

BVGer A-4224/2022 vom 6. Mai 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-05-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4224_2022

FR: TAF A-4224/2022 du 6 mai 2024

IT: TAF A-4224/2022 del 6 maggio 2024

Regeste

Staatshaftung (Bund)

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat. Bei der FINMA handelt es sich um eine Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. e VGG (vgl. Art. 5 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007; FINMAG, SR 956.1). Sodann ist der strittige Entscheid in Anwendung von Art. 19 Abs. 3 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 (VG, SR 170.32) ergangen und stellt als solcher eine beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung dar (Art. 2 Abs. 3 der Verordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz vom 30. Dezember 1958 [SR 170.321] und Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Schliesslich liegt auch keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vor. Demzufolge ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerden zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.2

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch den angefochtenen Entscheid, mit dem ihre Begehren um Schadenersatz abgewiesen worden ist, beschwert. Sie ist deshalb zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.3

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

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 VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Sind technische

Fragen zu beurteilen oder hat die Vorinstanz gestützt auf die eigene Fachkompetenz oder der ihr vom Gesetzgeber beigegebenen Fachbehörden entschieden, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Ermessensüberprüfung jedoch eine gewisse Zurückhaltung. Dies setzt voraus, dass im konkreten Fall der Sachverhalt vollständig und richtig abgeklärt worden ist, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die Vorinstanz die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5.1 m.w.H.; vgl. BVGE 2017 IV/7, nicht publizierte E. 2).

E. 3

Die Verantwortlichkeit der FINMA, ihrer Organe, ihres Personals und der von ihr Beauftragten richtet sich grundsätzlich nach dem VG (Art. 19 Abs. 1 FINMAG). 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 VG 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; Urteile des BVGer A-2418/2021 vom 24. Juli 2023 E. 3 und 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

Die Beschwerdeführerin führt die geltend gemachten Schäden zum einen auf das Enforcementverfahren (vgl. Bst. C hiervor) zurück. Greife die Vorinstanz zum stärksten Instrument, dem sog. Enforcementverfahren, so müsse dieses Vorgehen zumindest durch grobe Verstösse der zu untersuchenden Gesellschaft gerechtfertigt sein. Darüber hinaus sei eine schwere Amtspflichtverletzung auch darin zu erblicken, dass fundamentale Rechtsbegriffe des Aufsichtsrechtes, z. B. im vorliegenden Fall der Begriff der "Bankeinlage", nicht richtig ausgelegt worden seien. Die Vorinstanz habe den Bankeinlagebegriff falsch ausgelegt, obschon sie diese bereits in der Unterstellungsanfrage auf die Problematik der Bankeinlage hingewiesen habe. Spätestens mit dem Untersuchungsbericht hätte die Vorinstanz erkennen müssen, dass ihr Enforcementverfahren nicht gerechtfertigt sei und hätte die Untersuchung einstellen müssen. Die Vorinstanz habe zwar das Recht, von ihrem eigenen Untersuchungsbericht abzuweichen, da er lediglich den Status eines Sachverständigengutachtens habe. Sie dürfe dies jedoch nur mit nachvollziehbarer Begründung und bei offensichtlichen Mängeln tun. Konkret habe die Vorinstanz ihre Abweichungen nie begründet. Eine Anspruchsgrundlage sei aus Art. 36 FINMAG (als Schutznorm) gegeben.

E. 4.2

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, es fehle an einer haftungsbegründenden Widerrechtlichkeit. Sie habe gegen keine Norm im Sinne einer wesentlichen Amtspflichtverletzung verstossen. Es könne ihr keine unentschuld bare Fehlleistung zur Last gelegt werden. Wie das Sachverständigengutachten habe sich der Untersuchungsbericht auf die Ermittlung des Sachverhalts zu beschränken, ohne diesen rechtlich zu würdigen. Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts sei ihr bzw. dem Gericht vorbehalten. Die Annahme eines Umgehungsgeschäfts sei Teil der rechtlichen Würdigung, die ihr obliege und sei nicht Gegenstand des Untersuchungsberichts, weshalb auch in Bezug auf diese Rüge keine wesentliche Amtspflichtverletzung vorliege.

E. 4.3.1

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 unentschuld baren 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 vom 23. März 2023 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 BVer A-2418/2021 vom 24. Juli 2023 E. 4.3, 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).

E. 4.3.2

Die Beurteilung, ob eine wesentliche Pflichtverletzung vorliegt, erfolgt nicht ex post, sondern ex ante vom Zeitpunkt der Handlung oder Unterlassung aus (Urteil des BVer A-7515/2015 vom 4. Januar 2017 E. 7.2.2).

E. 5

Zu prüfen ist zunächst, ob eine wesentliche Amtspflichtverletzung der Vorinstanz aufgrund der Verfahrenseröffnung und Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten im Enforcementverfahren vorliegt.

E. 5.1.1

Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen aus, das Bundesverwaltungsgericht sei in seinem Urteil zur Kostenverfügung zum Ergebnis gekommen, dass - aufgrund von objektiven Anhaltspunkten für eine Gesetzesverletzung - die Eröffnung eines Enforcementverfahrens und die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten zur Abklärung des Sachverhalts angezeigt gewesen sei. Es sei nicht erforderlich, dass die Umstände im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits rechtsgenügend nachgewiesen seien, da das Beweisverfahren Teil des Verwaltungsverfahrens bilde. Die Aufnahme der Geschäftstätigkeit vor dem Entscheid über die Unterstellungsanfrage habe dazu geführt, dass sie im Sinne des Anlegerschutzes umso mehr gehalten gewesen sei, ein Enforcementverfahren zu eröffnen. Zwar habe das Bundesgericht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Kostenverlegung aufgehoben. Doch sei es in diesem Urteil nicht etwa zum Ergebnis gekommen, dass das aufsichtsrechtliche Verfahren grundlos bzw. ohne Anlass erfolgt sei. Vielmehr anerkenne das Bundesgericht, dass die Neuartigkeit und Ungewöhnlichkeit des Geschäftsmodells zu einem Aufsichtsverfahren geführt hätten. Sie habe ihre Abklärungen aufgrund von Parallelen und personellen Verflechtungen zum Verfahren in Sachen A. _____ AG und B. _____ AG (nachfolgend: A/B) aufgenommen. Erschwerend komme hinzu, dass die Beschwerdeführerin auch auf die Fragen zur aktuellen Tätigkeit ausweichende und unvollständige Angaben gemacht habe.

