



2C_122/2018

Urteil vom 2. April 2019

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd, Donzallaz,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. A._____ AG,

2. B._____,

3. C._____,

4. D._____,

5. E._____,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Horst Weber,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

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

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 (B-4772/2017).

Sachverhalt:

A.

Die A._____ AG mit Sitz in U._____ wurde am 1. Januar 2016 in das Handelsregister eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die Gesellschaft insbesondere den Anbau von, Handel mit und Verarbeitung von Pflanzen und pflanzlichen Erzeugnissen auf eigenem und fremdem Boden im In- und Ausland. Mit Änderung vom 21. Dezember 2016, publiziert am 27. Dezember 2016, schied der bisherige einzige Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift, C._____, aus der Gesellschaft aus und wurde neu als einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift B._____ eingetragen. Nach Angaben der Gesellschaft waren D._____ als Geschäftsführer und E._____ als Einkäufer und Zuständiger für den Verkauf in die Entscheidungsprozesse der Gesellschaft involviert.

Mit Verfügung vom 20. Juli 2017 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA fest, dass die A._____ AG, U._____, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt hat (Dispositivziffer 1). Die FINMA stellte fest, dass die A._____ AG die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bankenbewilligung nicht erfülle, und verweigerte die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung (Dispositivziffer 2). Des Weiteren stellte die FINMA fest, dass aufgrund ihres massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit auch B._____, D._____, E._____ und C._____ ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt hätten (Dispositivziffer 3). Als Folge der unbewilligt ausgeübten bewilligungspflichtigen Tätigkeit ordnete die FINMA die Auflösung der A._____ AG an und versetzte sie in das Liquidationsstadium, wobei die Liquidation auf dem Wege des Konkurses zu erfolgen habe. Als Zeitpunkt der Konkursöffnung setzte die FINMA den Montag, 24. Juli 2017, 08:00 Uhr fest, und ordnete als Konkursort den Sitz der Gesellschaft in U._____ an (Dispositivziffer 4). Als Konkursliquidatorin setzte die FINMA F._____ AG ein (Dispositivziffer 5), die vorgängig als Untersuchungsbeauftragte den Untersuchungsbericht vom 3. Mai 2017 erstellt hatte. Im Übrigen traf die FINMA eine Kostenregelung (Dispositivziffer 6), entzog den Organen die Vertretungsbefugnis (Dispositivziffer 7), stellte die Geschäftstätigkeit auf den Zeitpunkt der Konkursöffnung ein (Dispositivziffer 8), veranlasste die Publikation der Konkursöffnung (Dispositivziffer 9), wies das Handelsregister an, die Einträge vorzunehmen (Dispositivziffer 10), wies die natürlichen Personen B._____, D._____, E._____ und C._____ an, die Ausübung jeglicher bewilligungspflichtiger Tätigkeit zu unterlassen (Dispositivziffer 11), und wies diese auf die Strafandrohung von Art. 48 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) hin (Dispositivziffer 12). Des Weiteren ordnete die FINMA die Publikation der Dispositivziffern 11 und 12 nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung für die Dauer von vier bzw. von drei Jahren an (Dispositivziffer 13). Die Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots wurde aufrechterhalten (Dispositivziffer 14) und in Dispositivziffer 15 die Dispositivziffern 4-10 und 14 sowie 15 der Verfügung als sofort vollstreckbar erklärt sowie einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen, wobei die Verwertungshandlungen bis zur Rechtskraft der Verfügung auf sichernde und werterhaltende Massnahmen beschränkt wurden (Dispositivziffer 15).

B.

Mit Urteil vom 19. Dezember 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von A._____ AG, B._____, C._____, D._____ und E._____ gegen die Verfügung der FINMA vom 20. Juli 2017 gut, soweit es darauf eintrat, hob die Verfügung vom 20. Juli 2017 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Erledigung des erstinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurück.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 8. Februar 2018 beantragt die FINMA, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 sei aufzuheben, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde, eventualiter um vorsorgliche Massnahmen.

