

BVGer A-2418/2021 vom 24. Juli 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-07-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2418_2021

FR: TAF A-2418/2021 du 24 juillet 2023

IT: TAF A-2418/2021 del 24 luglio 2023

Regeste

Staatshaftung (Bund)

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] und Urteil des BVGer A-7515/2015 vom 4. Januar 2017 E. 1.1). Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben ebenfalls zu keinen Bemerkungen Anlass, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG, SR 172.021]).

E. 3

Die Verantwortlichkeit der FINMA, ihrer Organe, ihres Personals und der von ihr Beauftragten richtet sich grundsätzlich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (VG) vom 14. März 1958 (Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMAG; SR 956.1]). Bei der FINMA handelt es sich um eine ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende und mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraute Organisation gemäss Art. 19 VG. Sie haftet für den Schaden, den ihre Organe, Angestellten oder Beauftragten einem Dritten widerrechtlich zufügen, ohne Rücksicht auf das Verschulden der betreffenden Person (Art. 19 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VG). Den Bund trifft eine Ausfallhaftung, soweit die Organisation den geschuldeten Betrag nicht zu leisten vermag (Art. 19 Abs. 1 Bst. a VG). Eine Schadenersatzpflicht nach dem Verantwortlichkeitsgesetz wird nach ständiger Rechtsprechung bejaht, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Ein quantifizierter Schaden, das Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesbeamten in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit, ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden sowie die Widerrechtlichkeit des Verhaltens (statt vieler BVGE 2010/4 E. 3). Die FINMA und ihre Beauftragten haften überdies nur, wenn sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben und die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen von Beaufsichtigten zurückzuführen sind (Art. 19 Abs. 2 FINMAG; zum Ganzen Urteil des BVGer A-7515/2015 vom 4. Januar 2017 E. 4.3).

E. 4

Streitig ist in erster Linie, ob die Vorinstanz wesentliche Amtspflichten verletzt hat.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer führt die geltend gemachten Schäden (Bst. C und F) auf die Verfügung vom 4. September 2015, d.h. auf die angeordnete Konkursöffnung sowie die Unterlassungsanweisung, und auf das Verhalten der Vorinstanz im Konkursverfahren zurück. Als Konkursliquidatorin habe sie zum einen die Anteile der Y. _____ an der A. _____ AG (nachfolgend: A. _____) massiv unter deren Wert verkauft. Zum anderen habe sie den Wert der Anteile der Y. _____ an der B. _____ AG vernichtet, indem sie den Organisationsmangel der B. _____ AG nicht beseitigt und diese absichtlich in den Konkurs versetzt habe. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz in diesem Zusammenhang wesentliche Amtspflichtverletzungen durch Verstoss gegen zahlreiche Rechtsnormen vor.

E. 4.2

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, es fehle in Bezug auf ihre Verfügung vom 4. September 2015 und die ihr vorgeworfenen Realakte als Konkursliquidatorin an einer haftungsbegründenden Widerrechtlichkeit. Sie habe keine Norm im Sinne einer wesentlichen Amtspflichtverletzung verletzt. Es könne ihr kein unentschuldbarer Fehler zur Last gelegt werden.

E. 4.3

Widerrechtlichkeit im Sinn von Art. 19 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VG setzt voraus, dass ein absolutes Recht der geschädigten Person beeinträchtigt wird oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm erfolgt, die dem Schutz des Vermögens vor derartigen Schäden dient. Darüber hinaus erfordert die Haftung der FINMA und ihrer Beauftragten, dass sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben (Art. 19 Abs. 2 Bst. a FINMAG). Nicht jede geringfügige Amtspflichtverletzung stellt dabei eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit dar. Es muss eine für die Ausübung der amtlichen Funktion wesentliche Pflicht betroffen sein. Weiter reicht nicht aus, dass die schädigende Handlung sich im Nachhinein als unrichtig, gesetzwidrig oder sogar willkürlich erweist. Haftungsbegründend ist lediglich ein besonderer, d.h. eindeutiger und gravierender Fehler im Kernbereich der Aufgaben bzw. eine Pflichtverletzung in Form einer unentschuldbaren Fehlleistung, die einem pflichtbewussten Beamten nicht unterlaufen wäre. Die Voraussetzung der wesentlichen Amtspflichtverletzung - als sog. qualifizierte Widerrechtlichkeit - gilt für die FINMA nicht nur bei Rechtsakten (vgl. BGE 132 II 449 E. 3.3; Urteil des BGer 2E_6/2021 E. 6.2), sondern für die gesamte Tätigkeit der Aufsichtsbehörde, d.h. auch für Realakte. Der Gesetzgeber begründete diese Haftungsbeschränkung insbesondere mit den enormen (Haftungs-)Risiken im Bereich der Finanzmarktaufsicht und der Komplexität der Aufgabe. Müssten die FINMA und, subsidiär, der Bund für die potentiell sehr hohen Schadensbeträge einstehen, hätte dies zur Folge, dass die Beaufsichtigten mit ihren Abgaben und die Steuerzahlenden über Gebühr belastet würden. Weiter bestand die Befürchtung, dass die FINMA bei einer schärferen Haftung mit hohem Kontroll- und Kostenaufwand übervorsichtig und - nach dem Empfinden der Beaufsichtigten - überregulierend agieren könnte. Verfügten diese zudem über einen grossen Spielraum für eigenverantwortliches wirtschaftliches Handeln, dürfe die FINMA im Gegenzug nicht für jeglichen Schaden der Beaufsichtigten verantwortlich gemacht

