



Abteilung I
A-985/2021

Urteil vom 2. Oktober 2023

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),
Richter Maurizio Greppi, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Tobias Grasdorf.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch
lic. iur. Désirée van der Walt-Thürkauf, Rechtsanwältin,
Rechsteiner Thürkauf Rechtsanwälte,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD,
Generalsekretariat, Rechtsdienst,
Bundesgasse 3, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Staatshaftung; Schadenersatzbegehren.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die X. _____ AG (im Folgenden: X. _____) wurde am (...) 1996 in das Handelsregister des Kantons (...) eingetragen. Ihr Zweck lag unter anderem in der Durchführung und Vermittlung von Handels- und Finanzgeschäften sowie dem Handel mit Waren aller Art.

A.b Die damalige Eidgenössische Bankenkommission (EBK; heute Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA) forderte die X. _____ im Februar 1998 auf, Angaben zu ihrer Geschäftstätigkeit zu machen, um eine allfällige Unterstellungspflicht abzuklären. Aufgrund der Angaben der X. _____ kam die EBK im Mai 1998 zum Schluss, diese handle ausschliesslich mit Devisen und übe keine unterstellungspflichtige Tätigkeit aus.

A.c Aufgrund einer Anfrage der spanischen Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) teilte die EBK der Bank Y. _____ im August 2002 mit, sie führe bezüglich der X. _____ ein Verfahren durch wegen des Verdachts auf unbewilligte Entgegennahme von Publikumseinlagen beziehungsweise wegen unbewilligter Tätigkeit als Effekthändler. Sie ersuchte die Bank Y. _____ um Informationen und Dokumentationen über Konten der X. _____. Die Bank Y. _____ teilte der EBK mit, sie habe die Kundenbeziehung mit der X. _____ als "nicht unproblematisch" erachtet, da sie trotz hoher Umsätze keinen näheren Einblick in die Geschäftstätigkeit erhalten habe. In der Folge habe sie die Geschäftsbeziehung auf Anfang Mai 2001 aufgelöst. Eine Meldung an die Geldwäschereifachstelle habe sie als nicht notwendig erachtet, da keine konkreten Anhaltspunkte für eine ungesetzliche Tätigkeit vorgelegen hätten. Am 9. August 2002 teilte die EBK der CNMV mit, die X. _____ unterstehe nicht ihrer Aufsicht, weshalb die Geldwäschereifachstelle die zuständige Behörde sei.

A.d Im März 2004 eröffnete das Verhöramt des Kantons (...) eine Strafuntersuchung gegen Verantwortliche der X. _____ und sperrte alle ihre Konten in der Schweiz.

A.e Am 12. Juli 2005 teilte das Verhöramt der EBK mit, dass die X. _____ möglicherweise eine unterstellungspflichtige Tätigkeit ausübe. Daraufhin erliess die EBK am 22. August 2005 eine Verfügung gegen die X. _____. Darin stellte sie fest, es bestehe ein starker Verdacht, dass sie

gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehme. Sie verfügte insbesondere ein Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen und die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten bei der X. _____ sowie die Sperrung aller Kontoverbindungen und Depots. Mit Verfügung vom 25. Oktober 2005 stellte die EBK fest, dass die X. _____ gegen das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG, SR 952.0) verstossen habe, indem sie unerlaubt Publikumseinlagen entgegengenommen habe. Sie eröffnete den Konkurs über die X. _____.

A.f Im Dezember 2007 lag der Kollokationsplan der X. _____ öffentlich zur Einsicht auf und erwuchs daraufhin in Rechtskraft. Mit zwei Urteilen vom (...) 2016 sprach das Kantonsgericht (...) den ehemaligen Geschäftsführer und einen wirtschaftlich Berechtigten der X. _____ wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsführung sowie der Gehilfenschaft zu gewerbsmässigem Betrug und zu banden- und gewerbsmässiger Geldwäscherei schuldig. Am (...) 2018 wurde die Firma im Handelsregister gelöscht.

B.

Am 13. Juli 2015 reichte die A. _____ AG (Beschwerdeführerin) zusammen mit weiteren Personen beim Eidgenössischen Finanzdepartement EFD (Vorinstanz) gegen die EBK beziehungsweise gegen deren Rechtsnachfolgerin FINMA ein Schadenersatzbegehren ein. Darin machte sie geltend, ihr sei wegen Verletzungen von Aufsichtspflichten durch die EBK gegenüber der X. _____ ein noch nicht bestimmbarer Schaden entstanden.

C.

Mit Schreiben vom 12. April 2017 hob die Vorinstanz die zuvor auf Antrag der Gesuchstellenden verfügte Sistierung auf und beschränkte das Verfahren vorab auf die Fragen der Rechtswidrigkeit und der Verwirkung.

D.

Am 1. Februar 2021 wies die Vorinstanz das Schadenersatzbegehren bezüglich der Beschwerdeführerin ab (ebenso wie bezüglich der weiteren damaligen Gesuchsteller, auf deren Gesuch die Vorinstanz eintrat) und auflegte ihr eine Entscheidegebühr von Fr. 2'000.–.