E. 5.1.2

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die "Auszahlungsgarantie" im vollständigen Wortlaut beigelegt habe und ebenso in der Informationsbroschüre an den Investor wiedergegeben worden sei. Daraus gehe bereits ohne tiefergehende Prüfung hervor, dass keine allgemeine Rückzahlungsverpflichtung bestanden habe. Die Vorinstanz habe nie offen gelegt, welche in diesem Aufsichtsverfahren relevanten Details sich ohne Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten nicht hätten klären lassen. Selbst aus heutiger Sicht würden die Antworten zum Fragebogen nicht den geringsten Hinweis auf eine aufsichtsrechtlich relevante Tätigkeit der Beschwerdeführerin enthalten. Die Aufnahme der Geschäftstätigkeit im Vertrauen auf die Gesetzmässigkeit sei sicherlich ein - wenn auch kalkulierbares - geschäftliches und juristisches Risiko gewesen. Sie sei aber per se kein Grund zur Eröffnung eines Enforcementverfahrens. In Bezug auf die Eröffnung eines Enforcementverfahrens sei eine unentschuldbare falsche Rechtseinschätzung sicher dann der Fall, wenn ein solches initiiert werde, obwohl alle relevanten Fakten auf dem Tisch liegen würden und erkennbar allfällige (vermeintliche) Lücken durch mildere Massnahmen, z. B. Fragebögen, geschlossen werden könnten. Das in der Unterstellungsanfrage vom 31. Oktober 2016 vorgestellte Geschäftsmodell sei der Vorinstanz im Wesentlichen (gemäss der Vorinstanz sogar als identisches Modell) bereits bis ins Detail bekannt gewesen und die Untersuchung dieses Geschäftsmodelles sei per 20. Oktober 2016 eigentlich abgeschlossen worden (Schlussverfügung in Sachen A/B). Die Vorinstanz habe sich zum Zeitpunkt der Eröffnung des Enforcementverfahrens am 2. März 2017 seit fast einem Jahr mit diesem Modell auseinandergesetzt. Alle relevanten Tatsachen hätten vorgelegen. Die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten zur Sachverhaltsabklärung hätte es nicht bedurft.

E. 5.1.3

Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung an ihren Ausführungen fest. Aufgrund des neuartigen und ungewöhnlichen Geschäftsmodells der Beschwerdeführerin (Napierras-Projekt; sog. Auszahlungsgarantie, aktive Bewerbung des Projekts, bereits abgeschlossene Investorenverträge und entgegengenommene Gelder noch während der hängigen Unterstellungsanfrage) habe im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung der begründete Verdacht bestanden, dass diese ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegengenommen habe. Sie habe die Aufgabe, den Gläubigerschutz zu wahren und sei bei dieser Ausgangslage gehalten gewesen, ein Enforcementverfahren zu eröffnen und den Sachverhalt vor Ort durch eine Untersuchungsbeauftragte abklären zu lassen. Es sei zwar zutreffend, dass sie bereits ein Verfahren wegen des praktisch identischen Geschäftsmodells geführt und dabei mit Verfügung vom 20. Oktober 2016 die gewerbmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen festgestellt habe. Gegen diese Verfügung sei jedoch zum Zeitpunkt der Geschäftsaufnahme und der Unterstellungsanfrage ein Beschwerdeverfahren hängig gewesen. Es habe mithin zum damaligen Zeitpunkt keine Gerichtspraxis zu einem Geschäftsmodell gegeben, wie es die Beschwerdeführerin betrieben habe. Diese Massnahme sei gerechtfertigt und verhältnismässig gewesen. Der Beschwerdeführerin sei bekannt gewesen, dass ein praktisch identisches Geschäftsmodell Gegenstand einer noch nicht rechtskräftigen Verfügung gewesen sei, habe die Beschwerdeführerin doch in ihrer Unterstellungsanfrage und den anschliessenden Ergänzungen explizit darauf Bezug genommen. In jener Verfügung sei die Bewilligungspflicht des Geschäftsmodells festgestellt worden. Wenn die Beschwerdeführerin nun behaupte, sie hätte ihr sofort nach Eingang der Unterstellungsanfrage die - allenfalls bewilligungspflichtige - Tätigkeit untersagen sollen, verhalte sie sich widersprüchlich und wider besseres Wissen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb sie eine Unterlassung der vorzeitigen Aufnahme der Geschäftstätigkeit hätte anordnen sollen. Die Voraussetzung zur Aufnahme einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit sei die Bewilligung. Sei die Bewilligungspflicht unklar, so sei die Prüfung durch die Aufsichtsbehörde abzuwarten. Es sei der Beschwerdeführerin denn auch bekannt, dass sie Abklärungen zur Frage getätigt habe, ob diese bereits zum damaligen Zeitpunkt eine möglicherweise bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt haben könnte. Dennoch habe sich die Beschwerdeführerin nicht veranlasst gesehen, transparent zu machen, dass sie die Geschäftstätigkeit bereits aufgenommen habe.

E. 5.1.4

Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, dass das Bundesgericht wörtlich festgehalten habe, es habe keinen Anlass zu einer Untersuchung gegeben und deshalb seien die Verfahrenskosten von der Vorinstanz zu tragen. Zwischen der Einreichung der Unterstellungsanfrage und der Eröffnung des Enforcementverfahrens sei fast ein halbes Jahr vergangen, ohne dass die Vorinstanz sie in irgendeiner Weise habe wissen lassen, dass das Geschäftsmodell nicht legal sei oder zumindest den entsprechenden Verdacht wecke. Es sei letztendlich ein relativ einfaches Modell, bestehend aus einem Pachtvertrag und einem Servicevertrag. Letztlich sei es nur um die Auslegung eines Basisbegriffs des Finanzrechts, der Bankeinlage, gegangen. Sie sei weder gezwungen gewesen, eine Unterstellungsanfrage zu stellen noch das Ergebnis einer solchen abzuwarten.

