

# ius.focus

Mai 2019 Heft 5

Aktuelle Rechtsprechung kompakt

## **ZGB**

Vorsorgeunterhalt im Rahmen  
vorsorglicher Massnahmen

## **Obligationenrecht (AT/BT)**

Haftung aus Optionsgeschäften

## **Gesellschaftsrecht**

Haftung des Verwaltungsrates  
nach Art. 754 Abs. 1 OR

## **Haftpflichtrecht und privates Versicherungsrecht**

Keine Befreiung von BVG-Versicherungspflicht  
trotz versichertem Haupterwerb im Ausland

## **Handels- und Wirtschaftsrecht**

Begriff der Entgegennahme von Publikumseinlagen

## **Zivilprozessrecht**

Inkassorisiko für die Gerichtskosten

## **SchKG**

Zulassung unechter Noven  
im Arrestbeschwerdeverfahren

## **IPR, LugÜ, Schiedsgerichtsbarkeit**

Bindung des Willensvollstreckers an eine  
im Erbvertrag enthaltene Schiedsklausel

## **Strafrecht, Strafprozessrecht**

Überhaft nach ca. drei Vierteln der  
zu erwartenden Freiheitsstrafe?

## **Anwaltsrecht**

Entbindung vom Berufsgeheimnis  
trotz fehlendem Kostenvorschuss

## Begriff der Entgegennahme von Publikumseinlagen

Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV

**Das Bundesgericht verneint bei der vorliegenden «Auszahlungsgarantie» eine Rückzahlungsverpflichtung und damit eine unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen.** [123]

BGer 2C\_122/2018 vom 2. April 2019

Das Geschäftsmodell der A. AG bestand darin, Kunden für Investitionen in den Anbau und Verkauf von Napiergras auf den Philippinen zu gewinnen. Dazu ging die A. AG einen Vertrag mit den Kunden ein, welcher den Verkauf von Napiergras-Setzlingen, Dienstleistungen (Bewirtschaftung der Parzelle) und einen Pachtgegenstand (Grundstücksanteil) beinhaltete und durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ergänzt wurde. Dieser Kundenvertrag wies einen prognostizierten Ernteerlös auf, der einen Gewinn in Abhängigkeit der Laufzeit (vier bzw. acht Jahre) vorsah. Die Prognosen basierten auf den bisherigen Ernteergebnissen und waren mit dem Hinweis versehen, der Gewinn in Zins sei als Vergleich zu einem Finanzprodukt abgebildet und würde kein Zinsangebot darstellen.

Mit Verfügung vom 20. Juli 2017 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA u.a. fest, dass die A. AG und Organe und Mitarbeiter von ihr ohne Bewilligung gewerbmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt haben und ordnete u.a. die Liquidation der A. AG an. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die daraufhin erhobene Beschwerde der A. AG gut, woraufhin die FINMA Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht erhob, welches die Beschwerde abwies.

Strittig war im vorliegenden Fall, ob die in der Werbebroschüre der A. AG versprochene «Auszahlungsgarantie» im Lichte des Einlagenbegriffs von Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV eine Rückzahlungsverpflichtung darstellte und im Ergebnis eine unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen vorlag. Die FINMA zog Parallelen zum sog. «Teakholz-Fall» (Urteil 2A\_332/2006 vom 6. März 2007).

Vorab setzte sich das Bundesgericht mit dem Begriff der Publikumseinlage i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV auseinander. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre eine Entgegennahme von Publikumseinlagen vor, wenn das Unternehmen Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird. Grundsätzlich gelten sämtliche Verbindlichkeiten als Einlagen, vorausgesetzt sie fallen

wegen einer zulässigen rechtsatzmässigen Ausnahme (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 BankV) nicht unter diesen Begriff (statt vieler BGE 136 II 43, 48 f. E. 4.2) (E. 3.1 u. 3.3). Dabei ist unter Würdigung der gesamten Umstände zu prüfen, ob eine eigentliche Verpflichtung zur Rückzahlung der geleisteten Einlage eingegangen worden war, mit welcher die betreffende Person selbst zur Rückzahlungsschuldnerin wurde. Eine Rückzahlungsverpflichtung kann auch vorliegen, wenn die betreffende Person zu einer Leistung verpflichtet wird, die wirtschaftlich betrachtet einer Rückzahlung der geleisteten Einlage gleichkommt (E. 4.1). So bejahte das Bundesgericht das Vorliegen einer Publikumseinlage, wenn die betroffene Person ein Zertifikat «Teakholz-Baumbestand» im Rahmen eines «Teak-Profit-Program», 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), denn damit wird bei genügend langer Laufzeit faktisch die geleistete Einlage zurückgezahlt. Auch eine unter Täuschung eingegangene Rückzahlungsverpflichtung kann als Entgegennahme von Publikumsgeldern qualifiziert werden (E. 4.1).

In Übereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsgericht stellte das Bundesgericht im vorliegenden Fall fest, dass die «Auszahlungsgarantie» die Auszahlung der Ernteerlöse an die Aktionäre der A. AG für den Fall von unvorhergesehenen Ereignissen oder höherer Gewalt garantierte und nicht die Rückzahlung der Einlage generell. Insbesondere wurde mit der «Auszahlungsgarantie» auch nicht der täuschende Eindruck erweckt, dass der Kunde ein Recht auf Rückzahlung der Leistung zustehen würde. Anders als im «Teakholz-Fall» verneinte das Bundesgericht deshalb eine Publikumseinlage i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV und damit eine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Bank (E. 4.2).

### Kommentar

Im vorliegenden Fall ist das Bundesgericht zum Ergebnis gelangt, dass es sich um ein «Ware gegen Geld»-Geschäft handelte. Eine «Auszahlungsgarantie» stellt solange keine Rückzahlungsverpflichtung i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV dar, als sie klarerweise auf konkrete Ausnahmen beschränkt bleibt und nicht der täuschende Eindruck erweckt wird, der Kunde habe einen Anspruch auf Rückzahlung seiner Investition.

Mirco Ceregato/Nathalie Teuscher