



Abteilung II
B-4772/2017

Urteil vom 19. Dezember 2017

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Ronald Flury,
Gerichtsschreiber Pascal Waldvogel.

Parteien

1. **X.** _____ **AG**,
2. **A.** _____,
3. **B.** _____,
4. **C.** _____,
5. **D.** _____,
alle vertreten durch Dr. iur. Horst Weber, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführende 1-5,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen /
Liquidation und Konkurs /
Unterlassungsanweisung und Veröffentlichung.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die X. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) mit Sitz in (...) wurde am (...) 2016 ins Handelsregister eingetragen. Als Zweck der Gesellschaft wird unter anderem angegeben: *Anbau von, Handel mit und Verarbeitung von Pflanzen und pflanzlichen Erzeugnissen auf eigenem oder fremden Boden im In- und Ausland*. Die einzig eingetragene Person ist A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 2) als Mitglied und Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift. Bis zum 21. Dezember 2016 war nur B. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 3) einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied. Nach Angaben der Beschwerdeführerin 1 war C. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 4) als ihr Geschäftsführer tätig. D. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 5) war für die Akquise und den Verkauf zuständig und in die Entscheidungsprozesse involviert.

A.b Die Beschwerdeführerin 1 reichte am 31. Oktober 2016 bei der Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) eine Unterstellungsanfrage auf Negativbestätigung ein. Darin umschrieb sie ihr Geschäftsmodell mit dem Namen „Projekt Napiergras“ wie folgt: Es gehe um den Anbau und die wirtschaftliche Nutzung von Napiergras als Biomasse zur Energiegewinnung auf einer Plantage in den Philippinen. Die Investoren hätten die Möglichkeit, selbst und direkt in Napiergras zu investieren. Sie biete dem Investor unter Zuhilfenahme von drei unabhängigen Verträgen, welche gekoppelt seien, alles aus einer Hand: Die Verpachtung des Bodens, den Verkauf der Setzlinge, die Pflege, die Ernte und den Verkauf des Grases durch ihre beauftragten philippinischen Partner.

A.c Die Vorinstanz eröffnete ein Enforcementverfahren wegen Verdachts auf unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen. Mit superprovisorischer Verfügung vom 2. März 2017 wies sie die Beschwerdeführerin 1 an, jegliche finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit zu unterlassen, setzte die E. _____ AG als Untersuchungsbeauftragte mit Organstellung ein und ordnete die Sperrung sämtlicher Konten an. Mit provisorischer Verfügung vom 20. April 2017 bestätigte die Vorinstanz die angeordneten Massnahmen und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Mit Schreiben vom 9. Mai 2017 zeigte die Vorinstanz den Beschwerdeführenden 2 bis 5 die Eröffnung eines Enforcementverfahrens gegen sie persönlich an.

B.

Mit Verfügung vom 20. Juli 2017 traf die Vorinstanz verschiedene Feststellungen und Anordnungen in den Dispositivziffern 1-16. Sie stellt fest, dass die Beschwerdeführerin 1 ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt habe (Ziff. 1).

Die Vorinstanz stellt fest, dass die Beschwerdeführerin 1 die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bankenbewilligung nicht erfülle, und verweigert die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung (Ziff. 2).

Die Vorinstanz ordnet die Auflösung der Beschwerdeführerin 1 sowie deren Liquidation auf dem Wege des Konkurses an, wobei sie den Zeitpunkt der Konkurseröffnung auf Montag, 24. Juli 2017, 08:00 Uhr festlegt und als Konkursort den Gesellschaftssitz in (...) bestimmt (Ziff. 4).

Die Vorinstanz setzt die E. _____ AG mit Sitz in (...) als Konkursliquidatorin ein (Ziff. 5), auferlegt der Beschwerdeführerin 1 die Kosten der Liquidation (Ziff. 6) und entzieht den bisherigen Organen die Vertretungsbefugnis (Ziff. 7).

Die Vorinstanz stellt die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 1 auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung ein, wobei sie ihr und ihren Organen insbesondere verbietet, Auszahlungen zu leisten und Zahlungen entgegenzunehmen (Ziff. 8).