Die Beschwerdegegner schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Mit Verfügung vom 27. März 2018 hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen teilweise in dem Sinn gutgeheissen, als es den Beschwerdegegnern untersagt blieb, im Rahmen der im Übrigen wieder gestatteten Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit neue Geschäftsbeziehungen aufzunehmen bzw. für ihr Produkt während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens zu werben. Für den Fall einer vorsätzlichen Widerhandlung wurde auf die Strafandrohung von Art. 48 FINMAG verwiesen. Im Übrigen wurde das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abgewiesen.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin hat frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Sie richtet sich gegen einen Entscheid auf dem Gebiet des Finanzmarktrechts, mit dem die Vorinstanz die im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren eingereichte Beschwerde der Beschwerdegegner gutgeheissen, die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin vom 20. Juli 2017 aufgehoben und die Sache zur Verfahrenserledigung an die Beschwerdeführerin zurückgewiesen hat. Angesichts dessen, dass der angefochtene Rückweisungsentscheid der Beschwerdeführerin keinerlei Entscheidungsfreiheit einräumt und die Rückweisung an die Beschwerdeführerin nur noch der Umsetzung des vorinstanzlichen Urteils dient, ist er als Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2 S. 148; 135 V 141 E. 1.1 S. 143). Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG).

1.2. Die Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 54 Abs. 2 FINMAG zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt (Urteile 2C_89/2010, 2C_106/2010 vom 10. Februar 2011 E. 1.2.2, nicht publ. in BGE 137 II 284). Auf ihre Behördenbeschwerde ist deshalb einzutreten. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung des angefochtenen Urteils, mittels welcher ihre eigene Verfügung vom 20. Juli 2017 wieder hergestellt würde, ist zulässig.

1.3. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f. mit Hinweis). Die Verletzung von Grundrechten untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG). Gemäss Art. 97 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts und damit auch die Beweiswürdigung gerügt werden, wenn die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ist (Art. 9 BV) oder auf einer Rechtsverletzung beruht und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62). Die Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn sie offensichtlich unhaltbar oder aktenwidrig ist oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft, das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges oder entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 I 114 E. 3.3.4 S. 123; 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62 mit weiteren Hinweisen).

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, sowohl bei der Auslegung des Einlagebegriffs (Rückzahlungspflicht) als auch bei der Analyse der von den Parteien gewählten Rechtsgestaltung habe das Bundesgericht bis anhin alle entscheidwesentlichen Tatsachen als Gesamtheit berücksichtigt, um eine bundesrechtskonforme Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Publikumseinlage zu erreichen. *Die Vorinstanz habe im angefochtenen Urteil entscheidwesentliche Tatsachen, welche die Beschwerdeführerin in ihrer Verfügung vom 20. Juli 2017 vorgetragen habe, im Rahmen ihrer Auslegung unberücksichtigt gelassen.*

Unter dem Titel "Rüge 1" rügt die Beschwerdeführerin eine falsche Anwendung von Art. 1 BankG und Art. 5 BankV. Die Vorinstanz sei zwar zutreffenderweise davon ausgegangen, dass die Entgegennahme von Publikumsgeldern darin bestehe, dass ein Unternehmen Verpflichtungen gegenüber Dritten eingehe, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung werde, weshalb sämtliche Verbindlichkeiten als Einlagen gelten würden. Mit Fokus auf den Anleger- und Gläubigerschutz nehme das Bundesgericht bei der Prüfung, ob bei einem praktizierten Geschäftsmodell der Tatbestand der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen erfüllt sei, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise - unter Einbezug sämtlicher relevanter Sachverhaltselemente - vor. Entgegen der bundesgerichtlichen Praxis der wirtschaftlichen Betrachtung habe jedoch die Vorinstanz diese Praxis nicht auf das vorliegend zu untersuchende Geschäftsmodell angewandt. Die Vorinstanz habe sich vor allem mit der Frage beschäftigt, ob eine stipulierte Rückzahlung vorliege oder nicht; ob die Gesamtumstände eine Rückzahlungsverpflichtung stipulieren würde, sei nicht geprüft worden. Hierzu gelte es zu bemerken, dass eben nicht nur gerade der Vertragstext allein massgeblich für die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts sein könne, sondern immer die Gesamtumstände, namentlich der Sinn und Zweck des Rechtsgeschäfts, zu berücksichtigen seien. Analog zum Urteil 2A.332/2006 ("Teakholzfall") habe sich in den Vertragsunterlagen keine schriftliche Rückzahlungsverpflichtung finden lassen, indessen hätten die Gesamtumstände darauf hingedeutet, dass die Beschwerdegegner gesamthaft betrachtet Publikumseinlagen entgegengenommen hätten. Diesbezüglich habe die Beschwerdeführerin in ihrer Verfügung vom 20. Juli 2017 festgehalten, dass