E.

Am 5. März 2021 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung ein. Sie beantragt die Aufhebung der Verfügung bezüglich der Abweisung des

Schadenersatzbegehrens und der Entscheidgebühr sowie die Gutheissung des Schadenersatzbegehrens beziehungsweise die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Unterlassungen der EBK und die Nichtverwirkung der Ansprüche sowie die Rückweisung der Angelegenheit zur Feststellung und Beurteilung der weiteren Voraussetzungen des Schadenersatzgesuchs.

F.

Die Vorinstanz reichte am 31. Mai 2021 eine Vernehmlassung ein, in der sie beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Am 5. Juli 2021 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG erlassen wurde. Da keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG).

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet im vorliegenden Verfahren mit voller Kognition: Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen des Bundesrechts – einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens –, auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und auf Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.

3.1 Streitig ist das Schadenersatzbegehren aus Staatshaftung der Beschwerdeführerin gegenüber dem Bund. Die Vorinstanz beschränkte das Verfahren und ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung auf die Fragen der Widerrechtlichkeit und der Verjährung. Die Beschwerdeführerin widersetzte sich dieser Vorgehensweise weder im vorinstanzlichen Verfahren noch in ihren Eingaben an das Bundesverwaltungsgericht. Zu prüfen sind hier entsprechend die Widerrechtlichkeit und eine allfällige Verjährung der geltend gemachten Schadenersatzforderung.

3.2 Die EBK war eine (administrativ dem EFD zugeordnete) dezentrale Verwaltungseinheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit (anders als die heutige FINMA, bei der es sich um eine ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende Organisation im Sinne von Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten [Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32] handelt). Für das Verhalten der Mitglieder der EBK beziehungsweise der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ihres Sekretariats haftet daher gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VG der Bund (BGE 116 Ib 193 E. 1a).

Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund gemäss Art. 3 Abs. 1 VG ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Eine Schadenersatzpflicht wird entsprechend bejaht, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. statt vieler BVGE 2010/4 E. 3):

- (quantifizierter) Schaden,
- Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesbeamten in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit,
- adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden sowie
- Widerrechtlichkeit des Verhaltens.

Das Begehren auf Schadenersatz ist dem EFD einzureichen (vgl. Art. 20 Abs. 2 VG). Dieses entscheidet in der Regel auch über die streitigen Ansprüche (vgl. Art. 10 Abs. 1 VG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz vom 30. Dezember 1958, SR 170.321).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die EBK sei ihrer Aufsichtspflicht gegenüber der X. _____ nicht genügend nachgekommen.

Dadurch sei ihr ein Schaden entstanden. Bezüglich Widerrechtlichkeit des behaupteten unterlassenen Einschreitens der EBK führt sie aus, diese habe die Pflicht gehabt, gegenüber Nichtbanken beziehungsweise Unternehmen, die sich faktisch im Bankenbereich bewegen, einzuschreiten. Die EBK sei schon bei einem Verdacht auf die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit zum Einschreiten und damit zur Einholung weiterer Informationen und allenfalls zur Anordnung von Massnahmen verpflichtet gewesen. Die der EBK im Bankengesetz zur selbständigen Erledigung übertragene Aufsicht über das Bankenwesen sowie die darin statuierte Pflicht zum Einschreiten seien Normen zum Schutz des Vermögens. Die X._____ habe von Anfang an eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt. Bereits 1998 hätten konkrete Anhaltspunkte dafür vorgelegen, die EBK habe dies aber sieben Jahre lang nicht pflichtgemäss überprüft, sondern sich auf die Angaben der X._____ gestützt. Der EBK seien auch später aufgrund der Angaben der spanischen Behörden und der Bank Y._____ im August 2002 verdichtete Hinweise auf einen Verstoss gegen das Bankengesetz vorgelegen. Dieser Verdacht sei nicht widerlegt worden. Die EBK wäre deshalb zu weiteren Abklärungen verpflichtet gewesen. Konkret hätte sie bei allen Schweizer Banken alle Bankverbindungen der X._____ erfragen und einen Untersuchungsbeamten bei der X._____ einsetzen müssen. Die EBK habe aber nicht einmal bei der Bank Y._____ nachgefragt, zu welcher Bank die Gelder der X._____ transferiert worden seien. Durch diese Untätigkeit habe sie ihre Pflicht zum Einschreiten verletzt.

