderung BankG 2002, 8063) zu halten sind, wobei jeder nicht innert Frist korrigierte Eigenmittelmangel eine "grobe Verletzung der gesetzlichen Pflichten" darstellt und einen Bewilligungsentzug sowie damit verbunden die sofortige Liquidation rechtfertigt (vgl. EVA HÜPKES, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht – die Bankenkommission als Konkursbehörde, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 4/2002, S. 126, Botschaft Änderung BankG 2002, 8063). Folgerichtig ist es denn auch grundsätzlich nicht möglich, eine Bank von den Eigenmittelanforderungen "freizustellen", wie es die Beschwerdeführerin 1 in ihrem Reporting vom

5. September 2012 beantragte. Wie der Botschaft klar zu entnehmen ist, stellt die Nichterfüllung der gesetzlichen Eigenmittelvorschriften eine "zumindest potentielle Gefährdung von Gläubigerinteressen" dar, wodurch die "Insolvenzgefahr" als Voraussetzung für die Ergreifung von Massnahmen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 BankG in solchen Fällen jeweils gegeben ist (vgl. HÜPKES, a.a.O., S. 130, Botschaft Änderung BankG 2002, 8079). Der Bewilligungsentzug kann dabei auch im Stadium der freiwilligen Liquidation erfolgen, ist es doch – wie der vorliegende Fall zeigt – ohne weiteres möglich, dass diese durch die Nichterfüllung der gesetzlichen Eigenmittelvorschriften entstandene Insolvenzgefahr erst im Rahmen einer solchen Liquidation eintritt.

5.
Die Beschwerdeführerin 1 bringt weiter vor, dass die Vorinstanz vor der Konkurseröffnung keine Frist im Sinne von Art. 25 Abs. 1 BankG gesetzt und damit die Verfahrensvorschriften verletzt habe. Daher müsse die Verfügung aufgehoben und die Streitsache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden, dies mit der Weisung, der Beschwerdeführerin 1 erst in Form einer schriftlichen und begründeten Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung Frist im Sinne von Art. 25 Abs. 1 BankG anzusetzen.

5.1 Indem die Beschwerdeführerin 1 verlangt, dass die Vorinstanz die bei Eigenmittelproblemen gemäss Art. 25 Abs. 1 BankG zu setzende Frist in Form einer mit Rechtsmittelbelehrung versehenen Verfügung anzusetzen hat, verkennt sie die Funktionsweise des Verfahrens nach Art. 25 Abs. 1 BankG im Zusammenhang mit dem Nichterfüllen von Eigenmittelvorschriften.

Beim Eintritt von Eigenmittelproblemen ist es in erster Linie das Ziel der Vorinstanz, einen Weg zu finden, um eine Liquidation zu verhindern (vgl. Botschaft Änderung BankG 2002, 8063). Die Botschaft beschreibt dieses Vorgehen mehrfach als "stille Sanierungsbemühungen" bzw. "informelle Bemühungen zur stillen Sanierung" oder einfach "stille Sanierung" (vgl. Botschaft Änderung BankG 2002, 8063 f., 8070). Doch nicht nur den Materialien, sondern auch aus dem Sinn der Norm lässt sich erschliessen, dass es sich bei den Aktivitäten der Vorinstanz bis zum Erlass der Verfügung vom 8. Oktober 2012 um sogenanntes "informelles Verwaltungshandeln" handelt und nicht um das Handeln mittels anfechtbarer Verfügungen.

Ziel des informellen Verwaltungshandelns ist es, ein bestimmtes Ziel mit Hilfe von rechtlich nicht geregelten Tathandlungen statt durch Verfügung oder verwaltungsrechtlichen Vertrag zu erreichen (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, S. 170, Rz. 734). So soll mit den "stillen Sanierungsbemühungen" insbesondere auch verhindert werden, dass der betreffenden Bank aufgrund der hohen Marktsensibilität in diesen Fragen ein irreparabler Schaden, insbesondere durch den zu erwartenden Abfluss von Kundengeldern bis hin zu einem eigentlichen "bank run" entsteht, was bei einer Fristansetzung mittels Verfügung inklusive der dadurch ermöglichten gerichtlichen Verfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten würde. An diesem Umstand ändert sich auch nichts, wenn sich die betreffende Bank im Stadium der freiwilligen Liquidation befindet. Eine solche Vorgehensweise der Vorinstanz liegt daher insbesondere auch im Interesse der betreffenden Bank.

