**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**

Abteilung II
B-2627/2009
{T 0/2}

# Urteil vom 27. Mai 2009

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz), Richter Jean Luc Baechler, Richter Stephan Breitenmoser;
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

Parteien

**1. A._____ Ltd.,**
**2. B._____ AG,**
**3. C._____ AG**,
**4. D._____ Ltd.,** ,
alle handelnd durch X._____,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA**,
Schwanengasse 2, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unterstellung unter das BankG; aufsichtsrechtliche Massnahmen.

## Sachverhalt:

**A.**
Gestützt auf einen Hinweis der Kantonspolizei Thurgau klärte die Eidgenössische Bankenkommission (EBK, seit 1. Januar 2009: FINMA; in der Folge: Vorinstanz) ab Mai 2008 ab, ob die Aktivitäten der A._____ Ltd., der B._____ AG, der C._____ AG und der D._____ Ltd., (in

der Folge: Beschwerdeführerinnen oder Gruppe Y.) banken-, börsen- oder kollektivanlagerechtlich bewilligungspflichtig sein könnten. Mit superprovisorischer Verfügung vom 30. März 2009 untersagte die Vorinstanz den vier Gesellschaften jegliche Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie jegliche Werbung für deren Entgegennahme. Als Untersuchungsbeauftragte wurde die Z._____ eingesetzt. Die Vorinstanz ermächtigte diese insbesondere, allein für die vier Gesellschaften zu handeln. Den Organen der vier Gesellschaften wurde unter Androhung von Busse gemäss Art. 48 des Finanzmarktgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) untersagt, ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten für die jeweilige Gesellschaft weitere Rechtshandlungen vorzunehmen. Zudem wurden sämtliche Kontoverbindungen und Depots, die auf die Gesellschaften lauteten oder an denen sie wirtschaftlich berechtigt waren, gesperrt.

**B.**

Mit Eingabe vom 24. April 2009 erhoben die Beschwerdeführerinnen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die superprovisorische Verfügung der Vorinstanz vom 30. März 2009, im Wesentlichen mit der Begründung, die in der Verfügung behaupteten Geschäftstätigkeiten seien falsch. So seien die in der angefochtenen Verfügung unter B Geschäftstätigkeit (7) erwähnten Anlagevarianten von der A._____ Ltd. und auch vorher von der D._____ Ltd. nicht betrieben worden. Die Joint-Venture-Verträge sähen keinen Handel mit Wechselkursen bzw. Dax-Futures vor. Ferner seien keine Garantieversprechen und schon gar nicht in der Höhe von 500% gemacht worden. Ebensowenig habe die D._____ Ltd. Darlehen mit Niedrigzinsen geworben. Die unter B Geschäftstätigkeit (8) aufgeführten Verkaufsveranstaltungen seien nicht regelmässig durchgeführt worden, sondern nur auf Wunsch von Kunden und Vermittlern. An diesen Veranstaltungen seien jedoch keine Garantieversprechen gemacht worden. Falsch sei auch die Behauptung, die D._____ Ltd. sei in Konkurs. Am 8. Dezember 2008 sei unter Einhaltung der Form- und Fristvorschriften eine Shareholderversammlung abgehalten worden. Die Mehrheit der stimmberechtigten Shareholder habe dabei die Liquidation der D._____Ltd. und die Überführung deren Vermögenswerte in die neue A._____Ltd. beschlossen. Es treffe nicht zu, dass die Geschäftstätigkeit ausschliesslich aus der Schweiz erfolge. Die B._____AG habe sehr wohl Angestellte und Führungskräfte am Stammsitz in London und auf der Isle of Man beschäftigt. Die Schweizer Niederlassungen und Gesellschaften hätten bis auf die C._____AG keine Bankkonten in der Schweiz. In

der Schweiz würden derzeit ca. 20 Mitarbeiter im Bereich der Verwaltung beschäftigt. Durch die superprovisorische Verfügung, die sich nur auf die nicht selbstständigen Niederlassungen der D._____Ltd. und der A._____Ltd. sowie der C._____AG und der B._____ AG erstrecke, habe die Vorinstanz den auf der Isle of Man ansässigen Gesellschaften immens geschadet. Gleichzeitig werde der C._____AG durch die Nichtbezahlung fälliger Rechnungen und Patentkosten gegenüber Dritten immenser Schaden zugefügt; so würden Löhne teilweise nicht ausbezahlt. Die aus den Joint-Venture-Verträgen resultierenden Gelder seien sichergestellt. Die Vorinstanz stütze ihre Behauptungen auf Falschinformationen von ehemaligen Mitarbeitern der D._____ Ltd., mit welchen die Beschwerdeführerinnen im Rechtsstreit lägen, so dass von Racheakten auszugehen sei. Aus diesen Gründen sei die sich auf Art. 30 Abs. 2 lit. e Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021) stützende superprovisorische Verfügung aufzuheben, da keine Gefahr mehr im Verzug sei.

**C.**
In den Vernehmlassungen vom 8. und 15. Mai 2009 beantragt die Vorinstanz, es sei auf die Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerinnen nicht einzutreten. Zur Begründung verweist sie auf die in BGE 126 II 111 festgelegte und im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5839/2008 vom 19. September 2008 übernommene Praxis sowie auf den Umstand, dass – soweit die C._____AG betreffend – Herr X._____ nicht zur Vertretung befugt sei. Sollte das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten auf die Beschwerde eintreten, sei sie abzuweisen.

**D.**
Mit Verfügung vom 12. Mai 2009 wurden die Beschwerdeführerinnen ersucht, sich betreffend der Organstellung von Herrn X._____ und namentlich zum Einwand der Vorinstanz zu äussern, dieser sei nicht zur Vertretung der C._____ AG befugt. Mit Eingabe vom 20. Mai 2009 bestätigt Solicitor W._____, dass Herr X._____ für alle vier Gesellschaften handle, welche demnach rechtmässig vertreten seien.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

**1.**
**1.1** Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit ihrer Eingabe vom 24. April 2009 sinngemäss die Aufhebung der superprovisorischen Verfügung der Vorinstanz vom 30. März 2009. Demgegenüber schliesst

die Vorinstanz unter Berufung auf BGE 126 II 111 E. 6, 130 II 351 E. 3.2.1 und 3.2.2 sowie 132 II 382 E. 1.2.1 auf Nichteintreten. Letztere argumentiert im Wesentlichen, das Bundesgericht habe namentlich mit Blick auf seine eingeschränkte Kognition den Weiterzug superprovisorisch erlassener Verfügungen der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) abgelehnt und verlangt, dass die EBK nach Gewährung des rechtlichen Gehörs eine 2. Verfügung in der Form einer Zwischenverfügung i.S.v. Art. 45 Abs. 2 VwVG (in alter Fassung; AS 1969/737) erlasse, gegen welche dann – nach früherem Recht - Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt werden könne. An dieser Praxis möchte die Vorinstanz nun festhalten, auch wenn dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) volle Kognition zukomme (Art. 49 VwVG). Denn mit einer Änderung der bisherigen Praxis gehe den Parteien in unzulässiger Weise eine Instanz verloren. Im Folgenden ist zu prüfen, wie es sich damit verhält.

**1.2** In BGE 126 II 111 ff. E. 6 b. aa. (bestätigt in BGE 132 II 382 E. 1.2.1 sowie 130 II 351 E. 3.2.1 und 3.2.2) hielt das Bundesgericht fest, dass die Behörde, bevor sie verfüge, nach Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG von der vorherigen Anhörung einer Partei absehen könne, wenn Gefahr im Verzug sei, die Parteien gegen die Verfügung Beschwerde führen könnten und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung einräume. Indessen sei unmittelbar daran anschliessend das rechtliche Gehör zu gewähren, worauf nach Art. 45 Abs. 2 lit. g VwVG (in der Fassung bis zum 31. Dezember 2006; AS 1969/737) eine vor Bundesgericht anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen sei.

**1.3** Die Rechtslage ist nun aber seit diesem Entscheid insofern eine andere, als mit der Revision der Bundesrechtspflege das Bundesverwaltungsgericht erste Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der Vorinstanz ist, mit der Folge, dass über solche Beschwerden eine Beschwerdeinstanz mit voller Kognition entscheidet (Art. 49 VwVG). Damit fällt das Argument der eingeschränkten Kognition dahin, welches bisher gegen eine Anfechtung der superprovisorischen Verfügung der Finanzmarkt-Aufsichtsbehörde angeführt wurde.

**1.3.1** Die Vorinstanz bringt indessen vor, die bisherige Verfahrensordnung sei auch aus einem anderen Grund beizubehalten. So ergäben sich im Laufe der Untersuchung regelmässig neue Erkenntnisse, zu denen sich die betroffene Partei jedenfalls nicht gegenüber der verfü-

genden Behörde äussern könne, wenn die Frage der Rechtmässigkeit des Anhebens einer Untersuchung und des Ergreifens weiterer vorsorglicher Massnahmen sogleich der Rechtsmittelbehörde vorgelegt würde. Dadurch gehe der betroffenen Partei eine Instanz verloren.

**1.3.2** Vorliegend verhält es sich so, dass kurze Zeit nach Erlass der superprovisorischen Verfügung und Einreichung der dagegen gerichteten Beschwerde der Bericht der von der Vorinstanz eingesetzten Untersuchungsbeauftragten fertiggestellt wurde. Dieser gibt in einlässlicher Weise Auskunft über die Wahrnehmungen der Untersuchungsbeauftragten, zu welchen sich die Beschwerdeführerinnen äussern können und mit welchen sich die Vorinstanz in ihrer Endverfügung auseinandersetzen wird. Diese Verfügung wird beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können. Daraus ist ersichtlich, dass – entgegen der Auffassung der Vorinstanz - der betreffenden Partei keine Instanz verloren geht, wenn ihr die Beschwerdeführung bereits gegen die superprovisorische Verfügung von vorsorglichen Massnahmen zugestanden wird.

**1.3.3** Es kommt hinzu, dass die in BGE 126 II 111 unter altem Recht begründete Rechtsprechung für die betroffene Partei im Gegenteil insofern eine prozessuale Schlechterstellung bedeutete, als diese sich gegen die regelmässig sehr einschneidenden vorsorglichen Massnahmen während längerer Zeit nicht bei einer unabhängigen richterlichen Instanz zur Wehr setzen konnte. Sie hatte zwar die Möglichkeit, bei der Vorinstanz den Erlass eines anfechtbaren Zwischenentscheids zu verlangen und danach diesen gerichtlich anzufechten, doch musste sie eine solche Verzögerung als sehr unbefriedigend empfinden. Mit dem Wegfall der Kognitionsbeschränkung des erstinstanzlich angerufenen Gerichts, die offenbar zu dieser Praxis geführt hat, besteht nach Auffassung des BVGer kein Anlass mehr, diese Praxis weiterzuführen.

**1.3.4** Dies gilt umso mehr, als diese Praxis heute ohne zureichende Gründe gegen den Wortlaut von Art. 30 VwVG verstossen würde. Dieser lautet wie folgt:

[1] Die Behörde hört die Parteien an, bevor sie verfügt.
[2] Sie braucht die Parteien nicht anzuhören vor:
- a) Zwischenverfügungen, die nicht selbständig durch Beschwerde anfechtbar sind;
- b) Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind;
- c) Verfügungen, in denen die Behörde den Begehren der Parteien voll entspricht;
- d) Vollstreckungsverfügungen;

e) anderen Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, wenn Gefahr im Verzuge ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet.

Nach dieser Bestimmung verlangt die Grundregel, dass die Behörde eine Partei anhört, bevor sie verfügt (Abs. 1). Indessen braucht sie eine Partei vor nicht selbständig anfechtbaren Verfügungen oder nach mit Einsprache anfechtbaren sowie begünstigenden und Vollstreckungsverfügungen nicht anzuhören (Abs. 2 lit. a-d). Nicht anzuhören braucht sie die Parteien zudem in erstinstanzlichen Verfahren bei anderen Verfügungen – soweit hier interessierend: selbständig anfechtbaren Zwischenentscheiden –, wenn Gefahr im Verzug ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorherige Anhörung gewährleistet (Abs. 2 lit. e). Angesichts der Natur der Streitsache ist vorliegend davon auszugehen, dass beim Erlass der angefochtenen Verfügung Gefahr im Verzug lag. Wegen der Schwere der Untersuchungsmassnahmen ist überdies von einem nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil auszugehen. Des Weiteren sind keine Vorschriften des Bundesrechts ersichtlich, die den Anspruch auf vorherige Anhörung gewährleisten. Somit ist eine Verfügung ohne vorherige Anhörung der Parteien nur zulässig, wenn ihnen gegen die Verfügung die Beschwerde zusteht. Das muss auch hier gelten. An der letztmals mit Entscheid des BVGer vom 19. September 2008 (B-5839/2008) bestätigten Praxis ist demnach nicht festzuhalten. Unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen ist daher grundsätzlich auf die Beschwerde einzutreten (a.M. Patrick Sutter, in: Auer/Müller /Schindler [Hrsg.]: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Fussnote 76 zu Art 30, sowie Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, S. 122 Rz. 337, welche aber auf die Änderung der entsprechenden Gesetzesbestimmung nicht näher eingehen).

**1.4** Bei der angefochtenen superprovisorischen Verfügung handelt es sich um eine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) zuständig für die Beurteilung der Beschwerden der Vorinstanz.

**1.5** Die Beschwerdeführerinnen haben vor der Vorinstanz am Verwaltungsverfahren teilgenommen und sind Adressatinnen der angefochtenen Verfügung. Sie sind durch diese besonders berührt und haben da-

her ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 lit. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Sie sind daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

**1.6** Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift ist gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben. Insbesondere geht das BVGer vorliegend davon aus, dass die im summarischen Verfahren nicht leicht zu überprüfenden Angaben hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse zutreffen. In einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung der Vorinstanz wird diese Frage indessen eingehender zu untersuchen sein.

**1.7** Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

**2.**

**2.1** Gemäss Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG, SR 952.0) dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht dem BankG unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Gewebsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen [BankV, SR 952.02]) oder wer sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (FINMA-RS 08/3, N 9; EBK-Bulletin 32, S. 58 E. 3c; BGE 2A.51/2007 vom 5. Juni 2007, E. 3a). Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ohne entsprechende Bewilligung der FINMA ausgeübt werden könnte, ist die FINMA befugt und verpflichtet, die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Gestützt auf Art. 36 FINMAG kann die FINMA unter anderem eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete rechtliche Massnahmen umzusetzen. Zur Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist dabei nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststünde; vielmehr genügt es, dass hierfür objektive Anhaltspunkte bestehen, wobei sich der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend klären lässt. Der zu beseitigende Missstand im Sinne von Art. 36 FINMAG liegt hier in der unklaren Ausgangslage, die

es zu bereinigen gilt (Urteil 2A.575/2004 des Bundesgerichts vom 13. April 2005, E. 3.2).

**2.2**

**2.2.1** Vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 30. März 2009 lagen der Vorinstanz Angaben vor, dass die Gruppe Y._____ Gelder über die D._____Ltd. entgegenehme und auf ein gemeinschaftliches, bei der HSBC London und im Namen der D._____Ltd. geführtes Konto einbezahle. Aufgrund der ersten Abklärungen, die in den Akten eine Bestätigung finden, gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die Gruppe Y._____ unerlaubt gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehme. Sie ging von rund 1700 Anlegern aus (A01 131). Aufgrund der Akten ist von Kundeneinlagen am 29. August 2008 in der Höhe von EUR 4'378'115.52 auszugehen (A01 124). Den Investoren wurden mutmasslich verschiedene Anlagemöglichkeiten angeboten. Sie konnten sich im Rahmen eines Joint-Venture-Vertrags am Handel mit USD/ EUR Wechselkursen und Dax Futures beteiligen (A01 046) und/oder Gelder im Rahmen von "Day-Trading-Programmen" anlegen, bei welchen Renditen bis zu 500% versprochen wurden (B01 172-185). Soweit die Beschwerdeführerinnen nun geltend machen, die in Ziff. 7 der provisorischen Verfügung erwähnten Anlagevarianten seien nicht betrieben worden, widerspricht dies offensichtlich den im heutigen Zeitpunkt aktenkundigen Tatsachen (A01 046, B01 172-185). Ob die Beschwerdeführerinnen zusätzlich Darlehen mit Niedrigzinsen gewährt haben, kann offen bleiben, da sich durch den Untersuchungsbericht der Verdacht erhärtet hat, dass die Beschwerdeführerinnen unerlaubt gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen haben (vgl. dazu unten Erw. 2.2.2). Aus dem gleichen Grund ist – jedenfalls bei summarischer Beurteilung - nicht massgebend, ob die Verkaufsveranstaltungen regelmässig oder nur auf Wunsch der Kunden durchgeführt wurden und ob die D._____Ltd. in Konkurs ist oder nicht. Nachdem die Beschwerdeführerinnen trotz mehrfacher Aufforderung der Untersuchungsbeauftragten, die Absicherung der investierten Gelder zu belegen, nicht nachkamen, scheint der Schluss der Vorinstanz, dass keinerlei Absicherung der Kundengelder besteht, jedenfalls aufgrund der heutigen Aktenlage nicht abwegig (D01 003). Die Vorinstanz stützte ihre, die Beschwerdeführerinnen belastenden Angaben u.a. auch auf Angaben, die der vormalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen 1, 3 und 4 gegenüber der Vorinstanz gemacht hat, so dass der Einwand, ehemalige Mitarbeiter würden die Gruppe Y._____ verunglimpfen, wohl nur sehr beschränkt richtig sein kann.

**2.2.2** Der Untersuchungsbericht der Z._____ vom 30. April 2009 erhärtet den Verdacht, dass die Beschwerdeführerinnen unerlaubt Publikumseinlagen entgegengenommen haben. Der Befund über superprovisorisch erlassene vorsorgliche Massnahmen erfolgt nach einer sog. prima facie-Beurteilung aufgrund der Akten. Die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen sind eher knapp gehalten, durch keine Belege erhärtet und gestatten damit zur Zeit nicht, den einlässlich begründeten und sich bei einer prima facie-Beurteilung an die (höchst-) richterliche Praxis haltenden Entscheid umzustossen. Die Beschwerde, mit welcher die Aufhebung der vorsorglich angeordneten Massnahmen verlangt wird, erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

**3.**
Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und es steht ihnen keine Parteieentschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Verfahrenskosten sind angesichts der Schwierigkeit und der in Frage stehenden Vermögensinteressen (unter solidarischer Haftung für die Beschwerdeführerinnen) auf Fr. 2'000.- zu veranschlagen. Sie werden mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

## Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

**1.**
Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- verrechnet.

**3.**
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler Karin Behnke

## Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 27. Mai 2009