Bezüglich der zehnjährigen absoluten Verjährungsfrist ab der schädigenden Handlung führt die Beschwerdeführerin aus, die fortgesetzte Unterlassung der EBK habe mit deren Verfügung vom 22. August 2005 geendet. Die relative Verjährungsfrist beginne mit der tatsächlichen Kenntnis von Schaden und der Person des Haftpflichtigen zu laufen; Kennen-müssen genüge nicht. Die Haupttäter seien 2013 erstinstanzlich schuldig gesprochen worden. Erst ab Mai 2014 hätten sich die Gläubiger organisiert. Erst im Juli 2014 habe die von den Gläubigern beauftragte Anwaltskanzlei begonnen, die 150 Ordner an Akten der Strafbehörden zu untersuchen. Erst mit den Urteilen vom 31. Mai 2016 sei festgestanden, welche Gläubiger überhaupt einen Schaden hätten, da die Privatforderungen neu in das Zivilverfahren verwiesen worden seien. Die ungefähre Schadenhöhe für die Beschwerdeführerin habe sich erst mit diesen Urteilen ergeben.

4.2 Die Vorinstanz führt aus, es liege kein widerrechtliches Verhalten eines Beamten vor. Der Zweck des Bankengesetzes liege unter anderem im

Schutz der Bankgläubiger. Dieser Schutz genüge für sich allein genommen jedoch nicht, um eine Haftung des Bundes zu begründen. Dafür sei ein Verhalten Voraussetzung, das gegen Vorschriften verstosse, die diesen Schutz konkretisierten. Wie die EBK ihre Aufsichtsfunktion wahrnehme, liege weitgehend in ihrem Ermessen. Eine rechtswidrige Verletzung der Aufsichtspflicht liege erst vor, wenn eine wesentliche Amtspflicht verletzt, eine zwingend vorgeschriebene, konkrete Aufsichtsmassnahme unterlassen oder der Ermessensspielraum fehlerhaft oder in Missachtung allgemeiner Rechtsgrundsätze ausgeübt worden sei. Eine falsche Ermessensausübung reiche nicht.

1998 habe die EBK eine Unterstellungspflicht der X. _____ unter die Aufsicht der EBK geprüft. Die Abklärungen hätten ergeben, dass die X. _____ nur mit Devisen, nicht mit Effekten handelte. Der Devisenhandel habe bis 2008 keiner Bewilligung bedurft und habe damit eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht für Publikumseinlagen dargestellt. Da die X. _____ deshalb nicht der Aufsicht der EBK unterstanden habe, sei nicht ersichtlich, gestützt auf welche rechtliche Grundlage die EBK weitere Abklärungen hätte vornehmen können respektive müssen.

Zum Zeitpunkt der Anfrage aus Spanien sei die X. _____ nicht der Aufsicht der EBK unterstellt gewesen. Die EBK habe zwar die Befugnis und die Pflicht gehabt, die Mittel zur Durchsetzung der Aufsicht auch gegenüber ihr formell nicht unterstellten Gesellschaften einzusetzen. Wenn konkrete Anhaltspunkte vorlägen, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ohne Bewilligung ausgeübt werden könnte, sei sie befugt und verpflichtet gewesen, die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Im nicht unterstellten Bereich sei die Aufsicht aber viel weniger weitgegangen. Zudem sei der EBK beim Entscheid über das Einschreiten sowie über zu ergreifende Massnahmen ein weiter Ermessensspielraum zugekommen. Wenn überhaupt lasse der von der CNMV geschilderte Sachverhalt eher auf einen Fall von Geldwäscherei schliessen, ebenso das Antwortschreiben der Bank Y. _____. Es hätten keine Anzeichen dafür vorgelegen, dass eine unbewilligte Effektenhändlerstätigkeit vorläge. Entsprechend sei ihr Vorgehen angemessen gewesen.

Alle geltend gemachten Handlungen oder Unterlassungen der EBK vor dem 13. Juli 2005 seien zudem absolut verwirkt. Bezüglich der relativen Verjährungsfrist sei festzuhalten, dass ein möglicher Schaden bei Vorliegen eines rechtskräftigen Kollokationsplans als genügend bestimmt gelte.

Der Kollokationsplan sei bereits im Dezember 2007 öffentlich aufgelegt und anschliessend in Rechtskraft erwachsen. Zu diesem Zeitpunkt sei die Höhe der Konkursdividende allen Gläubigern bekannt gewesen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass aufgrund des Ausgangs des Strafverfahrens die Konkursdividende etwas höher ausfalle. Die einjährige Frist sei daher bei Einreichung des Schadenersatzgesuchs am 13. Juli 2015 abgelaufen gewesen.

5.

5.1 Zu prüfen ist als erstes die Widerrechtlichkeit der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten angeblich schädigenden Handlungen respektive Unterlassungen der EBK.

