

{T 0/2}  
2A.332/2006 /ble

Urteil vom 6. März 2007  
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Bundesrichter Merkli, Präsident,  
Bundesrichter Hungerbühler, Wurzbürger, Müller, Karlen,  
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Prime Forestry Switzerland AG (in Konkurs), Uetlibergstrasse 132, 8045  
Zürich,  
Prime Forestry Group AG (in Liquidation), Uetlibergstrasse 132, 8045 Zürich,  
W.\_\_\_\_\_,  
X.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Urs Hess-Odoni,

gegen

Eidgenössische Bankenkommision,  
Postfach, 3001 Bern.

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen / Konkursöffnung bzw.  
Liquidation,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Eidgenössischen  
Bankenkommision  
vom 4. Mai 2006.

Sachverhalt:

A.

A.a Die Prime Forestry Switzerland AG (PFS) wurde am 24. Januar 2003 ins  
Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt unter anderem  
den Kauf sowie den nachhaltigen Aufbau und Betrieb von land- und  
forstwirtschaftlichen Plantagen, die Entwicklung und den Vertrieb von  
entsprechenden Finanzanlagen und Beteiligungsprodukten sowie den Handel mit  
und die Veredelung von land- und forstwirtschaftlichen Produkten,  
insbesondere im Zusammenhang mit tropischen Edelhölzern. Aktionäre der Prime  
Forestry Switzerland AG sind zu je fünfzig Prozent X.\_\_\_\_\_ und W.\_\_\_\_\_.  
Diese beherrschen im gleichen Verhältnis auch die am 6. Januar 2006 ins  
Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Prime Forestry Group AG  
(PFG), unter deren Dach die verschiedenen Beteiligungen der "Prime  
Forestry"-Unternehmensgruppe vereinigt werden sollten. Nach Angaben ihrer  
Organe ist die Prime Forestry Group AG als solche bisher nicht aktiv  
geworden.

A.b Die Prime Forestry Switzerland AG vertrieb über rund 50 Telefonverkäufer  
in Zürich und deren 15 in Toronto das Produkt "TreeDirect". Bei diesem  
erwirbt der einzelne Kunde gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen über  
einen "Kauf- und Dienstleistungsvertrag" den "Teak"-Baumbestand einer  
"definierten, zertifizierten Plantagenfläche" in Panama zu Eigentum  
(Ziff. 2.1), wobei der Baumbestand durch die Prime Forestry Switzerland AG  
(über ihre Tochtergesellschaften Prime Forestry Panama S.A. und Prime  
Forestry Supply & Trade S.A.) bewirtschaftet, ausgeforstet (im 7., 10. und  
14. Jahr) und sukzessive bis zur Schlussernte im 20. Jahr verkauft wird. Die  
Prime Forestry Switzerland AG warb für dieses Produkt mit Jahresrenditen von  
bis zu 14 Prozent. Nach Zeitungsberichten sollen insgesamt mehrere Tausend  
Kunden als "Baumpartner" rund 60 Millionen Franken investiert haben.

B.

B.aAnfangs 2004 prüfte die Eidgenössische Bankenkommision (EBK), ob die  
Aktivitäten der Prime Forestry Switzerland AG finanzmarktrechtlich

bewilligungspflichtig sein könnten. Sie verneinte dies am 12. Mai 2004: Aufgrund der erteilten Auskünfte und der eingereichten Unterlagen gehe die Gesellschaft weder einer Tätigkeit als Effektenhändlerin nach, noch nehme sie in bewilligungspflichtiger Weise Publikumsgelder entgegen; für den Fall, dass neue Tatsachen eintreten oder sich die rechtlichen Grundlagen ändern sollten, behielt sich die Bankenkommission vor, das Verfahren wieder aufzunehmen.

B.b Am 2. März 2006 untersagte das Sekretariat der Eidgenössischen Bankenkommission der Prime Forestry Group AG und der Prime Forestry Switzerland AG jegliche weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen in der Schweiz oder von der Schweiz aus und setzte zur genaueren Abklärung der Geschäftstätigkeit die Rechtsanwälte A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ als Untersuchungsbeauftragte ein. Gleichzeitig blockierte sie sämtliche Vermögenswerte der Prime Forestry Group AG und der Prime Forestry Switzerland AG im In- und Ausland und untersagte deren Organen, ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten weitere Rechtshandlungen zu tätigen.