Die Vorinstanz veranlasst die Publikation der Konkurseröffnung für Mittwoch, 2. August 2017, auf ihrer Internetseite (www.finma.ch) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) unter gleichzeitigem Erlass des Schuldenerufes (Ziff. 9).

Die Vorinstanz weist das Handelsregisteramt des Kantons (...) an, bei der Beschwerdeführerin 1 am Mittwoch, 2. August 2017, die entsprechenden Eintragungen im Handelsregister vorzunehmen (Ziff. 10).

Mit gleicher Verfügung stellt die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführenden 2 bis 5 aufgrund ihres massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt hätten (Ziff. 3). Gestützt auf diese Feststellung weist sie die Beschwerdeführenden 2 bis 5 an, jegliche finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über

Dritte sowie die entsprechende Werbung in jeglicher Form zu unterlassen (Ziff. 11), unter Strafandrohung für den Fall der Wiederhandlung (Ziff. 12). Die Vorinstanz verfügt die Publikation der Unterlassungsanweisung auf ihrer Internetseite für die Dauer von 4 Jahren (Beschwerdeführende 3 bis 5) beziehungsweise 3 Jahren (Beschwerdeführer 2) nach Eintritt der Rechtskraft (Ziff. 13).

Die Vorinstanz ordnet den Weiterbestand der Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots, die auf die Beschwerdeführerin 1 lauten oder an denen sie wirtschaftlich berechtigt ist, an (Ziff. 14).

Die Vorinstanz erklärt die Dispositivziffern 4-10 und 14 sowie 15 für sofort vollstreckbar und entzieht einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Ziff. 15).

Die Vorinstanz auferlegt die angefallenen Untersuchungskosten im Betrag von Fr. 49'675.60 inkl. MwSt. (Ziff. 16) und die Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 36'000.– den Verfügungsadressaten (Ziff. 17), je unter solidarischer Haftbarkeit.

C.

Mit Eingabe vom 23. August 2017 erhoben die Beschwerdeführenden dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, die Verfügung der Vorinstanz vom 20. Juli 2017 sei vollumfänglich aufzuheben, und stellen verschiedene Feststellungsbegehren. So sei insbesondere festzustellen, dass entgegen der Dispositivziffer 1 von den Beschwerdeführenden keine gewerbsmässigen Publikationseinlagen ohne Bewilligung entgegengenommen worden seien. Sodann sei insbesondere festzustellen, dass die Beschwerdeführenden 4 und 5 keinen massgeblichen Beitrag zur Tätigkeit, insbesondere nicht zur unerlaubten Tätigkeit der Beschwerdeführerin 1, erbracht hätten. Weiter sei festzustellen, dass nicht nachgewiesen sei, dass die Beschwerdeführerin 1 überschuldet und illiquid sei. In prozessualer Hinsicht beantragen sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Dispositivziffern 4 bis 10. Schliesslich seien die Kosten des Untersuchungsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen und die Kosten des Untersuchungsbeauftragten angemessen zu reduzieren.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 30. August 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab und erhob einen Kostenvorschuss von den Beschwerdeführenden.

E.

Mit Vernehmlassung vom 25. September 2017 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e VGG).

1.2 Das Beschwerderecht steht den Organen einer Gesellschaft, die in Liquidation oder Konkurs versetzt wurde, trotz Entzugs bzw. Dahinfallens der Vertretungsbefugnis zu (vgl. BGE 132 II 382 E. 1.1; BGE 131 II 306 E. 1.2, m.w.H.; Urteil des BVGer B-1617/2013 vom 3. März 2015 E. 1.2.7, m.w.H.). Der Beschwerdeführer 2 verfügte bei der Beschwerdeführerin 1 über eine Einzelzeichnungsberechtigung, die ihm mit der Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten entzogen worden ist. Er ist daher befugt, in deren Namen Beschwerde gegen die entsprechende Verfügung zu führen.