werden (vgl. zum Ganzen Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829, 2844 ff., 2871 f.; Urteile des BVGer A-7515/2015 vom 4. Januar 2017 E. 4.3, E. 7.2.1 f. und A-893/2013 vom 19. März 2014 E. 4.1). Die Beurteilung, ob eine wesentliche Pflichtverletzung vorliegt, erfolgt nicht ex post, sondern ex ante vom Zeitpunkt der Handlung oder Unterlassung aus (Urteil des BVGer A-7515/2015 vom 4. Januar 2017 E. 7.2.2).

E. 4.4

Zu prüfen ist zunächst, ob eine wesentliche Amtspflichtverletzung der Vorinstanz aufgrund ihrer Verfügung vom 4. September 2015 vorliegt.

E. 4.4.1

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe Amtspflichten wesentlich verletzt, indem sie die Tätigkeiten der Y._____ auf dem Finanzmarkt unzutreffend als bewilligungspflichtig qualifiziert habe. Insbesondere habe sie dabei die Bestimmungen von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Bst. d KAG und von Art. 3 Abs. 2 der per 1. Januar 2020 aufgehobenen Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996 (altBEHV; AS 1997 85) i.V.m. Art. 10 Abs. 1 und Art. 2 Bst. d altBEHG falsch angewendet. Demzufolge habe sie den Konkurs über die Y._____ und die Unterlassungsanweisung ihm gegenüber zu Unrecht verfügt. Das Bundesgericht habe die Widerrechtlichkeit der Verfügung bestätigt. Die Vorinstanz habe weiter den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig und nachlässig ermittelt und dadurch den Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 ff. VwVG) und Art. 36 FINMAG verletzt. Es könne nicht sein, dass eine spezialisierte Verwaltungsbehörde gestützt darauf ein Unternehmen liquidiere, ohne dafür schadenersatzpflichtig zu werden. Obwohl der Sachverhalt unklar gewesen sei, habe die Vorinstanz die Liquidation der Y._____ angeordnet, ohne eine Anpassung der Organisation oder der Geschäftstätigkeit als milderes Mittel zur Herstellung des rechtmässigen Zustands zu ermöglichen. Sie habe dadurch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) missachtet und Ermessensmissbrauch begangen.

E. 4.4.2

Die Vorinstanz kam mit Verfügung vom 4. September 2015 zum Schluss, die Y._____ habe durch den Verkauf von Aktien der Z._____ AG in den Jahren 2012 bis 2014 eine Effektenhändlerstätigkeit als Emissionshaus ohne die notwendige Bewilligung ausgeübt. Emissionshäuser waren nach dem damals geltenden Recht Effektenhändler, die gewerbsmässig Effekten, die von Drittpersonen ausgegeben worden sind, fest oder in Kommission übernehmen und öffentlich auf dem Primärmarkt anbieten (Art. 3 Abs 2 altBEHV). Die Tätigkeit war bewilligungspflichtig (Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. d altBEHG; vgl. zur heutigen Regelung der Bewilligungspflicht im Finanzinstitutsgesetz vom 15. Juni 2018 [FINIG] das Urteil des BVGer B-5540/2018 vom 17. August 2020 E. 2). Im Rechtsmittelverfahren war streitig, ob das Erfordernis des Primärmarktes erfüllt war. Als Primärmarkt wird, in Abgrenzung zum Sekundärmarkt, der Markt bezeichnet, in dem Effekten erstmals begeben, d.h. emittiert werden («Emissionsmarkt»; BGE 136 II 43 E. 4.1). Gemäss den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz hatte die C._____ Ltd., eine Tochtergesellschaft der Y._____ mit Sitz auf den [...], 3 Mio. Aktien der Z._____ AG von der damaligen Alleineigentümerin H._____ AG erworben. Später wurden die Aktien der Z._____ AG auf die Depots der Y._____ in der Schweiz übertragen und von dieser unter Einsatz von Werbung und professionellen Vermittlern verkauft. Das

Bundesverwaltungsgericht bestätigte die Verfügung der Vorinstanz. Das Bundesgericht erzog mit Urteil vom 9. Oktober 2018 (2C_1068/2017) hingegen, gestützt auf den festgestellten Sachverhalt lasse sich nicht beurteilen, ob die H._____ AG - als (Erst-)Übernehmerin sämtlicher Aktien der Z._____ AG - mit der Y._____ bzw. der C._____ Ltd. im Sinne einer Gruppe, d.h. einer koordinierten gemeinsamen Tätigkeit im aufsichtsrechtlichen Sinn, so zusammengewirkt habe, dass die Tätigkeit - bei einer Gruppenbetrachtung - als Festübernahme dem Primärmarkt zuzuordnen wäre (vgl. zur Gruppenbetrachtung im Finanzmarktrecht BGE 135 II 356 E. 3.2). Denkbar sei auch, dass die H._____ AG schlicht als Grossaktionärin die Aktien der Z._____ AG dem Publikum angeboten habe, worin ein dem Sekundärmarkt zuzuordnendes «Secondary Placement» zu erblicken wäre. Das Secondary Placement sei von der Festübernahme, d.h. von Fällen, in denen die neu auszugebenden Aktien im Voraus, z.B. von einer Bank, im Hinblick auf ein öffentliches Angebot gezeichnet würden, zu unterscheiden. Das Bundesgericht wies die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung und zu neuem Entscheid darüber, ob die Y._____ eine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Emissionshaus ausübte, an die FINMA zurück (vgl. E. 2.3.2 ff. und E. 4).