B.c Gestützt auf die entsprechenden Abklärungen stellte der Präsident der Eidgenössischen Bankenkommission am 4. Mai 2006 fest, dass die Prime Forestry Group AG und die Prime Forestry Switzerland AG gegen das Verbot der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verstossen hätten. Er eröffnete ab Freitag, 5. Mai 2006 (08.00 Uhr), über die Prime Forestry Switzerland AG den bankenrechtlichen Konkurs und ordnete gegenüber der Prime Forestry Group AG deren aufsichtsrechtliche Liquidation an. Als Liquidatoren setzte er die Untersuchungsbeauftragten ein; zudem regelte er verschiedene weitere konkurs- und aufsichtsrechtliche Fragen (Konkursort, Publikation, Handelsregistereintrag usw.). Die superprovisorische Verfügung vom 2. März 2006 hob er als mit Rechtskraft der Konkurs- bzw. der Liquidationsverfügung "gegenstandslos" auf.

C.  
Am 3. Juni 2006 haben die Prime Forestry Switzerland AG, die Prime Forestry Group AG sowie W.\_\_\_\_\_ und X.\_\_\_\_\_ beim Bundesgericht hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragen, die Verfügung des Präsidenten der Bankenkommission aufzuheben und festzustellen, dass die Prime Forestry Switzerland AG und die Prime Forestry Group AG keine Geschäfte getätigt haben, welche unter die Aufsicht der Bankenkommission fielen, weshalb deren Handeln jeglicher Grundlage entbehre. Auf jeden Fall seien die bezeichneten Konkursverwalter abzusetzen und durch unabhängige, "nicht mit einer Haftpflicht konfrontierte Konkursverwalter zu ersetzen". Sämtliche Kosten des Verfahrens, insbesondere jene der "eingesetzten Untersuchungsbeauftragten bzw. Konkursverwalter", seien "vollumfänglich und vorbehaltlos" vom Staat bzw. von der Bankenkommission zu tragen; die bereits bezogenen Gelder seien "vorbehaltlos samt Zins" zurückzuerstatten. Die Eidgenössische Bankenkommission beantragt, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Die Parteien haben im zweiten Schriftenwechsel an ihren Anträgen und Ausführungen festgehalten. Die Prime Forestry Switzerland AG, die Prime Forestry Group AG sowie W.\_\_\_\_\_ und X.\_\_\_\_\_ konnten sich am 30. November 2006 zum Verfahren abschliessend äussern.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.  
Der angefochtene Entscheid erging am 4. Mai 2006 und damit vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juli 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110, AS 2006 1205 ff.). Die vorliegende Eingabe ist somit als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegenzunehmen und nach den Regeln des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) zu erledigen (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG; Mitteilungen des Bundesgerichts zum Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes, Ziff. I, publ. in: ZBl 108/2007 S. 56).

2.

2.1 In Anwendung des Bankengesetzes ergangene Aufsichtsentscheide können beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden (Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, Bankgesetz, BankG; SR 952.0; BGE 132 II 382 E. 1.1 mit Hinweisen). Nicht Gegenstand des bankenrechtlichen Unterstellungs- oder Liquidationsverfahrens bilden allfällige Haftungs- oder Genugtuungsansprüche gegen den Bund bzw. die Bankenkommission; diese sind im Staatshaftungsverfahren geltend zu machen; die Untersuchungsbeauftragten bzw. die Liquidatoren haften ihrerseits nach den Bestimmungen des Aktienrechts (vgl. Art. 39 Abs. 2 lit. a BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]; BGE 132 II 382 E. 1.2.3); insofern ist auf die Anträge der Beschwerdeführer deshalb nicht einzutreten. Dies gilt auch für ihre verschiedenen Feststellungsbegehren: Das Ersuchen, die Entscheide der Bankenkommission aufzuheben, setzt die Beurteilung der betreffenden Fragen voraus; den Feststellungsanträgen kommt - selbst im Hinblick auf ein allfälliges Haftungs- oder Strafverfahren (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. f BankG) - keine eigenständige Bedeutung zu (BGE 132 II 382 E. 1.2.2 mit Hinweisen).