1.3 Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch die sie betreffenden Feststellungen und Anordnungen besonders berührt und haben als Verfügungsadressaten insoweit ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 136 II 304 E. 2.3.1; Urteil des BGer 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 1f; vgl. auch Urteil des BGer 2C_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 3; anders jedoch Urteile des BGer 2C_303/2016 vom 24. November 2016 E. 2.5.1, 2C_305/2016 vom 24. November 2016 E. 2.1 und 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 1.2.3).

1.4 Die Beschwerdeführenden haben die Kostenvorschüsse einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht einge-

reicht (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Unter Vorbehalt der Beschwerdebegehren, die eine Feststellungen beantragen (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG), ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

2.1 Gemäss Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen (Satz 1). Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist (Satz 2). Die Auflage von Anleihen gilt nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen (Satz 3).

2.2 Der Begriff der Publikumseinlage wird nicht definiert im Bankengesetz. Der Bundesrat hat ihn durch Verordnung näher umschrieben. Art. 5 der Bankenverordnung vom 24. April 2014 (BankV, SR 952.02) in der hier anwendbaren Fassung vom 1. Juli 2016 trägt die Marginalie "Publikumseinlagen" und hat folgenden Wortlaut:

- 1 Als Publikumseinlagen gelten die Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden mit Ausnahme derjenigen nach den Absätzen 2 und 3.
- 2 Nicht als Publikumseinlagen gelten Einlagen:
 - a. von in- und ausländischen Banken oder anderen staatlich beaufsichtigten Unternehmen;
 - b. von Aktionärinnen und Aktionären oder Gesellschafterinnen und Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung am betreffenden Schuldner;
 - c. von Personen, die mit denjenigen nach Buchstabe b wirtschaftlich oder familiär verbunden sind;
 - d. von institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie;
 - e. von aktiven und pensionierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei ihrem Arbeitgeber; oder
 - f. bei Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften, sofern:
 1. diese nicht im Finanzbereich tätig sind,
 2. diese einen ideellen Zweck oder die gemeinsame Selbsthilfe verfolgen und die Einlagen ausschliesslich dafür verwenden, und
 3. die Laufzeit der Einlagen mindestens sechs Monate beträgt.

3 Nicht als Einlagen gelten:

- a. Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden;
- b. Anlehensobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verkündete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubigerinnen und Gläubiger in einem dem Artikel 1156 des Obligationenrechts (OR) entsprechenden Umfang informiert werden;
- c. Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, die einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn:
 1. dafür kein Zins bezahlt wird, und
 2. sofern es sich nicht um Kundenkonti von Effekthändlern handelt: die Abwicklung innert 60 Tagen erfolgt;
- d. Gelder, deren Entgegennahme in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsvertrag, der beruflichen Vorsorge oder anderen anerkannten Vorsorgeformen nach Artikel 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge steht;
- e. Gelder, die in geringem Umfang einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem zugeführt werden und einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen und für die kein Zins bezahlt wird;
- f. Gelder, deren Rückzahlung und Verzinsung durch eine Bank garantiert werden (Ausfallgarantie).

2.3 Nach der Rechtsprechung besteht die Entgegennahme von Publikums-einlagen darin, dass ein Unternehmen Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2; BGE 132 II 382 E. 6.3.1; Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.3 mit zahlreichen Hinweisen). Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen. Ausgenommen davon sind unter gewissen, eng umschriebenen Voraussetzungen fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter (BGE 136 II 43 E. 4.2). Der Einlagebegriff erfasst Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden in der Form, dass der Empfänger zu deren Rückzahlungsschuldner wird. Den Nichtbanken wird die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen untersagt (Art. 1 Abs. 2 BankG; Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV; Art. 6 BankV). Das Verbot untersagt das bankenmässige Passivgeschäft; für seine Anwendbarkeit ist nicht erforderlich, dass parallel dazu auch das Aktivgeschäft betrieben wird. Mit dem Verbot der gewerbsmässigen Annahme von Publikumseinlagen wird das aufsichtsrechtliche

System geschlossen: Wer gewerbsmässig Publikumsgelder annimmt, ist bewilligungs- und aufsichtspflichtig und gilt damit als Bank. Unternehmen oder Private, die keine Banken sind und dieser Pflicht nicht unterliegen, dürfen keine solchen Gelder annehmen (Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.5).