- die Beschwerdegegner das Konstrukt mittels Darlehen vorfinanziert hätten;
- die Napiergras-Setzlinge durch die philippinische Gesellschaft bereits im Vorfeld - d.h vor Abschluss des Vertrags zwischen der Beschwerdegegnerin 1 und dem Kunden - ausgebracht worden waren;
- die Bewirtschaftung der gepachteten Plantage demnach von den Beschwerdegegnern als Ganzes organisiert und nicht auf den einzelnen "Investor" und dessen Parzelle ausgerichtet wurde;
- weder der Erntevorgang noch die spätere Verarbeitung eine Individualisierung am geernteten Napiergras ermöglichte und die Beschwerdegegner demnach zu keiner Zeit in der Lage waren, eine Ernte einem bestimmten Kunden zuzuordnen;
- die Kunden während der ganzen Wertschöpfungskette nie Eigentum an Napiergras-Setzlingen oder deren Ernte erlangten;
- die gewählte zivilrechtliche Rechtsgestaltung demnach lediglich vorgeschoben war;
- die Beschwerdegegner gegenüber ihren Kunden folglich lediglich (mit "Auszahlungsgarantie" unterlegte) obligatorische Verbindlichkeit auf Auszahlung eines Anteils am Ernteerlös eingingen;
- demgegenüber die Kunden de facto einen (gesicherten) Anspruch gegen die Beschwerdegegner auf Auszahlung eines Anteils am Erlös einer Napiergras-Ernte erwarben.

Aus Sicht des Einlegerschutzes stelle sich die Situation wie folgt dar: Er (der Einleger) überlasse den Beschwerdegegnern einen Geldbetrag und erhalte im Gegenzug und in gestaffelter Form jeweils einen Anteil am Verkaufserlös. Dabei müsse der Einleger aufgrund der Gestaltung des Vertragskonstrukts und den abgegebenen Zusagen der Beschwerdegegner - insbesondere der "Auszahlungsgarantie" - davon ausgehen, dass er seine Einlage nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses wiederum zurückerstattet erhalte. Die Beschwerdegegner hätten somit Publikumseinlagen entgegengenommen, weil ihren Kunden ein Anspruch auf Auszahlung eines Anteils am Verkaufserlös zustehe und damit ein Rückzahlungsversprechen zugesagt wurde. Unter Verweis auf den "Teakholzfall" (Urteil 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2.2) rügt die Beschwerdeführerin, die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz stehe in Widerspruch zur bundesgerichtlichen Praxis. Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Prüfung der Eigentumsübertragung unterlassen, die Gesamtumstände einer isolierten Betrachtungsweise unterzogen und der Verkaufserlös würde keine Gegenleistung darstelle. Unter dem Titel "Rüge 2" trägt sie vor, der Sachverhalt sei deswegen offensichtlich unrichtig festgestellt worden, weil die Vorinstanz im Sachverhalt in Bezug auf den Eigentumsübergang lediglich die Passage aus dem Untersuchungsbericht zitiere, wonach die Eigentumsübertragung an den Napiergras-Setzlingen nicht stattfinde. Der Kunde als Pächter erhalte jedoch im