Wenn die Beschwerdeführerin 1 vorbringt, dass die erwähnten Schreiben ihr Pflichten auferlegt hätten und daher von Verfügungen auszugehen sei, so übersieht sie, dass es nicht die Schreiben der Vorinstanz waren, die der Beschwerdeführerin 1 die Pflicht zur Erfüllung der Eigenmittel- und Mindestkapitalvorschriften auferlegt haben. Die Schreiben der Vorinstanz halten lediglich fest, was bereits seit Beginn der Bankentätigkeit für die Beschwerdeführerin 1 galt und sind daher ein blosser Verweis auf bereits bestehende gesetzliche Pflichten. Die Schreiben haben denn auch vielmehr den Charakter eines aus anderen Verwaltungsverfahren bekannten Verfügungsentwurfs im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs mit der Androhung von Säumnisfolgen im Sinne von Art. 23 VwVG (vgl. denn auch E. 4 der Verfügung vom 8. Oktober 2012). Des Weiteren ist festzuhalten, dass der definitive Inhalt einer möglichen Verfügung in dieser Phase in keiner Art und Weise im Sinne einer "Vorfrage" bereits entschieden war, wie dies die Beschwerdeführerin 1 moniert. Ganz im Gegenteil hätte es die Beschwerdeführerin 1 in der Hand gehabt, durch eigenes Handeln den Verfügungsinhalt massgeblich zu beeinflussen, dies bis hin zu einem Verzicht auf eine Verfügung, falls die Eigenmittel- und Mindestkapitalvorschriften erfüllt worden wären. Das reine In-Aussicht-Stellen einer Verfügung durch die Vorinstanz stellt denn auch mangels erzeugter Rechtswirkungen keine Verfügung dar (vgl. FELIX UHLMANN, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 5 N. 91).

Die Vorinstanz ist somit korrekt vorgegangen, indem sie die nach Art. 25 Abs. 1 BankG zu setzende Frist nicht in Verfügungsform erlassen hat. Erst der eigentliche Entscheid der Vorinstanz über die Erfüllung der Eigenmittelvorschriften nach Fristablauf und die dadurch anzuordnenden Massnahmen hat in Form einer Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung zu ergehen.

5.2 Auch hinsichtlich der Fristsetzung an sich kann der Vorinstanz kein fehlerhaftes Handeln vorgeworfen werden. Die in Art. 25 Abs. 1 BankG verlangte Fristansetzung hat die Vorinstanz – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 1 – bereits mit ihrem Schreiben vom 10. September 2012 getätigt, in welchem sie Frist bis 13. September 2012, 15:00 Uhr setzte. Dabei ist anzumerken, dass die Vorinstanz in diesem Schreiben insbesondere auch darauf aufmerksam gemacht hat, dass es sich hierbei um eine Frist im Sinne von Art. 25 Abs. 1 BankG handle und dass sie Massnahmen im Sinne der genannten Bestimmung (und dabei insbesondere auch die Konkurseröffnung) verfügen könne.

6.

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin 1 die von der Vorinstanz verfügten Massnahmen als unangemessen. Auch hier kann der Beschwerdeführerin 1 nicht gefolgt werden.