Entscheidend für die Erfüllung des Einlagebegriffs ist die Rückzahlungsverpflichtung für die empfangene Leistung (Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.4.3). Die Anwendung des Aufsichtsrechts setzt voraus, dass der Einlagebegriff im Sinne von Art. 1 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BankV auf ein Geschäftsmodell anwendbar ist. Wenn der Einlagebegriff erfüllt ist, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine Ausnahmebestimmung nach Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV greift (vgl. Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1). Wenn eine Ausnahmebestimmung an sich gegeben ist, ist in einem dritten Schritt zu prüfen, ob der Ausnahmebestimmung die Anwendung wegen Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften zu versagen ist (vgl. Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2).

Gesetzesumgehungen werden nicht geschützt. Bei Gestaltungen, welche jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegen, ist näher zu prüfen, ob die Ausnahmebestimmung missbräuchlich, d.h. zu Zwecken, die nicht in Übereinstimmung mit den Zielen und Zwecken des Gesetzes stehen, angerufen wird. Wird eine solche missbräuchliche Anrufung bejaht, ist der aufsichtsrechtlichen Beurteilung sachverhaltsmässig nicht die gewählte zivilrechtliche, sondern diejenige Rechtsgestaltung zu Grunde zu legen, welche sachgemäss gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen (Sachverhaltsfiktion). Aufsichtsrechtliche Bestimmungen zwecks Anleger-, Investoren- und Gläubigerschutz, insbesondere solche über Bewilligungen als Voraussetzung für einen Marktzutritt, sollen nicht durch konstruierte zivilrechtliche Rechtsgestaltungen umgangen werden können (vgl. Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2)

3.

3.1 Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, beim Angebot der Beschwerdeführerin 1 stehe aus objektiver Kundensicht der Investitionsgedanke, d.h. das Generieren einer Rendite unter Einsatz von Kapital, im Vordergrund. Sie und die dahinterstehenden Verantwortlichen würden durch gezielte Akquise- und Werbeaktivitäten mit Ausdrücken wie "Investment", "Rendite", "gleichbleibende Auszahlungen" und "Gewinn"

beim interessierten Publikum eine Gewinnerwartung über eine bestimmte Laufzeit suggerieren. Auch das vermeintliche Versprechen, es bestehe eine "Auszahlungsgarantie", bestärke den (rechtsunkundigen) Anleger in seiner Einschätzung, er erhalte am Ende der Vertragslaufzeit sein anfänglich eingesetztes Kapital zuzüglich einer Rendite zurück. Beim konzipierten Vertragskonstrukt sei ungeachtet der Namensgebung von einer zivilrechtlichen Rechtsgestaltung zwecks Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften über bankenrechtliche Bewilligungsvorschriften auszugehen. Darüber hinaus würden in Bezug auf den mutmasslichen Eigentumsübergang der Napiergras-Setzlinge Unzulänglichkeiten bestehen. Da die Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV betreffend Übertragung des Eigentums nicht zur Anwendung gelange, sei die Tätigkeit der Beschwerdeführerin 1 als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG zu qualifizieren.

3.2 Die Beschwerdeführenden machen dagegen geltend, die Vorinstanz habe nie geprüft, ob eine Einlage im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG vorliege. Dies sei vor der Frage einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit zu klären. Die Beschwerdeführerin 1 habe den Kunden weder Zinsen noch eine Rendite versprochen. Eine Rückzahlungsverpflichtung bestehe nicht, was auch der Untersuchungsbericht bestätige. Eine Einlage liege nicht vor und folglich auch keine aufsichtsrechtlich relevante unbewilligte Tätigkeit. Der Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV sei nicht anwendbar. Selbst wenn er zur Anwendung gelänge, wären die Voraussetzungen erfüllt, da ein Eigentumsübergang und eine Individualisierung im Pacht- und Kaufvertrag stattfinde, was die Beschwerdeführenden ausdrücklich als Eventualbegründung verstehen. Von einer Umgehung der Finanzgesetzgebung könne keine Rede sein. Die Vorinstanz führe nicht aus, worin der massgebliche Beitrag der Beschwerdeführenden 4 und 5 bestehe. Diese seien in die Entscheidungsprozesse nicht eingebunden gewesen und hätten keinen massgeblichen Beitrag zur fraglichen Tätigkeit geleistet.