2.2 Das Sekretariat der Bankenkommission setzte am 2. März 2006 die Untersuchungsbeauftragten superprovisorisch ein. Dieser Entscheid war praxisgemäss beim Bundesgericht nicht selbständig anfechtbar (BGE 132 II 382 E. 1.2.1 mit Hinweisen). Ob und wie weit die betreffende Verfügung - etwa wegen der damit verbundenen Kosten - entgegen der Ansicht der Bankenkommission im vorliegenden Verfahren dennoch in Frage gestellt werden kann, obwohl keine entsprechende (anfechtbare) vorsorgliche Massnahme ergangen (vgl. BGE 126 II 111 ff.) und die Anordnung mit der Konkursöffnung bzw. der aufsichtsrechtlichen Liquidation dahingefallen ist, braucht nicht weiter geprüft zu werden; die EBK war - wie zu zeigen sein wird (E. 5.1) - berechtigt, weitere Abklärungen bezüglich der Aktivitäten der Prime-Forestry-Gruppe anzuordnen und die Untersuchungsbeauftragten auf deren Kosten einzusetzen (vgl. BGE 132 II 382 E. 1.2.1 S. 385).

2.3

2.3.1 Die Organe einer durch die Bankenkommission in Liquidation bzw. Konkurs versetzten Gesellschaft sind trotz Entzugs bzw. Dahinfallens ihrer Vertretungsbefugnis befugt, die entsprechende Verfügung in deren Namen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzufechten (BGE 131 II 306 E. 1.2.1; 132 II 382 E. 1.1, je mit Hinweisen; vgl. auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. Capital Bank AD gegen Bulgarien vom 24. November 2005 [49429/99], Ziff. 86 ff., dort insbesondere Ziff. 88). Ein allfälliges Haftungs- oder Strafverfahren bzw. der Entzug der Zeichnungsberechtigung verschafft ihnen praxisgemäss jedoch kein persönliches schutzwürdiges Interesse daran, dass der bankenrechtliche Unterstellungs- und Liquidationsentscheid richterlich überprüft wird (BGE 131 II 306 E. 1.2.2 mit Hinweisen). Der Allein- oder Mehrheitsaktionär und der wirtschaftlich Berechtigte sind zur Beschwerde in eigenem Namen nicht legitimiert, da und soweit sie über die beherrschte Gesellschaft selber an das Bundesgericht gelangen können (BGE 131 II 306 E. 1.2.2; Urteil 2A.575/2004 vom 13. April 2005 E. 1.2.1 mit Hinweisen, publ. in: EBK Bulletin 47/2005 S. 68 ff.).

2.3.2 Wie die Bankenkommission zu Recht geltend macht, liegen seitens der Organe der Prime Forestry Group AG und der Prime Forestry Switzerland AG keine rechtsgültigen Ermächtigungen für das vorliegende Verfahren vor. Bezüglich der Prime Forestry Switzerland AG besteht lediglich eine Vollmacht vom 26. April 2006, welche von Y.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ unterschrieben ist. Während letzterer gemäss Handelsregisterauszug über keine Zeichnungsberechtigung verfügt, ist Y.\_\_\_\_\_ als Präsident des Verwaltungsrats nicht einzelzeichnungsberechtigt. Die weiteren Unterschriftsberechtigten sowohl der Prime Forestry Group AG als auch der Prime Forestry Switzerland AG haben davon abgesehen, die Entscheide der Bankenkommission anzufechten bzw. den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer hiermit zu beauftragen. Die Aktionäre X.\_\_\_\_\_ und W.\_\_\_\_\_ waren im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung nicht ermächtigt, für die beschwerdeführenden Gesellschaften zu handeln, und haben den Rechtsvertreter lediglich mit der Wahrung ihrer eigenen Interessen betraut. Soweit sie die

Beschwerde in ihrem eigenem Namen erheben, kann darauf mangels Legitimation nicht eingetreten werden. Fraglich erscheint, ob sie ausnahmsweise zur Beschwerde im Namen ihrer Gesellschaften berechtigt sind, da sie das Bundesgericht nicht über deren Organe anrufen konnten und sie im Zeitpunkt der Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten für die Prime Forestry Switzerland AG zeichnungsberechtigt waren. Die Frage braucht nicht weiter geprüft zu werden, da sich die angefochtenen Verfügungen in der Sache selber so oder anders als bundesrechtskonform erweisen (vgl. das Urteil 2A.575/2004 vom 13. April 2005, E. 1.2.2 mit Hinweisen, publ. in: EBK Bulletin 47/2005 S. 68 ff.).