6.1

6.1.1 Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, BankV, SR 952.02) sieht vor, dass eine Bank zum Erhalt einer Bewilligung (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG) grundsätzlich ein voll einbezahltes Mindestkapital von mindestens Fr. 10 Mio. aufweisen muss. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler vom 29. September 2006 (Eigenmittelverordnung, aERV, AS 2006 4307; in Kraft bis 31. Dezember 2012) mussten Banken und Effektenhändler zudem einzeln und auf konsolidierter Basis entsprechend ihrer Geschäftstätigkeit und Risiken über angemessene Eigenmittel und Liquidität verfügen und ihre Risiken angemessen begrenzen. Den Nachweis angemessener Eigenmittel hatten die Banken vierteljährlich mittels eines von der Vorinstanz festgelegten Eigenmittelausweises zu erbringen und innert zweier Monate bei der Schweizerischen Nationalbank einzureichen (Art. 13 Abs. 1 aERV). Der Eigenmittelausweis wiederum war auf konsolidierter Basis halbjährlich einzureichen (Art. 13 Abs. 2 aERV).

6.1.2 Mit Reporting vom 5. September 2012 informierte die Beschwerdeführerin 1 die Vorinstanz dahingehend, dass sie die Eigenmittelvorschriften nicht mehr einzuhalten vermöge. Die PwC als Liquidatorin der Beschwerdeführerin 1 bestätigte diese Aussage mit Schreiben vom 7. September 2012 und die Vorinstanz mit Schreiben vom 10. September 2012. Letztere wies in ihrem Schreiben vom 10. September 2012 zudem darauf hin, dass auch das erforderliche Mindestkapital unterschritten werde. Mit Schreiben vom 14. September 2012 meldete die PwC schliesslich die weiterhin vorliegende Nichterfüllung der Eigenmittelvorschriften. Trotz den anschliessenden Bemühungen, den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen, stellte die KPMG AG in Zürich (nachfolgend: KPMG) mit Schreiben vom 24. September 2012 einen Eigenmittelfehlbetrag (inkl. Klumpenrisiken) von rund Fr. 15,2 Mio. sowie einen Mindestkapitalfehlbetrag von rund Fr. 10,4 Mio. fest. Die PwC bestätigte die Feststellungen der KPMG mit Schreiben vom 25. September 2012 vollumfänglich. Schliesslich meldete die PwC auch mit Schreiben vom 5. Oktober 2012 die weiterhin vorliegende Nichterfüllung der Eigenmittelvorschriften, wobei sich der Eigenmittelfehlbetrag unter Berücksichtigung der Klumpenrisiken auf rund Fr. 14,1 Mio. sowie der Mindestkapitalfehlbetrag auf rund Fr. 10 Mio. belaufe.

Die Beschwerdeführerin 1 bringt keinerlei Punkte vor, welche die soeben aufgeführten Feststellungen ihrer Liquidatorin, der Vorinstanz sowie der KPMG in Zweifel zu ziehen vermögen. Auch übersieht sie in ihrer ergänzten Beschwerdeschrift den Umstand, dass sie selber am 5. September 2012 die Nichterfüllung der Eigenmittelvorschriften meldete. Es kann denn auch keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz diesbezüglich den Sachverhalt und dabei insbesondere auch das Ausmass der Fehlbeträge nicht richtig festgestellt habe oder dass nicht klar gewesen wäre, welche Missstände die Beschwerdeführerin 1 zu beheben gehabt hätte.

6.1.3 Die Beschwerdeführerin 1 kritisiert, dass zwei von der F._____, A.S., in G._____ mit Datum vom 21. September 2012 ausgestellte Garantien über einen Betrag von a) rund Fr. 9,4 Mio. zur Deckung aller aus potentiellen Rechtsfällen resultierenden Kosten (No. […]) bzw. b) über netto Fr. 2 Mio. (Gesamtsumme rund Fr. 7,9 Mio.) zur – falls das Kapital der Beschwerdeführerin 1 nicht genügen sollte – Deckung der aus der Liquidation resultierenden Kosten (No. […]) nicht akzeptiert wurden bzw. dass die Vorinstanz unkritisch den Empfehlungen der KPMG gefolgt sei.