E. 4.4.3

Zum gleichen Ergebnis gelangte das Bundesgericht bei der Frage, ob die Y._____ mit ihrer Investorentätigkeit Vorschriften des schweizerischen Kollektivanlagerechts verletzt bzw. ob der Beschwerdeführer massgeblich an einer solchen mitgewirkt hat. Mit der Qualifikation der Y._____ als bewilligungspflichtige kollektive Kapitalanlage in Form einer SICAF (Art. 110 i.V.m. Art. 13 Abs. 2 Bst. d KAG) habe die Vorinstanz der besonderen Natur von Private Equity-Fonds und -Gesellschaften nicht gebührend Rechnung getragen und materielles Bundesrecht (Art. 7 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Bst. d und Art. 2 Abs. 2 Bst. e KAG) falsch angewendet. Insbesondere habe sie die Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 Bst. d KAG, wonach operative Gesellschaften, die eine unternehmerische Tätigkeit ausüben, nicht dem KAG unterstehen, unzutreffend ausgelegt und den Sachverhalt falsch erhoben. Private Equity-Fonds und -Gesellschaften würden sich von gewöhnlichen Effekten- oder Hedgefonds dadurch unterscheiden, dass die Investition in ein Unternehmen im Vordergrund stehe. Dies gelte besonders bei Venture Capital-Finanzierungen, wie sie die Y._____ betreibe: Ein Finanzinvestor erwerbe eine (Minderheits-)Beteiligung am Eigenkapital (etwa Aktien) einer Gesellschaft mit dem Ziel, die Bewertung dieser Gesellschaft durch Wertschöpfung zu steigern und diesen Gewinn am Ende des Projekts durch den Verkauf der Beteiligung zu realisieren. Die Wertschöpfung während der Projektdauer werde regelmässig durch aktive Mitwirkung beim Unternehmen bewirkt, was die Venture-Capital-Investorentätigkeit von der passiven Investition in kollektive Kapitalanlagen unterscheide. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung, ob eine Gesellschaft eine unternehmerische Tätigkeit oder passive Anlagetätigkeit ausübe, habe die Vorinstanz anstelle der aktiven Mitwirkung zu Unrecht auf die fehlende Ertragserzielung (während der laufenden Beteiligungsdauer) und auf die Buchhaltung der Beschwerdeführerin abgestellt. Die effektiv ausgeübte Mitwirkung der Beschwerdeführerin bei den Gesellschaften, an denen sie Beteiligungen gehalten habe oder halte, gehe aus den Akten nicht hervor (E. 3 f.).

E. 4.4.4

Demnach trifft zwar zu, dass das Bundesgericht die Sache aufgrund der genannten Gesetzesnormen zur Ergänzung des rechtserheblichen Sachverhalts an die Vorinstanz (FINMA) zurückwies. Eine wesentliche Amtspflichtverletzung setzt jedoch, wie erwähnt,

einen eindeutigen und gravierenden Fehler der Vorinstanz voraus. Es reicht nicht aus, dass sich eine Verfügung nachträglich als unrechtmässig bzw. willkürlich erweist und von einer Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird (vgl. Urteil des BVGer A-5973/2015 vom 1. September 2017 E. 6.4.3). Haftungs begründend kann nicht bereits sein, dass die Verfügung vom 4. September 2015 auf unvollständigen Sachverhaltsgrundlagen beruhte und eine Rückweisung - im Übrigen mit offenem Verfahrensausgang - erfolgte. Dies gilt erst recht, als der Verfügung ein relativ komplexer Sachverhalt mit internationalem Bezug und mit schwierig zu durchleuchtenden Beziehungen zwischen personell und wirtschaftlich verflochtenen Unternehmen zu Grunde lag. Zu klären waren nicht leichte finanzmarktrechtliche Abgrenzungsfragen, insbesondere jene zwischen Primär- und Sekundärmarkt sowie zwischen Anlage- und unternehmerischer Tätigkeit. Die damit verbundene Sachverhaltsermittlung war anspruchsvoll und das Verfahren wurde letztlich eingestellt, weil sich der rechterhebliche Sachverhalt bzw. das Zusammenwirken der involvierten Gesellschaften nicht mehr feststellen liess. Dass in diesem Zusammenhang eine qualifizierte Widerrechtlichkeit vorliegt, legt der Beschwerdeführer nicht näher dar und ist nicht erkennbar, zumal das Bundesverwaltungsgericht die Einordnung der Y. _____ als Emissionshaus und SICAF als erste Rechtsmittelinstanz bestätigt und das Bundesgericht sein anderslautendes Urteil in Fünferbesetzung gefällt hat (Art. 20 Abs. 2 BGG).