Zeitpunkt der Ernte originär Eigentum am Erwerbserlös. Aktenkundig sei nicht nur der fehlende Eigentumsübergang bei den Napiergras-Setzlingen - weil diese im Zeitpunkt des Kaufes bereits im Boden eingepflanzt waren - sondern auch an deren Ernte und dadurch am Ernteerlös. Das Zitat der Vorinstanz sei diesbezüglich unvollständig und verkürzt. Dies sei deshalb von Bedeutung, weil die Kunden während der ganzen Wertschöpfungskette nie Eigentum am Napiergras erwerben würden (analog zum "Teakholz"-Urteil).

2.1. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil erwogen, die Beschwerdeführerin habe im vorliegenden Fall die F._____ AG als Untersuchungsbeauftragte eingesetzt. In Übereinstimmung mit dem Auftrag eines Untersuchungsbeauftragten, den rechtserheblichen Sachverhalt abzuklären (Art. 36 Abs. 1 FINMAG), enthalte der Untersuchungsbericht der Untersuchungsbeauftragten vom 3. Mai 2017 folgende Feststellungen zum Sachverhalt: Das Geschäftsmodell der A._____ AG werde mit einem kaskadenartigen Vertragssystem realisiert. Die Gesellschaft G._____ schliesse mit lokalen Grundeigentümern auf den Philippinen Pachtverträge ab. A._____ AG schliesse ihrerseits einen Pachtvertrag mit der G._____ über dieses Landwirtschaftsland in den Philippinen ab. Zusätzlich schliesse sie mit der H._____ einen Plantagenmanagementvertrag ab. Dieser sehe vor, dass H._____ die Landwirtschaftsflächen mit Napiergras bepflanze, bewirtschafte und für die Ernte zuständig sei. Der Ernteverkauf erfolge durch die H._____, die mit der A._____ AG abrechne. Die A._____ AG gehe ihrerseits einen Vertrag mit den Kunden ein, welcher den Verkauf von Napiergras-Setzlingen, Dienstleistungen (Bewirtschaftung der Parzelle) und einen Pachtgegenstand (Grundstücksanteil) beinhalte und durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ergänzt werde. Dieser Kundenvertrag weise einen prognostizierten Ernteerlös auf, der einen Gewinn in Abhängigkeit der Laufzeit (vier bzw. acht Jahre) vorsehe. Nach Angaben des Vertrages würden die Prognosen auf den bisherigen Ernteergebnissen beruhen und seien mit dem Hinweis versehen, der Gewinn in Zins sei als Vergleich zu einem Finanzprodukt abgebildet und würde kein Zinsangebot darstellen. Die Kundenakquise erfolge durch Internetpräsenz der A._____ AG, mit Broschüren und unter Einsatz professioneller Telefonverkäufer, die Kunden für das "grüne Produkt" spezifisch anwerben würden. Die Broschüre verspreche den Kunden eine "Auszahlungsgarantie", wobei es sich nicht um eine klassische Auszahlungsgarantie im Sinne eines Zinsversprechens handeln würde. Die Zusicherung gegenüber den 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. Die Kunden würden nach der Zahlung ein Zertifikat mit Vertragsnummer, Kaufdatum, Anzahl Napiergras-Pflanzen, Plantagestandort, Parzellenummer, Parzellengrösse und Geodaten der Parzelle erhalten. Gesamthaft seien 50 Kundenverträge über eine Fläche von 20.75 Hektaren Land abgeschlossen worden. Die Kundengelder würden sich auf Fr. 349'583.64 und EUR 4'860.-- belaufen, wobei die Zahlungen zwischen dem 25. Oktober 2016 und dem 31. März 2017 eingegangen seien. Die Untersuchungsbeauftragte habe das Geschäftsmodell, das auf der Weiterverpachtung von landwirtschaftlichen Flächen an ihre Kunden und den Ernteerträgen basiere, als grundsätzlich wirtschaftlich tragbar und plausibel erachtet. Die Beschwerdeführerin habe sich für ihre Sachverhaltsfeststellungen in der Verfügung vom 20. Juli 2017 weitgehend auf den Bericht der Untersuchungsbeauftragten abgestützt, in Abweichung vom Untersuchungsbericht vom 3. Mai 2017 allerdings festgestellt, dass für die von A._____ AG abgeschlossenen Geschäfte eine Rückzahlungsverpflichtung und auch ein Renditeversprechen bestehe.