Mit dieser Argumentation übersieht die Beschwerdeführerin 1 den klaren Wortlaut der entsprechenden rechtlichen Grundlagen. Gemäss Art. 16 Abs. 1 aERV mussten Eigenmittel grundsätzlich vollständig einbezahlt oder betriebsintern generiert sein, um angerechnet werden zu können. Eigenmittel, die diesen Anforderungen nicht Rechnung trugen, waren nicht anrechenbar (vgl. PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, S. 587, Rz. 239). Die Art. 17 ff. aERV beschrieben die Zusammensetzung der Bestandteile der Eigenmittel sowie das jeweils anrechenbare Kapital. Wie Rz. 17a-1 des FINMA Rundschreiben 2008/2 "Rechnungslegung Banken" (nachfolgend: FINMA-RS 2008/2) i.V.m. Art. 14 aERV festhält, muss der Wert eines Vermögenswertes verlässlich ermittelt werden können, um als Aktiva angerechnet werden zu können. Falls eine hinreichend genaue Schätzung nicht möglich ist, handelt es sich gemäss klarem Wortlaut lediglich um eine Eventualforderung. Nichts anderes stellt die KPMG in ihrem Schreiben vom 24. September 2012 fest. Dass die beiden vorliegend zur Diskussion stehenden Garantien den genannten Anforderungen nicht entsprechen, räumt selbst die Beschwerdeführerin 1 ein, betont sie doch in ihrer ergänzten Beschwerdeschrift, dass "der Wert dieser Garantien, losgelöst vom Gesamtzusammenhang, nicht genau festgelegt werden kann".

Mit Schreiben vom 21. September 2012 hat die Vorinstanz der Liquidatorin der Beschwerdeführerin 1 mitgeteilt, welche Bedingungen erfüllt werden müssten, damit die Garantien als Aktiva im Sinne von Rz. 17a-1 FINMA-RS 2008/2 angerechnet werden könnten: Nominalwert von Fr. 10 Mio., Ausstellung durch eine der beiden Schweizer Grossbanken, Mindestlaufzeit von zehn Jahren, Auszahlung jederzeit auf erstmaliges Verlangen der Liquidatorin der Beschwerdeführerin 1 und/oder der Vorinstanz ohne jegliche Einredemöglichkeit und ohne jeglichen Trigger-Event. Ausserdem habe die Aktionärin der Beschwerdeführerin 1 einen Kapitaleinschuss von mindestens Fr. 2 Mio. in bar zu leisten. Dass die Vorinstanz diese Bedingungen (und dabei insbesondere auch diejenige der Ausstellung durch eine der beiden Schweizer Grossbanken) aufstellte, ist angesichts des ihr in diesem Bereich zukommenden weiten Ermessens nicht zu beanstanden. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass es sich vorliegend bei den zur Diskussion stehenden Aktiva "lediglich" um Garantien handelte und die Initiative für diese Alternativlösung inklusive ihrer Eckwerte von Seiten der Liquidatorin der Beschwerdeführerin 1 ausging. Diese schlug nämlich in ihrem Schreiben vom 20. September 2012 ein "auf erste Aufforderung bedingungslos und vollumfänglich zu leistendes Zahlungsversprechen einer Schweizer Gross-