E. 4.4.5

Die Anordnung der Liquidation der Y. _____ war Folge davon, dass die Vorinstanz - ohne qualifiziert widerrechtlich zu handeln - die Tätigkeiten der Y. _____ als bewilligungspflichtig erachtet und eine (schwere) Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Gesellschaft und den Beschwerdeführer festgestellt hat. Die Vorinstanz orientierte sich an der in diesen Fällen geltenden Rechtslage. Ist eine Gesellschaft unbewilligt als Effektenhändlerin tätig und fällt eine nachträgliche Erteilung der erforderlichen Bewilligung ausser Betracht, hat dies zwingend die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zur Folge (Art. 37 Abs. 2 und 3 FINMAG i.V.m. Art. 36a altBEHG; vgl. Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1 und Urteil des BVGer B-7892/2016 vom 7. Mai 2019 E. 8.3). Analoges gilt im Kollektivanlagenrecht (vgl. Art. 135 Abs. 1 und 2 KAG). Erweist sich die Gesellschaft als überschuldet, ist analog den Art. 33 ff. des Bankengesetzes (BankG; SR 952.0) der Konkurs zu eröffnen und durchzuführen (Art. 36a aBEHG und Art. 137 KAG; Urteil des BGer 2C_898/2010 vom 29. Juni 2011 E. 3.1 und Urteil des BVGer B-1113/2021 vom 10. August 2021 E. 3.1). Die FINMA muss der Gesellschaft nach der Praxis nicht Gelegenheit einräumen, die Geschäftstätigkeit an die gesetzlichen Vorgaben anzupassen. In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtfertigt sich die vollständige Liquidation, wenn die Gesellschaft vorwiegend im bewilligungspflichtigen Bereich tätig und davon auszugehen ist, dass sie ihre Tätigkeit ohne Bewilligung fortsetzen wird. Geht sie sowohl einer bewilligungspflichtigen als auch einer finanzmarktrechtlich unbedenklichen Aktivität nach, ist, falls möglich, unter bestimmten Voraussetzungen nur der bewilligungspflichtige Teil zu liquidieren (statt vieler Urteile des BGer 2C_97/2015 vom 28. April 2015 E. 2.2 und 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1 mit Hinweisen). Die Vorinstanz ging zwar unzutreffend, aber ohne unentschuldbaren Fehler davon aus, dass die Y. _____ fast ausschliesslich im bewilligungspflichtigen Bereich tätig sei. Es bestanden zudem erhebliche Anzeichen einer Überschuldung der Y. _____ (vgl. Urteil des BVGer B-5712/2015 vom 10. November 2017 E. 4.4.3, E. 5.2 und E. 5.3.1). Bei dieser Rechts- und Ausgangslage ist offensichtlich, dass die Vorinstanz

nicht im Sinne einer wesentlichen Amtspflichtverletzung unverhältnismässig gehandelt oder einen Ermessensspielraum missbraucht hat, indem sie die Liquidation und Konkursöffnung angeordnet hat.

E. 4.4.6

Weiter macht der Beschwerdeführer eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) geltend. Die mit Verfügung vom 4. September 2015 ausgesprochene Unterlassungsanweisung komme faktisch einem Berufsverbot gleich. In den 37 Monaten zwischen der verfügten Eröffnung des Konkurses und der Aufhebung durch das Bundesgericht habe er nur mit Schwierigkeiten und temporär für 11 Monate eine Stelle finden können. Das dabei erzielte Nettoeinkommen von rund Fr. 220'000.- und die bezogenen Taggelder der Arbeitslosenversicherung von insgesamt Fr. 254'022.- lägen deutlich unter dem potenziellen Verdienst von Fr. 595'000.-, den er im gewohnten Tätigkeitsbereich hätte erlangen können. Die Vorinstanz habe erheblich und ohne gesetzliche Grundlage in seine Wirtschaftsfreiheit eingegriffen. Die Vorinstanz weist in dieser Hinsicht zu Recht darauf hin, dass dem Beschwerdeführer kein Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG auferlegt wurde. Das Verbot der Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit ohne Bewilligung gilt bereits von Rechts wegen. Mit der verfügten Unterlassungsanweisung wird nach ständiger Praxis daher nur in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Es handelt sich nicht um eine eigenständige Massnahme, sondern lediglich um eine Warnung beziehungsweise Ermahnung (statt vieler BGE 135 II 356 E. 5.1; Urteil des BVGer B-5736/2018 vom 7. Juli 2020 E. 5.1). Weiter wurde die Unterlassungsanweisung mangels Rechtskraft der Verfügung vom 4. September 2015 nie, wie angeordnet, auf der Webseite der Vorinstanz veröffentlicht (zur Publikation von Unterlassungsanweisungen Art. 34 Abs. 1 FINMAG und Urteil des BVGer B-5736/2018 vom 7. Juli 2020 E. 5.3 f.). Es ist deshalb sehr fraglich, ob sie die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers überhaupt tangiert hat. Selbst wenn dies bejaht und das Grundrecht als verletzt, d.h. die vom Bundesgericht aufgehobene Verfügung als verfassungswidrig erachtet würde, käme dies aus den genannten Überlegungen (E. 4.3) keinem qualifizierten, haftungsbegründenden Fehler der Vorinstanz gleich. Dass sie Amtspflichten wesentlich verletzt hätte, ist auch in dieser Hinsicht nicht ersichtlich.