2.2. Auf die von den Beschwerdegegnern im vorinstanzlichen Verfahren erhobene Rüge, entgegen den tatsächlichen Feststellungen in der Verfügung vom 20. Juli 2017 würde keine Rückzahlungsverpflichtung vorliegen, erwog die Vorinstanz, die Frage, ob die A._____ AG eine Verbindlichkeit in der Form einer Rückzahlung oder eines Renditeversprechens eingegangen sei, d.h. selber zur Rückzahlungsschuldnerin der entsprechenden Leistung geworden sei, sei zunächst eine Tatfrage. Die Beschwerdeführerin unterstelle in tatsächlicher Hinsicht, dass die A._____ AG eine Rückzahlungsverpflichtung und auch ein Renditeversprechen eingegangen sei. Diese Feststellung werde weder belegt noch näher begründet. In der Tat sei die A._____ AG nicht zur Rückzahlungsschuldnerin der

entsprechenden Leistung durch den Abschluss der Verträge geworden. Der Vertragstext enthalte keinerlei Hinweise für eine Rückzahlungspflicht. Wohl werde in der Broschüre und im Kundenvertrag der Ernteertrag von Napiergras mit einem Finanzprodukt verglichen, doch werde ausdrücklich klargestellt, dass kein Zinsangebot gemacht werde. Daraus wie auch aus dem Gebrauch des Ausdrucks "Rendite" in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen könne nicht darauf geschlossen werden, dass die A._____ AG 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 vorliegen würde. Vielmehr handle es sich um einen Vertrag zu Gunsten Dritter (des Kunden), wenn operative Störungen bei der A._____ AG auftreten sollten, was sich aus dem Vertrag zwischen A._____ AG und H._____ ergebe. Der Vertrag sehe vor, dass die H._____ die Auszahlung der Ernteerlöse an die Aktionäre der A._____ AG garantiere für den Fall von unvorhergesehenen Ereignissen oder höherer Gewalt. Damit stehe in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die A._____ AG weder zu einer Rückzahlung noch zu einer Rendite verpflichtet sei. Mangels Rückzahlungsverpflichtung erachtete die Vorinstanz den Einlagebegriff im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG als nicht erfüllt, weshalb sie nicht prüfte, ob eine Ausnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 2 oder Abs. 3 BankV Anwendung findet.

2.3. Auf die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Begriff der Publikumseinlage verkannt, ist vorab einzugehen.

3.

3.1. Gemäss dem am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Art. 1a BankG gilt als Bank, wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und (a) gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt, (b) gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Publikumseinlagen anlegt oder verzinst oder (c) sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen er keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren. Ob die in der Botschaft vertretene Auffassung, wonach diese Definition mit derjenigen von Art. 2a (der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen [Bankenverordnung, aBankV; AS 1972 821], aufgehoben durch die Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen [Bankenverordnung, BankV; SR 952.02]) und Art. 3a des unverändert gebliebenen BankG übereinstimmt und mit der Einführung von Art. 1a BankG die bis anhin geltende Definition einer unterstellungspflichtigen Bank beibehalten wird, wie dies in der Botschaft (Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz [FIDLEG] und zum Finanzinstitutsgesetz [FINIG], BBl 2015 9055) ausgeführt wird, kann vorliegend deswegen offen bleiben, weil nach intertemporalrechtlichen Grundsätzen auf diejenige Rechtslage abzustellen ist, welche bei Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands in Kraft war (zum Finanzmarktrecht ausdrücklich Urteil 2C_29/2016 vom 3. November 2016 E. 3.2). Massgeblich für das vorliegende Beschwerdeverfahren bleiben somit der (unveränderte) Art. 1 BankG in der Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 18. März 1994, in Kraft seit 1. Februar 1995 (AS 1995 246, 252) und der (ebenfalls unveränderte) Art. 5 BankV in der am 1. Januar 2015 in Kraft gesetzten Fassung [AS 2014 1269, 1270 f.]).