bank (CS oder UBS), nach Möglichkeit unbefristet oder mindestens 10 Jahre Laufzeit (…)" vor. Auch verkennt die Beschwerdeführerin 1, dass die Bedingungen den Mindestanforderungen an Garantien im Sinne des FINMA Rundschreibens 2008/19 "Kreditrisiken Banken" (in der vorliegend anwendbaren Version vom 17. November 2010; nachfolgend: FINMA-RS 2008/19) i.V.m. Art. 47 aERV entsprechen (Rz. 202 ff.) und die Liquidatorin der Beschwerdeführerin 1 in ihrem Schreiben vom 20. September 2012 die Ausgestaltung der Garantien explizit "gemäss den Bestimmungen von FINMA-RS 2008/19" beantragte. Nachdem diese Regelungen – wie im Übrigen auch die Eigenmittel- und Mindestkapitalvorschriften ganz im Allgemeinen – unterschiedslos für alle (inländischen wie ausländischen) Banken in der Schweiz gelten, ist zudem nicht ersichtlich, inwieweit das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und (…) ([…], nachfolgend: Investitionsschutzabkommen) bzw. insbesondere auch – ganz unabhängig von der grundsätzlichen Frage der Anwendbarkeit – die bilateralen Abkommen mit der Europäischen Union verletzt sein sollten. Der Vollständigkeit halber sei im Zusammenhang mit dem Investitionsschutzabkommen erwähnt, dass die Beschwerdeführerin den in Art. (…) des Abkommens geregelten Streitbeilegungsmechanismus hätte durchlaufen müssen und das Bundesverwaltungsgericht für Rügen im Zusammenhang mit dem Investitionsschutzabkommen ohnehin nicht zuständig wäre.

Die von der Liquidatorin der Beschwerdeführerin 1 am 21. September 2012 eingereichten, von der F._____, A.S., in G._____ ausgestellten Garantien erfüllten die Anforderungen der Vorinstanz offenkundig nicht in gewünschtem Ausmass: So waren die Garantien insbesondere nicht durch eine der beiden Schweizer Grossbanken ausgestellt, jeweils bis zum 31. Dezember 2015 befristet und sahen gewisse Bedingungen für eine Auszahlung vor. Wenn die Beschwerdeführerin 1 in diesem Zusammenhang vorbringt, dass die Forderungen der Vorinstanz – insbesondere in zeitlicher Hinsicht – "illusorisch" gewesen seien, so verkennt sie dabei den Umstand, dass ihr die Vorinstanz selbst nach Fristablauf noch ausreichend Zeit liess, die Forderungen zu erfüllen bzw. alternative Vorschläge zu machen.

6.1.4 Auch dem Einwand der Beschwerdeführerin 1, dass die Vorinstanz zu hohe Hürden für die Erfüllung der Eigenmittelvorschriften gesetzt habe, kann nicht gefolgt werden.

Mit Schreiben vom 10. September 2012 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 1 Frist zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes bis 13. September 2012, 15:00 Uhr, überliess jedoch die Art und Weise dieser Wiederherstellung gänzlich der Beschwerdeführerin 1. Diese Frist wurde am 14. September 2012 bis 21. September 2012, 16:00 Uhr verlängert – erneut ohne Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes. Mit Schreiben vom 20. September 2012 schlug die Liquidatorin der Beschwerdeführerin 1, wie bereits ausgeführt, vor, mögliche zukünftige Rechtsfallverbindlichkeiten durch ein auf erste Aufforderung bedingungslos und vollumfänglich zu leistendes Zahlungsversprechen einer Schweizer Grossbank (nach Möglichkeit unbefristet oder mindestens zehn Jahre Laufzeit) abzusichern, wobei die Garantie gemäss den Anforderungen des FINMA-RS 2008/19 ausgestaltet werden sollte. Zusätzlich sei ein Kapitaleinschuss in der Höhe von Fr. 2 Mio. in bar zu leisten. Die Vorinstanz bot mit Schreiben vom 21. September 2012 Hand zu einer solchen Lösung, sofern die bereits in E. 6.1.3 ausgeführten Bedingungen noch gleichentags bis 16:00 Uhr erfüllt würden.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 1 ist das Verhalten der Vorinstanz vor dem Hintergrund ihres weiten Ermessens als kulant zu werten. Die Beschwerdeführerin 1 trug nur wenig zur Verbesserung ihrer Situation bei. So teilte die Beschwerdeführerin 1 der Vorinstanz am 21. September 2012 mit, dass sie den gleichentags von der Vorinstanz vorgeschlagenen Lösungsweg nicht einschlagen werde, obwohl dieser seine Grundlage in einem Vorschlag der eigenen Liquidatorin fand und es denn auch der Sorgfaltspflicht entsprochen hätte, für die Umsetzung zumindest ansatzweise Vorkehrungen zu treffen bzw. Zusicherungen einzuholen für den Fall, dass diesem Vorschlag seitens der Vorinstanz zugestimmt werden sollte. Auch gilt es zu berücksichtigen, dass sich die Vorinstanz noch im Oktober 2012 um eine Lösung der Situation bemühte und sich gesprächsbereit zeigte, obwohl sie eigentlich bereits Ende September 2012 hätte verfügen können. Die Beschwerdeführerin 1 bestreitet in diesem Zusammenhang zwar in ihrer Stellungnahme vom 31. Mai 2013 die Richtigkeit und Vollständigkeit der in der Email vom 2. Oktober 2012 aufgeführten Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz; doch selbst wenn diese Sichtweise zutreffen würde, änderte dies nichts daran, dass einerseits die Beschwerdeführerin 1 verpflichtet gewesen wäre, ihre gesetzlichen Pflichten in Sachen Eigenmittel und Mindestkapital einzuhalten bzw. den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen, und dass andererseits unzweifelhaft an diesem Tag im Beisein von Vertretern der Be-