4.

4.1 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 (ZULAUF/WYSS ET AL., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 147) 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; ZULAUF/WYSS ET AL., a.a.O., S. 149; weitergehend 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 (vgl. TERLINDEN, a.a.O., S. 143).

4.2 Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall die E. _____ AG als Untersuchungsbeauftragte eingesetzt. Der Bericht vom 3. Mai 2017 enthält unter anderem eine umfassende Bestandaufnahme der Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 1. Die Beauftragte trifft folgende Feststellungen zum Sachverhalt:

Das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 1 werde mit einem kaskadenartigen Vertragssystem realisiert. Die Gesellschaft „Y. _____ Pte Limited“ (nachfolgend: Y. _____) schliesse mit lokalen Grundeigentümern auf den Philippinen Pachtverträge ab. Die Beschwerdeführerin 1 schliesse ihrerseits einen Pachtvertrag mit der Y. _____ über dieses Landwirtschaftsland in den Philippinen ab. Zusätzlich schliesse sie mit der „Z. _____ Pte Ltd“ (nachfolgend: Z. _____) einen Plantagenmanagementvertrag ab. Dieser sehe vor, dass die Z. _____ die Landwirtschaftsflächen mit Napiergras bepflanzt, bewirtschaftet und für die Ernte zuständig sei. Der Ernteverkauf erfolge durch die Z. _____, die mit der Beschwerdeführerin 1 abrechne.

Die Beschwerdeführerin 1 gehe mit ihren Kunden einen Vertrag ein. Dabei handle es sich um einen zweiseitigen Innominatvertrag, der kaufvertragsrechtliche Abreden (Verkauf von Napiergras-Setzlingen), Dienstleistungen

(Bewirtschaften der Parzelle) und einen Pachtgegenstand (Anteil des mittels Unterpachtvertrag gepachteten Grundstückes) beinhalte. Er werde ergänzt durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Der Kundenvertrag weise einen prognostizierten Ernteerlös auf, der einen Gewinn in Abhängigkeit der Laufzeit (vier bzw. acht Jahre) vorsehe. Nach den Angaben des Vertrags würden die Prognosen auf den bisherigen Ernteergebnissen beruhen. Die Prognosen seien mit dem Hinweis versehen: *„Der Gewinn in Zins ist als „Vergleich“ zu einem Finanzprodukt abgebildet und stellt KEIN Zinsangebot dar“*.

Die Kundenakquise erfolge durch die Internetpräsenz der Beschwerdeführerin 1, mit Broschüren und unter Einsatz professioneller Telefonverkäufer, die Kunden für das "grüne Produkt" spezifisch anwerben. Die Broschüre verspreche den Kunden eine "Auszahlungsgarantie". Dabei handle es sich nicht um eine klassische Auszahlungsgarantie im Sinne eines Zinsversprechens. Die Zusicherung gegenüber dem Kunden bestehe in der Auszahlung der Ernten und sei in der Form eines Vertrages zugunsten Dritter abgefasst. Eine Rückzahlung des Investments oder eine generelle Zahlung bei einem Ernteausfall werde nicht zugesichert. Hingegen bestehe aufgrund der Bezeichnung als "Auszahlungsgarantie" eine Täuschungsgefahr für nicht rechtskundige Kunden.

Die Kunden würden nach der Zahlung ein Zertifikat mit Vertragsnummer, Kaufdatum, Anzahl Napiergras-Pflanzen, Plantagenstandort, Parzellennummer, Parzellengrösse und Geodaten der Parzelle erhalten. Gesamthaft seien insgesamt 50 Kundenverträge mit 29 Kunden über eine Fläche von Total 20.75 Hektaren Land abgeschlossen worden. Die Kundengelder beliefen sich auf Fr. 349'583.64 und EUR 4'860.–. Die Zahlungen seien zwischen dem 25. Oktober 2016 und dem 31. März 2017 eingegangen.