3.2. Das BankG definierte den Begriff der Bank nicht. Gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG unterstanden dem Gesetz und benötigten somit eine Bewilligung nach Art. 3 Abs. 1 BankG die Banken, Privatbankiers (Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen, während natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstanden, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen durften (Art. 1 Abs. 2 BankG). Als Banken galten nach aArt. 2 Abs. 1 BankV Unternehmen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und insbesondere (a) gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen, oder (b) sich in

erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihnen beteiligten Banken refinanzieren, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bilden, auf irgendeine Art zu finanzieren. Nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen galt und gilt die Auflage von Anleiheobligationen (Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG). Art. 1 Abs. 3 und Abs. 5 BankG sowie Art. 3 BankV und Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 BankV nahmen und nehmen bestimmte Institute bzw. bestimmte Einlagen vom Bankenbegriff bzw. vom Einlagebegriff wieder aus.

3.3. Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit dem Begriff der Entgegennahme von Publikumseinlagen befasst. Nach seiner Rechtsprechung besteht, in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre (RASHID BAHAR/ERIC STUPP, Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 60 zu Art. 1 BankG; BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/STEFAN KRAMER, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 [V] und der Vollziehungsverordnung [VV] vom 30. August 1961 [VV] - mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das Allgemeine Dienstleistungsabkommen [GATS] und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei, 2015 [Lieferung 1-23], N. 30 zu Art. 1 BankG), die Entgegennahme von Publikumseinlagen darin, dass das Unternehmen Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (**BGE 136 II 43** E. 4.2 S. 48 f.; **132 II 382** E. 6.3.1 S. 391; Urteile 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.3; 2C_89/2010, 2C_106/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1, nicht publ. in **BGE 137 II 284**; 2C_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 2.1; 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 2.1; 2A.218/1999, 2A.219/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/bb). Grundsätzlich gelten sämtliche Verbindlichkeiten als Einlagen, sofern sie nicht auf Grund einer zulässigen rechtsatzmässigen Regelung von diesem Begriff ausgenommen worden sind (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG; Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 BankV; **BGE 136 II 43** E. 4.2 S. 48 f.; **132 II 382** E. 6.3.1 S. 391; Urteile 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.3; 2C_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 2.1; 2C_89/2010, 2C_106/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1, nicht publ. in **BGE 137 II 284**; 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 2.1; 2C_74/2009 vom 22. Juni 2009 E. 2.2.1; BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 61 zu Art. 1 BankG).

3.4. Als Vorstufe zur Entgegennahme von Publikumseinlagen ist Nicht-Banken, die über keine Bankenbewilligung verfügen, unter strafrechtlicher Androhung (Art. 49 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 BankG) untersagt, sich öffentlich dafür zu empfehlen (aArt. 2 Abs. 1 lit. a BankV) oder dafür Werbung in irgendeiner Form zu tätigen (Art. 7 BankV) (BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 62 zu Art. 1 BankG); ausschlaggebend ist nicht die Art der Werbung, sondern die Entgegennahme von Publikumseinlagen als Werbeobjekt (KLEINER/SCHWOB/KRAMER, a.a.O., N. 84 zu Art. 1 BankG).

4.