schwerdeführerin 1 eine Lösungsmöglichkeit diskutiert worden ist. So gab tags darauf der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin 1 bekannt, dass der Aktionär den von der Vorinstanz vorgeschlagenen Lösungsweg "grundsätzlich wohlwollend" aufgenommen habe und aller Voraussicht nach damit gerechnet werden dürfe, dass dieser Weg auch beschritten werde. Ergänzend wurde festgehalten, dass es sich dabei lediglich um eine vorläufige Stellungnahme und keine bindende Zusage handle. Diesen Äusserungen folgten weder eine Umsetzung des diskutierten Vorschlages noch andere Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes. Vor diesem Hintergrund kann der Vorinstanz kein unangemessenes Verhalten vorgeworfen werden, wenn sie nach rund einen Monat Verfahrensdauer ohne auch nur eine einzige finanzielle Leistung der Beschwerdeführerin 1 die Nichterfüllung der Eigenmittelvorschriften feststellte und zur Verfügungsform griff.

Aus denselben Überlegungen hilft der Beschwerdeführerin 1 auch die Anrufung des der Vorinstanz mit Schreiben vom 5. Oktober 2012 seitens der Beschwerdeführerin 2 unterbreiteten Alternativvorschlags zur Liquiditätsgenerierung nichts. Ganz abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin 2 diesen Vorschlag erst gut drei Wochen nach Ablauf der ersten von der Vorinstanz gesetzten Frist einbrachte, entsprach dieser nicht den diversen, nach dem 20. September 2012 diskutierten Lösungsvorschlägen. Insbesondere sollte gemäss diesem Vorschlag die Liquidität in drei Phasen (per 12. Oktober 2012, 14. Dezember 2012 sowie 1. März 2013) wiederhergestellt werden. Es muss auch für die Beschwerdeführerin 1 offensichtlich gewesen sein, dass ein solcher Vorschlag für die Vorinstanz unannehmbar war, ist doch eine Nichterfüllung der Eigenmittel- und Mindestkapitalvorschriften innert kürzester Zeit zu beheben.

Wenn nun die Beschwerdeführerin 1 die jeweiligen Fristansetzungen der Vorinstanz kritisiert, so verkennt sie dabei, dass es ihr ohne weiteres hätte klar sein müssen, dass der Zeitfaktor im Hinblick auf einen möglichen Bankenkonkurs eine wesentliche Rolle spielte. Nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der Aussagen und Vorkehren der Liquidatorin, Vertretern der Beschwerdeführerin 1 sowie der Aktionärin im Hintergrund können die Fristansetzungen der Vorinstanz nicht als unangemessen angesehen werden. Auch verkennt die Beschwerdeführerin 1, dass es nicht die Vorinstanz ist, die eine den Anforderungen genügende Lösung für die Behebung einer Eigenmittel- und/oder Mindestkapitalunterdeckung zu suchen und der betreffenden Bank in der Folge diesbezügliche verbindliche Vorgaben zu erteilen hat. Diese Verpflichtung obliegt einzig und allein der be-