E. 4.4.7

Die Verfügung vom 4. September 2015 stellt demnach keine wesentliche Amtspflichtverletzung der Vorinstanz dar.

E. 4.5

Zu prüfen ist weiter, ob die Vorinstanz wesentliche Amtspflichten verletzt hat, indem sie im Konkursverfahren der Y._____ deren Aktien an der A._____ verkauft hat.

E. 4.5.1

Die Vorinstanz kann im Falle eines banken- oder kollektivanlagenrechtlichen Konkurses nach ihrem Ermessen einen externen Konkursliquidator einsetzen oder das Konkursverfahren selbst durchführen (vgl. Art. 33 Abs. 2 BankG, Art. 12 der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA [BIV-FINMA; SR 952.05]; Art. 7 der Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA [KAKV-FINMA; SR 951.315.2] und Urteil des BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014 E. 2.3 a.E.). Die Vorinstanz amtierte ab der Konkursöffnung vom 9. September 2015 als Konkursliquidatorin der Y._____. Mit Verfügung vom 17. Juli 2018 setzt sie als externe Konkursliquidatorin die R._____ AG

ein, die diese Funktion bis zur Aufhebung des Konkurses ausübte. Da die verfügte (und später aufgehobene) Konkurseröffnung unmittelbar vollstreckbar, aber noch nicht rechtskräftig war, waren die Verwertungshandlungen gemäss der Verfügung vom 4. September 2015 auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland beschränkt (Ziffer 15 des Dispositivs). Die Beschränkung dient unter anderem der Verwirklichung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Urteil des BVGer B-2757/2015, B-3848/2015 vom 21. März 2016 E. 4.4.1; zu den im Konkursverfahren anwendbaren Normen: Urteil des BVGer B-1113/2021 vom 10. August 2021 E. 3.1).

E. 4.5.2

Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung verfügte die Y. _____ über 232'000 Namenaktien mit Nominalwert von je Fr. 0.10 an der A. _____. Diese bezweckte [...]. Mit Schreiben vom 29. Dezember 2015 lud die A. _____ die Vorinstanz als Vertreterin der Y. _____ zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 26. Januar 2016 ein. Die A. _____ informierte darüber, dass der Verwaltungsrat der GV einen Kapitalschnitt, d.h. eine Kapitalherabsetzung auf null mit einer unmittelbaren Wiedererhöhung des Aktienkapitals, beantragen werde. Mit dem Kapitalschnitt solle die A. _____ saniert und die bestehende Überschuldung beseitigt werden. Am 12. Januar 2016 teilte die Vorinstanz der A. _____ in ihrer Funktion als Konkursliquidatorin mit, sie werde dem Kapitalschnitt nicht zustimmen, da dieser aufgrund der Vernichtung der bestehenden Aktien nicht im Interesse der Y. _____ bzw. der Konkursmasse sei. Sie sei jedoch daran interessiert, die Beteiligung der Y. _____ an der A. _____ zu veräussern. Daraufhin unterbreitete die A. _____ der Vorinstanz ein Angebot für den Erwerb der Aktien. Mit Aktienkaufvertrag vom 28. Januar 2016 veräusserte die Konkursmasse der Y. _____, handelnd durch die Vorinstanz, die 232'000 Aktien zum Kaufpreis von Fr. 29'000.- an die A. _____. Mit Abtretungserklärung vom 2. Februar 2016 trat die Konkursmasse die Aktien an die A. _____ ab.

E. 4.5.3

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe die Anteile der Y. _____ an der A. _____ eindeutig unter dem tatsächlichen Wert verkauft, ohne vorgängig eine Bewertung des Unternehmens vorzunehmen bzw. erstellen zu lassen. Sie habe gegen ihre Pflicht zur Erhaltung des Werts der Konkursmasse verstossen und damit Art. 240 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1), wonach die Konkursverwaltung alle zur Erhaltung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen habe, sowie ihre Sorgfaltspflicht gemäss Art. 754 des Obligationenrechts (OR; SR 220) verletzt. Ebenfalls habe sie das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das Gebot von Treu und Glauben missachtet und ihr Ermessen missbraucht. Dies habe zu einem Schaden von Fr. 1'677'361.70 entsprechend der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Aktien und dem Verkaufserlös geführt.