5.2 Die Widerrechtlichkeit nach Art. 3 Abs. 1 VG setzt voraus, dass entweder ein absolutes Recht der Geschädigten beeinträchtigt wird (sogenanntes Erfolgsunrecht) oder dass ein reiner Vermögensschaden durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (sogenanntes Verhaltensunrecht). Das Vermögen als solches ist kein Rechtsgut, seine Schädigung für sich allein damit nicht widerrechtlich. Vermögensschädigungen ohne Rechtsgutverletzung sind daher nur rechtswidrig, wenn sie auf ein Verhalten zurückgehen, das von der Rechtsordnung verpönt wird. Dabei genügt es nicht, dass die Norm gegenüber dem Vermögen eine Schutzwirkung entfaltet, diese Schutzwirkung muss zusätzlich dem Zweck der Norm entsprechen. Dient die Norm anderen Zielen als dem Schutz der verletzten Vermögensrechte, führt deren Verletzung nicht zur Annahme der Widerrechtlichkeit (vgl. dazu BGE 132 II 305 E. 4.1; Urteil des BGer 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.2; Urteil des BVGer A-7005/2018 vom 27. November 2019 E. 7.2).

Nicht nur Handlungen, sondern auch behördliche Unterlassungen können zu einer Staatshaftung führen. Bei Unterlassungen hängt die Widerrechtlichkeit zusätzlich davon ab, ob eine besondere Rechtspflicht zum Handeln besteht, die sich aus einer Schutznorm ergibt. Diese Norm muss Massnahmen zugunsten der Geschädigten vorsehen und damit eine sogenannte Garantienpflicht des Staates gegenüber der Geschädigten statuieren. Eine Handlungspflicht ist mithin nur dann haftpflichtrechtlich von Bedeutung, wenn sie das Interesse der Geschädigten verfolgt (vgl. BGE 132 II 305 E. 4.1; Urteil des BGer 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.2; Urteil des BVGer A-7005/2018 vom 27. November 2019 E. 7.2).

Die Nachfolgeorganisation der EBK, die FINMA, haftet gemäss Art. 19 Abs. 2 Bst. a des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG, SR 956.1) nur, wenn sie wesentliche Amtspflichten verletzt hat (vgl. Urteile des BVGer A-2418/2021 vom 24. Juli 2023 E. 4.3 und A-893/2013 vom 19. März 2014 E. 4.1). Für Handlungen der EBK sah das Gesetz im relevanten Zeitpunkt hingegen keine solchen, qualifizierten Voraussetzungen an die Widerrechtlichkeit vor. Die Botschaft zum FINMAG führt denn auch ausdrücklich aus, dass die Grenzen der Verantwortlichkeit der FINMA neu zu definieren seien (Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829, 2845). Entsprechend ist für das Vorliegen der Widerrechtlichkeit von Handlungen oder Unterlassungen der EBK keine Verletzung von wesentlichen Amtspflichten notwendig.

Die Beurteilung, ob eine Widerrechtlichkeit vorliegt, erfolgt nicht ex post, sondern ex ante vom Zeitpunkt der Handlung oder Unterlassung aus (Urteil des BVGer A-2418/2021 vom 24. Juli 2023 E. 4.3).

5.3

5.3.1 Zu prüfen ist mithin, ob die EBK durch ihr Nichteinschreiten gegen eine konkrete Rechtsnorm verstossen hat, deren Zweck im Schutz des Vermögens der Beschwerdeführerin lag und die eine Garantienstellung der EBK gegenüber der Beschwerdeführerin statuierte.

5.3.2 Nach der Rechtsprechung ist grundsätzlich diejenige Regelung anwendbar, die im Zeitpunkt des Eintritts des Sachverhalts, den es rechtlich zu beurteilen gilt oder der zu Rechtsfolgen führt, in Kraft stand (BGE 136 V 24 E. 4.3). Spätere Rechtsänderungen sind nicht zu berücksichtigen, insbesondere wenn sich der massgebende Sachverhalt abschliessend vor Inkrafttreten des geänderten Rechts verwirklicht hat (sogenanntes Verbot der echten Rückwirkung; vgl. BGE 147 V 156 E. 7.2.1). Entsprechend beurteilt sich die Frage, ob ein Verhalten widerrechtlich ist oder nicht, nach der Rechtslage im Zeitpunkt der schädigenden Handlung oder Unterlassung (vgl. Urteil des BVGer A-7005/2018 vom 27. November 2019 E. 5 m.w.H.).

Zur Ermittlung der hier relevanten Aufsichtspflichten der EBK ist auf die Rechtslage in den Jahren 1998 bis 2005 abzustellen, insbesondere auf die damaligen Bestimmungen des Bankengesetzes und des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, BEHG, SR 954.1; heute: Finanzinstitutsgesetz).