2.4 Die Beschwerdeführer haben am 30. November 2006 auf eine öffentliche Verhandlung verzichtet und sich abschliessend zur Sache geäussert. Von einer weiteren Anhörung der Bankenkommission kann abgesehen werden, nachdem diese hinreichend Gelegenheit gehabt hat, ihren Standpunkt darzutun. Der Fall ist gestützt auf die vorliegenden Unterlagen spruchreif; weitere Instruktionsmassnahmen erübrigen sich.

3.

Zu Unrecht machen die Beschwerdeführer geltend, die Bankenkommission habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (vgl. zu dessen Inhalt: BGE 129 II 497 E. 2.2; 126 I 15 E. 2a/aa): Der Präsident der EBK hat sich - soweit wesentlich - in seiner Entscheid vom 4. Mai 2006 mit den verschiedenen Einwendungen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt, sie jedoch ausdrücklich oder implizit verworfen. Dabei musste er nicht auf jede Ausführung im Einzelnen eingehen, sondern durfte sich praxisgemäss auf die für den Entscheid wesentlichen Überlegungen beschränken (BGE 126 I 97 E. 2b S. 102 f. mit Hinweis), zumal die Beschwerdeführer in ihrer Eingabe vom 1. Mai 2006 den Sachverhalt und die Zuständigkeit der Bankenkommission nur pauschal bestritten und sich damit begnügt hatten, das Vorgehen der EBK und der Untersuchungsbeauftragten als willkürlich und haltlos bzw. die unterstellungspflichtige Tätigkeit als nicht hinreichend erwiesen zu bezeichnen. Dass sich die Untersuchungsbeauftragten auf die Ermittlung des Sachverhalts beschränkten, ohne diesen rechtlich zu würdigen, entsprach ihrem Auftrag; dies ist grundsätzlich der Inhalt jeglichen Sachverständigengutachtens (vgl. Art. 12 VwVG); dessen rechtliche Würdigung ist der Behörde bzw. dem Gericht überlassen (Urteil 2A.360/2006 vom 12. September 2006, E. 3.2; vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3.3 S. 359). Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführer können die Liquidatoren - soweit das Verwaltungsverfahrensgesetz auf sie überhaupt Anwendung findet (vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3.2) - auch nicht als befangen gelten, nur weil sie bereits als Untersuchungsbeauftragte tätig geworden sind und in diesem Zusammenhang Kontakte zur Bankenkommission bzw. zu deren Sekretariat unterhielten (unpublizierte E. 3.4 von BGE 132 II 382 ff.). Soweit die Beschwerdeführer Schadenersatzansprüche gegen die Untersuchungsbeauftragten geltend machen wollen, ist nicht ersichtlich, inwiefern diese dadurch daran gehindert würden, unter der Aufsicht der Bankenkommission die Liquidation der betroffenen Gesellschaften sachgerecht und gesetzeskonform durchzuführen (BGE 131 II 306 E. 3.4.1 und E. 4.3.3). Die Beschwerdeführer erhielten schliesslich im bundesgerichtlichen Verfahren Einsicht in alle relevanten Unterlagen und konnten sich zu sämtlichen Punkten umfassend äussern, so dass ihr rechtliches Gehör auch insofern nicht verletzt ist (unpublizierte E. 3.2 von BGE 132 II 382 ff.); sie haben dies denn auch in ihrer Replik zugestanden.

4.

4.1 Die Eidgenössische Bankenkommission ist zur Beseitigung von Missständen und zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands befugt, alle "notwendigen Verfügungen" zu treffen (Art. 23ter Abs. 1 BankG). Da sie allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die formell unterstellten Betriebe (Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der banken- oder finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft. Dabei kann sie praxisgemäss die im Gesetz vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten (oder Personen) einsetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewilligungspflicht (noch) umstritten

ist (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1.1 S. 314; 130 II 351 E. 2.1 S. 354 mit Hinweisen). Die Frage, wie sie die Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem "technischen Ermessen" anheim gestellt. Das Bundesgericht greift in dieses nur bei qualifizierten Ermessensfehlern, d.h. Rechtsverletzungen, korrigierend ein (BGE 132 II 382 E. 4.1 mit Hinweisen).

4.2 Bestehen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit vorliegen könnte, ist die Bankenkommission befugt und verpflichtet, die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Diese können bis zur Auflösung und Liquidation eines Unternehmens reichen, das unerlaubt einer zum Vornherein nicht bewilligungsfähigen Tätigkeit nachgeht bzw. das gegen das Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verstösst (BGE 131 II 306 E. 3.1.2 mit Hinweisen). Besteht eine Überschuldung, ist die EBK gehalten, die Liquidation nach den Sonderregeln des Bankenkurses (Art. 33 ff. BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003) anzuordnen; diese gelten auch für Betriebe, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-)Tätigkeit nachgehen (BGE 131 II 306 E. 4 S. 319 ff.). Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten (vgl. Art. 23quater Abs. 1 BankG [Fassung vom 3. Oktober 2003]) ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht; es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend geklärt werden kann. Der zu beseitigende Missstand liegt in diesem Fall in der unklaren Ausgangslage, die es über die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten zu bereinigen gilt (BGE 130 II 351 E. 2.2 S. 355; 126 II 111 E. 4c S. 118, je mit Hinweisen).

5.

Vor diesem Hintergrund ist der angefochtene Entscheid - entgegen der Kritik der Beschwerdeführer - nicht zu beanstanden:

5.1

5.1.1 Ab anfangs 2006 lagen verschiedene Hinweise dafür vor, dass die Prime-Forestry-Gruppe entgegen ihren Erklärungen vom 22. Januar bzw. 16. April 2004 und den eingereichten Unterlagen einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit im Finanzbereich nachgehen könnte. Neben Anfragen in Bezug auf die Aktivitäten der Gruppe aus dem Publikum und gewissen negativen Schlagzeilen in der Presse bzw. Publikumswarnungen von anderen Finanzmarktaufsichtsbehörden bezüglich der angebotenen Produkte gingen der Bankenkommission Informationen zu einem "Teak-Profit Programm" zu, worin jährliche Verzinsungen des "nicht in Teak-Baumbestände investierten Kapitals" zu 4,25 % rückwirkend "per Datum Zahlungseingang der Einmaleinlage" versprochen wurde. Gestützt hierauf erschien zweifelhaft, ob die Prime-Forestry-Gruppe, wie sie geltend gemacht hatte, tatsächlich ausschliesslich im Sinne eines "Ware-gegen-Geld-Geschäfts" individualisierte Baumbestände verkaufte und diese im Rahmen eines Bewirtschaftungsmandats zu Gunsten der jeweiligen "Baumpartner" betreute; dies gilt um so mehr, als die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das "TreeDirect"-Programm im Ergebnis eine proportionale Aufteilung eines allfälligen Schadens und der erwirtschafteten Erlöse zwischen mehreren hundert Baumbeständen vorsahen. Die Erklärung des Sekretariats der Bankenkommission vom 12. Mai 2004 stand ausdrücklich unter dem Vorbehalt allfälliger neuer Erkenntnisse; zudem wurde den Adressaten darin verboten, Publikumseinlagen im Sinne des Bankengesetzes entgegenzunehmen oder für deren Entgegennahme - insbesondere unter Hinweis auf das Schreiben vom 12. Mai 2004 - zu werben; dennoch erfuhr die EBK Mitte Januar 2006, dass Kopien dieses Briefes im Geschäftsverkehr mit Kunden verwendet worden waren. Es rechtfertigte sich deshalb, den Sachverhalt durch die Einsetzung von Untersuchungsbeauftragten an Ort und Stelle definitiv klären zu lassen und sich nicht allein auf die diesbezüglichen Äusserungen der Betroffenen zu verlassen.

5.1.2 Was die Beschwerdeführer hiergegen einwenden, überzeugt nicht: Die angeordnete Massnahme war nicht unverhältnismässig, nachdem objektive Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die Angaben der Beschwerdeführer