E. 4.5.4

Für den geltend gemachten Wert der A. _____-Anteile der Y. _____ verweist der Beschwerdeführer auf die Portfoliobewertung der U. _____ AG. Sie enthält für den 1. Januar 2015 einen Buchwert von Fr. 580'000.- und einen Multiples-Mittelwert von 1.65 Mio. EUR der Beteiligung an der A. _____. Diese betrieb damals eine Internetplattform für die (Meta-)Suche von Freizeitaktivitäten. Der Multiples-Mittelwert, auf den sich der Beschwerdeführer stützt, basiert auf einer Wertanalyse anhand von sog. Multiples

(Vergleichsgrössen) aus zuvor durchgeführten Transaktionen mit vergleichbaren Unternehmen bzw. Plattformen. Der Unternehmenswert wurde insbesondere in Relation zur Bezugsgrösse der monatlichen Besucherzahlen der Internetplattformen ermittelt. Die Portfoliobewertung hält selbst fest, dass diese Methode wegen der limitierten Vergleichbarkeit, besonders aufgrund des Start-up-Charakters der verglichenen Unternehmen, nur begrenzt zur Bewertung geeignet sei. Die Analyse sei ohne vertiefte Analyse der vorgelegten Informationen (z.B. der Datenquelle zu den Besucherzahlen) erfolgt. Nicht bekannt ist zudem, auf welche Unterlagen sich die Bewertung stütze.

E. 4.5.5

Die Vorinstanz hat schlüssig dargelegt, dass diese Bewertung offensichtlich nicht dem tatsächlich realisierbaren Wert der Beteiligung im Zeitpunkt des Aktienverkaufs entsprach. Insbesondere wiesen die von der Revisionsstelle geprüfte Bilanz der A. _____ per 31. Dezember 2014 und deren Bilanzen per 31. Juli 2015 und 30. November 2015 eine klare Überschuldung der Gesellschaft aus. Zudem wies der Verwaltungsrat der A. _____ mit der Einladung zur ausserordentlichen GV vom 26. Januar 2016 auf die prekäre finanzielle Lage der Gesellschaft hin und schlug den Aktionären, wie erwähnt, einen Kapitalschnitt zur Beseitigung der Überschuldung vor. Die Aktien der Y. _____ an der A. _____ zu behalten, war daher im Zeitpunkt des Verkaufs zur Werterhaltung weder offensichtlich geeignet noch zwingend geboten. Es ist jedenfalls nicht eindeutig verfehlt, dass die Vorinstanz als Konkursliquidatorin die Aktien veräusserte und der Konkursmasse der Y. _____ immerhin einen Erlös leicht über dem Nominalwert zuführte, um keinen vollständigen Wertverlust der Anteile an der insolvenzgefährdeten Gesellschaft im Fall des Konkurses hinnehmen zu müssen. Mit dem Kapitalschnitt wäre laut Traktandenliste zur GV zudem der Untergang der bisherigen Beteiligungsrechte verbunden gewesen und die Y. _____ hätte, um das vorgesehene Bezugsrecht am neuen Aktienkapital gemäss der bisherigen Beteiligung auszuüben, einen Ausgabepreis von Fr. 158'898.75 für die neu geschaffenen Aktien leisten müssen. Über finanzielle Mittel dafür verfügte die Konkursmasse soweit ersichtlich nicht. Hinzu kommt, dass die A. _____ im Aktienkaufvertrag ihrerseits auf allfällige Ansprüche gegen die Y. _____ aus dem vereinbarten Investment Agreement und dem Shareholders' Agreements je vom 12. Februar 2014 verzichtet hat.

E. 4.5.6

Unter diesen Umständen ist nicht zu erkennen, dass die Vorinstanz durch den Aktienverkauf die Pflicht zu werterhaltenden Massnahmen verletzt, unverhältnismässig bzw. treuwidrig gehandelt oder Ermessen missbraucht hat - und sich dabei qualifiziert widerrechtlich verhalten hat.

E. 4.5.7

Nichts Gegenteiliges ergibt sich aus allfälligen späteren Ereignissen und Entwicklungen, die der Beschwerdeführer zur Begründung des Werts der Beteiligung an der A. _____ anführt. Die A. _____ habe im Sommer 2016 neue Investoren gefunden, im Jahr 2017 die im Handelsregister ersichtliche Kapitalerhöhung vorgenommen und später laut LinkedIn- und Website-Auszügen mindestens 30 Mitarbeiter sowie mehrere Standorte gehabt. Ob eine wesentliche Pflichtverletzung vorliegt, ist aber wie erwähnt nicht mit einer ex post Betrachtung, sondern nach den Umständen und dem Wissensstand im Zeitpunkt des fraglichen Verhaltens der Vorinstanz zu beurteilen (vgl. Urteil des BVGer A-7515/2015

vom 4. Januar 2017 E. 7.2.2). Die geltend gemachten Umstände können nicht ergeben, dass der Aktienverkauf vom 28. Januar 2016 - ex ante betrachtet - mit Blick auf die Erhaltung der Konkursmasse eindeutig fehlerhaft war. Sollte zutreffen, dass die A. _____ nur vorübergehend überschuldet war und die finanzielle Lage sich später wesentlich verbesserte, so war dies im Januar 2016 eine noch ungewisse, nicht offensichtlich vorhersehbare Entwicklung, zumal es sich um ein Unternehmen in der Start-up-Phase handelte. Dass die Vorinstanz nicht daran ihr Handeln ausrichtete, stellt - angesichts der finanziellen Lage der A. _____ beim Aktienverkauf - keineswegs eine wesentliche Pflichtverletzung dar.