E. 5.2

Was ein hinreichend begründeter Anlass für Abklärungen im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens der Aufsichtsbehörde bildet, kann nicht abstrakt festgelegt werden, sondern ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen. In der Regel wird die Vorinstanz entsprechende Erkenntnisse aus ihrer laufenden Überwachungstätigkeit zum Anlass nehmen, Vorabklärungen durchzuführen und bei Erhärtung entsprechender Anhaltspunkte ein Verfahren zu eröffnen (vgl. Art. 30 FINMAG). Beaufsichtigte melden relevante Vorkommnisse häufig auch selber der Aufsichtsbehörde. Bei möglicherweise unbewilligt Tätigen bilden beispielsweise Anzeigen von Privatpersonen (Anleger, Kunden, Mitarbeitende) Auslöser für Vorabklärungen und anschliessende Verfahrenseröffnungen. Ziel der Vorabklärungen ist die Feststellung, ob ein anfänglicher Anhaltspunkt ausgeräumt werden kann oder sich erhärtet und somit Grund zur Annahme besteht, dass die Betroffenen Aufsichtsrecht verletzt haben (vgl. eingehend zu den Vorabklärungen der Vorinstanz das Urteil des BVGer B-3844/2013 vom 7. November 2013 E. 1.4.2.3.1). Die Vorinstanz trifft ihren Entscheid über die Verfahrenseröffnung nach Kriterien, die direkt mit den Betroffenen und ihren Handlungen zusammenhängen (Gefährdung von Anlegern, Versicherten, Gläubigern, Investoren, Beaufsichtigten, der Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes oder dessen Reputation, Schwere der möglichen Aufsichtsrechtsverletzung, Aktualität usw.), aber auch nach Kriterien zum Umfeld und den Rahmenbedingungen (Erwartungsdruck, Parallelverfahren, Alternativen, Ressourcen, Erfolgsaussichten; zum Ganzen vgl. Katja Roth Pellanda/Lara Kopp, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl. 2019, Art. 30, Rz. 4 ff.; Patric Eymann, in: Zulauf/Wyss [Hrsg.], Finanzmarktenforcement, 3. Aufl. 2022, S. 105 ff.; Leitlinien der FINMA zum Enforcement vom 24. September 2014). Die Entscheidung darüber, ob ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnet oder die Untersuchung nach den Vorabklärungen beendet werden soll, bildet den Abschluss der Vorabklärungen (vgl. statt vieler Urteil des BVGer B-7282/2018 vom 12. März 2020 E. 3.3).

E. 5.3

Vorliegend sind sich die Parteien uneinig, welche Bedeutung dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3229/2019 vom 9. Oktober 2019 sowie dem Urteil des Bundesgerichts 2C_959/2019 vom 4. Mai 2020 (betreffend Kostenüberwälzung auf den Veranlasser) zuzumessen ist.

E. 5.3.1

Zur Begründung hielt das Bundesverwaltungsgericht im erwähnten Urteil u.a. fest, dass - aufgrund von objektiven Anhaltspunkten für eine Gesetzesverletzung - die Eröffnung eines Enforcementverfahrens und die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten zur Abklärung des Sachverhalts angezeigt gewesen sei. Weiter hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass im Zeitpunkt der Eröffnung des eingreifenden Verwaltungsverfahrens noch nicht klar gewesen sei, dass der von der Beschwerdeführerin selbst als "Auszahlungsgarantie" betitelte Mechanismus keine Rückzahlungsverpflichtung beinhalte. Zwar habe die Beschwerdeführerin den Wortlaut der "Auszahlungsgarantie" in ihrer Unterstellungsanfrage erwähnt. Aus dem Wortlaut gehe jedoch nicht hervor, dass es sich um keine Rückzahlungsverpflichtung handle, zumal der Terminus "Auszahlungsgarantie" sehr stark auf eine solche hindeute. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführerin in ihrer rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts eine Einlage nicht dem Grundsatz nach, sondern erst aufgrund der Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02) verneint habe.

Angesichts des von der Beschwerdeführerin geschilderten Geschäftsmodells ("Projekt Napierrgras"), der bereits abgeschlossenen Verträge (mindestens 30 Investorenverträge), der aktiven Bewerbung des Projekts (Internetauftritt, Broschüre, Telefonmarketing), der drei miteinander verbundenen Verträge (Unterpachtvertrag, Kaufvertrag, Dienstleistungsvertrag/Auftrag) und der "Auszahlungsgarantie" habe die Vorinstanz ohne Weiteres davon ausgehen dürfen, dass Anzeichen dafür bestünden, wonach die Beschwerdeführerin ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegennehme.

E. 5.3.2

Das Bundesgericht äusserte sich in seinem darauffolgenden Urteil dahingehend, dass nicht in jedem Fall einer Verfahrenseinstellung eine Kostenüberwälzung auf den "Veranlasser" möglich sei. Der Begriff des "Veranlassers" gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b der Verordnung des Bundesrats vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, FINMA-GebV; SR 956.122) sei im Lichte von BGE 128 II 247 (betreffend das Kartellrecht) zu interpretieren. Eine Kostenauflegung rechtfertige sich namentlich dann, wenn eine summarische Prognose zum Zeitpunkt der Einstellung des Verfahrens den Schluss ergebe, dass bei materieller Erledigung voraussichtlich eine Massnahme angezeigt gewesen wäre (ungünstige Prognose) oder der Beauftragte zu verantworten habe, dass bei der Eröffnung des Aufsichtsverfahrens aus Sicht der Vorinstanz "Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen" bestanden hätten. Davon sei namentlich dann auszugehen, wenn er vor der Eröffnung des Verfahrens seinen Auskunftspflichten nicht nachgekommen sei. Soweit ein Enforcementverfahren in materieller Hinsicht ergebe, dass keine Aufsichtsverletzung vorliege, rechtfertige sich - die vorstehend beschriebenen Konstellationen vorbehalten - eine Kostenüberwälzung nicht. Nach einmaliger (positiver) Prüfung des neuen Geschäftsmodells bestehe kein Anlass mehr, Wettbewerber mit vergleichbarem Geschäftsmodell erneut einem Aufsichtsverfahren zu unterziehen; insoweit sei die individuelle Zurechenbarkeit relativiert. Schliesslich anerkannte das Bundesgericht, dass die Ungewöhnlichkeit des neuartigen Geschäftsmodells der Beschwerdeführerin zu einer aufsichtsrechtlichen Prüfung geführt habe.