Die hier vor allem einschlägigen Fassungen der Art. 23 – 23^{quater} aBankG waren zum relevanten Zeitpunkt seit dem 1. Juli 1971 in Kraft (AS 1971 808, 815 f.) und wurden erst auf den 1. Januar 2009 ausser Kraft gesetzt (AS 2008 5207, 5238). Der EBK war in diesem Zeitraum (u.a.) die Aufsicht über das Bankenwesen übertragen (Art. 23 aBankG). Gemäss Art. 23^{bis} Abs. 1 aBankG traf die EBK die zum Vollzug des Bankengesetzes notwendigen Verfügungen und überwachte die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften. Erhielt die EBK Kenntnis von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen, erliess sie die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen (Art. 23^{ter} Abs.1 aBankG). Die EBK konnte in eine Bank einen Sachverständigen als ihren Beobachter abordnen, wenn die Forderungen der Gläubiger durch schwerwiegende Missstände als ernstlich gefährdet erschienen. Der Beobachter überwachte die Tätigkeit der leitenden Organe der Bank, insbesondere die Durchführung der von der EBK angeordneten Massnahmen und erstattete ihr hierüber laufend Bericht. Zu diesem Zwecke genoss er ein uneingeschränktes Recht zur Einsicht in die Geschäftstätigkeit, die Bücher und Akten der Bank, durfte aber in die Geschäftstätigkeit selber nicht eingreifen. (Art. 23^{quater} aBankG). Auf den 1. Juli 2004 wurde der Wortlaut von Art. 23^{quater} aBankG angepasst. Der Artikel sprach neu von einem Untersuchungsbeauftragten anstatt von einem Beobachter, dessen Mandat über das einer passiven Beobachtung und Berichterstattung hinausgehen konnte (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060, 8074). Da für den grössten Teil des hier in Frage stehenden Zeitraumes der ursprüngliche Wortlaut galt, ist im Folgenden vor allem darauf abzustellen.

Am 1. Februar 1997 trat das damalige Börsengesetz in Kraft, das den gewerbmässigen Handel mit Effekten neu einer Bewilligung unterstellte (Art. 10 Abs. 1 BEHG). Die EBK fungierte als Aufsichtsbehörde (Art. 34 BEHG). Sie hatte die zum Vollzug des Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen notwendigen Verfügungen zu treffen und die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften zu überwachen (Art. 35 Abs. 1 BEHG). Auf den 1. Januar 2020 wurde das Börsengesetz ausser Kraft gesetzt.

5.3.3 Gemäss Art. 1 Abs. 2 aBankG durften natürliche und juristische Personen, die zum hier relevanten Zeitpunkt nicht dem Bankengesetz unterstanden, keine Publikumseinlagen gewerbmässig entgegennehmen. Der Devisenhandel bedurfte jedoch nach Art. 3a Abs. 3 Bst. c der Verordnung

über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (aBankV, SR 952.02, Stand am 25. November 2003) bis ins Jahr 2008 keiner Bewilligung und stellte damit eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht für Publikumseinlagen dar. Gemäss Praxis der EBK betreffend Devisenhändler war es zulässig, dass Kunden Gelder, die zum Devisenhandel verwendet werden sollten, direkt auf ein Abwicklungskonto des Devisenhändlers überwiesen. Dies setzte allerdings voraus, dass die Gesellschaft, welche die Gelder entgegennahm, die Devisengeschäfte auch über dieses Konto abwickelte (vgl. Art. 3a Abs. 3 Bst. c aBankV). Unzulässig war hingegen die Entgegennahme von Geldern aus dem Publikum zur Sammlung und anschliessender Platzierung bei einer Drittpartei, welche die Devisentransaktionen über ihr eigenes Abwicklungskonto realisierte (vgl. die Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 26. Oktober 2005, S. 5).

5.4 Der Zweck des Bankengesetzes liegt in erster Linie im Schutz der Bankgläubiger. Dieser Schutzzweck genügt für sich allein genommen jedoch nicht, um eine Haftung des Bundes für den als Gläubiger einer Bank erlittenen Vermögensschaden zu begründen. Für die Widerrechtlichkeit ist vielmehr vorausgesetzt, dass das von der Beschwerdeführerin beanstandete Verhalten der EBK gegen Vorschriften verstösst, die diesen Schutz konkretisieren. Zu berücksichtigen sind dabei das Verhalten der EBK als Aufsichtsorgan und der Beurteilungs- und Ermessensspielraum, welcher der EBK in der Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflicht nach Gesetz und Rechtsprechung zukommt (vgl. BGE 116 Ib 193 E. 2b m.w.H.).

Es ist davon auszugehen, dass die EBK allgemein über die "Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften" (Art. 23^{bis} Abs. 1 aBankG) zu wachen hatte, dass folglich die ihr übertragene "Aufsicht über das Bankenwesen" (Art. 23 Abs. 1 aBankG) nicht auf Banken und diesen gleichgestellte Unternehmungen beschränkt war. Soweit ihre grundsätzliche Aufsichtspflicht reichte, hatte die EBK die Befugnis und die Pflicht, die Mittel zur Durchsetzung der Aufsicht auch gegenüber nicht unterstellten Instituten einzusetzen (BGE 116 Ib 193 E. 3).

