



Urteil vom 25. November 2021

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Stephan Breitenmoser,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch
A. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen; Einsetzung eines
Untersuchungsbeauftragten, Sperrung von Bankkonten.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die X. _____ AG, (Angaben des Sitzes) (nachfolgend: Beschwerdeführerin), bezweckt Entwicklung, Erwerb und Veräusserung, Beratung, Vorbereitung, Vermittlung, Schätzung, Begutachtung, Handel und Verwaltung von Grundstücken sowie von Anlagen zur alternativen Erzeugung von Elektroenergie; Bewirtschaftung, Verpachtung und Vermittlung; Handel mit Immobilien national und international, sowie Leasing, Erbringung sowie Vermittlung von Finanzierungen und Unternehmensberatung, Maklertätigkeit und Handel mit Immobilien und alternativen Energieanlagen aller Art, Halten und Verwalten von Schutzrechten und geistigem Eigentum aller Art im In- und Ausland nebst Vergabe von Lizenzen und anderen Nutzungsrechten.

A.b Mit superprovisorischer Verfügung vom 23. Februar 2021 wies die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) die Beschwerdeführerin an, jegliche finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeit, insbesondere die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen, sowie die entsprechende Werbung ohne die notwendige Bewilligung zu unterlassen (Dispositiv-Ziff. 1). Die Vorinstanz setzte einen Untersuchungsbeauftragten ein, legte dessen Auftrag fest und ermächtigte diesen, alleine für die Beschwerdeführerin zu handeln sowie angemessene Kostenvorschüsse von ihr zu verlangen, und auferlegte ihr dessen Kosten (Dispositiv-Ziff. 2-7 und 12-14). Die Vorinstanz untersagte der Beschwerdeführerin und ihren Organen, ohne Zustimmung des Untersuchungsbeauftragten für die Gesellschaft weitere Rechtshandlungen vorzunehmen, verpflichtete sie, ihm sämtliche Informationen und Unterlagen zu den Geschäftsaktivitäten zur Verfügung zu stellen und Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen, und untersagte ihnen, relevante Unterlagen und Dateien jeglicher Art zu verändern, zu vernichten oder vernichten zu lassen (Dispositiv-Ziff. 8). Die Anordnungen ergingen unter Hinweis auf die Strafbestimmungen von Art. 45 (Erteilen falscher Auskünfte) und 48 (Missachten von Verfügungen) des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (zit. in E. 1.1; Dispositiv-Ziff. 8 und 9). Das zuständige Handelsregisteramt wurde angewiesen, die entsprechenden Einträge vorzunehmen (Dispositiv-Ziff. 10). Die Vorinstanz ordnete die Sperrung von Kontoverbindungen und Depots an, die auf die Beschwerdeführerin lauten oder an denen sie wirtschaftlich berechtigt ist (Dispositiv-Ziff. 11). Die Kosten der Verfügung wurden zur Hauptsache geschlagen (Dispositiv-Ziff. 15) und die Dispositiv-

Ziff. 1 bis 8, 10 bis 13 sowie 15 und 16 der Verfügung für sofort vollstreckbar erklärt (Dispositiv-Ziff. 16). Schliesslich wurde die Beschwerdeführerin eingeladen, innert 20 Tagen ab Kenntnisnahme der Verfügung zu den superprovisorisch verfügten vorsorglichen Massnahmen Stellung zu nehmen (Dispositiv-Ziff. 17).

A.c Mit Eingabe vom 19. März 2021 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde gegen diese superprovisorische Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht trat auf die Beschwerde mit Urteil B-1283/2021 vom 15. Juni 2021 nicht ein.

A.d Mit Urteil 2C_637/2021 vom 26. August 2021 trat das Bundesgericht auf die von der Beschwerdeführerin gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhobene Beschwerde nicht ein.

A.e Die Beschwerdeführerin reichte der Vorinstanz innert Frist keine Stellungnahme zu den superprovisorisch verfügten vorsorglichen Massnahmen ein.

B.

Mit Verfügung vom 29. Juni 2021 bestätigte die Vorinstanz die superprovisorisch verfügten vorsorglichen Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziff. 1-16 der Verfügung vom 23. Februar 2021 (Dispositiv-Ziff. 1), erklärte deren sofortige Vollstreckbarkeit bzw. entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziff. 2) und schlug die Kosten der Verfügung zur Hauptsache (Dispositiv-Ziff. 3).

C.

Mit Eingabe vom 14. September 2021 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt:

- "1. Dispositiv Ziffer 1 bis 6 seien aufzuheben;
2. Dispositiv Ziffer 7 sei aufzuheben und das Handelsregisteramt des Kantons Z. _____ sei anzuweisen, den angeordneten Eintrag zu löschen und insgesamt aus dem Handelsregister zu entfernen;
3. Dispositiv Ziffer 8 sei aufzuheben und der bisherige Untersuchungsbeauftragte sei anzuweisen, die von ihm informierten und angewiesenen Banken und allfällige andere Institute zu informieren, dass seine Befugnis erloschen ist, über Vermögenswerte der Beschwerdeführerin zu verfügen;
4. Dispositiv Ziffer 9 bis 15 seien aufzuheben;
5. zu Dispositiv Ziffer 16 sei festzustellen, dass der Zeitpunkt der vermeintlichen Zustellung weder der 4.3., noch der 3.3.2021, sondern der 15. März 2021

waren und eine Zustellung auf telefonischem Wege nicht zulässig ist sowie keine rechtlichen Wirkungen auslöste;

6. zu den Dispositivziffern 17 ff. sei festzustellen, dass es sich um Sachverhaltsdarstellungen und Meinungsäusserungen sowie Bewertungen handelt, die keine Verfügungen enthalten."

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen.

D.

Mit Vernehmlassung vom 5. Oktober 2021 beantragt die Vorinstanz unter Einreichung der Vorakten die Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie die Abweisung der Beschwerde in der Sache.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde ab.

F.

Mit Replik vom 22. November 2021 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist für die 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 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und anwaltlich vertreten durch ihren alleinigen Verwaltungsrat, der vor der Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten einzelzeichnungsberechtigt war. Die sich aus der Organstellung bzw. Organvertretung ergebende Befugnis, mit direkter Wirkung für die juristische Person Beschwerde zu führen, wird praxisgemäss durch den Eintritt in die Liquidation, die Einsetzung eines Liquidators und die Konkurseröffnung nicht berührt (BGE 131 II 306 E. 1.2.1; Urteil des

BGer 2C_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 1.2 m.H.). Daher sind ehemals zeichnungsberechtigte Organe einer durch die Vorinstanz in Liquidation oder Konkurs versetzten Gesellschaft trotz Entzugs bzw. Dahinfallens ihrer Vertretungsbefugnis berechtigt, gegen den entsprechenden Unterstellungs- bzw. Liquidationsentscheid sowie gegen das nachträgliche Konkurserkennntnis zwar nicht im eigenen Namen, jedoch in jenem der Gesellschaft in aufsichtsrechtlicher Liquidation Beschwerde zu führen (Urteil des BGer 2C_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.2.1). Dies muss auch für die Anfechtung von Verfügungen betreffend vorsorgliche Massnahmen im Enforcementverfahren und somit für dieses Stadium des Verfahrens gelten (vgl. Urteil des BVGer B-6886/2015 vom 21. März 2016 E. 1.2).

1.3 Die Beschwerde richtet sich gegen eine Zwischenverfügung über vorsorgliche Massnahmen. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen kann nach den Voraussetzungen von Art. 45 und 46 VwVG Beschwerde geführt werden. Die vorliegende Zwischenverfügung im Rahmen eines finanzmarktrechtlichen Enforcementverfahrens ist demnach selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG, Grundsatz der Prozessökonomie). Mit dem Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils in Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG wird die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung umschrieben.

1.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Vollzug der Verfügung bewirke einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, indem zu befürchten sei, dass die Geschäftstätigkeit zum Erliegen komme, Kunden und Geschäftspartner infolge Verfügungs- und Kontosperrern geschädigt würden und vertragliche Vereinbarungen nicht mehr erfüllt werden könnten. Nach dem Eintrag der Verfügung im Handelsregister hätten sich mehrere Geschäftspartner zurückgezogen, wodurch der Gesellschaft Geschäfte entgangen seien. Bei einer Gutheissung der Beschwerde würde ausserdem ein Endentscheid herbeigeführt, der keinerlei Schäden bei den Käufern und Vermietern hinterliesse. Ein aufwendiges und kostenintensives Verfahren bliebe erspart.

1.5 Die im Rahmen einer provisorischen Zwischenverfügung angeordnete Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten beinhaltet regelmässig einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil und gilt als selbständig anfechtbar (Urteil des BVGer B-6886/2015 vom 21. März 2016 E. 1.3). Darüber hinaus wurden vorliegend weitergehende Sicherungsmassnahmen (Kontosperren; Verbot, ohne Zustimmung des Untersuchungsbeauftragten für die Gesellschaft Rechtshandlungen vorzunehmen usw.) verfügt. Diese Eingriffe können auch bei einem positiven Verfahrensausgang nicht ohne weiteres wieder gutgemacht werden, da sie geeignet sind, die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin nachhaltig negativ zu beeinflussen (Urteil des BGer 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001 E. 1b.cc; vgl. auch BGE 137 II 284 E. 4.2.7).

1.6 Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäss die Aufhebung der ihr gegenüber verfügten vorsorglichen Massnahmen. Soweit sie aber Anträge hinsichtlich der Begründung der angefochtenen Verfügung stellt, ist darauf nicht einzutreten. Grundsätzlich ist nur das Dispositiv eines Entscheids, nicht aber dessen Begründung anfechtbar (BGE 113 V 159 E. 1c).

1.7 Die Beschwerdeführerin hat den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

1.8 Auf die Beschwerde ist im dargelegten Umfang einzutreten.

2.

2.1 Die FINMA übt die Aufsicht über den Finanzmarkt nach den Finanzmarktgesetzen, namentlich dem Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), und nach dem FINMAG aus (Art. 6 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 FINMAG). Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei (Art. 4 FINMAG). Der Finanzmarktaufsicht unterstehen die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen und die kollektiven Kapitalanlagen (Art. 3 FINMAG).

2.2 Zum Aufgabenbereich der FINMA gehört auch die Abklärung der finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht und die Ermittlung von Finanzintermediären, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen tätig sind (BGE 136 II 43 E. 3.1; BGE 135 II 356 E. 3.1). Sie ist berechtigt, die im Gesetz vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten (oder Personen) einzusetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewilligungspflicht (noch) umstritten ist (BGE 136 II 43 E. 3.1; BGE 135 II 356 E. 3.1). Sie kann nach Art. 36 Abs. 1 FINMAG eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragte oder Untersuchungsbeauftragter). Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht, sondern es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch die Kontrolle vor Ort bzw. durch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen abschliessend geklärt werden kann (BGE 137 II 284 E. 4.2.1). Der durch die FINMA zu beseitigende Missstand liegt in diesem Verfahrensstadium in der unklaren Ausgangslage, die es zu bereinigen gilt (BGE 132 II 382 E. 4.2). Wenn hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die FINMA befugt und verpflichtet, die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen (BGE 137 II 284 E. 4.2.1). Dabei ist sie an die allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze gebunden und die finanzmarktrechtliche Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten muss wegen der damit einhergehenden Konsequenzen verhältnismässig sein (BGE 137 II 284 E. 4.2.1). Die FINMA hat im Rahmen der mit ihren Anordnungen verbundenen Interessenabwägungen der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass die betroffenen natürlichen oder juristischen Personen im Resultat allenfalls tatsächlich keiner unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachgehen und die vorsorglichen Massnahmen sie in materiell ungerechtfertigter Weise massiv beeinträchtigen können, weshalb sie jeweils rasch auf erste Resultate der Abklärungen reagieren muss (BGE 137 II 284 E. 4.2.1).

3.

3.1 Natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, dürfen keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der

Einleger gewährleistet ist (Art. 1 Abs. 2 BankG). Wer gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennimmt, ist bewilligungs- und aufsichtspflichtig und gilt damit als Bank (Art. 3 BankG i.V.m. Art. 3 Bst. a FINMAG; Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.5). Als Publikumseinlagen gelten nach Art. 5 Abs. 1 der Bankenverordnung vom 30. April 2014 (BankV, SR 952.02) die Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden mit Ausnahme derjenigen nach Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV. Nach Art. 6 Abs. 1 BankV handelt gewerbsmässig im Sinne des BankG, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen oder sammelverwahrte kryptobasierte Vermögenswerte entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen oder sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten empfiehlt, selbst wenn in der Folge weniger als 20 Publikumseinlagen oder kryptobasierte Vermögenswerte entgegengenommen werden.

3.2 Nach der Rechtsprechung besteht die Entgegennahme von Publikumseinlagen – das bankenmässige Passivgeschäft – darin, dass ein Unternehmen für eigene Rechnung gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2 m.H.; Urteil des BGer 2C_122/2018 vom 2. April 2019 E. 3.3). Entscheidend für den Einlagebegriff ist die unbedingte Rückzahlungsverpflichtung für die empfangene Leistung (Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1 und 7.4.3). Der Einlagebegriff verlangt aber weder, dass die gesamte Summe zurückbezahlt wird, noch, dass die Rückzahlung sofort und ohne Zwischentransaktion erfolgt (Urteil des BGer 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 5.3.1).

3.3 Grundsätzlich gelten sämtliche Verbindlichkeiten als Einlagen, sofern sie nicht aufgrund einer zulässigen rechtsatzmässigen Regelung von diesem Begriff ausgenommen worden sind (BGE 136 II 43 E. 4.2; Urteil des BGer 2C_122/2018 vom 2. April 2019 E. 3.3). Die Anwendung des Aufsichtsrechts setzt voraus, dass der Einlagebegriff auf das in Frage stehende 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 (Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1 in fine). Wenn eine Ausnahmebestimmung erfüllt 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).

4.

4.1 Die Vorinstanz legt in der Begründung ihrer superprovisorischen Verfügung folgenden Sachverhalt dar: Die Beschwerdeführerin habe auf ihrer Webseite für Kauf- und Rückmietverträge (sale-and-lease-back-Verträge) von Photovoltaikpanels und für Investitionen in eigene Sonnenkraftwerke und Solarparks geworben. Sie habe dabei angegeben, dass die Kunden "eine jährlich fix garantierte Vergütung während der gesamten Vertragslaufzeit direkt auf ihr Konto überwiesen [bekommen]" und "Ihre gesamte Investition am Ende der Laufzeit zu 100 % zurück[erhalten]" und dass der jährlich fix garantierte Mietertrag von der staatlich garantierten Einspeisevergütung für Ökostrom im deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und einer Bankgarantie-Bürgschaft auf 50 % der Beteiligungssumme ab EUR 10'000.– abgesichert sei, wobei sie sich selbst als dynamisch wachsende Unternehmensgruppe bezeichnet habe, die mit internationalen Tochtergesellschaften und Partnern eine Führungsrolle als Energiedienstleister anstrebe. Die eingereichten Verträge wiesen einen Kaufpreis von EUR 667.– pro Photovoltaikmodul aus sowie einen dem Kunden jährlich ausbezahlten Mietzins von 3.1 % auf den Kaufpreis bei einer Laufzeit von drei Jahren bzw. 4.1 % bei fünf und 5.5 % bei sieben Jahren. In den Verträgen sei festgehalten worden, dass der Kunde nach Ablauf der Vertragsdauer die Module "an X. _____ oder einer Tochtergesellschaft gegen Kaufangebot an diese verkaufen" könne und der Kunde zugleich der Beschwerdeführerin oder einer ihrer Tochtergesellschaften ein Vorkaufrecht gewähre, wodurch die Beschwerdeführerin "unwiderruflich berechtigt" sei, die Module zurückzukaufen. Vermittlerverträge zwischen der Beschwerdeführerin und zwei Auftragnehmern betreffend Kundenakquise, Beratung und Verkauf mit Vertragsabschluss hätten den Auftragnehmern einen Anspruch auf Provision gemäss "Provisionsplan Mai 2019" gewährt. Es seien neun Zahlungen festgestellt worden, die mit dem Verkauf von Photovoltaikpanels in Zusammenhang stünden. Die Rückkaufverträge mit den Kunden bezifferten den (Rück-)Kaufpreis pro Photovoltaikmodul mit EUR 667.– und bescheinigten eine Absicherung des Rückkaufvertrags durch eine Bank-Vertragserfüllungs-Garantie auf 50 % der eingezahlten Kaufsumme (bei mind. EUR 10'000.– Vertragssumme). In den Rückkaufverträgen stehe: "Das Kaufangebot ist bis zum folgenden Stichtag von der X. _____ an die/den ModulbesitzerIn gültig und verpflichtend zum Kauf bereit."

4.2 Die Vorinstanz äusserte den Verdacht, dass der jeweilige Stichtag in den Rückkaufverträgen mit dem Datum des Vertragsablaufs identisch sein

könnte und der bezahlte Kaufpreis für die Panels folglich dem Betrag aus den parallel abgeschlossenen Rückkaufverträgen entspreche. Es sei möglich, dass die Kunden die Panels aufgrund des gleichzeitig garantierten Rückkaufbetrags bzw. des Rückzahlungsanspruchs in derselben Höhe kombiniert mit dem in Aussicht gestellten Mietzins als Rendite erworben hätten. Die Beschwerdeführerin habe mit allen Kunden einen Rückkaufvertrag abgeschlossen und den Betrag teilweise mittels einer Bank-Vertrags-erfüllungs-Garantie abgesichert. Obwohl in den sale-and-lease-back-Verträgen kein ausdrücklicher Rückzahlungsanspruch des Kunden festgehalten werde, habe sich die Beschwerdeführerin trotzdem in den mit den Kunden abgeschlossenen Rückkaufverträgen dazu verpflichtet, die Photovoltaikmodule zum ursprünglichen Kaufpreis von EUR 667.– bei Vertragsablauf zurückzukaufen. Zudem sei eine Bankgarantie zur Absicherung in den Verträgen genannt. Diese Bürgschaft greife aber erst bei einer Vertrags-summe von EUR 10'000.– und betreffe nur die Hälfte der eingezahlten Kaufsumme. Zusammenfassend ergebe sich der Verdacht einer Rückzahlungsverpflichtung. Obwohl die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben nur von 15 Personen rund EUR 600'000.– entgegengenommen habe, sei von Gewerbsmässigkeit auszugehen, da sie auf ihrer Webseite für die Rückerstattung der gesamten Investition am Ende der Laufzeit öffentlich geworben habe und der Einsatz von Vermittlern nicht auszuschliessen sei. Zudem sei nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerin oder die X._____ GmbH, (Angaben des Sitzes) (auf die nach Angaben der Beschwerdeführerin die bestehenden Kundenverträge übertragen werden sollen), weitere Gelder entgegengenommen hätten, wodurch die Schwelle von 20 Einlagen gegebenenfalls in einer Gruppenbetrachtung überschritten sein könnte.

4.3 In der angefochtenen Verfügung, mit der die vorsorglichen Massnahmen bestätigt werden, erklärt die Vorinstanz, es bestehe nach wie vor der Verdacht, dass die Beschwerdeführerin gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen habe. Sie habe in ihrer Beschwerde gegen das Superprovisorium den Sachverhalt nicht bestritten und bestätigt, dass Anleger nach wie vor Rückzahlungsansprüche ihr gegenüber hätten. Da die Investoren die Verträge mit der in der Schweiz domizilierten Beschwerdeführerin geschlossen hätten, sei die FINMA entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch zuständig. Ferner sprächen die Vermittlerverträge und die geleisteten Provisionszahlungen dafür, dass tatsächlich Vermittler eingesetzt worden seien. Es sei immer noch ungeklärt, wie viele Investoren Verträge abgeschlossen hätten, ob tatsächlich Rückzahlungen geleistet

worden seien und ob alle Investoren das Angebot auf Rückabwicklung akzeptiert hätten. Zudem habe sich die Untersuchung bisher schwierig gestaltet, da die Beschwerdeführerin ihren Mitwirkungs- und Auskunftspflichten nicht nachgekommen sei. Ausserdem seien nach gegenwärtigem Stand zwar Guthaben vorhanden, der Untersuchungsbeauftragte habe aber keine Informationen und Unterlagen zur finanziellen Lage von der Beschwerdeführerin erhalten, weshalb auch eine Überschuldung nicht ausgeschlossen werden könne.

4.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie übe keine bewilligungspflichtige Tätigkeit aus. Bei den Geldern handle es sich um Kaufpreiszahlungen. Die Vertragspartner hätten einen Kaufpreis bezahlt und installierte Solarpanels erhalten (Leistungsaustausch). Die anschliessend abgeschlossenen Mietverträge hätten ebenfalls den Charakter eines Leistungsaustauschs. Die Beschwerdeführerin bestreitet die Zuständigkeit der Vorinstanz, weil die fraglichen Verträge ausschliesslich in Österreich abgeschlossen worden und die Photovoltaikanlagen in Deutschland belegen seien. Das Angebot habe sich ausschliesslich an Kunden in Österreich gerichtet. Eine Vermittlung habe nicht stattgefunden. Insgesamt seien 15 Verträge etwa Ende 2019 bzw. Anfang 2020 abgeschlossen worden. Die Geschäftsleitung habe 2020 ohne Zutun der Vorinstanz entschieden, das Engagement aufzugeben und sowohl den Kaufvertrag mit dem Photovoltaikbetreiber als auch die sale-and-lease-back-Verträge in die Rückabwicklung zu geben. Dem hätten alle Vertragspartner im Januar und Februar 2021 zugestimmt. Sämtliche Verträge seien rückabgewickelt worden und es bestünden keine Forderungen ehemaliger Vertragspartner mehr.

4.5 Die Einwände vermögen nicht zu überzeugen. Der von der Vorinstanz geschilderte Sachverhalt (vgl. E. 4.1) lässt sich anhand der bisherigen Verfahrensakten verifizieren. Befindet eine Behörde über vorsorgliche Massnahmen, ist sie nicht gehalten, für ihren Entscheid zeitraubende tatsächliche oder rechtliche Abklärungen zu treffen, sondern kann in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen (Urteil des BGER 2C_149/2020 vom 23. Juli 2020 E. 3.1 in fine). Die Zuständigkeit der Vorinstanz zur Abklärung einer allfälligen finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht der Beschwerdeführerin ist jedenfalls gegeben, da es sich um eine in der Schweiz domizilierte Gesellschaft handelt, die Verträge mit mutmasslichen Anlegern abgeschlossen hat. Die Beschwerdeführerin bestreitet grundsätzlich nicht, Gelder entgegengenommen zu haben. Fraglich ist jedoch, ob sie den Kunden gegenüber eine Rückzahlungsverpflichtung (vgl. E. 3.2) eingegangen ist, wofür es zumindest Anhaltspunkte gibt (vgl. den Hinweis

in den FAQs, wonach die Kunden ihre gesamte Investition am Ende der Laufzeit zu 100 % zurückerhalten; vorhandene Rückkaufverträge; von der Beschwerdeführerin bereits getätigte Rückzahlungen). Die Beschwerdeführerin bestreitet ferner nicht, Werbung auf ihrer Webseite gemacht zu haben. Sie erklärt aber, diese habe sich nur an Kunden in Österreich gerichtet, was aufgrund der Tatsache, dass die Werbung online geschaltet war und keinen entsprechenden einschränkenden Hinweis enthielt, sondern sich an "Privatpersonen über 18 Jahre" richtete und als Kontakt sowohl die Beschwerdeführerin als auch die österreichische Schwestergesellschaft angegeben wurde, bezweifelt werden darf. Ob darüber hinaus tatsächlich Vermittler eingesetzt wurden, was für die Annahme einer Gewerbmässigkeit sprechen würde (vgl. E. 3.1), wird im Verlauf der Untersuchung zu klären sein. Jedenfalls konnten entsprechende Verträge sichergestellt werden. Ob eine Ausnahmebestimmung (vgl. E. 3.3) auf das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin anwendbar ist – wie sie sinngemäss geltend macht –, ist eine rechtliche Frage, welche die Vorinstanz erst nach Abschluss der Untersuchung beurteilen können wird. Die Vorinstanz führt in der Vernehmlassung aus, dass nach bisherigem Kenntnisstand die Beschwerdeführerin nie Eigentümerin der fraglichen Solarpanels gewesen sei und damit auch kein rechtlich gültiger Leistungsaustausch stattgefunden haben könne. Jedenfalls wird dies im weiteren Verlauf des Verfahrens zu prüfen sein. Schliesslich ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zweifelt, ob tatsächlich sämtliche Verträge rückabgewickelt worden sind, zumal die Beschwerdeführerin dafür bisher keine Belege eingereicht hat.

4.6 Damit liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beschwerdeführerin unbewilligt eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausüben oder ausgeübt haben könnte und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt haben könnte. Ihre Einwände vermögen die von der Vorinstanz geäusserten Verdachtsmomente nicht auszuräumen. Die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten zur Klärung des Sachverhalts und die Anordnung der damit verbundenen Massnahmen (vgl. Art. 36 Abs. 2-4 FINMAG) sind daher nicht zu beanstanden. Dies erlaubt der Vorinstanz die Abklärung einer allfälligen finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht.

5.

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Eröffnung der superprovisorischen Verfügung vom 23. Februar 2021. Der Zeitpunkt der vermeintlichen Zustellung sei weder der 3. März noch der 4. März, sondern der 15. März 2021 gewesen. Eine Zustellung auf telefonischem Weg sei unzulässig und

habe keine rechtlichen Wirkungen ausgelöst. Da das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde gegen die superprovisorische Verfügung vom 23. Februar 2021 praxisgemäss nicht eingetreten ist, ist die Überprüfung der Eröffnung der superprovisorischen Verfügung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen diejenige Verfügung, die das Superprovisorium ersetzt hat, möglich.

Die Behörde eröffnet Verfügungen den Parteien schriftlich (Art. 34 Abs. 1 VwVG). Zwischenverfügungen kann die Behörde anwesenden Parteien mündlich eröffnen, muss sie aber schriftlich bestätigen, wenn eine Partei dies auf der Stelle verlangt; eine Rechtsmittelfrist beginnt in diesem Fall erst von der schriftlichen Bestätigung an zu laufen (Art. 34 Abs. 2 VwVG).

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin die superprovisorische Verfügung am 4. März 2021 mittels Zustellung per A-Post Plus eröffnet. Der Untersuchungsbeauftragte hat den Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin bereits am 3. März 2021 telefonisch über die Eröffnung des Verfahrens informiert, da gleichentags am statutarischen Sitz der Gesellschaft niemand angetroffen wurde. Dass die Eröffnung der fraglichen Zwischenverfügung den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt hätte, ist daher nicht ersichtlich.

Ohnehin ist offensichtlich und unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die in Frage stehende Verfügung erhalten hat, hat sie doch dagegen mit Eingabe vom 19. März 2021 Beschwerde erhoben. Wann und wie genau sie diese Verfügung erhalten hat, ist daher ohne ersichtliche rechtliche Relevanz.

6.

Die angefochtene Verfügung ist daher bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

7.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE), wobei sich dieser vorliegend nicht konkret beziffern lässt,

und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 500.– festzusetzen.

8.

Ausgangsgemäss ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 29. November 2021