E. 4.5.8

Soweit sich der Beschwerdeführer im Übrigen auf die Haftung nach Art. 754 OR beruft, handelt es sich dabei um eine Bestimmung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Die Vorinstanz untersteht als Konkursliquidatorin ausdrücklich der Haftung nach dem Verantwortlichkeitsrecht des Bundes (Art. 19 Abs. 1 FINMAG), nicht den privatrechtlichen Haftungsnormen des Aktienrechts (vgl. Harald Bärtschi, in: Basler Kommentar FINMAG FinfraG, 3. Aufl. 2019, Art. 19 Rz. 1 ff., Rz. 8; Martin Würmli, Die Haftung der Finanzmarktaufsicht, 2010, Rz. 171 ff.).

E. 4.6

Zu beurteilen bleibt, ob die Vorinstanz in Bezug auf die Beteiligung der Y. _____ an der B. _____ AG wesentliche Amtspflichten im Konkursverfahren verletzt hat.

E. 4.6.1

Die Y. _____ hatte am 9. Juni 2014 einen Investmentvertrag mit der B. _____ GmbH mit Sitz in Deutschland ([...]), deren Eigner E. _____ und der H. _____ GmbH geschlossen. Vertragszweck war ein Investment der Y. _____ in das Geschäft der B. _____ GmbH, einem 2013 gegründeten Start-up-Unternehmen [...]. Aufgrund dieses Vertrags hatten die Parteien die B. _____ AG [...] als Holdinggesellschaft gegründet, welche die Anteile an der B. _____ GmbH übernahm. Die Y. _____ hielt im Zeitpunkt des über sie verfügten Konkurses 49% der Aktien und E. _____ 51% der Aktien an der B. _____ AG.

E. 4.6.2

Am 8. Februar 2016 trat das einzige in der Schweiz wohnhafte Mitglied des Verwaltungsrats der B. _____ AG zurück. Der Gesellschaft fehlte es in der Folge an einer vertretungsberechtigten Person mit Wohnsitz in der Schweiz, wie sie gemäss Art. 718 Abs. 4 OR vorgeschrieben ist. Der Organisationsmangel war am 17. Februar 2016 Gegenstand des Telefongesprächs der Vorinstanz mit E. _____ und einem weiteren Verwaltungsratsmitglied der B. _____ AG. Die Vorinstanz wies daraufhin, dass, sollte die Gesellschaft fortgeführt werden, ein neuer Verwaltungsrat mit Wohnsitz in der Schweiz gewählt werden müsse. Am 29. März 2016 ersuchte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich das Handelsgericht Zürich darum, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Mit Verfügung vom 4. April 2016 räumte das Handelsgericht der B. _____ AG - in Kenntnis der verbliebenen Verwaltungsräte - Frist ein, um den rechtmässigen Zustand herzustellen. Es wurde daraufhin jedoch keine Vertretung mit Wohnsitz in der Schweiz ernannt. Mit Urteil vom 7. Juni 2016 löste das Handelsgericht Zürich die B. _____ AG infolge Organisationsmangels auf und ordnete die Liquidation nach den Konkursvorschriften an. Die Gesellschaft wurde am [...] im Handelsregister gelöscht.

E. 4.6.3

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe es pflichtwidrig unterlassen, den Organisationsmangel der B. _____ AG zu beseitigen, obwohl sie davon gewusst habe. Als Liquidatorin der Y. _____ sei die Vorinstanz verpflichtet gewesen, einen Verwaltungsrat der B. _____ AG mit Wohnsitz in der Schweiz einzusetzen, was wenig Aufwand erfordert hätte. Ohne Weiteres hätte sie ihn oder ein anderes ehemaliges Organ der Y. _____ über den Mangel informieren und ihnen Gelegenheit geben können, sich als Verwaltungsratsmitglied der B. _____ AG zur Verfügung zu stellen. Stattdessen habe die Vorinstanz die B. _____ AG absichtlich in den Konkurs gehen lassen und den Wert der Beteiligung der Y. _____ vollumfänglich vernichtet. Dadurch sei ein Schaden von Fr. 2'065'120.70 in der Höhe des tatsächlichen Werts Beteiligung entstanden. Indem sie nicht alles unternommen habe, um den Wert der Aktien zu erhalten, habe die Vorinstanz wiederum ihre Pflicht zur Erhaltung des Werts der Konkursmasse und das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) verletzt.