Nicht für den Grundsatz der Aufsichtspflicht, wohl aber für deren Inhalt und Intensität macht es für die Staatshaftung einen Unterschied, ob eine Unternehmung dem Bankengesetz unterstellt ist oder nicht. Die Aufsicht dient – entsprechend dem vordergründigen Gesetzeszweck – vorab dem Schutz der Bankgläubiger. Sie betrifft daher in erster Linie die dem Gesetz unterstellten Unternehmungen. Im nicht unterstellten Bereich geht die Aufsicht weniger weit, schon deshalb, weil von den umfassenden

Schutzvorschriften des Bankengesetzes nur einige Singulärbestimmungen auf nicht unterstellte Institute anwendbar sind. Da die EBK über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu wachen hatte, modifiziert und begrenzt der Anwendungsbereich des Bankengesetzes gleichzeitig die so umschriebene Aufsichtspflicht (BGE 116 Ib 193 E. 3).

Welche konkreten Massnahmen bei Bejahung der Pflicht für ein Einschreiten der EBK im Einzelfall angezeigt sind, stellt – ausser im Falle des hier nicht relevanten Bewilligungsentzuges nach Art. 23^{quinquies} aBankG – eine Ermessensfrage dar, weshalb der EBK als fachkundiger Behörde bei der Auswahl der Massnahmen ein weiter Ermessensspielraum zukam. Bei der Ausübung ihres Ermessens war die EBK an die allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns gebunden: das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Bei der Auswahl der Massnahme ist stets vom Hauptzweck der Bankengesetzgebung, dem Gläubigerschutz, auszugehen (BGE 108 Ib 270 E. 2d). Auch wo die EBK zu prüfen hatte, ob eine Gesellschaft ohne ihre Bewilligung in dem ihrer Aufsicht unterstellten Bereich tätig ist, das heisst, ob ein aufsichtsrechtliches Einschreiten gegen eine solche Gesellschaft geboten ist, stand ihr dieser Spielraum in der Beurteilung zu (BGE 116 Ib 193 E. 2d).

Lagen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, war die EBK befugt und verpflichtet, die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Im Rahmen der mit ihren Anordnungen verbundenen Interessenabwägungen hatte die Aufsichtsbehörde jedoch auch 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 könnten (vgl. BGE 137 II 284 E. 4.2.1 m.w.H.).

5.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der EBK im vorliegenden Fall ein erheblicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukam, sowohl bezüglich der Frage, ob sie überhaupt tätig wird, als auch bezüglich der gegebenenfalls zu ergreifenden konkreten Massnahmen. Räumt das Gesetz wie hier der EBK einen erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum ein, kann nur dann auf ein haftungsbegründendes Verhalten beziehungsweise Unterlassen geschlossen werden, wenn sich das Vorgehen als Ermessensfehler erweist (Über- oder Unterschreitung oder Missbrauch

des Ermessens). Ein unangemessenes Vorgehen genügt nicht. Die Aufgaben der EBK als Aufsichtsbehörde lassen somit einen weiten Spielraum technischen Ermessens zu, so dass die Möglichkeit der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen von vornherein eingeschränkt ist (Urteile des BGer 2C_46/2020 vom 2. Juli 2020 E. 7.2 und 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.3.2).

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin macht erstens geltend, die X._____ habe, seit sie bestehe, Kundengelder auf Sammelkonten entgegengenommen und diese anschliessend an spanische Broker weitergeleitet, über die der Devisenhandel hätte abgewickelt werden sollen. Die X._____ habe damit gegen das Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen verstossen. Schon ein Prospekt der X._____ zeige, dass der Devisenhandel von anderen Personen getätigt wurde. Aus diesen Gründen wäre die EBK bereits 1998 verpflichtet gewesen, weitere Abklärungen vorzunehmen.

Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Börsengesetzes am 1. Februar 1997 prüfte die EBK eine allfällige Unterstellungspflicht der X._____. Sie forderte die X._____ mit Schreiben vom 2. Februar 1998 auf, Angaben zu ihrer Geschäftstätigkeit zu machen. Die X._____ antwortete mit Schreiben vom 6. April 1998. Darin führte sie aus, sie wickle nur Devisengeschäfte ab. Da kein Effektenhandel vorliege, unterstehe sie gemäss Börsengesetz der Aufsicht nicht der EBK. Dem Schreiben legte sie einen Prospekt und ihren Devisen-Verwaltungsvertrag bei. Auf Aufforderung der EBK hin bestätigte die X._____ in einem zweiten Schreiben vom 13. Mai 1998 ausdrücklich, dass sie keine Derivate, auch nicht zu Absicherungszwecken, einsetze. Gestützt auf diese Angaben kam die EBK zum Schluss, dass die X._____ nur mit Devisen handle und deshalb keine unterstellungspflichtige Tätigkeit ausübe. Dies teilte sie der X._____ am 15. Mai 1998 mit (vgl. Sachverhalt Bst. A.b).