E. 5.3.3

Festzuhalten ist, dass das Bundesgericht sich nicht zu den objektiven Anhaltspunkten im Zeitpunkt der Eröffnung des Enforcementverfahrens äusserte, sondern zur Kostenverlegung zum Zeitpunkt der Einstellung des Enforcementverfahrens. Mit anderen Worten bedeutet die Kostenlosigkeit des Verfahrens nicht im Umkehrschluss, dass das Verfahren zum damaligen Zeitpunkt unbegründet war. Das Bundesgericht betonte denn auch die Ungewöhnlichkeit des neuartigen Geschäftsmodells (vgl. Urteil des BGer 2C_959/2019 vom 4. Mai 2020 E. 5.1). Daraus ergibt sich Nachfolgendes: Vorliegend war zum Zeitpunkt der Eröffnung des Enforcementverfahrens insbesondere noch strittig und damit unklar, dass der von der Beschwerdeführerin selbst als "Auszahlungsgarantie" betitelte Mechanismus keine Rückzahlungsverpflichtung beinhaltet, wie es bereits das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-3229/2019 vom 9. Oktober 2019 festhielt. Zudem bestand eine personelle Verflechtung der B._____ AG und der Beschwerdeführerin in der Person von Verwaltungsrat C._____. Mit Verfügung vom 20. Oktober 2016 stellte die Vorinstanz fest, dass die A/B als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt habe. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin in ihrer rechtlichen Beurteilung

des Sachverhalts erst aufgrund der Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV verneinte (vgl. Schreiben der Beschwerdeführerin vom 31. Oktober 2016, Rz. 60 f.; vgl. Urteil des BVGer B-3229/2019 vom 9. Oktober 2019 E. 4.3). Damit steht fest, dass die Eröffnung eines Enforcementverfahrens zur Abklärung des Sachverhalts angezeigt war. Ebenso rechtfertigte es sich, den Sachverhalt durch die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten an Ort und Stelle definitiv klären zu lassen und sich nicht allein auf die diesbezüglichen Äusserungen der Beschwerdeführerin zu verlassen, die auch in ihrer Unterstellungsanfrage unbestrittenermassen nie kenntlich machte, dass sie ihr Geschäftsmodell bereits umsetzte. Teilweise funktionierte das Geschäftsmodell etwas anders als in der Unterstellungsanfrage dargestellt (vgl. z. B. Vorakten, S. 827 ff., Verfügung vom 20. Juli 2017, Rz. 19 ff.). Umso mehr gilt dies, als erst der Untersuchungsbeauftragte die Plausibilität des Geschäftsmodells bestätigen konnte (vgl. Untersuchungsbericht, S. 16 ff. und S. 21).

E. 5.3.4

An diesem Ergebnis vermag auch der Hinweis auf die Unterstellungsanfrage vom 31. Oktober 2016 sowie das Verfahren in Sachen A/B nichts zu ändern. Es wäre der Beschwerdeführerin offen gestanden, die Einschätzung der Vorinstanz abzuwarten, ehe sie ihr Geschäftsmodell umsetzte. Aus der Unterstellungsanfrage sowie den Antworten im Fragebogen geht unbestrittenermassen nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin bereits ihre Tätigkeit aufgenommen hat (vgl. Beschwerdebeilagen 3 und 5). Hinzu kommt, dass das Verfahren A/B bezüglich des Anbietens von Investments in Napiergras (und damit nach den Feststellungen der Vorinstanz mit einem praktisch identischen Geschäftsmodell) noch nicht rechtskräftig abgeschlossen war (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 2 ff.). In Bezug auf Verwaltungsrat C._____ macht es keinen Unterschied, ob C._____ nur als fiduziarischer Verwaltungsrat der B._____ AG tätig gewesen ist. Massgebend ist einzig die Einschätzung zum damaligen Zeitpunkt, womit die Vorinstanz zu Recht von einer personellen Verflechtung ausging (vgl. Superprovisorische Verfügung vom 2. März 2017 E. 39). Insofern als die Beschwerdeführerin schliesslich vorbringt, dass die Vorinstanz ihr die Geschäftstätigkeit hätte untersagen müssen, verhält sie sich widersprüchlich. Gleichzeitig argumentiert sie nämlich, dass sie ohne Abzuwarten ihre Geschäftstätigkeit habe aufnehmen können, da sie überzeugt war, kein Aufsichtsrecht zu verletzen. Damit erweist sich dieses Vorbringen als unbehelflich.

E. 5.3.5

Unter Berücksichtigung des grossen technischen Ermessens der Vorinstanz als Fachbehörde (vgl. E. 2 hiervor) ist nach dem Gesagten von objektiven Anhaltspunkten für eine Gesetzesverletzung zum damaligen Zeitpunkt auszugehen. Damit scheidet eine schwere Amtspflichtverletzung in diesem Punkt aus.

E. 6

Zu prüfen ist weiter, ob die Vorinstanz wesentliche Amtspflichten verletzt hat, indem sie vom Untersuchungsbericht abgewichen ist.

E. 6.1

Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, dass sich der Untersuchungsbericht auf die Ermittlung des Sachverhalts zu beschränken habe, ohne diesen rechtlich zu würdigen. Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts sei der Behörde bzw. dem Gericht vorbehalten. Die Annahme eines Umgehungsgeschäfts sei Teil der

rechtlichen Würdigung, die ihr obliege, und sei nicht Gegenstand des Untersuchungsberichts, weshalb in Bezug auf diese Rüge keine wesentliche Amtspflichtverletzung vorliege.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Untersuchungsbeauftragte das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin geprüft und für plausibel befunden habe. Diese halte fest, dass lediglich der Titel der Ausfallgarantie zu kritisieren sei und zu Täuschungen führen könne. Damit werde diese "Auszahlungsgarantie" aber noch nicht zur Grundlage einer Bankeinlage. Spätestens jetzt hätte die Vorinstanz erkennen müssen, dass ihr Enforcementverfahren nicht gerechtfertigt sei und hätte die Untersuchung einstellen müssen. Die Vorinstanz habe zwar das Recht, von ihrem eigenen Untersuchungsbericht abzuweichen, dürfe dies jedoch nur mit nachvollziehbarer Begründung und bei offensichtlichen Mängeln tun. Konkret habe die Vorinstanz ihre Abweichungen nie begründet. Wesentlich sei, dass der Untersuchungsbericht keinen erkennbaren Verstoss gegen Aufsichtsrecht festgestellt habe. Die Begründung der Liquidation sei nicht nachvollziehbar. Es wäre der Vorinstanz ein Leichtes gewesen, Änderungen am Geschäftsmodell zu verlangen.

E. 6.3

Gemäss Art. 36 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA eine unabhängige und fachkundige Person als Untersuchungsbeauftragte mit der Abklärung eines aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhaltes beauftragen. Die Abklärungstätigkeit des Untersuchungsbeauftragten bezweckt die objektive Sachverhaltsabklärung nach allen Seiten (Urteil des BVGer B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017 E. 4.1 m.H.) und die Schaffung einer möglichst klaren Entscheidungsgrundlage zuhanden der Aufsichtsbehörde (André Terlinden, *Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements*, Zürich 2010, S. 140 m.H.). Die Abklärungen münden oftmals in einem Untersuchungsbericht, dem eine ähnliche Funktion wie das Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG zukommt (vgl. Urteil des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 3; Urteil des BVGer B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017 E. 4.1 m.H.; Terlinden, a.a.O., S. 143). Der Bericht ist wie jedes Beweismittel nach freier Überzeugung zu würdigen (Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung schliesst eine Bindung der hoheitlich entscheidenden Behörden an den Untersuchungsbericht, dem kein zwingender Charakter zukommt (BGE 130 II 351 E. 3.3.2), aus. Bei Fachfragen wird die Behörde jedoch nicht ohne triftige Gründe von den Feststellungen des Untersuchungsbeauftragten abweichen. Eine andere Sachverhaltswürdigung ist insbesondere dann angezeigt, wenn sich aufgrund der übrigen Beweismittel ernsthafte Einwände gegen die Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit oder Schlüssigkeit des Untersuchungsberichts aufdrängen (Urteil des BVGer B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017 E. 4.1; vgl. Terlinden, a.a.O., S. 143).

E. 6.4.1

Eingangs ist festzuhalten, dass die Vorinstanz sowie die Gerichte das Recht von Amtes wegen anwenden (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG). Die Abklärungen der Untersuchungsbeauftragten dienen einzig der Sachverhaltsabklärung (vgl. E. 6.3 hiavor; vgl. eingehend Terlinden, a.a.O., S. 144 ff.). Soweit die Beschwerdeführerin rügt, es sei wesentlich, dass die Untersuchungsbeauftragte keinen erkennbaren Verstoss gegen

Aufsichtsrecht festgestellt habe, geht sie fehl, da es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt. Fraglich ist deshalb einzig, ob das Abweichen von der Sachverhaltsabklärung der Untersuchungsbeauftragten eine wesentliche Amtspflichtverletzung darstellt.

E. 6.4.2

Die Untersuchungsbeauftragte stellte u.a. fest, dass es sich vorliegend nicht um eine klassische Auszahlungsgarantie im Sinne eines Zinsversprechens handle. Die Zusicherung gegenüber den Kunden bestehe in der Auszahlung der Ernten und sei in der Form eines Vertrags zu Gunsten eines Dritten (Kunde) abgefasst. Eine Rückzahlung des Investments oder eine generelle Zahlung bei einem Ernteausfall würden nicht zugesichert. Hingegen bestünde aufgrund der Bezeichnung als "Auszahlungsgarantie" eine Täuschungsgefahr für nicht rechtskundige Kunden (Untersuchungsbericht vom 3. Mai 2017, S. 31).

E. 6.4.3

Das Bundesverwaltungsgericht hielt im Urteil B-4772/2017 fest, dass die Aufsichtsbehörde ohne weiteres von den Feststellungen der Untersuchungsbeauftragten abweichen könne. Sie müsse ihre eigene Sachverhaltsfeststellung in der Verfügung aber begründen. Es kam jedoch in tatsächlicher Hinsicht zu einem anderen Schluss als die Vorinstanz und erwog, dass die Vorinstanz dies weder belegt noch begründet habe. In sachverhaltlicher Hinsicht führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass aus dem Gebrauch des Ausdrucks "Rendite" in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht darauf geschlossen werden könne, dass die Beschwerdeführerin eine Rückzahlungsverpflichtung eingegangen sei, auch wenn sie für ihr Produkt als eine Art Investment werbe. Die Verwendung des Ausdrucks "Auszahlungsgarantie" lasse ebenfalls keinen anderen Schluss zu, zumal keine klassische Auszahlungsgarantie im Sinne eines Zinsversprechens vorliege. Vielmehr handle es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter, wenn operative Störungen bei der Beschwerdeführerin auftreten sollten, was sich aus dem Vertrag (zwischen der Beschwerdeführerin und der Z. _____ Pte Ltd) ergebe. Der Vertrag sehe vor, dass die Z. _____ Pte Ltd die Auszahlung der Ernteerlöse an die Aktionäre der Beschwerdeführerin für den Fall von unvorhergesehenen Ereignissen oder höherer Gewalt garantiere.

E. 6.4.4

Der Umstand, dass die Vorinstanz ihr Abweichen vom Untersuchungsbericht nicht begründete, führt nicht automatisch zu einer schweren Amtspflichtverletzung. Dies wäre nur bei einem unentschuldbaren Fehler der Fall. Nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017 steht fest, dass es nachvollziehbare Gründe für eine andere Einschätzung des Sachverhalts gab. Es fehlte demnach in der Verfügung der Vorinstanz diesbezüglich einzig an einer einlässlichen Begründung. Festzuhalten ist weiter, dass die Vorinstanz im ersten Rechtsgang bezüglich des Vertragszwecks Ausführungen machte (Verfügung vom 20. Juli 2017, Rz. 48). Sie gab an, dass die Beschwerdeführerin und die dahinterstehenden Verantwortlichen durch ihre gezielten Akquise- und Werbetätigkeiten bewusst Begriffe wie "Investment", "Rendite", "gleichbleibende Auszahlungen" und "Gewinn" in den Vordergrund stellen würden. Damit würden sie dem Publikum eine Gewinnerwartung über eine bestimmte Laufzeit suggerieren. Auch das vermeintliche Versprechen der Beschwerdeführerin, wonach eine "Auszahlungsgarantie" bestünde, bestärke den rechtsunkundigen Anleger in seiner Einschätzung, dass er am Ende der Vertragslaufzeit sein anfänglich eingesetztes Kapital zuzüglich einer Rendite zurückerhalte. Zudem würdigte die Vorinstanz u.a. die

verschiedenen Verträge als Sachverhaltsfiktion, weshalb sie der Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV die Anwendung versagte (vgl. in sachverhaltlicher Hinsicht auch das Urteil des BVGer B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017 E. 3.1). Da es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt, ist später vertieft darauf einzugehen (vgl. E. 7 hiernach). Unter diesen Umständen stellen das Abweichen vom Untersuchungsbericht (und die fehlerhafte Sachverhaltserstellung) in diesem Punkt keine schwere Amtspflichtverletzung dar.

E. 6.4.5

Anzumerken bleibt an dieser Stelle, dass die Anordnung der Liquidation der Beschwerdeführerin eine Folge davon war, dass die Vorinstanz - ohne qualifiziert widerrechtlich zu handeln, wie sich nachfolgend zeigen wird - die Tätigkeiten der Beschwerdeführerin als bewilligungspflichtig erachtet und eine (schwere) Verletzung von Aufsichtsrecht (Bankenrecht) festgestellt hat. Als Rechtsfolge einer bewilligungslos ausgeübten gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen sieht der Gesetzeswortlaut (Art. 37 Abs. 3 und Abs. 2 FINMAG i.V.m. Art. 23 quinquies Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [Bankengesetz, BankG; SR 952.0]) zwingend die Liquidation vor (Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1 f.; Urteil des BVGer B-4284/2020 vom 8. März 2021 E. 3.1; vgl. ferner Urteil des BVGer A-2418/2021 vom 24. Juli 2023 E. 4.4.5). Dem unbewilligt als Bank tätig gewesenen Rechtsträger muss unter diesem Aspekt insbesondere nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, seine rechtswidrige Geschäftstätigkeit in eine legale zu überführen (Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1 f.; Kuhn Christoph/Wyss David, in: Zulauf/Wyss [Hrsg.], Finanzmarktenforcement, 3. Aufl. 2022, S. 416 m.w.H.). Insofern als die Beschwerdeführerin rügt, dass ihr keine Gelegenheit gegeben wurde, ihr Geschäftsmodell zu ändern, kann sie daher daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 7

Als Nächstes ist zu prüfen, ob die falsche Rechtseinschätzung eine schwere Amtspflichtverletzung darstellt.

E. 7.1.1

In der angefochtenen Verfügung führte die Vorinstanz aus, dass es sich nach ihrer Auffassung beim Napierras-Projekt nicht um ein Kaufgeschäft, sondern vielmehr um ein Investitionsvehikel mit mehrjährigem Anlagehorizont gehandelt habe. Wesentliches Merkmal dieses Modells sei aus ihrer Sicht der Umstand gewesen, dass die Kapitalrückzahlung zugunsten des Kunden nicht am Ende der Vertragslaufzeit, sondern gestaffelt über mehrere Jahre jeweils anlässlich der Auszahlung des Ernteerlöses erfolge. Die periodischen Auszahlungen an die Kunden hätten nach ihrer Einschätzung eine Kapitalrückzahlungs- und eine Renditekomponente aufgewiesen, womit den getätigten Investitionen Einlagecharakter zugekommen sei. Beim konzipierten Vertragskonstrukt sei sie von einer zivilrechtlichen Rechtsgestaltung zwecks Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften ausgegangen. In Bezug auf diese wirtschaftliche Betrachtung habe sie sich auf die damals neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung in einem Fall betreffend Olivenbäume gestützt. Darüber hinaus hätten in Bezug auf den mutmasslichen Eigentumsübergang und die Individualisierung der Napierras-Setzlinge Unzulänglichkeiten bestanden. In diesem Kontext habe sie sich auf einen älteren Entscheid

in einem ähnlich gelagerten Fall betreffend Teakholz gestützt. Zusammenfassend sei sie somit zum Ergebnis gekommen, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV betreffend Verträge auf Übertragung des Eigentums nicht zur Anwendung gelange, womit die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen zu qualifizieren sei. Die Aufhebung eines Entscheids (als gesetzwidrig oder gar willkürlich) im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens bedeute nach konstanter Rechtsprechung noch nicht, dass eine wesentliche Amtspflichtverletzung im Sinne einer unentschuldbaren Fehlleistung vorliege. Auch aus dem Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 30. August 2017 das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf die Konkurseröffnung abgewiesen habe, folge, dass Sach- und Rechtslage im vorliegenden Fall nicht eindeutig gewesen seien. Noch deutlicher würden sich die tatsächlichen und rechtlichen Unklarheiten im vorliegenden Fall in der Verfügung vom 27. März 2018 zeigen, mit welcher das Bundesgericht ihrem Gesuch um aufschiebende Wirkung bzw. vorsorgliche Massnahmen teilweise entsprochen habe.

E. 7.1.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass es hier nicht um irgendeine Rechtsfrage, sondern um einen absolut zentralen Begriff des Aufsichtsrechts gehe, den Begriff der "Bankeinlage", dessen Bedeutung die Vorinstanz schlicht kennen müsse. Darüber hinaus gehe es noch allenfalls um den Begriff der "Umgehung" - und auch das diesbezügliche Konzept müsse die Vorinstanz schlicht kennen. Auch das "neuartige ungewöhnliche Geschäftsmodell" sei eben nicht so neu, es sei von der Vorinstanz bereits geprüft und beurteilt worden - leider auch dort falsch. Unzutreffend sei auch die Behauptung der Vorinstanz, sie sei quasi von einer Praxisänderung überrascht worden. Sowohl das Bundesverwaltungsgericht wie das Bundesgericht hätten explizit darauf hingewiesen, dass im Vergleich zu den bisher behandelten Fällen (z. B. dem berühmten "Teakholzfall") entscheidende Unterschiede im Sachverhalt bestünden - die gerade den Unterschied zwischen einem faktischen Rückzahlungsversprechen ("Teakholzfall") und keinem Rückzahlungsversprechen ausmachen würden. Die Vorinstanz wolle aus den Entscheiden der übergeordneten Gerichte bezüglich der aufschiebenden Wirkung ableiten, dass der Fall doch nicht so klar gewesen sei. Die Vorinstanz habe dieses Modell in zwei Enforcementverfahren und in über einem Jahr von der Eröffnung des A/B-Verfahrens bis zur Schlussverfügung in Sachen der Beschwerdeführerin von zwei Untersuchungsbeauftragten und einer Reihe interner Experten untersuchen lassen. Und sie vergleiche dies mit einem Gericht, das innert weniger Stunden über ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen entscheiden müsse, mit einer sehr oberflächlichen Kenntnis des Sachverhaltes und nur darauf bedacht, den Endentscheid nicht zu präjudizieren. Die Vorinstanz sei, wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem ersten Entscheid festgehalten habe, von der Sachverhaltswürdigung der Ausfallgarantie ohne Begründung und Not abgewichen. Was die Frage des Umgehungstatbestandes betreffe, so sei dies tatsächlich eine Rechtsfrage, aber hier sei die Vorinstanz von der gesicherten Rechtsprechung von Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht abgewichen. Nicht jedes ungewöhnliche Geschäftsmodell und nicht jedes Investment seien ein Umgehungstatbestand. Dazu werde es nur, wenn es wirtschaftlich sinnlos sei. Dass das Geschäftsmodell plausibel sei, habe der Untersuchungsbeauftragte bestätigt. Damit könnte jedes nicht formell bewilligungspflichtige Modell als "Umgehung" betrachtet werden. Die Vorinstanz gebe eine falsche Rechtseinschätzung zu. Sie verneine jedoch eine "wesentliche

Amtspflichtverletzung im Sinne eines unentschuldbaren Fehlverhaltens". Niemand unterstelle der Vorinstanz ein absichtliches Fehlverhalten oder ein rein willkürliches Handeln. Aber immerhin sei ein Bemühen der Vorinstanz erkennbar, einen Marktteilnehmer aus dem Markt zu drängen, der nicht reguliert sei, sich nicht regulieren lassen wolle und müsse.

E. 7.1.3

Die Vorinstanz bestreitet die Ausführungen der Beschwerdeführerin. Diese halte selbst und zu Recht fest, dass eine falsche Rechtseinschätzung noch keine wesentliche Amtspflichtverletzung darstelle. Nach konstanter Rechtsprechung bedeute die Aufhebung eines Entscheids im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens nicht, dass eine wesentliche Amtspflichtverletzung im Sinne einer unentschuldbaren Fehlleistung und damit Widerrechtlichkeit im haftungsrechtlichen Sinn vorliege. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin sei sie nicht von einer Praxisänderung überrascht worden. Vielmehr sei das zu beurteilende Geschäftsmodell ungewöhnlich und neuartig gewesen und es habe hierzu noch keine Gerichtspraxis bestanden. Sie habe daher gemäss bisheriger Praxis mit Fokus auf den Gläubigerschutz bei der Prüfung, ob der Tatbestand der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen erfüllt sei, eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung der Umstände vorgenommen, die von den nachfolgenden Gerichtsinstanzen nicht gestützt worden sei.

E. 7.1.4

In ihrer Replik stimmt die Beschwerdeführerin der Vorinstanz dahingehend zu, dass im Falle der Gesellschaften A/B noch kein rechtskräftiger Entscheid vorgelegen habe. Dies bestätige aber lediglich, dass sich die Vorinstanz mit dem gestellten Geschäftsmodell bereits intensiv befasst habe. Das Geschäftsmodell sei somit alles andere als neu gewesen. Die Vorinstanz habe sich mit ähnlichen Geschäftsmodellen, zum Beispiel im berühmten "Teakholzfall" vor vielen Jahren auseinandergesetzt und es habe sich eine Gerichtspraxis ausgebildet, um legale und illegale Geschäftsmodelle zu unterscheiden. Dabei sei es unerheblich, ob ihre juristische Interpretation richtig gewesen sei. Sie sei es spätestens bei der Stellungnahme zum Untersuchungsbericht gewesen.

E. 7.2.1

Die Beschwerdeführerin stützt sich in ihrer Beschwerde hauptsächlich auf den Umstand, dass ihre Beschwerde gegen die Verfügung vom 20. Juli 2017 vom Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen und nachfolgend vom Bundesgericht geschützt wurde. Zwar trifft es nach dem Gesagten zu, dass das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gegen die Verfügung vom 20. Juli 2017 gutgeheissen hat, da mangels Rückzahlungsverpflichtung keine Publikumseinlage im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG vorliegt. 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. Urteile des BVer A-2418/2021 vom 24. Juli 2023 E. 4.4.4 und A-5973/2015 vom 1. September 2017 E. 6.4.3). Haftungs begründend kann jedenfalls nach anerkannter Rechtsprechung und Lehre nicht bereits sein, dass eine Gutheissung erfolgte. Dies gilt erst recht, als der Verfügung ein relativ komplexer Sachverhalt mit internationalem Bezug zu Grunde lag (vgl. Bst. A hiervor). Zu klären waren - entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin - nicht leichte

finanzmarktrechtliche Abgrenzungsfragen. Zum Zeitpunkt des Enforcementverfahrens waren die Lehre und Rechtsprechung in Bezug auf den bankenrechtlichen Einlagebegriff diesbezüglich nicht gefestigt, wie sich nachfolgend zeigen wird.

E. 7.2.2

Das Prüfprogramm bei der strittigen Frage des Vorliegens einer Publikumseinlage ist wie folgt: In einem ersten Schritt muss die Beschwerdeführerin aufgrund einer eingegangenen Rückzahlungsverpflichtung vom Anwendungsbereich des BankG erfasst werden (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BankV). Die Rechtsprechung bejaht das Vorliegen einer solchen, wenn sie bereits bei Vertragsabschluss vereinbart wurde (vgl. Urteil des BGer 2C_122/2018 vom 2. April 2019 E. 3.3 m.H.). In einem zweiten Schritt gilt es zu prüfen, ob der Anwendungsbereich über eine Ausnahmebestimmung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG (wie etwa Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV) allenfalls wieder verlassen werden kann.

E. 7.2.3

Eine Einlage wurde von der Rechtsprechung in folgenden Fällen angenommen (vgl. bereits Urteil des BVGer B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017 E. 5.1): Verkauf von Orient-Teppichen mit garantierter Rückverkaufs-Option zum vollen Preis zuzüglich vereinbartem Gewinn per vereinbartem Laufzeitsende (Urteil des BGer 6S.371/2002 vom 30. Januar 2003 E. 1.2.1 und 1.4.3); Verkauf von sogenannten "Founder"-Paketen, welche "Life Purpose-, Outdoor- und Erlebnis-Seminare" umfassten und mit einem Partizipationsschein verbunden waren, wobei die Beschwerdeführerin angeboten hatte, die Partizipationsscheine jederzeit zum ursprünglichen Kaufpreis zurückzunehmen (Urteil des BGer 2A.575/2004 vom 13. April 2005 E. 5.2.1 f.); Verkauf von Teakholz-Baumbeständen in Panama, wobei die Anbieterin sich unter anderem verpflichtete, den Baumbestand zu bewirtschaften und bis zur Schlussernte im 20. Jahr zu verkaufen und dem Käufer einen Anspruch auf einen proportionalen Anteil des Verkaufserlös versprach (Urteil des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 Bst. A.b des Sachverhalts und E. 5.2.1 ff.); Verkauf von nicht existierenden "nennwertlosen Inhaber-Stückaktien" verbunden mit der Garantie, dass die Aktien durch die Verkäuferin mindestens zum Kaufpreis zurückgekauft werden (Urteil des BVGer B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.3); Erwerb eines Bestands von Olivenbäumen (Olivenhain) verbunden mit dem Angebot, diesen unmittelbar für eine feste Laufzeit von 10 Jahren an die Verkäuferin zu einem "Mietzins" von 10% des Kaufpreises jährlich zurückzuvermieten, womit den Anlegern eine Verdoppelung ihres Einsatzes angeboten wird. Bereits bei Vertragsschluss vereinbarten die Parteien den Rückkauf der Olivenhaine durch die Verkäuferin am Ende der Laufzeit der Verträge zum Ankaufspreis, womit den Investoren bei Ende der Laufzeit der Verträge ein unbedingter Anspruch auf Rückleistung der getätigten Investition zustand (Urteil des BVGer B-2757/2015 vom 21. März 2016 E. 3.4-3.8, bestätigt durch das BGer mit Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3); Qualifikation von sogenannten "Invest-Einlagen" mit vertraglich vereinbarter Verzinsungs- und bedingter Rückzahlungsverpflichtung als Publikumseinlage (Urteil des BVGer B-1906/2015 vom 16. März 2016 E. 4.2.2); Abschluss von sogenannten "Genussrechtsbeteiligungsverträgen" über die Entgegennahme von Geldern, mit der Verpflichtung, die eingelegten Gelder nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit vertragsgemäss wieder zurückzuzahlen (Urteil des BStGer SK.2015.25 vom 19. November 2016 E. 4.5.1).

E. 7.3.1

Die Vorinstanz ging - insbesondere aufgrund des Wortlauts eines als "Auszahlungsgarantie" bezeichneten Dokuments - von der Prämisse aus, dass eine Auszahlungsgarantie vorliege, was sich erst nachträglich als fehlerhafte Sachverhaltserstellung herausstellte (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 78 ff.). Ausgehend von dieser Prämisse ist dies nicht zu beanstanden.

E. 7.3.2

Bezüglich der Ausnahmebestimmung versagte die Vorinstanz deren Anwendung gestützt auf eine wirtschaftliche Betrachtung (angefochtene Verfügung, Rz. 78). Sie stützte sich u.a. auf die damals neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung in einem Fall betreffend Olivenbäume (Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016; vgl. E. 7.2.3 hiervor). Das Bundesgericht hielt im "Olivenbaumfall" fest, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 3a Abs. 3 Bst. a aBankV (bzw. heute Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV) wegen missbräuchlicher Anrufung nicht zur Anwendung komme; massgeblich für die aufsichtsrechtliche Beurteilung sei vielmehr die wirtschaftlich im Vordergrund stehende, aus Sicht des Investors unbedingt bestehende Rückzahlungsverpflichtung der getätigten Investition (Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2).

E. 7.3.3

Weiter stützte sich die Vorinstanz auf den "Teakholzfall" (vgl. Urteil des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007). Jener Fall weist sachverhaltlich grosse Ähnlichkeiten auf. Eine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Bank wurde in jenem Fall durch das "Teak-Profit-Program" ausgelöst, worin jährliche Verzinsungen des "nicht in Teak-Baumstände investierten Kapitals" zu 4.25% rückwirkend "per Datum Zahlungseingang der Einmaleinlage" versprochen wurden. Angesichts des hohen Zinssatzes wurde damit eine Rückzahlungsverpflichtung eingegangen, welche wirtschaftlich einer Rückzahlung der geleisteten Einlage gleichkommen kann. Das Bundesgericht präziserte diesbezüglich: Ob die Gesuchstellerin hingegen ein eigentliches "Ware gegen Geld"-Geschäft betreibe oder nicht, bleibe ihr solange unbenommen, als sie nicht aufgrund einer eingegangenen Rückzahlungsverpflichtung in einem ersten Schritt vom Anwendungsbereich des BankG erfasst werde (Urteil des Bundesgerichts 2C_122/2018 vom 2. April 2019 E. 4.2).

E. 7.3.4

Die Begründung der Vorinstanz (vgl. E. 7.1.1 hiervor) ist aufgrund der sachverhaltlichen Ähnlichkeiten der Präjudizien (Olivenbaum und Teakholz) nachvollziehbar, selbst wenn sie sich nachträglich als falsch herausstellte. Zusammenfassend geht aus dieser Zusammenstellung der Rechtsprechung nichts anderes hervor, als dass im Zeitpunkt des Enforcementverfahrens als auch im Zeitpunkt nach dem Untersuchungsbericht der Einlagebegriff - namentlich mit Blick auf die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise - nicht gefestigt war.

E. 7.3.5

Auch die Lehre stützt die Auffassung der Vorinstanz, dass der Einlagebegriff zum Zeitpunkt der Eröffnung des Enforcementverfahrens nicht gefestigt war. Manuel Blattner führt aus, dass das Bundesgericht im Fall "Direktinvestment in Olivenhaine" (Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016) seine Rechtsprechung zum bankenrechtlichen

Einlagebegriff präzisiert habe. Es habe die Berufung auf die Ausnahmebestimmung der Bankenverordnung für rechtsmissbräuchlich erklärt. Für die aufsichtsrechtliche Beurteilung sei "vielmehr die wirtschaftlich im Vordergrund stehende, aus Sicht des Investors unbedingt bestehende Rückzahlungsverpflichtung der getätigten Investition" massgeblich. Sein neues Verständnis vom finanzmarktrechtlichen Bankenbegriff habe das Bundesverwaltungsgericht kurz nach dieser Entscheidung in einem Urteil zu einem ähnlich gelagerten Fall bestätigt (Urteil des BVGer B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017; Manuel Blatter, Rechtsstaatliche Garantien im Enforcementverfahren der FINMA, Zürich 2019, S. 207 ff.). Florian Schönknecht bestätigt sodann, dass die Literatur mit Bezug auf die Umschreibung des Einlagebegriffs wenig ergiebig sei. Die Fachpublikationen würden sich primär mit den in Art. 5 Abs. 3 BankV statuierten Ausnahmetatbeständen beschäftigen (Florian Schönknecht, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, in: GesKR 2016, S. 303).

E. 7.4

Folglich steht fest, dass der Vorinstanz - gerade auch mit Blick auf das Ziel des Gläubigerschutzes (vgl. Art. 4 FINMAG) - kein Vorwurf gemacht werden kann, als sie bezüglich des Einlagebegriffs und der Ausnahmebestimmungen eine andere rechtliche Auffassung vertrat. Damit liegt auch keine schwere Amtspflichtverletzung durch eine falsche Rechtsanwendung vor. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet. Deshalb kann offenbleiben, welche Schlüsse aus den Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts bezüglich der aufschiebenden Wirkung bzw. der vorsorglichen Massnahmen gezogen werden können.

E. 8

Eine wesentliche Amtspflichtverletzung, wie sie die Haftung der Vorinstanz voraussetzt, liegt nach dem Gesagten nicht vor. Ob die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt wären, muss nicht beurteilt werden. Dies gilt auch für die Frage, ob die Norm, mit denen die Beschwerdeführerin die Widerrechtlichkeit des Verhaltens der Vorinstanz begründet, den Schutz ihres Vermögens bezweckt (vgl. E. 4.1). Die Vorinstanz hat das Schadenersatzgesuch der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen.

E. 9

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

E. 10

Es sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens festzulegen.

E. 10.1

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. 2'036'542.40. Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 26'000.- 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 der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der Betrag ist dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen.

E. 10.2

Da die Beschwerdeführerin unterliegt, ist ihr 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). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite).

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