4.1. In sämtlichen zitierten Urteilen stellte das Bundesgericht, falls die Qualifikation als Einlage im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG strittig war, darauf ab, ob *unter Würdigung der gesamten Umstände* eine eigentliche *Verpflichtung* zur Rückzahlung der geleisteten Einlage eingegangen worden war, mit welcher die betreffende Person selbst zur Rückzahlungsschuldnerin wurde. Als Einlage im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG qualifizierte das Bundesgericht etwa ein Depotkonto, dessen Guthaben sich der Inhaber auf Begehren auszahlen lassen konnte (**BGE 132 II 382** E. 6.3.3 S. 393); die Verpflichtung, gegen die Überweisung einer "Prämie" von 8-10 % der bei einem Dritten getätigten Investition innert zwei Jahren diesen Betrag und die als Ausgangssumme geleistete Prämie zurückzubezahlen (**BGE 131 II 306** E. 3.2.2 S. 316); eine Rückzahlungsverpflichtung von Anleihen, die nicht die Anforderungen von Art. 1156 in Verbindung mit Art. 652a OR erfüllten (Urteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 5.2.1, E. 5.2.3); die Investition in Olivenhaine unter Verpflichtung des Anbieters, am Ende der Laufzeit der Verträge auf Ausübung eines Gestaltungsrechts hin die Olivenhaine zum ursprünglichen Kaufpreis wieder zu erwerben (Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 2.1, E. 3.3); Prepaidguthaben, bezüglich welchen sich der Betreiber in

den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verpflichtet hatte, den Kundinnen und Kunden das Guthaben jederzeit auf ein Bankkonto auszuzahlen (Urteil 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.4.3); Investitionen, welche jeweils in zwölf monatlichen Raten durch Wechsel oder Banküberweisung mit einem Zuschlag von 10 % zurückzuzahlen waren (Urteil 2C_74/2009 vom 22. Juni 2009 E. 3.1.1). Die für die Unterstellungspflicht massgebliche Rückzahlungsverpflichtung kann dabei auch *im Eingehen einer Verpflichtung zu einer Leistung erblickt werden, die wirtschaftlich betrachtet einer Rückzahlung der geleisteten Einlage gleichkommt*: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Publikumseinlage auch bei einem Kaufpreis für den Erwerb eines Zertifikats "Teakholz-Baumbestand" im Zusammenhang mit einem "Teak-Profit-Program" vor, in welchem jährliche Verzinsungen des "nicht in Teak-Baumbestände investierten Kapitals" zu 4. 25 % rückwirkend per "Datum Zahlungseingang der Einmaleinlage" versprochen wurden (Urteil 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.1.1), weil damit bei genügend langer Laufzeit letztlich eine Rückzahlung des Kaufpreises erzielt wird. Unmassgeblich sind hingegen die Beweggründe, aus welchen die Rückzahlungsverpflichtung abgeschlossen wurde und aus welchen sie zivilrechtlich allenfalls (einseitig) unverbindlich ist, qualifiziert doch etwa auch eine unter Täuschung eingegangene Rückzahlungsverpflichtung als Entgegennahme von Publikumsgeldern (KLEINER/SCHWOB/KRAMER, a.a.O., N. 57 zu Art. 1 BankG, unter Verweis auf das Urteil 2A.324/1993 vom 2. März 1994 E. 3d; vgl. zu Art. 28 OR **BGE 132 II 161** E. 4.1 S. 165 f.; Urteil 4A_23/2016 vom 19. Juli 2016 E. 4). Eine *eigentliche wirtschaftliche Betrachtungsweise* in dem Sinne, dass nicht auf die von den Parteien gewählte zivilrechtliche Gestaltung - wie etwa die Selbstständigkeit juristischer Personen - abgestellt wird, wendet das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Lehre (KLEINER/SCHWOB/KRAMER, a.a.O., N. 29a zu Art. 1 BankG) hingegen auf die Frage an, ob der Einlagebegriff nach Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV auch durch ein arbeitsteiliges Vorgehen im Rahmen einer Gruppe erfolgen kann (**BGE 136 II 43** E. 4.3.1 S. 49 f.; Urteil 2C_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 2.2; 2C_89/2010, 2C_106/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1, nicht publ. in **BGE 137 II 284**; 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 2.2, E. 3.2; kritisch zum Gruppenbegriff BENJAMIN BLOCH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effektenhändlerstätigkeit - Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 2C_276/2009 vom 22. September 2009 i.S. S AG [Beschwerdeführerin 1] und R AG [Beschwerdeführerin 2] gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Beschwerdegegnerin], SZW 2010 S. 161 ff.; THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Erfassung bewilligungspflichtiger Gruppensachverhalte in der Finanzmarktaufsicht, GesKR 2012 S. 411 ff.).