Beschwerdeführerin 1 habe mit Valuta 12. September 2016 eine Zahlung in der Höhe von USD 280'000.– an die Z._____ geleistet. Die dazugehörige Rechnung vom 8. September 2016 enthalte die Angaben zu den gepachteten Parzellen. Die Untersuchungsbeauftragte erachtet die Aussagen der befragten Parteien und die Inhalte der beigezogenen Unterlagen als plausibel und nachvollziehbar.

Die Untersuchungsbeauftragte kommt zusammenfassend zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin 1 ein kaskadenähnliches Vertragssystem, bestehend aus verschiedenen Dienstleistungs- und Pachtverträgen sowie

aus Innominatverträgen (mit Pacht-, Kauf- und Dienstleistungselementen) unterhält. Das Geschäftsmodell, das auf der Weiterverpachtung von landwirtschaftlichen Flächen an ihre Kunden und den Ernteerträgen basiere, sei grundsätzlich wirtschaftlich tragbar und plausibel. Die Kunden erhielten als Pächter im Zeitpunkt der Ernte originär Eigentum am Ernteerlös; eine vorgängige Eigentumsübertragung an den Stecklingen finde nicht statt. Die Ausfallgarantie zugunsten der Kunden sei keine Auszahlungsgarantie.

4.3 Die Vorinstanz stützt ihre Sachverhaltsfeststellungen weitgehend auf den Bericht der Untersuchungsbeauftragten. Das Geschäftsmodell basiere im Ergebnis auf der Weiterverpachtung von Landwirtschaftsflächen an ihre Kunden, wobei diese eine Einlage zugunsten der Beschwerdeführerin 1 zwecks Anbau von Napiergras tätigen und nach einem vorgegebenen Ernteplan am Ernteerlös partizipieren würden (angefochtene Verfügung, S. 6). Gesamthaft habe die Beschwerdeführerin 1 mit 29 Investoren 50 Kundenverträge über eine Fläche von total 20.75 Hektaren Land abgeschlossen. Sämtliche Abschlüsse seien das Resultat von Kundenakquisitionen. Die vereinnahmten Kundengelder (Investitionen) würden sich auf Fr. 349'583.64 und EUR 4'860.– belaufen. Der erste Zahlungseingang datiere vom 25. Oktober 2016, der letzte vom 31. März 2017 (angefochtene Verfügung, S. 10). Bei der Zusammenfassung des rechtserheblichen Sachverhalts stellt die Vorinstanz dann allerdings in Abweichung vom Untersuchungsbericht fest, dass für die von der Beschwerdeführerin 1 abgeschlossene Geschäfte eine Rückzahlungsverpflichtung und auch ein Renditeversprechen bestehe (angefochtene Verfügung, S. 15).

4.4 Die Beschwerdeführenden bringen vor, dass keine Rückzahlungsverpflichtung bestehe, und nach den Feststellungen der Untersuchungsbeauftragten weder der Kaufpreis für die Setzlinge noch der Pachtdienst noch die Gebühr für die erbrachten Dienstleistungen zurückbezahlt werden müssten. Die Beschwerdeführerin 1 selbst habe keinerlei Garantien abgegeben. Die Vorinstanz belege nicht und mache auch nicht geltend, dass tatsächlich Rückzahlungen erfolgen, erfolgt seien oder erfolgen werden.

4.5 Die Frage, ob die Beschwerdeführerin 1 eine Verbindlichkeit in der Form einer Rückzahlung oder eines Renditeversprechens einging, d.h. selber zur Rückzahlungsschuldnerin der entsprechenden Leistung wurde, ist zunächst eine Tatfrage; eine Rechtsfrage ist, wie eine eingegangene Verbindlichkeit zu qualifizieren ist. Einer besonderen Fachkunde, um die Tatfrage nach dem Vorliegen einer Verbindlichkeit abzuklären, bedarf es nicht. Die Aufsichtsbehörde kann daher ohne weiteres von den Feststellungen

der Untersuchungsbeauftragten abweichen, muss ihre eigene Sachverhaltsfeststellung in der Verfügung aber begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG).