E. 4.6.4

Die vom Handelsgericht Zürich angeordnete Auflösung und Liquidation der B. _____ AG erfolgte aufgrund des Organisationsmangels. Es ist nicht ersichtlich und der Beschwerdeführer kann nicht darlegen, inwiefern im konkreten Fall eine Pflicht der Vorinstanz zur Mitwirkung an der Behebung des Mangels bestand und sie diese durch einen eindeutigen Fehler verletzt hat. Es bestehen keine Anzeichen, dass sie mit Absicht auf den Konkurs der B. _____ AG hätte hinwirken wollen. Die verbliebenen Verwaltungsräte der B. _____ AG teilten ihr im Telefongespräch vom 17. Februar 2016 mit, dass die Gesellschaft ihre Rechnungen nicht mehr zahlen könne, finanziell sehr schlecht dastehe und allenfalls ein Konkurs drohe. Aus der eingeforderten Zwischenbilanz der B. _____ AG per 15. März 2016 war ersichtlich, dass deren Eigenkapital fast vollständig aufgebraucht war und die Überschuldung drohte. Als Aktiven waren lediglich Darlehensbeträge und - je nur zu einem Franken - die Beteiligung an der B. _____ GmbH sowie Schutzrechte bilanziert. Bei dieser Sachlage hatte die Vorinstanz zur Zeit des Organisationsmangels keine offensichtlichen Anhaltspunkte, dass die Anteile der Y. _____ an der B. _____ AG werthaltig seien bzw. ein Wertverlust während des Konkursverfahrens der Y. _____ hätte eintreten und verhindert werden können. Das gerichtlich angeordnete Konkursverfahren der B. _____ AG (E. 4.6.2) wurde denn auch mangels Aktiven eingestellt. Unter den Aspekten der Werterhaltung und Verhältnismässigkeit ist nicht verfehlt, dass die Vorinstanz keine Massnahmen zur Suche nach einer Vertretung mit Wohnsitz in der Schweiz traf, sondern dies als Sache der Verwaltungsräte der B. _____ AG erachtete und die Liquidation nach den gesetzlichen Regeln geschehen liess. Zu keinem anderen Schluss führt erneut die erwähnte Portfoliobewertung der U. _____ AG, zumal sie die damalige finanzielle Lage der Gesellschaft nicht berücksichtigte und auf ungewissen Szenarien mit künftigen Parametern beruhte, von denen die Vorinstanz nicht eindeutig ausgehen musste.

E. 4.6.5

Sodann begründet der Beschwerdeführer den Wert der Beteiligung der Y. _____ damit, dass die deutsche B. _____ GmbH heute erfolgreich am Markt tätig sei und die B. _____ AG, hätte sie fortbestanden, als Holdinggesellschaft vom gewinnbringenden Geschäft profitiert hätte. Er legt dazu Dokumente zur B. _____ GmbH aus der Presse und sozialen Medien vor. Wiederum gilt jedoch, dass eine wesentliche Pflichtverletzung nicht

aus heutiger Sicht, sondern nach den Verhältnissen zur Zeit des betroffenen Verhaltens der Vorinstanz zu prüfen ist. Massgebend kann nicht sein, wie sich das Geschäft der B._____ GmbH Jahre nach der Auflösung der B._____ AG entwickelt hat, weshalb die Angaben des Beschwerdeführers nicht näher überprüft werden müssen. Es sind keine triftigen Gründe dafür erkennbar, dass die Vorinstanz ihr Vorgehen im Zeitraum der mangelhaften Organisation der B._____ AG eindeutig auf eine künftige Wertsteigerung der Anteile der Y._____ hätte stützen müssen.

E. 4.7

Der Beschwerdeführer beantragt Gutachten zur Bewertung der A._____ und der B._____ GmbH, zum Wert der Beteiligungen der Y._____ an der A._____ und an der B._____ AG sowie zur Ermittlung von geeigneten Bewertungsmethoden für Start-up-Unternehmen. Ebenfalls verlangt er die Edition der Jahresrechnung der A._____ für das Geschäftsjahr 2017. Nach dem Ausgeführten ist nicht ersichtlich, inwieweit die angebotenen Beweismittel wesentliche Erkenntnisse bringen und dazu führen könnten, dass eine wesentliche Pflichtverletzung zu bejahen wäre. Es kann darauf in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden (vgl. dazu Urteil des BVGer A-615/2022 vom 23. Mai 2023 E. 4.2; im Kontext der Staatshaftung: Urteil des BGer 2C_795/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4.2 und Urteil des BVGer A-1017/2013 vom 29. August 2013 E. 2.3).

E. 5

Eine wesentliche Amtspflichtverletzung, wie sie die Haftung der Vorinstanz voraussetzt, liegt damit nicht vor. Ob die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt wären, muss nicht beurteilt werden. Dies gilt auch für die Frage, ob die Normen, mit denen der Beschwerdeführer die Widerrechtlichkeit des Verhaltens der Vorinstanz begründet, den Schutz seines Vermögens bzw. desjenigen der Y._____ bezwecken (vgl. E. 4.3). Da keine Schadenersatzansprüche bestehen, erübrigt sich zudem die Prüfung, ob die Y._____ dem Beschwerdeführer staatshaftungsrechtliche Ansprüche mit Zessionsvertrag vom 14. Oktober 2019 zulässig abtreten konnte, wie die Vorinstanz es bejaht hat. Diese hat das Schadenersatzgesuch des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen.

E. 6

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

E. 7

Es sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens festzulegen.

E. 7.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Kosten für das Beschwerdeverfahren in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die vorliegende Streitigkeit ist eine solche mit Vermögensinteressen und einem Streitwert von Fr. 3'863'460.40. Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 18'000.- festzusetzen (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sie sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Der Betrag ist dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen.

E. 7.2

Da der Beschwerdeführer unterliegt, ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Ebenso wenig hat die Vorinstanz einen Anspruch auf eine Entschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.