Dass die EBK ihre Beurteilung der Geschäftstätigkeiten der X._____ auf deren Aussagen und Unterlagen stützte, mag in einer Betrachtung ex post stossend erscheinen. Aus damaliger Sicht ist jedoch nachvollziehbar, dass die EBK die Beurteilung in erster Linie auf die Aussagen der angefragten Unternehmen stützte und nur weitere, eigene Abklärungen vornahm, wenn sich konkrete Anhaltspunkte für eine Unterstellungspflicht ergaben. Dieses Vorgehen erscheint insofern verhältnismässig, als es der EBK einen gezielten Einsatz der verfügbaren Ressourcen erlaubte und keine

verdachtsunabhängigen Eingriffe und Interventionen bei privaten Unternehmen nötig machte. Zudem ist festzuhalten, dass die EBK sich bezüglich der X._____ nicht mit deren erstem Schreiben zufriedengab, sondern eine ausdrückliche Bestätigung bezüglich ihrer Tätigkeiten verlangte. Der von der X._____ der EBK zugestellte Prospekt enthält zudem keine klaren Hinweise darauf, dass es sich bei der X._____ um ein unterstellungspflichtiges Unternehmen gehandelt hätte. Insbesondere ist dem Prospekt – entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin – nicht zu entnehmen, dass der Devisenhandel von einer Drittperson getätigt werden würde. Im Gegenteil ist darin von "unserem Broker" (S. 4) und "ein[em] von uns verwaltete[n] Devisenhandelskonto" (S. 10) die Rede. Das Vorgehen der EBK im Jahr 1998 lag damit innerhalb des Spielraums, den ihr die rechtlichen Vorgaben damals liessen. Zu diesem Zeitpunkt lagen der EBK keine Anhaltspunkte vor, die weitere Massnahmen gegenüber der X._____ indiziert hätten. Die EBK hat mit ihrem Vorgehen im Jahr 1998 nicht gegen ihre Aufsichtspflichten verstossen.

6.2 Zweitens macht die Beschwerdeführerin geltend, das Schreiben der spanischen CNMV (vgl. Sachverhalt Bst. A.c) habe hinreichend konkrete Anhaltspunkte für eine bewilligungspflichtige Tätigkeit der X._____ enthalten, so dass die EBK weitere Abklärungen hätte vornehmen müssen.

Bezüglich der Beurteilung dieses Vorbringens ist zu berücksichtigen, dass die X._____ zum Zeitpunkt des Schreibens der CNMV formell nicht der Aufsicht der EBK unterstand. Die X._____ trat nach aussen als ein dem Bankengesetz nicht unterstelltes Institut auf, weshalb sie lediglich der für diesen Bereich geltenden, beschränkten Aufsichtspflicht unterstand. Die EBK traf zwar gegenüber der X._____ trotzdem eine gewisse Aufsichtspflicht, diese ging jedoch weniger weit als gegenüber ihr formell unterstellten Unternehmen. Entsprechend hatte die EBK zu diesem Zeitpunkt einen sehr grossen Spielraum in der Ausübung ihrer Aufsichtspflichten gegenüber der X._____ (siehe E. 5.4 f.). Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin war die X._____ deshalb – unabhängig davon, ob sie tatsächlich unterstellungspflichtige Geschäftstätigkeiten ausübte oder nicht – nicht gleich intensiv zu überwachen, wie wenn sie formell der Aufsicht der EBK unterstellt gewesen wäre.

Die EBK eröffnete als Reaktion auf die Anfrage der CNMV ein Verfahren gegen die X._____ wegen des Verdachts auf unbewilligte Entgegennahme von Publikumseinlagen beziehungsweise wegen der unbewilligten Tätigkeit als Effekthändler. Im Rahmen dieses Verfahrens fragte sie die

Bank Y. _____, auf die die CNMV in ihrem Schreiben verwiesen hatte, nach ihrer Kundenbeziehung mit der X. _____. Gestützt auf das Antwortschreiben der Bank Y. _____ – dessen erste von drei Seiten sich nicht in den Akten der Vorinstanz befindet – kam die EBK offenbar zum Schluss, dass keine Anzeichen für eine unbewilligte Entgegennahme von Publikumseinlagen oder eine Effektenhändlerstätigkeit vorlagen. Dieser Schluss erscheint insofern nachvollziehbar, als das Schreiben der Bank Y. _____ – soweit es dem Gericht vorliegt – keine konkreten, derartigen Anhaltspunkte enthielt, sondern nur einen vagen Hinweis darauf, dass die Bank Y. _____ ihre Kundenbeziehung mit der X. _____ als "nicht unproblematisch" ansah. In dem Schreiben führte die Bank Y. _____ zudem aus, dass "keine konkreten Anhaltspunkte für ungesetzliche Tätigkeiten" der X. _____ vorhanden gewesen seien. Hinzu kommt, dass – wie die Vorinstanz zu Recht ausführt – das Schreiben der CNMV eher auf eine Geldwäschereiproblematik hindeutete. So führte die CNMV aus, es würden grosse Geldbeträge aus der Schweiz auf die Konten eines Unternehmens in Spanien überwiesen und anschliessend träten seltsame Geldbewegungen auf. Entsprechend wies die EBK die CNMV in ihrem Antwortschreiben auch auf die bezüglich Geldwäscherei zuständigen Schweizer Behörden hin. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin hatte die spanische Behörde die EBK zudem nicht um die Untersuchung der Herkunft der Gelder ersucht, sondern sie lediglich um Informationen zur X. _____ und ihren Geschäftstätigkeiten gebeten.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die EBK als Reaktion auf die Anfrage der CNMV ein Verfahren gegen die X. _____ eröffnete und Abklärungen vornahm. Nachdem die Anfrage bei der Bank Y. _____ aus ihrer Sicht keine zusätzlichen Anhaltspunkte für eine unterstellungspflichtige Tätigkeit der X. _____ ergeben hatte, ergriff sie keine weiteren Massnahmen. Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, die EBK hätte weitere Banken nach allfälligen Kundenbeziehungen zur X. _____ fragen und/oder einen Beobachter bei der X. _____ einsetzen müssen. Obwohl für die Einsetzung eines Beobachters nicht erforderlich ist, dass eine Gesetzesverletzung bereits feststeht, müssen doch immerhin objektive Anhaltspunkte für eine Gesetzesverletzung sprechen (vgl. BGE 137 II 284 E. 4.2.1). Diesbezüglich ist festzustellen, dass zum relevanten Zeitpunkt keine für die Einsetzung eines Beobachters notwendigen Anhaltspunkte für die vom Gesetz verlangte "ernstliche Gefährdung von Gläubigerforderungen durch schwerwiegende Missstände" vorlagen. Diese Bestimmung zielt denn auch vor allem auf die Aufsicht über der EBK formell unterstellte Unternehmen ab. Auch eine ungezielte, breite Ausforschung, ob eventuell

andere Schweizer Banken Geschäftsbeziehungen zur X._____ unterhalten, erscheint aus einer Sicht ex ante jedenfalls nicht zwingend, zumal die Anfrage bei der Bank Y._____ keine weiteren, konkreten Hinweise auf bewilligungspflichtige Tätigkeiten der X._____ erbracht hatte. Da die X._____ zu diesem Zeitpunkt der Aufsicht der EBK formell nicht unterstellt war, ist deren Entscheidung, keine weiteren Abklärungen zu treffen, aufgrund der vorliegenden Umstände nachvollziehbar und sachlich begründbar.

Die EBK hat damit ihre – beschränkte – Aufsichtspflicht gegenüber der X._____ wahrgenommen und im Rahmen des ihr zustehenden, erheblichen Ermessensspielraums gehandelt. Sie hat mit ihrem Vorgehen nach Erhalt des Schreibens der spanischen CNMV nicht gegen ihre Aufsichtspflichten verstossen.

6.3 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin drittens vor, spätestens mit der Anfrage des Verhörortes des Kantons (...) am 17. August 2004 hätte die EBK weitere Abklärungen vornehmen müssen. Die Anfrage des Verhörortes reichte die Beschwerdeführerin nicht ein. Sie führt auch nicht aus, welche Informationen das Verhörort der EBK damals mitgeteilt habe. Es liegt lediglich die Antwort der EBK an das Verhörort vom 21. September 2004 vor. In dieser liess die EBK das Verhörort wissen, ihre Untersuchungen hätten ergeben, dass die X._____ keine unterstellungspflichtige Tätigkeit ausübe. Es liegen damit keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das Verhörort der EBK konkrete Hinweise auf unterstellungspflichtige Tätigkeiten der X._____ geliefert hätte. Unter diesen Umständen kann der EBK keine Verletzung ihrer Aufsichtspflicht vorgeworfen werden. Dies vor allem auch deshalb, weil die X._____ bereits seit März 2004 keine Geschäftstätigkeiten mehr ausübte (vgl. die Ausführungen der EBK in ihrer Verfügung vom 26. Oktober 2005, S. 3).

6.4 Insgesamt kann nach dem Gesagten der EBK zu keinem Zeitpunkt vorgeworfen werden, dass sie ihrer Aufsichtspflicht gegenüber der X._____ nicht genügend nachgekommen sei. Die EBK unterliess keine rechtlich vorgeschriebenen Aufsichtsmaßnahmen und handelte im Rahmen ihres aufsichtsrechtlichen Ermessensspielraums.

Damit liegt keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 3 VG vor. Die Vorinstanz hat das Gesuch der Beschwerdeführerin um Schadenersatz zu Recht abgewiesen. Ob der behauptete Anspruch der Beschwerdeführerin

auch wegen Verjährung nicht zu anerkennen ist, kann deshalb offenbleiben. Die Beschwerde ist abzuweisen.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Sie hat daher die auf Fr. 4'000.– festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

7.2 Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdeführerin angesichts ihres Unterliegens nicht zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Auch die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der von ihr in gleicher Höhe einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Marcel Tiefenthal

Tobias Grasdorf

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Staatshaftung können beim Bundesgericht angefochten werden, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 85 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheides beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). 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 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand:

Zustellung erfolgt an:

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