Die Vorinstanz unterstellt in tatsächlicher Hinsicht, dass die Beschwerdeführerin 1 eine Rückzahlungsverpflichtung und auch ein Renditeversprechen eingegangen sei. Die Feststellung wird weder belegt noch näher begründet. In der Tat ist die Beschwerdeführerin 1 nicht zur Rückzahlungsschuldnerin der entsprechenden Leistung durch den Abschluss der Verträge geworden. Der Vertragstext enthält keinerlei Hinweise für eine Rückzahlungspflicht (vgl. Beilage 40 zum Untersuchungsbericht). Wohl wird in der Broschüre (vgl. Beilage 52 zum Untersuchungsbericht) und im Kundenvertrag der Ernteertrag von Napiergras mit einem Finanzprodukt verglichen, doch wird ausdrücklich klargestellt, dass KEIN Zinsangebot gemacht wird. Daraus wie auch aus dem Gebrauch des Ausdrucks „Rendite“ in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. Beilage 41 zum Untersuchungsbericht) kann nicht darauf geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin 1 eine Rückzahlungsverpflichtung eingegangen ist, auch wenn sie für ihr Produkt als eine Art Investment wirbt. Die Verwendung des Ausdrucks „Auszahlungsgarantie“ lässt ebenfalls keinen anderen Schluss zu, zumal keine klassische Auszahlungsgarantie im Sinne eines Zinsversprechens vorliegt. Vielmehr handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter (zugunsten des Kunden), wenn operative Störungen bei der Beschwerdeführerin 1 auftreten sollten, was sich aus dem Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der Z. _____ ergibt. Der Vertrag sieht vor, dass die Z. _____ die Auszahlung der Ernteerlöse an die Aktionäre der Beschwerdeführerin 1 garantiert für den Fall von unvorhergesehenen Ereignissen oder höherer Gewalt (vgl. Beilage 64 des Untersuchungsberichts). Damit steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Beschwerdeführerin 1 sich weder zu einer Rückzahlung noch zu einer Rendite verpflichtet hat. Eine Rückzahlungsverpflichtung lässt sich auch rechtlich nicht annehmen.

5.

5.1 Die Vorinstanz nimmt in rechtlicher Hinsicht an, dass das Geschäftsmodell die Beschwerdeführerin 1 dem Aufsichtsrecht untersteht, weil ihre Tätigkeit den Tatbestand der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BankV erfülle. Der Einlagebegriff setzt eine Rückzahlungsverpflichtung voraus. Die Rechtsprechung bejaht das Vorliegen einer solchen, wenn sie bereits bei Vertragsabschluss vereinbart wurde. Eine Einlage wurde in folgenden

Fällen angenommen (vgl. auch die Kasuistik bei FLORIAN SCHÖNKNECHT, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, in: GesKR 2016, S. 316 f.):

- Verkauf von Orient-Teppichen mit garantierter Rückverkaufs-Option zum vollen Preis zuzüglich vereinbartem Gewinn per vereinbarte 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 Partizipations-scheine 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).

5.2 Der Fall, der hier zu beurteilen ist, liegt anders. Zwar besteht zwischen dem Geschäftsmodell, das dem Urteil betreffend Olivenbäume zugrunde liegt (Urteil B-2757/2015 E. 3.4-3.8; bestätigt durch das BGer mit Urteil 2C_352/2016 E. 3) und dem Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 1

eine gewisse sachverhaltliche Ähnlichkeit. Anders als im dort zu beurteilenden Fall fehlt aber eine Rückerstattungspflicht. Die Beschwerdeführerin 1 hat sich weder bei Vertragsabschluss noch später dazu verpflichtet, die empfangene Leistung zurückzuerstatten. Die von ihr abgeschlossenen Kundenverträge enthalten auch keine Komponente, die mit einem "Rückkaufvertrag" vergleichbar wäre. Ein Anspruch auf Rückerstattung des Investments vermittelt der Kundenvertrag nicht. An die Kunden fliesst nämlich einzig der Verkaufserlös, wenn das Napiergras geerntet und verkauft werden kann; kann die Ernte nicht verkauft werden, fliesst kein Geld zurück. Der Verkaufserlös stellt eine Gegenleistung zum bezahlten Betrag dar. Wie die Beschwerdeführenden zu Recht ausführen, ist nicht jeder "return on investment" eine Einlage. Unter den Einlagebegriff fallen nur solche Verbindlichkeiten, durch die das Unternehmen selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird. Eine Rückzahlungsverpflichtung liegt im hier zu beurteilenden Fall nicht vor.

5.3 Fehlt eine Rückzahlungsverpflichtung, ist der Einlagebegriff im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG nicht erfüllt. Nachdem keine Verbindlichkeit der Beschwerdeführerin 1 auf Rückzahlung der getätigten Investition besteht, ist nicht weiter zu prüfen, ob eine Ausnahmebestimmung nach Art. 5 Abs. 2 oder 3 BankV anwendbar ist und, wenn ja, ob ihr die Anwendung wegen Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften zu versagen ist (oben E. 2.3). Soweit die Vorinstanz von einer Sachverhaltsfiktion auszugehen scheint, ist ihr nicht zu folgen. Die Prüfung, ob eine Ausnahmebestimmung missbräuchlich angerufen wird, setzt eine Gestaltung voraus, die jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegt. Nur unter dieser Voraussetzung ist der aufsichtsrechtlichen Beurteilung des Sachverhalts eine andere als die gewählte zivilrechtliche Rechtsgestaltung zugrunde zu legen. Das lässt sich für das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 1, das nach den Abklärungen der Untersuchungsbeauftragten in finanzieller Hinsicht tragbar und plausibel erscheint, indessen nicht annehmen. Die Annahme einer Sachverhaltsfiktion scheidet somit aus. Daran ändert nichts, dass die Verwendung des Ausdrucks "Auszahlungsgarantie" für rechtsunkundige Kunden eine Täuschungsgefahr birgt. Die FINMA ist als Aufsichtsbehörde nicht generell für Massnahmen gegen täuschende Angebote zuständig. Die Zuständigkeit bestimmt sich jeweils nach Massgabe der Finanzmarktgesetze (Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Bst. a FINMAG i.V.m. Art. 1 und 3 BankG). Da die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 2 BankG nicht gegeben sind, fällt die fragliche Tätigkeit nicht unter das Aufsichtsrecht. Die Anordnungen in der angefochtenen Verfügung, die über die Tätigkeit hinausgehen, sind daher ebenfalls nicht weiter zu prüfen. Die Annahme, dass der Tatbestand der

gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG im vorliegenden Fall erfüllt sei, verletzt Bundesrecht.

6.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt. An der Beurteilung der beantragten Feststellungsbegehren besteht indes kein schutzwürdiges Interesse, weshalb auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten ist (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG). Mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung ist die Sache zur Erledigung des erstinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG).

7.

7.1 Entsprechend dem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und die geleisteten Kostenvorschüsse in der Höhe von je Fr. 2'000.– an die Beschwerdeführenden zurückzuerstatten.

7.2 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, setzt das Gericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung der massgebenden Berechnungsfaktoren (Art. 8, 9 und 11 VGKE) ist sie auf Fr. 4'000.– festzusetzen. Die Vorinstanz ist anzuweisen, den Beschwerdeführenden diesen Betrag als Parteientschädigung zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die Verfügung vom 20. Juli 2017 wird aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Erledigung des erstinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Den Beschwerdeführenden werden die Kostenvorschüsse von je Fr. 2'000.– aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

4.

Den Beschwerdeführenden wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteient-schädigung von Fr. 4'000.– zugesprochen. Dieser Betrag ist den Be-schwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde; Beilage: 5 Rücker-stattungsformulare)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]); Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Daniel Willisegger

Pascal Waldvogel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 8. Januar 2018