Entgegen den vorgetragenen Rügen hat die Vorinstanz für die rechtliche Qualifikation des Einlagenbegriffs im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV darauf abgestellt, ob die A._____ AG eine verbindliche Verpflichtung eingegangen ist, dass sie selbst zur Rückzahlungsschuldnerin der erhaltenen oder einer Leistung wurde, die dieser wirtschaftlich gleichkommt. Die Rüge, die Vorinstanz habe die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gruppenbegriff verkannt, ist unbegründet.

4.2. Im Lichte des Einlagenbegriffs von Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV ist in tatsächlicher Hinsicht rechtserheblich, ob A._____ AG eine verbindliche Verpflichtung eingegangen ist, dass sie selbst zur Rückzahlungsschuldnerin der erhaltenen oder einer Leistung wurde, die dieser wirtschaftlich gleichkommt. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die "Auszahlungsgarantie" die *Auszahlung der Ernteerlöse* an die Aktionäre der A._____ AG für den Fall von *unvorhergesehenen Ereignissen oder höherer Gewalt* garantiere, womit in tatsächlicher Hinsicht feststehe, dass sich A._____ AG weder zu einer Rückzahlung noch zu einer Rendite verpflichtet habe (oben, E. 2.2). In Übereinstimmung mit der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung ist davon auszugehen, dass sich die heikle "Auszahlungsgarantie" klarerweise auf den Ernteerlös in Fällen unvorhergesehener Ereignisse und höherer Gewalt und nicht auf die Rückzahlung der Einlage bezieht. Insbesondere wird nicht durch ein widerrechtliches Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen der täuschende Eindruck erweckt, dass der Beschwerdeführerin ein Recht auf Rückzahlung der Leistung zustehen würde (zur Qualifikation einer unter Täuschung eingegangenen Rückzahlungsverpflichtung als Publikumseinlage oben, E. 4.1). Somit ist

nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die einbezahlten Kundengelder nicht als Publikumseinlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV qualifizierte und eine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Bank verneinte. Mit den Parallelen, welche die Beschwerdeführerin zum Urteil 2A.332/2006 vom 6. März 2007 ziehen möchte, übersieht sie, dass in jenem Fall die Untersuchungen, ob eine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Bank vorliegt, erst durch das "Teak-Profit-Program" ausgelöst wurden, worin jährliche Verzinsungen des "nicht in Teak-Baumstände investierten Kapitals" zu 4.25 % rückwirkend "per Datum Zahlungseingang der Einmaleinlage" versprochen wurden (E. 5.1.1), womit, angesichts des hohen Zinssatzes, eine Rückzahlungsverpflichtung eingegangen wurde, welche wirtschaftlich einer Rückzahlung der geleisteten Einlage gleichkommen kann.

4.3. Ob die Beschwerdegegner hingegen ein eigentliches "Ware gegen Geld"-Geschäft betreiben oder nicht, bleibt ihnen solange unbenommen, als sie nicht aufgrund einer eingegangenen Rückzahlungsverpflichtung in einem ersten Schritt vom Anwendungsbereich des BankG erfasst werden (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG, Art. 5 Abs. 1 BankV) und in einem zweiten Schritt diesen Anwendungsbereich über eine Ausnahbestimmung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG (wie etwa Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV) wieder verlassen wollen (Urteil 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1). Auf die weiteren Rügen im Zusammenhang mit der Frage der Eigentumsübertragung ist mangels Erheblichkeit für den Verfahrensausgang nicht weiter einzugehen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

5.

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegnern eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'000.-- auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen.

2.

Für das bundesgerichtliche Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegnern eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'000.-- auszurichten.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 2. April 2019

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

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall