

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 959/2019

Urteil vom 4. Mai 2020

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichterin Hänni,
Gerichtsschreiber Brunner.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Horst Weber,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht.

Gegenstand
Untersuchungs- und Verfahrenskosten,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 9. Oktober 2019 (B-3229/2019).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A. _____ AG mit Sitz in U. _____ wurde am 1. Januar 2016 in das Handelsregister eingetragen. Laut Registereintrag bezweckt die Gesellschaft insbesondere den Anbau von, den Handel mit und die Verarbeitung von Pflanzen und pflanzlichen Erzeugnissen auf eigenem und fremdem Boden im In- und Ausland.

A.b. Das Geschäftsmodell der A. _____ AG basierte auf einem kaskadenartigen Vertragssystem: Die Gesellschaft "B. _____ Limited" schloss mit lokalen Grundeigentümern auf den Philippinen Pachtverträge ab. Mit weiteren Pachtverträgen überliess die B. _____ Limited das gepachtete Land der A. _____ AG. Die A. _____ AG unterhielt mit der "C. _____ Ltd" einen Plantagenmanagementvertrag. Dieser sah vor, dass C. _____ Ltd die gepachteten Landwirtschaftsflächen mit Napiergras bepflanzte, bewirtschaftete und die Ernte einfuhr. Auch der Ernteverkauf erfolgte über die C. _____ Ltd, welche mit der A. _____ AG über die Erlöse abrechnete. Die A. _____ AG wiederum verpflichtete sich gegenüber Kunden zur Überlassung von Parzellen, zum Verkauf von Napiergras-Setzlingen und zur Bewirtschaftung der Parzellen; die entsprechenden Verträge wiesen einen prognostizierten Ernteerlös auf, der einen Gewinn in Abhängigkeit der Laufzeit vorsah. Laut diesen Verträgen basierten die Ertragsprognosen auf den bisherigen Ernteergebnissen; zudem waren sie mit dem Hinweis versehen, der Gewinn in Zins sei als Vergleich zu einem Finanzprodukt abgebildet und stelle kein Zinsangebot dar. Die Kundenakquise erfolgte durch Internetpräsenz, mit Broschüren und unter Einsatz professioneller Telefonverkäufer. Die Broschüre versprach den Kunden eine "Auszahlungsgarantie". Die Zusicherung gegenüber den Kunden bestand in der Auszahlung der Ernten und war in der Form eines Vertrages zugunsten Dritter abgefasst. Eine Rückzahlung des Investments oder eine generelle Zahlung bei einem Ernteausfall wurde nicht zugesichert. Die Kunden erhielten nach Zahlung eines Entgelts ein Zertifikat mit Vertragsnummer, Kaufdatum, Anzahl

Napiergras-Pflanzen, Plantagestandort, Parzellenummer, Parzellengrösse und Geodaten der Parzelle. Gesamthaft wurden 50 Kundenverträge über eine Fläche von 20.75 Hektaren Land abgeschlossen. Die zwischen dem 25. Oktober 2016 und dem 31. März 2017 eingegangenen Kundengelder beliefen sich auf insgesamt Fr. 349'583.64 und EUR 4'860.--.

A.c. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2016 wandte sich die A._____ AG an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (nachfolgend: FINMA) und beantragte die Feststellung des Nichtbestehens einer Unterstellungs- und Bewilligungspflicht für ihr Projekt "Napiergras".

A.d. Nachdem die FINMA im Januar 2017 bei der A._____ AG mittels standardisiertem Fragebogen weitere Informationen eingeholt hatte, eröffnete sie mit superprovisorischer Verfügung vom 2. März 2017 ein Enforcementverfahren gegen die Gesellschaft, setzte eine Untersuchungsbeauftragte ein und erliess eine Kontensperre. Das Dispositiv der superprovisorischen Verfügung wurde mit provisorischer Verfügung vom 20. April 2017 bestätigt.

A.e. Mit Verfügung vom 20. Juli 2017 stellte die FINMA fest, dass die A._____ AG ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und dadurch das Aufsichtsrecht schwer verletzt habe. Zudem ordnete sie zahlreiche Massnahmen gegen die A._____ AG und gegen mehrere involvierte Mitarbeiter an.

A.f. Mit Urteil B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht die von der A._____ AG und ihren belangten Mitarbeitern erhobene Beschwerde gut, soweit es darauf eintrat, hob die Verfügung der FINMA vom 20. Juli 2017 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Erledigung des erstinstanzlichen Verfahrens an die FINMA zurück; zur Begründung führte das Bundesverwaltungsgericht insbesondere aus, dass das Geschäftsmodell der A._____ AG (vgl. dazu Bst. A.b) keine Rückzahlungsverpflichtung umfasse, womit auch keine Einlage vorliege. Der Tatbestand der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ohne entsprechende Bewilligung sei nicht erfüllt.

Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts mit Urteil 2C 122/2018 vom 2. April 2019.

B.

B.a. Mit Verfügung vom 21. Mai 2019 verlegte die FINMA die für das Enforcementverfahren aufgelaufenen Kosten unter Hinweis auf das Veranlasserprinzip wie folgt:

1. Die bis zum Erlass der vorliegenden Verfügung angefallenen Kosten des mit superprovisorischer Verfügung vom 2. März 2017 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten in der Höhe von Fr. 49'675.60 (inkl. MwSt.) werden der A._____ AG auferlegt. Die Kosten werden von der Untersuchungsbeauftragten direkt in Rechnung gestellt und sind dieser direkt zu vergüten bzw. werden mit den bereits bezogenen Vorschüssen verrechnet. [...]

2. Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 11'000.-- festgesetzt und der A._____ AG auferlegt. [...]

3. Die bis zum Erlass der vorliegenden Verfügung angefallenen Kosten der mit Verfügung vom 20. Juli 2017 eingesetzten Liquidatorin in der Höhe von Fr. 17'893.27 (inkl. MwSt.) werden der A._____ AG rückerstattet. [...]

B.b. Die A._____ AG focht die Kostenverlegung der FINMA in der Folge beim Bundesverwaltungsgericht an. In ihrem Rechtsmittel beantragte sie, sämtliche Kosten des Verfahrens inklusive diejenigen der Untersuchungsbeauftragten seien von der FINMA zu tragen respektive allenfalls auf die Staatskasse zu nehmen. Zudem seien ihr die bereits vorab bezahlten Kosten in Höhe von Fr. 49'675.60 (Kosten der Untersuchungsbeauftragten) zuzüglich 5 % Verzugszins seit Bezug von ihrem Konto plus Fr. 12'241.32 (bezahlte Liquidationskosten) zuzüglich 5 % Verzugszins seit dem Bezug durch die FINMA von ihrem Konto umgehend zurückzuerstatten.

B.c. Mit Urteil B-3229/2019 vom 9. Oktober 2019 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der A._____ AG ab.

C.

Mit Eingabe vom 14. November 2019 erhebt die A._____ AG Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht. Sie ersucht um Aufhebung des Urteils des

Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Oktober 2019 und der Kostenverfügung der FINMA vom 21. Mai 2019; sämtliche Verfahrenskosten seien von der FINMA zu tragen respektive auf die Staatskasse zu nehmen; die bereits vorab bezahlten Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 49'675.60 (Kosten der Untersuchungsbeauftragten) und die bereits bezahlten Liquidationskosten von Fr. 12'241.32 seien ihr einschliesslich Verzugszins von 5 % seit Bezug von ihrem Konto zurückzuerstatten. Die FINMA beantragt die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

1.1. Das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG) auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist damit zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 83 BGG e contrario). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 42, Art. 100 Abs. 1 BGG) der dazu legitimierten Beschwerdeführerin (Art. 89 Abs. 1 BGG) ist grundsätzlich einzutreten.

1.2. Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens bildet einzig das vorinstanzliche Urteil, das die Kostenverfügung der FINMA ersetzt (sog. Devolutiveffekt). Soweit die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren die Aufhebung der Kostenverfügung der FINMA verlangt, ist daher auf ihre Beschwerde nicht einzutreten. Immerhin gelten Entscheide unterer Instanzen als inhaltlich mitangefochten (vgl. Urteil 2C 717/2017 vom 25. November 2019 E. 1.2, m.w.H.).

1.3. Soweit sich im vorliegenden Verfahren ergäbe, dass die Beschwerdeführerin zu Unrecht dazu verpflichtet worden ist, einen Teil der Verfahrenskosten des Aufsichtsverfahrens zu tragen, würde sich allenfalls die Anschlussfrage stellen, ob die FINMA für die von der Beschwerdeführerin bereits entrichteten Beträge verzugszinspflichtig ist. Zu dieser Frage haben sich jedoch weder die FINMA (in der Kostenverfügung der FINMA vom 21. Mai 2019) noch die Vorinstanz verbindlich geäußert. Weil sich der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens damit alleine auf die Frage der Kostenüberbindung erstreckt, kann auch das Bundesgericht vorliegend nicht über eine allfällige - im Rahmen eines Rückerstattungsverhältnisses entstehende - Verzugszinspflicht der FINMA befinden. Auf die entsprechenden Anträge der Beschwerdeführerin ist nicht einzutreten.

2.

Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (FINMAG; SR 956.1) sieht unter der Marginalie "Finanzierung" vor, dass die FINMA für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen Gebühren erhebt.

In Konkretisierung dieser Bestimmung bestimmt Art. 5 Abs. 1 der Verordnung des Bundesrats vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA-GebV; SR 956.122), dass gebührenpflichtig wird, wer eine Verfügung veranlasst (lit. a), wer ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird (lit. b), oder wer eine Dienstleistung der FINMA beansprucht (lit. c). Gemäss Art. 6 FINMA-GebV ergeben sich die weiteren Einzelheiten der Gebührenerhebung für Aufsichtsverfahren - unter dem Vorbehalt besonderer Regelungen der FINMA-GebV - aus der Allgemeinen Gebührenverordnung des Bundesrates vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

3.

Die Vorinstanz stützte die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Entrichtung von Kosten für das eingestellte Aufsichtsverfahren auf Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV. Anders als in einem parallel entschiedenen Verfahren ist vorliegend nicht umstritten, dass diese Bestimmung dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip standhält (vgl. zu dieser Frage Urteil 2C 839/2019 vom 4. Mai 2020 E. 3). Die Beschwerdeführerin ist jedoch der Auffassung, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, sie habe das Aufsichtsverfahren "veranlasst".

4.

Zu klären ist nachfolgend zunächst, wie der in Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV enthaltene Begriff des "Veranlassens" zu verstehen ist.

4.1. Die Kosten der Finanzmarktaufsicht werden durch die Beaufsichtigten getragen; erfasst sind auch Personen, die bewilligungslos tätig werden (vgl. Art. 3 lit. a FINMAG). Sichergestellt wird die Finanzierung der FINMA einerseits durch Gebühren, die für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und das

Erbringen von Dienstleistungen erhoben werden, andererseits durch eine von den Beaufsichtigten jährlich erhobene Pauschalabgabe, die sog. Aufsichtsabgabe (vgl. Art. 15 FINMAG; Art. 2 bis 4 FINMA-GebV; Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829 ff., S. 2844, S. 2867 f.). Aufwand, der den Beaufsichtigten durch ihr Verhalten direkt zugerechnet werden kann, soll von ihnen durch Gebühren selbst getragen werden; nur das verbleibende Defizit und die zu äufnenden Reserven werden durch die Aufsichtsabgabe finanziert (vgl. Eidgenössisches Finanzdepartement, a.a.O., S. 1; HÜNERWADEL/TRANCHET, in: Watter/Bahar [Hrsg.], BSK FINMAG, N. 5 zu Art. 15 FINMAG).

4.2. Gebührenpflichtig ist nach Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV unter anderem, wer ein Aufsichtsverfahren veranlasst, auch wenn dieses später eingestellt wird. Die Materialien zu Art. 15 Abs. 1 FINMAG - der gesetzlichen Grundlage von Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV - verweisen in diesem Zusammenhang auf einen publizierten Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2002 zur Kostenaufgabe bei Einstellung einer kartellrechtlichen Untersuchung durch die Wettbewerbskommission (vgl. BGE 128 II 247). Rechtsgrundlage für die Kostenaufgabe bildete damals die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2), die sich - anders als vorliegend Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV - nur auf die (inhaltlich deckungsgleiche) Vorgängerbestimmung von 46a RVOG abstützen konnte (vgl. den damaligen - mittlerweile aufgehobenen - Art. 4 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1974 über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushalts [AS 1975 65] und zu dessen Stossrichtung BGE 128 II 247 E. 6.1 S. 257).

4.3. Wengleich der Handlungsspielraum des Bundesrates bei der konkreten Regelung der Gebührenpflicht für Aufsichtsverfahren der FINMA aufgrund der spezialgesetzlichen Ergänzung von Art. 46a RVOG durch Art. 15 Abs. 1 FINMAG grösser ist, als unter der Kartellrechtsgesetzgebung, die BGE 128 II 247 zugrunde lag (vgl. E. 4.1 hiuvor und E. 7.3.1-7.3.4 des angefochtenen Urteils), erlauben Art. 15 Abs. 1 FINMAG und der gesetzeskonform ausgelegte Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV nicht, den Verfahrensaufwand in jedem Fall auf den "Veranlasser" bzw. "Verursacher" eines Aufsichtsverfahrens abzuwälzen. In den Materialien zu Art. 15 Abs. 1 FINMAG wurde ausdrücklich auf BGE 128 II 247 verwiesen (BBl 2006 2829 ff., S. 2868); in jenem Entscheid führte das Bundesgericht aus, dass sich eine Kostenaufgabe an den "Verursacher" des Verfahrens bei Verfahrenseinstellung (nur) dann rechtfertigt, wenn eine summarische Beurteilung zum Zeitpunkt der Einstellung den Schluss zulasse, dass das untersuchte Verhalten voraussichtlich Anlass zu Massnahmen nach Art. 30 KG gegeben hätte (a.a.O., E. 6.1 S. 257 f.; vgl. im Übrigen auch BGE 142 V 551 E. 8.2 S. 568 zur Vorgehensweise bei Gegenstandslosigkeit eines bundesgerichtlichen Verfahrens). Im Lichte dieses Entscheids ist also auch der Begriff des "Veranlassers" gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV zu interpretieren.

4.4. Eine Kostenaufgabe bei Einstellung eines Aufsichtsverfahrens durch die FINMA fällt im Lichte von BGE 128 II 247 insbesondere dann in Betracht, wenn eine summarische Prognose zum Zeitpunkt der Einstellung des Verfahrens den Schluss ergibt, dass bei materieller Erledigung voraussichtlich eine Aufsichtssanktion angezeigt gewesen wäre; eine solche Prognose impliziert nämlich, dass die Eröffnung des Verfahrens (vgl. Art. 30 Abs. 1 FINMAG) nicht grundlos erfolgt ist. Darüber hinausgehend erlaubt der gesetzliche Rahmen eine Kostenaufgabe auch dann, wenn der Beaufsichtigte zu verantworten hat, dass bei der Eröffnung des Aufsichtsverfahrens aus Sicht der FINMA "Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen" (Art. 30 Abs. 1 FINMAG) bestanden haben; davon ist namentlich auszugehen, wenn er vor der Eröffnung des Verfahrens seinen Mitwirkungspflichten (vgl. namentlich Art. 29 Abs. 1 FINMAG) nicht nachgekommen ist.

Soweit sich im Aufsichtsverfahren jedoch ergibt, dass keine Aufsichtsrechtsverletzung vorliegt, besteht - unter dem Vorbehalt oben erwähnter Konstellationen - keine Handhabe für eine Kostenüberwälzung.

5.

Mit Blick auf die obigen Ausführungen zum Begriff des "Veranlassers" gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV (vgl. E. 4 hiuvor) rechtfertigt sich die von der Vorinstanz bestätigte Kostenaufgabe im Falle der Beschwerdeführerin nicht:

5.1. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin ein neuartiges Geschäftsmodell verfolgte, das wegen seiner Ungewöhnlichkeit zu einer durch Einstellungsverfügung erledigten aufsichtsrechtlichen Prüfung geführt hat, kann für sich genommen nicht dazu führen, dass die durch das Aufsichtsverfahren ohnehin schon stark betroffene Beschwerdeführerin auch noch mit Verfahrenskosten belegt wird. Eine

solche Herangehensweise verbietet sich schon deshalb, weil für die FINMA nach einmaliger (positiver) Prüfung des neuen Geschäftsmodells kein Anlass mehr besteht, Wettbewerber mit vergleichbarem Geschäftsmodell erneut einem Aufsichtsverfahren zu unterziehen; insoweit ist die individuelle Zurechenbarkeit des Aufsichtsverfahrens (vgl. E. 4.1 hiervor) stark relativiert.

5.2. Aus den vorinstanzlichen Feststellungen geht überdies nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin Mitwirkungspflichten verletzt hätte. Wie die Beschwerdeführerin nachvollziehbar darlegt, ist vielmehr davon auszugehen, dass sie den Aufforderungen der FINMA zur Einreichung von Unterlagen zu jeder Zeit nachgekommen ist. Damit ist auch insoweit nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin das Aufsichtsverfahren (einschliesslich Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten) veranlasst hat. Die gegenteilige Annahme der Vorinstanz verletzt Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV.

5.3. Die vorinstanzlich für das Aufsichtsverfahren bestätigte Kostenaufgabe verletzt damit Bundesrecht. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 1.3 hiervor); das angefochtene Urteil ist aufzuheben.

6.

Ausgangsgemäss sind der FINMA die Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG), zumal die Eidgenossenschaft in der vorliegenden Angelegenheit in ihrer Vermögenssituation betroffen ist (Art. 66 Abs. 4 BGG). Die FINMA hat die Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesgericht zudem angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Die Sache ist zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im vorangegangenen Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Oktober 2019 wird aufgehoben.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'500.-- werden der FINMA auferlegt.

3.

Die FINMA hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- auszurichten.

4.

Zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorangegangenen Verfahrens wird die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. Mai 2020

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Brunner