troffenen Bank, hat sie doch dafür zu sorgen, dass sie die bestehenden gesetzlichen Pflichten einhält. Das Handeln der Vorinstanz war eine reine Hilfestellung, welche die Beschwerdeführerin 1 nicht von ihren Pflichten und Aufgaben entband. Die Beschwerdeführerin 1 hätte denn auch mehrere Wochen Zeit gehabt, eine eigene, allenfalls schneller und einfacher zu realisierende Lösung vorzuschlagen. Mit Ausnahme der beiden vorgelegten Garantien sowie dem mit Schreiben vom 5. Oktober 2012 seitens der Beschwerdeführerin 2 unterbreiteten Alternativvorschlag zur Liquiditätsgenerierung sind diesbezüglich aus den vorliegenden Akten jedoch keinerlei Anstrengungen und insbesondere auch keinerlei finanzielle Leistungen ersichtlich. Es ist daher festzustellen, dass die Vorinstanz am 8. Oktober 2012 zu Recht die Nichterfüllung der Eigenmittelvorschriften feststellte und die angefochtene Verfügung erliess.

6.2 Erfüllt eine Bank bzw. ein Effektenhändler (vgl. Art. 36*a* des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 [Börsengesetz, BEHG, SR 954.1]) die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der Vorinstanz festgesetzten Frist nicht, so kann die Vorinstanz gemäss Art. 25 Abs. 1 BankG Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG, ein Sanierungsverfahren nach den Art. 28-32 BankG oder die Konkursliquidation der Bank nach den Art. 33-37*g* BankG anordnen.

Wie bereits unter E. 2 ausgeführt, verfügt die Vorinstanz über ein weites Ermessen, welchen der drei in Art. 25 Abs. 1 BankG genannten Wege sie beschreiten möchte, wobei die Konkursliquidation der Bank erst das letzte Mittel darstellt (vgl. Botschaft Änderung BankG 2002, 8075). Es besteht denn auch weder für die Gläubiger noch für die Eigner der betroffenen Bank ein Beschwerderecht gegen den Entscheid der Vorinstanz, kein Sanierungsverfahren durchzuführen, sondern die Bank zu liquidieren (vgl. SCHWOB, a.a.O. Art. 24 N. 6, Botschaft Änderung BankG 2002, 8078).

Gemäss Art. 33 Abs. 1 BankG hat die Vorinstanz einer Bank bzw. einem Effektenhändler zwingend die Bewilligung zu entziehen, die Konkursliquidation anzuordnen sowie diese öffentlich bekannt zu machen, wenn keine Aussicht auf Sanierung besteht oder diese gescheitert ist. Dies ist offenkundig unter anderem dann der Fall, wenn sich die betreffende Bank bereits im Stadium der (freiwilligen) Liquidation befindet, weil dadurch konkludent zum Ausdruck gebracht wird, dass von Seiten der Eigner keinerlei Interesse mehr am Fortbestand der Bank und damit auch an einer Sanierung besteht (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission EBK vom 30. Juni 2005 i.S. BPT-

trading SA, publiziert in: EBK Bulletin 48/2006, S. 271 ff.). Vor diesem Hintergrund ist denn auch eine direkte Konkurseröffnung seitens der Vorinstanz bei einer sich in (freiwilliger) Liquidation befindlichen Bank, welche die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der Vorinstanz festgesetzten Frist nicht erfüllt, nicht zu beanstanden. So käme als milderes Mittel in der vorliegenden Fallkonstellation zwangsläufig einzig der Verzicht auf das Bankenkonkursverfahren zugunsten der fortlaufenden freiwilligen Liquidation in Frage. Diese Lösung wiederum würde jedoch die Erfüllung der Eigenmittel- und Mindestkapitalvorschriften voraussetzen, was im vorliegenden Fall gerade nicht vorlag.

7.
Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Verfahren nach Art. 25 Abs. 1 BankG auch anwendbar ist auf eine Bank, die sich bereits im Stadium der freiwilligen Liquidation befindet, und dass eine bewilligte Bank auch in diesem Stadium die gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich vollständig zu erfüllen hat. Bei der Fristansetzung im Zusammenhang mit Eigenmittelproblemen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 BankG handelt es sich um sogenanntes "informelles Verwaltungshandeln", wodurch den jeweiligen Schriftstücken kein Verfügungscharakter zukommt. Schliesslich besteht bei einer Bank, die sich im Stadium der freiwilligen Liquidation befindet und welche die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der Vorinstanz festgesetzten Frist nicht erfüllt, "keine Aussicht auf Sanierung" (vgl. Art. 33 Abs. 1 BankG), so dass eine direkte Konkurseröffnung nicht zu beanstanden ist. Nachdem die Vorinstanz im Rahmen des ihr zukommenden weiten Ermessens gehandelt hat, ist die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Nicht einzutreten ist mangels Beschwerdelegitimation auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2.

8.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen als vollständig unterlegene Parteien die Kosten des Verfahrens tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 172.320.2]).

Hinsichtlich der Beschwerdeführerin 1 sind neben der aufwändigen Verfahrensinstruktion sowie der Ausarbeitung des vorliegenden Urteils, in welchem Rechtsfragen erstmalig zu behandeln waren, diverse umfangreiche Zwischenverfügungen zu berücksichtigen. So einerseits diejenige

vom 11. Oktober 2012, in welcher unter anderem auch über die Anträge der Beschwerdeführerin 1 auf superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie auf Erlass mehrerer superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen entschieden wurde, sowie andererseits die Zwischenverfügung vom 19. April 2013, in welcher über ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde entschieden wurde.

Hinsichtlich der Beschwerdeführerin 2 beschränken sich nach einer aufwändigen Verfahrensinstruktion die Ausführungen im vorliegenden Urteil auf die Eintretensfrage. Zusätzlich ist die Ausarbeitung der umfangreichen Zwischenverfügung vom 11. Oktober 2012 zu berücksichtigen, in welcher unter anderem auch über ihre Anträge auf superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie auf Erlass mehrerer superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen entschieden wurde. Zu berücksichtigen gilt es auch, dass die Beschwerdeführerin 2 während des Verfahrens mehrfach via diplomatischem Weg aufgefordert werden musste, ein neues Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen (Zwischenverfügungen vom 12. November 2012 bzw. 18. März 2013).

Beiden Beschwerdeführerinnen ist zudem die Ausarbeitung der Zwischenverfügung vom 12. November 2012 solidarisch anzurechnen, in welcher unter anderem auch über ihre Gesuche auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der jeweiligen Beschwerde sowie auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen entschieden wurde.

Dies vorausgeschickt, sind die Verfahrenskosten für die Beschwerdeführerin 1 auf Fr. 8'000.- sowie für die Beschwerdeführerin 2 auf Fr. 3'000.- festzulegen und mit den geleisteten Kostenvorschüssen in Höhe von je Fr. 4'000.- zu verrechnen. Der Beschwerdeführerin 2 wird der Betrag von Fr. 1'000.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Die Beschwerdeführerin 1 hat den den Kostenvorschuss übersteigenden Betrag von Fr. 4'000.- innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

Die Beschwerdeführerinnen haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 wird nicht eingetreten.

2.
Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.
Der Beschwerdeführerin 1 werden Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 8'000.- auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'000.- verrechnet. Die Beschwerdeführerin 1 hat den den Kostenvorschuss übersteigenden Betrag von Fr. 4'000.- innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.
Der Beschwerdeführerin 2 werden Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 3'000.- auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'000.- verrechnet. Der Beschwerdeführerin 2 wird der Betrag von Fr. 1'000.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

5.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

6.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin 1 (Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlungsschein)
– die Beschwerdeführerin 2 (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury Alexander Schaer

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: 18. Juli 2013