



Urteil vom 24. April 2012

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger,
Richter Philippe Weissenberger,
Gerichtsschreiber Michael Barnikol.

Parteien

1. **X.** _____ **GmbH,**
2. **A.** _____,
3. **B.** _____,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Kurt U. Blickenstorfer
und Rechtsanwalt Dr. Thomas Iseli, Bratschi Wiederkehr &
Buob, Bahnhofstrasse 70, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Entgegennahme von Publikumseinlagen, Werbeverbot.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin 1 ist eine GmbH mit Sitz im Kanton Zug, deren statutarischer Zweck insbesondere in der Vermögensverwaltung und Beratung sowie der Vermittlung von Finanzgeschäften im In- und Ausland besteht. Die Beschwerdeführerin 2 ist einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführerin und Gesellschafterin der Beschwerdeführerin 1. Die Beschwerdeführerin 3 ist ebenfalls Gesellschafterin der Beschwerdeführerin 1, zudem führt sie bzw. die von ihr vertretene Treuhandgesellschaft die Buchhaltung der Beschwerdeführerin 1. Die Beschwerdeführerin 2 ist einzige Kommanditistin der Y._____ GmbH & Co. KG (nachfolgend Y._____) mit Sitz in (...) Deutschland. Die Beschwerdeführerin 1 hat sich als stille Gesellschafterin an der Y._____ beteiligt.

B.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 12. Januar 2011 untersagte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 1 jegliche Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie jegliche Werbung hierfür und setzte einen Untersuchungsbeauftragten bei diesem Unternehmen ein. Der Untersuchungsbeauftragte lieferte der Vorinstanz am 3. März 2011 einen Untersuchungsbericht betreffend die Beschwerdeführerin 1 ab, in welchem er insbesondere festhielt, dass die Beschwerdeführerin 1 bei diversen Personen Darlehen aufgenommen habe. Die Darlehen dienten einem weit gefassten Zweck, namentlich der Projektfinanzierung, dem Erwerb von Beteiligungskapital, Geldanlagen jeglicher Art sowie dem Wertpapierhandel. Die Darlehensverträge verwiesen auf einen zusätzlichen Investmentvertrag oder einen zusätzlichen Projektfinanzierungsvertrag.

C.

Mit Verfügung vom 8. April 2011 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin 1 gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen habe und die Beschwerdeführerinnen gegen das Bankengesetz verstossen hätten. Die Beschwerdeführerin 1 wurde angewiesen, sämtliche Einlagen mit Zins umgehend zurückzuzahlen, sofern die Einleger nicht schriftlich bestätigten, dass sie auf eine vorzeitige Rückzahlung verzichteten. Weiter verhängte die Vorinstanz gegen die Beschwerdeführerinnen ein Werbeverbot und verfügte, dass die das Werbeverbot betreffenden Dispositivziffern der Verfügung auf ihrer Internetseite sowie allenfalls in anderen geeigneten Medien veröffentlicht würden. Zur Begründung führte sie an, die Beschwerdeführerin 1 habe in den Jahren 2008

bis 2010 mit 22 Personen Darlehensverträge abgeschlossen. Gestützt auf diese Verträge seien ihr von mindestens 21 Darlehensgebern Geldbeträge in der Höhe von mindestens 1,7 Mio. Franken gewährt worden, ohne dass sie über eine Bankbewilligung verfüge. Die Beschwerdeführerin 1 verfüge über eine genügende Liquidität, um die Forderungen der Investoren und die laufenden Verpflichtungen zu decken. Da die Beschwerdeführerin 1 gegenwärtig gegenüber 16 Darlehensgebern Verbindlichkeiten habe, keine Werbung für die Entgegennahme von Publikumseinlagen mache und vorschlage, die Anzahl der Anleger weiter auf 10 zu reduzieren, erscheine die Liquidation der Beschwerdeführerin 1 als unverhältnismässig. Die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 seien als Geschäftsführerin und Gesellschafterin bzw. als Buchhalterin und Gesellschafterin der Beschwerdeführerin 1 für die gesetzwidrigen Aktivitäten der Beschwerdeführerin 1 verantwortlich, weshalb das auch ihnen gegenüber ausgesprochene Werbeverbot und dessen Publikation richtig und angemessen seien.

D.

Die Beschwerdeführerinnen erheben am 12. Mai 2011 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht und beantragen insbesondere, die Verfügung der Vorinstanz vom 8. April 2011 sei aufzuheben.

D.a Sie machen geltend, die Beschwerdeführerin 1 habe nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung sämtliche Darlehen freiwillig zurückgezahlt, um sich kooperativ zu zeigen und das Verfahren zügig abzuschliessen. Des Weiteren hätten sich die Beschwerdeführerinnen nicht öffentlich für die Entgegennahme von Publikumseinlagen empfohlen. Sie hätten ihre Dienstleistungen im Allgemeinen sowie die Entgegennahme von Darlehen im Besonderen nie in der Öffentlichkeit angepriesen. Sie betrieben keine Homepage und hätten keine Vermittler beauftragt, um Darlehensgeber zu akquirieren. Die Darlehensgeber seien persönliche Bekannte aus dem familiären Umfeld der Beschwerdeführerin 2 gewesen. Beispielsweise handle es sich bei einem der Darlehensgeber um den ehemaligen Ehemann der Beschwerdeführerin 2. Zu keinem Zeitpunkt sei die Beschwerdeführerin 1 Darlehensnehmerin von mehr als 19 Personen gewesen. Bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung habe sie die Zahl der Darlehen auf 16 reduziert, weshalb eine allfällige Entgegennahme von Publikumseinlagen keinesfalls als dauerhaft angesehen werden könne.

D.b Im Hinblick auf die Anzahl der Verbindlichkeiten seien insbesondere drei Fälle besonders zu berücksichtigen:

D.b.a Am 20. Juli 2009 hätten die Beschwerdeführerin 1 und die W._____ GmbH einen Darlehensvertrag abgeschlossen. Der Vertrag sei von den Geschäftsführern C._____ und D._____ namens der W._____ GmbH unterschrieben worden. Das Darlehen in der Höhe von € 100'000.- sei in zwei Raten zu jeweils € 50'000.- von C._____ bzw. D._____ überwiesen worden. Neben diesem Darlehensvertrag existiere ein weiterer Darlehensvertrag vom 14. Mai 2009 über € 50'000.-, den die Beschwerdeführerin 1 nur mit C._____ abgeschlossen habe. Dabei handle es sich um den "Vorgänger" des Darlehensvertrags mit der W._____ GmbH vom 20. Juli 2009. Der Vertrag vom 14. Mai 2009 sei nie abgewickelt worden. Daher habe die Beschwerdeführerin 1 mit der W._____ GmbH nur einen einzigen Vertrag abgeschlossen.

D.b.b Mit Vertrag vom 5. Dezember 2008 habe sich E._____ verpflichtet, der Beschwerdeführerin 1 ein Darlehen von € 15'000.- zu gewähren. Am 21. April 2009 habe E._____ mit der Beschwerdeführerin 1 ein Addendum zum Darlehensvertrag vereinbart, wonach die Darlehenssumme um € 50'000.- erhöht werde. Die gesamthaft vereinbarte Darlehenssumme habe € 65'000.- betragen. Es habe daher zwischen der Beschwerdeführerin 1 und E._____ nur ein einziges Vertragsverhältnis vorgelegen.

D.b.c F._____ habe am 18. März 2009 als Präsidentin eines Vereines für diesen mit der Beschwerdeführerin 1 einen Darlehensvertrag über € 30'000.- abgeschlossen. G._____, der Vater von F._____, habe am 3. April 2009 ebenfalls einen Darlehensvertrag mit der Beschwerdeführerin 1 unterzeichnet. Diesen Vertrag habe er namens des Vereines abgeschlossen, was aus dem Vertragsdokument zwar nicht ohne weiteres ersichtlich sei, aber dem erklärten Willen der Parteien entsprochen habe. Daher bestehe auch insofern nur eine Darlehensforderung.

D.c Ferner treffe es nicht zu, dass die Beschwerdeführerinnen beabsichtigten, sich zukünftig Darlehen gewähren zu lassen. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hätten beschlossen, sich aus diesem Geschäftsbereich vollständig zurückzuziehen. Die Beschwerdeführerin 3 habe in der Vergangenheit für die Beschwerdeführerin 1 keine Darlehen entgegengenommen und beabsichtige dies auch nicht für die Zukunft. Sie sei lediglich im Auftragsverhältnis auf Mandatsbasis für die Beschwerdeführerin 1 tätig und nicht in deren Geschäftsführung involviert gewesen. Dabei sei

sie für die Buchhaltung zuständig gewesen und habe nichts mit der eigentlichen Geschäftstätigkeit, insbesondere mit dem Abschluss von Darlehensverträgen zu tun gehabt. Über Einzelzeichnungsberechtigung verfüge sie, weil sie in administrativen Belangen gegenüber Behörden auftreten solle. Den Gesellschaftsanteil von 30 % an der Beschwerdeführerin 1 halte sie lediglich treuhänderisch.

E.

Mit Verfügung vom 15. Juli 2011 zog die Vorinstanz die angefochtene Verfügung teilweise in Wiedererwägung. Sie hob die Dispositivziffer 7, welche die Veröffentlichung des Werbeverbots betraf, auf.

F.

Soweit im Streit verbleibend, beantragt die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 18. Juli 2011, die Beschwerde abzuweisen.

F.a Zur Begründung führt sie an, es sei aktenkundig, dass die Beschwerdeführerin 1 22 Darlehensverträge mit 22 individuellen Anlegern abgeschlossen habe. Gestützt auf diese Verträge hätten 21 verschiedene Anleger auf ein von der Beschwerdeführerin 1 bezeichnetes Konto Geld überwiesen.

F.b Die Beschwerdeführerinnen könnten sich nicht auf die Ausnahmebestimmung des Art. 3a Abs. 4 Bst. b der Bankenverordnung stützen, wonach Einlagen von Aktionären oder Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung am Schuldner und mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen nicht als Publikumseinlagen anzusehen seien. Bei den Darlehensgebern handle es sich weder um Aktionäre, noch um Gesellschafter mit einer qualifizierten Beteiligung an der Beschwerdeführerin 1, sondern um Dritte, die der Beschwerdeführerin 1 Darlehen als Fremdkapital gewährt hätten. Im Hinblick auf die drei Fälle, auf welche in der Beschwerdeschrift konkret eingegangen werde, sei folgendes zu berücksichtigen:

F.b.a Neben dem mit der W._____ GmbH am 20. Juli 2009 geschlossenen Darlehensvertrag, seien zwei weitere unterschriebene Darlehensverträge aktenkundig. Den einen habe die Beschwerdeführerin 1 mit D._____ am 8. August 2008 abgeschlossen und den anderen mit C._____ am 14. Mai 2009. Weiterhin gebe es einen Zusatz zum Vertrag mit C._____, der zeitlich nach der Unterzeichnung des Vertrages mit der W._____ GmbH abgeschlossen worden sei. Der Vertrag mit der

W._____ GmbH sei erst unterzeichnet worden, nachdem die beiden anderen Darlehensbeträge von den beiden Privatpersonen überwiesen worden seien. Angesichts dieser Aktenlage sei davon auszugehen, dass es sich um Einlagen von zwei verschiedenen Anlegern handle.

F.b.b Dass es bei den von E._____ am 5. Dezember 2008 und am 8. Mai 2009 überwiesenen Geldbeträgen von insgesamt € 65'000.- um Einlagen von demselben Anleger handle, werde nicht bestritten. Auch unter Berücksichtigung dieses Umstands sei vom Abschluss von 22 Darlehensverträgen auszugehen.

F.b.c Der Vorinstanz lägen Verträge vor, in denen einerseits G._____ und andererseits der genannte Verein, für den F._____ unterzeichnet habe, der Beschwerdeführerin 1 Darlehen gewährten. Für die Zinsüberweisungen seien unterschiedliche Kontenangaben gemacht worden. Demnach handle es sich um zwei unterschiedliche Anleger.

F.c Aus den Kontounterlagen der Y._____ sei ersichtlich, dass abgesehen von den der Vorinstanz bekannten Anlegern noch mindestens 11 weitere Anleger Gelder auf das Konto der Y._____ eingezahlt hätten. Es sei nicht bekannt, ob dies basierend auf Darlehensverträgen mit der Beschwerdeführerin 1 oder der Y._____ geschehen sei.

F.d Obwohl die Beschwerdeführerin 1 in den vergangenen zwei Jahren allgemeine Beratungsdienstleistungen erbracht habe, liege ihre hauptsächliche Tätigkeit im Abschliessen von Darlehensverträgen und damit zusammenhängenden Tätigkeiten wie der Vermittlung von Investitionsmöglichkeiten in Bezug auf die entgegengenommenen Kundengelder. Dies gehe einerseits aus den Beteiligungsverträgen mit der Y._____ hervor und werde andererseits aus der Bilanz der Beschwerdeführerin 1 ersichtlich. In den Jahren 2009 und 2010 stünden Forderungen in der Höhe von 1,6 Mio. und 1,7 Mio. Franken Umsätzen aus allgemeiner Beratungsleistung im Umfang von Fr. 51'000.- bzw. Fr. 482'000.- gegenüber.

F.e Im Zeitpunkt der Verfügung habe die Vorinstanz davon ausgehen müssen, dass die Beschwerdeführerinnen die Absicht gehabt hätten, auch künftig Darlehen entgegenzunehmen. Aus den Angaben der Beschwerdeführerin 2 werde ersichtlich, dass geplant war, weiter über Beteiligungsverträge in Unternehmen von Kunden zu investieren. Um selber investieren zu können, sei die Beschwerdeführerin 1 auf Fremdmittel an-

gewiesen gewesen, welche sie über Darlehen Dritter hätte besorgen müssen.

F.f Neben der Beschwerdeführerin 2 sei auch die Beschwerdeführerin 3 massgebend in die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 1 involviert gewesen. Die Beschwerdeführerin 2 habe in ihrer Funktion als einzelzeichnungsberechtigte Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin 1 Publikumseinlagen entgegengenommen. Die Beschwerdeführerin 3 sei einzelzeichnungsberechtigte Gesellschafterin und Buchhalterin der Beschwerdeführerin 1. Beide seien daher verantwortlich für die Entgegennahme der Publikumseinlagen und die damit zusammenhängende Verletzung des Bankengesetzes. Es bestehe somit ein ausreichender Grund, sie förmlich auf das Verbot, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen und die damit verknüpfte Strafdrohung hinzuweisen.

G.

Mit Replik vom 9. August 2011 und Duplik vom 8. September 2011 halten sowohl die Beschwerdeführerinnen als auch die Vorinstanz vollumfänglich an ihren Anträgen fest.

H.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2011 teilt die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen und dem Bundesverwaltungsgericht mit, sie verfüge über neue Anhaltspunkte, die nahelegten, dass die Beschwerdeführerin 1 weitere, bisher nicht aktenkundige Darlehensverträge abgeschlossen habe. Sie verweist insbesondere auf eine Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin 1 und dem Rechtsvertreter der Z._____ AG, einer Gesellschaft, mit der sie in geschäftlichem Kontakt stand. Daraufhin ersucht das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerinnen mit Zwischenverfügung vom 10. Januar 2012, mitzuteilen, ob weitere, bisher nicht bekannt gewordene Darlehensverträge abgeschlossen worden seien und allenfalls hierüber näheren Aufschluss zu geben.

I.

Mit Stellungnahme vom 30. Januar 2012 bestreiten die Beschwerdeführerinnen die Echtheit und den Inhalt der von der Vorinstanz vorgelegten E-Mail-Korrespondenz. Die Beschwerdeführerin 1 habe mit der Z._____ AG zwar im November 2010 einen Darlehensvertrag abgeschlossen. Der Vertrag sei indessen lediglich simuliert gewesen. Bei der Zahlung des "Darlehens" habe es sich tatsächlich um die Auszahlung einer Erlösbetei-

ligung gehandelt. Das Vorbringen des Rechtsvertreters der Z._____ AG, die Beschwerdeführerin 2 habe der Vorinstanz weitere Darlehensverträge vorenthalten, werde mit aller Vehemenz zurückgewiesen.

J.

Mit Stellungnahme vom 28. Februar 2012 führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerinnen hätten keine Unterlagen vorgelegt, welche die von ihnen behauptete Verfälschung der E-Mail Korrespondenz zumindest glaubhaft machen würden. Sie könnten ihre Behauptungen in keiner Weise substantiieren. Die Geschäftsbeziehung der Beschwerdeführerin 1 zur Z._____ AG sei dem Untersuchungsbeauftragten in pflichtwidriger Weise vorenthalten worden.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Entscheid der Vorinstanz vom 8. April 2011 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (vgl. Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der Vorinstanz erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG; SR 956.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung zuständig.

1.1. Die Beschwerdeführerinnen begehren die Aufhebung der angefochtenen Verfügung auch insoweit, als die Beschwerdeführerin 1 darin angewiesen wird, sämtliche Einlagen mit Zins umgehend zurückzuzahlen, sofern die Einleger nicht schriftlich bestätigten, dass sie auf eine vorzeitige Rückzahlung verzichten (Dispositiv-Ziff. 2). Gemäss dem unbestrittenen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen sind die Darlehen nach Eröffnung der angefochtenen Verfügung und vor Hängigkeit der Beschwerde vollständig zurückgezahlt worden (vgl. Rz. 19 der Beschwerdeschrift). Ein schutzwürdiges Interesse ist nur dann gegeben, wenn der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch besteht und infolge eines Urteils behoben werden könnte (BGE 131 II 81 E. 3; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe

Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, N. 15 zu Art. 48 VwVG). Da die Pflicht zur Rückzahlung der Darlehen erloschen ist, ist der entsprechende Nachteil weggefallen, so dass die Beschwerdeführerin 1 insofern kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung hatte, als sie die Beschwerde einreichte. Soweit die Beschwerdeführerinnen auch die Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 8. April 2011 anfechten, ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten.

1.2. Im Übrigen sind die Beschwerdeführerinnen als Adressaten der angefochtenen Verfügung durch die Feststellungen und Anordnungen im Dispositiv dieser Verfügung besonders berührt. Sie haben daher insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Verfügung und sind zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Beschwerdefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1, 22a Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und es liegt eine rechtsgültige Vollmacht der Rechtsvertreter vor. Auf die Beschwerde ist somit im dargelegten Umfang einzutreten.

2.

Die Vorinstanz hat ihren Entscheid mit Verfügung vom 15. Juli 2011 in Wiedererwägung gezogen und Dispositivziffer 7 der Verfügung vom 8. April 2011 aufgehoben. Damit wurde dem Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen insofern entsprochen, als sie sich in ihrer Beschwerde gegen die in der aufgehobenen Dispositivziffer verfügte Veröffentlichung des Werbeverbots wehren. Diesbezüglich ist die Sache deshalb als infolge der Wiedererwägung gegenstandslos geworden abzuschreiben (vgl. ANDREA PFLEIDERER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 48 und 52 zu Art. 58 VwVG)

3.

Als Aufsichtsbehörde über den Finanzmarkt trifft die Vorinstanz die zum Vollzug des Bankengesetzes und dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (vgl. Art. 3 und Art. 6 Abs. 1 FINMAG). Erhält sie von Verstössen gegen die Gesetze des Finanzmarktrechts oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG). Da die Aufsichtsbehörde allgemein über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu wachen hat, ist ihre Aufsicht

nicht auf die ihr bereits unterstellten Betriebe (insbesondere Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der in Frage stehenden finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft oder Person (vgl. Art. 3 Bst. a FINMAG und Art. 1 und 3 ff. des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [Bankengesetz, BankG, SR 952.0]). Praxisgemäss kann sie daher die in den Finanzmarktgesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. Personen einsetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.1, mit Hinweisen). Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die Vorinstanz von Gesetzes wegen befugt und verpflichtet, die zur Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Erweist sich, dass die in Frage stehende natürliche oder juristische Person unbewilligt unterstellungspflichtige Aktivitäten ausgeübt hat und ihre Tätigkeit nicht bewilligungsfähig ist, so können diese Anordnungen bis zum Verbot der betreffenden Tätigkeit bzw. zur Liquidation und – bei Überschuldung – zur Konkursöffnung reichen (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.2, mit Hinweisen). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Vorinstanz im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (insbesondere Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot sowie Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits, Rechnung zu tragen (Anleger- und Funktionsschutz; BGE 130 II 351 E. 2.2; BGE 126 II 111 E. 3b; BGE 121 II 147 E. 3a). Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, liegt weitgehend in ihrem "technischen Ermessen" (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1.2, BGE 126 II 111 E. 3b).

4.

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen vor, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen zu haben, ohne die hierfür erforderliche Bewilligung zu besitzen.

4.1. Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 S. 1 BankG). Die Entgegennahme von Publikumseinlagen besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig für eigene Rechnung Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, wobei grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen gelten. Es muss ein Ver-

trag vorliegen, in dem sich der Zahlungsempfänger zur späteren Rückzahlung der betreffenden Summe verpflichtet (vgl. BGE 132 II 382 E. 6.3.1). Massgeblich hierfür ist nicht die Bezeichnung der Einlagen, sondern der gewollte Vertragszweck. Nicht als Einlagen gelten Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden, Anleiheobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubiger in einem dem Art. 1156 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) entsprechenden Umfang informiert werden, Habensaldi auf Kundenkonten von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird, oder Gelder, deren Entgegennahme in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsvertrag, der beruflichen Vorsorge oder anderen anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) stehen (vgl. Art. 3a Abs. 3 Bst. d der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 [Bankenverordnung, BankV, SR 952.02]). Nur diese in Art. 3a Abs. 3 Bst. a-d BankV abschliessend – als Ausnahmen – aufgezählten Verbindlichkeiten gelten nicht als Einlagen (vgl. ALOIS RIMLE, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 13). Die Umschreibung des Begriffs Einlagen erfolgt damit negativ (vgl. DANIEL ZUBERBÜHLER, Revision des Bankengesetzes vom 18. März 1994 und der Bankenverordnung, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 3/1994, S. 18 f.). Ferner sind bestimmte Einlagen kraft Gesetzes nicht als Publikumseinlagen zu qualifizieren (Art. 3a Abs. 4 BankV). Hierzu zählen insbesondere Einlagen von in- und ausländischen Banken oder anderen staatlich beaufsichtigten Unternehmen und institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie.

Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 BankV).

4.2. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass die Beschwerdeführerin 1 mit einer nicht unerheblichen Anzahl von Personen Darlehensverträge abschloss, mit welchen sie sich auf eigene Rechnung zur Rückzahlung der als Darlehen gewährten Gelder verpflichtete. Die entgegen-

genommenen Darlehen erfüllen die allgemeine Definition der Publikumseinlagen.

4.2.1. Indessen berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf den Ausnahmetatbestand des Art. 3a Abs. 4 Bst. b BankV. Nach dieser Vorschrift stellen Einlagen von Aktionären oder Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung am Schuldner und mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen keine Publikumseinlagen dar. Da das Bankengesetz grundsätzlich dem Schutz der Publikumsgläubiger dient, entfällt eine Unterstellungspflicht, wenn das betreffende Unternehmen hauptsächlich mit eigenen Mitteln arbeitet oder durch massgeblich beteiligte Gesellschafter bzw. Aktionäre finanziert wird. In diesem Fall sind die Gläubiger in erster Linie nicht als Anleger, sondern als Geschäftsherren anzusehen und können ihre Gläubigerstellung aufgrund ihrer Beteiligung selbst schützen. Das gleiche gilt nach Art. 3a Abs. 4 Bst. b BankV auch für diejenigen Personen, die mit den von der Unterstellungspflicht ausgenommenen Aktionären bzw. Gesellschaftern wirtschaftlich oder familiär verbunden sind. Wenn sie aufgrund ihrer engen Beziehung zu den qualifizierten Aktionären bzw. Gesellschaftern gegenüber dem Publikum über einen Informations- und Einflussvorsprung verfügen, erscheint es nämlich nicht sachgerecht, sie mit den Publikumsgläubigern gleichzustellen. Wenn sich die Beteiligung demgegenüber weitgehend im Rahmen einer blossen Kapitalanlage hält, erscheint eine solche Ausnahme nicht gerechtfertigt (RASHID BAHAR/ ERIC STUPP, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, N. 23 zu Art. 1 BankG; BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/STEFAN KRAMER, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2011, N. 38 zu Art. 1 BankG).

4.2.2. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Darlehensgeber seien persönliche Bekannte aus dem familiären Umfeld der Beschwerdeführerin 2 und ihrem Ehemann. Sie hätten mehrheitlich erklärt, dass zwischen ihnen und der Beschwerdeführerin 2 eine vertrauensvolle private und geschäftliche Beziehung bestehe. Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, bei den Anlegern handle es sich weder um Aktionäre, noch um Gesellschafter mit einer qualifizierten Beteiligung an der Beschwerdeführerin 1, sondern um Dritte, die der Beschwerdeführerin 1 Darlehen als Fremdkapital überwiesen hätten.

4.2.3. Über eine qualifizierte Beteiligung verfügen diejenigen natürlichen und juristischen Personen, welche an der betreffenden Gesellschaft direkt oder indirekt mit mindestens 10 % des Kapitals oder der Stimmen beteiligt sind oder deren Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen können (Art. 3 Abs. 2 Bst. c^{bis} BankG). Die Beschwerdeführerin 2 ist als Gesellschafterin mit einer qualifizierten Beteiligung an der Beschwerdeführerin 1 anzusehen, da sie Anteile in der Höhe von insgesamt Fr. 7'000.- (35 × Fr. 200.-) am Stammkapital von Fr. 20'000.- hält und zudem die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin 1 ist (vgl. Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin 1, pag. A1 78). Die von der Vorinstanz berücksichtigten Darlehensverträge wurden allesamt von Drittpersonen und nicht von der Beschwerdeführerin 2 oder anderen Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung gewährt. Es besteht allerdings unbestritten ein gewisses persönliches Näheverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin 2 und einzelnen Anlegern. Voraussetzung für das Eingreifen der Ausnahmebestimmung des Art. 3a Abs. 4 Bst. b BankV ist indessen eine wirtschaftliche oder familiäre Beziehung zwischen einem qualifizierten Aktionär oder Gesellschafter und dem betreffenden Anleger, die so eng ist, dass dieser nicht als Publikumsgläubiger anzusehen ist und auch nicht wie ein solcher geschützt zu werden braucht.

4.2.4. Keiner der Darlehensgeber ist mit der Beschwerdeführerin 2 oder anderen qualifizierten Gesellschaftern der Beschwerdeführerin 1 verwandt. Die Beschwerdeführerinnen konnten auch nicht näher substantiieren, dass die der Beschwerdeführerin 1 nahestehenden Darlehensgeber im Vergleich zum Publikum über einen Informations- und Einflussvorsprung verfügen, welcher die Darlehensgeber weniger schutzwürdig erscheinen liesse, als andere Publikumsgläubiger. Das Vorliegen einer vertrauensvollen privaten geschäftlichen Beziehung genügt hierfür allein noch nicht. Die Voraussetzung der Ausnahmebestimmung von Art. 3a Abs. 4 Bst. b BankV sind somit nicht erfüllt.

4.3. Dass einer der weiteren Ausnahmetatbestände nach Art. 3a Abs. 3 oder 4 BankV erfüllt sein könnte, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Bei den entgegengenommenen Darlehen handelt es sich somit um Publikumseinlagen i.S.d. Art. 1 Abs. 2 BankG.

4.4. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass die Entgegennahme der Einlagen gewerbsmässig erfolgt ist. Der Beschwerdeführerin 1 seien keineswegs von mehr als 20 Personen Darlehen gewährt worden, zudem

habe sie sich nie öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfohlen.

4.4.1. Der Begriff der Gewerbsmässigkeit ist im BankG nicht näher definiert. Gemäss Art. 3a Abs. 2 BankV handelt gewerbsmässig im Sinne des Gesetzes, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt. Das Kriterium der Gewerbsmässigkeit und seine nähere Definition in Art. 3a Abs. 2 BankV dient zur Abgrenzung, ab welchem Ausmass eine durch das BankG geschützte Tätigkeit ausgeübt wird. Die Unterstellung einer Tätigkeit unter die Aufsicht der Vorinstanz ist im Hinblick auf Ziel und Zweck der Bankengesetzgebung zu sehen und rechtfertigt sich nur, wenn eine Tätigkeit eine gewisse Intensität erreicht. Diesbezüglich sind stets die gesamten Umstände des Einzelfalls zu würdigen. Auf der einen Seite ist denkbar, dass wegen des sich präsentierenden Gesamtbildes – auch ohne Entgegennahme von mehr als 20 Publikumseinlagen und ohne öffentliche Werbung – von einer derart intensiven Tätigkeit auszugehen ist, welche die Bankengesetzgebung den ihr unterstellten Personen vorbehält. Auf der anderen Seite soll die Vorinstanz nicht in Fällen einschreiten, die als unbedeutend erscheinen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 2.4.3).

Der Begriff „gewerbsmässig“ legt nahe, in analoger Weise auf die Definition der Handelsregisterverordnung abzustellen (Art. 2 Bst. b der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HregV, SR221.411]), wonach der Begriff des Gewerbes als selbständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit definiert ist. So wie Art. 36 Abs. 1 HregV eine Mindestumsatzgrenze für die Eintragungspflicht vorsieht, sieht auch Art. 3a Abs. 2 BankV eine zahlenmässige Grenze vor, um die gelegentliche Entgegennahme von Darlehen, die weder bewilligungspflichtig noch verboten ist, von der bewilligungspflichtigen systematischen Entgegennahme von Publikumseinlagen zu unterscheiden. Insofern stellt Art. 3a Abs. 2 BankV die unumstössliche gesetzliche Vermutung auf, dass bei mehr als 20 Publikumseinlegern Gewerbsmässigkeit anzunehmen ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2482/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 3.1.2; KLEINER/SCHWOB/KRAMER, a.a.O., N. 31 zu Art. 1 BankG).

4.4.2. Nach Art. 3 Abs. 1 BankV ist es Personen, denen es nach Art. 1 Abs. 2 BankG untersagt ist, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, verboten, in irgendeiner Form dafür Werbung zu treiben, insbesondere in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektroni-

schen Medien. Das Bundesgericht hat daraus abgeleitet, dass ebenfalls gewerbsmässig im Sinne von Art. 3a Abs. 2 BankV handle, wer sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfehle, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren würden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.712/2006 vom 29. Juni 2007 E. 2.2.1; BGE 132 II 382 E. 6.3.1, je mit weiteren Hinweisen). Nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung reicht denn auch bereits der Nachweis der Absicht, Gelder gewerbsmässig entgegenzunehmen, um auf Gewerbsmässigkeit zu erkennen bzw. die Bewilligungspflicht auszulösen (vgl. KLEINER/SCHWOB/KRAMER, a.a.O., N. 31 zu Art. 1 BankG; BAHAR/STUPP, a.a.O., N 10 zu Art. 1 BankG; RIMLE, a.a.O., K. 1 Rz. 19 f.).

4.4.3. In der Bundesverwaltungsrechtspflege gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]). Frei ist die Beweiswürdigung vor allem darin, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, die dem Richter genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben (vgl. BGE 130 II 482 E. 3.2; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 278 f.). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verlangt, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat. Veranschlagt wird dabei sowohl das beigebrachte Beweismaterial als auch das Beweisverhalten der Parteien. Beweis ist geleistet, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine Beweisnot besteht (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2). Dann gilt der Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit einer Sachbehauptung derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht in Betracht kommen (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1).

Im Verfahren zur Abklärung einer allfälligen Unterstellungs- und Bewilligungspflicht nach dem Bankengesetz trifft die Betroffenen eine relativ weitgehende Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht. Diese beinhaltet insbesondere die Erteilung sämtlicher Auskünfte und die Herausgabe aller Unterlagen, welche die Vorinstanz benötigt, um ihrer Aufsichtstätigkeit nachzugehen und die Unterstellungspflicht abzuklären (vgl. Art. 1 BankV; BGE

121 II 147 E. 3a sowie Urteil des Bundesgerichts 2A.509/1999 vom 24. März 2000 E. 3b).

4.4.4. In den Akten sind Vertragsdokumente enthalten, die belegen, dass gegen Ende des Jahres 2009 Darlehensverbindlichkeiten zwischen der Beschwerdeführerin 1 und mehr als 20 Personen bestanden (pag. C1 148-159 und 162-258). Die Beschwerdeführerinnen beziehen sich in ihrem Vorbringen betreffend die Anzahl der entgegengenommenen Darlehen auf den in den Akten (pag. C1 161) enthaltenen Kontenplan (vgl. Rz. 37 der Beschwerdeschrift), weshalb es als unstrittig gelten kann, dass die Beschwerdeführerin 1 von den dort angegebenen 22 Personen Geldbeträge als Darlehen empfangen hat, soweit sich aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nichts anderes ergibt. Indessen gibt der Kontenplan selbst nur darüber Aufschluss, wer an die Beschwerdeführerin 1 geleistet hat. Um die Anzahl der Verbindlichkeiten feststellen zu können, muss auf die jeweiligen Vertragsdokumente abgestellt werden. Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die Vorinstanz in drei Fällen zu Unrecht vom Bestehen mehrerer Darlehensverbindlichkeiten ausgegangen sei, obwohl jeweils nur ein Vertragsverhältnis vorgelegen habe.

4.4.5. In den Akten sind drei Vertragsurkunden enthalten (pag. C1 148-159), die belegen, dass die Beschwerdeführerin 1 am 8. August 2008 einen Darlehensvertrag mit D._____, am 14. Mai 2009 einen Darlehensvertrag mit C._____ und am 20. Juli 2009 einen Vertrag mit der W._____ GmbH abgeschlossen hat. Die Rückzahlung der am 8. August 2008 und am 14. Mai 2009 gewährten Darlehen war am 31. Dezember 2009 fällig. Das Darlehen vom 20. Juli 2009 war am 31. Dezember 2011 zurückzuzahlen. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Vertragsparteien seien davon ausgegangen, dass nur eine Vertragsbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der W._____ GmbH habe bestehen sollen. Dementsprechend sei der zwischen C._____ und der Beschwerdeführerin 1 abgeschlossene Vertrag nicht ausgeführt worden. Aktenkundig ist indessen, dass C._____ und die Beschwerdeführerin 1 am 22. April 2010 eine als "Addendum – Darlehensvertrag" bezeichnete Vereinbarung (pag. C1 147) mit folgendem Inhalt abgeschlossen haben: "Der Darlehensgeber erhöht gegenüber dem Darlehensnehmer nach Massgabe und unter den vereinbarten Bedingungen des bereits am 14. Mai 2009 abgeschlossenen Darlehensvertrages den Darlehensbetrag um 40'000.- € [...]." Aus dem dokumentierten Willen der Vertragsparteien folgt daher, dass diese im vorliegend relevanten Zeitraum – dem Ende des Jahres 2009 – übereinstimmend davon ausgingen, dass zu-

mindest der Darlehensvertrag vom 14. Mai 2009 neben demjenigen vom 20. Juli 2009 als eigenständige Vertragsbeziehung Bestand haben sollte. Dass die Vertragsparteien die am 8. August 2008 bzw. am 14. Mai 2009 abgeschlossenen Darlehensverträge aufgehoben und durch den Vertrag vom 20. Juli 2009 ersetzt haben, ist hingegen nicht belegt. Für die Frage, wie viele Darlehensverbindlichkeiten am Ende des Jahres 2009 gleichzeitig bestanden, ist zudem nicht massgebend, ob der am 14. Mai 2009 geschlossene Darlehensvertrag im Nachhinein abgewickelt worden ist.

4.4.6. Aktenkundig ist ferner, dass die Beschwerdeführerin 1 am 5. März und am 29. März 2009 jeweils zwei separate Darlehensverträge mit G._____ und der V._____ e.V. abgeschlossen hat (pag. C1 166-170 und 178-182). Aus dem Vertragsdokument vom 3. April 2009 ist klar ersichtlich, dass dieser den Vertrag in eigenem Namen und nicht im Namen der V._____ e.V. unterzeichnet hat. Der Verein findet im Vertragsdokument an keiner Stelle Erwähnung. Es bestanden somit gegen Ende des Jahres 2009 zwei eigenständige Vertragsbeziehungen zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der V._____ e.V. einerseits sowie G._____ andererseits. Dass G._____ im April 2010 erklärt hat, er stelle seine Erträge aus dem Darlehen der V._____ e.V. zur Verfügung, vermag daran nichts zu ändern.

4.4.7. Zwischen den Parteien ist nicht umstritten, dass nur eine einzige Darlehensverbindlichkeit zwischen der Beschwerdeführerin 1 und E._____ bestand. Auch aus dem Kontenplan folgt nichts anderes, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

4.4.8. Die Beschwerdeführerinnen machen schliesslich geltend, die Entgegennahme der Darlehen sei nicht dauerhaft i.S.v. Art. 3a Abs. 2 BankV erfolgt. Die vorliegend massgebenden Darlehen wurden der Beschwerdeführerin im Laufe des Jahres 2009 oder früher gewährt und ihre Rückzahlung war grösstenteils am 31. Dezember 2009 fällig. Der späteste Vertragsabschluss erfolgte im Oktober 2009 (pag. C1 171). Somit waren die betreffenden Darlehensverträge zumindest über einen Zeitraum von mehreren Monaten gleichzeitig wirksam, weshalb die Entgegennahme der Publikumseinlagen als dauerhaft i.S.v. Art. 3a Abs. 2 BankV zu qualifizieren ist.

4.5. Gestützt auf die in den Akten vorhandenen Vertragsdokumente und das unstreitige Vorbringen der Parteien kann somit davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin 1 dauernd mehr als 20 Publi-

kumseinlagen entgegengenommen hat. Gemäss Art. 3a Abs. 2 BankV führt dies zur unumstösslichen Vermutung, dass die Entgegennahme der Publikumseinlagen gewerbsmässig erfolgt ist. Somit hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass die Beschwerdeführerinnen ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen haben.

4.6. Dies Vorinstanz bringt vor, es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass zwischen der Beschwerdeführerin 1 und weiteren Geschäftspartnern, insbesondere der Z._____ AG, zusätzliche Darlehensverbindlichkeiten vorgelegen hätten. Die E-Mail-Korrespondenz, auf welche sich die Vorinstanz bezieht, mag zwar indizieren, dass die Beschwerdeführerin 1 weitere Darlehen erhalten hat. Indessen liegen keine Beweismittel vor, aus denen sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, mit wem, über welchen Zeitraum hinweg und zu welchen Konditionen die Beschwerdeführerin 1 weitere Verträge abgeschlossen haben könnte. Da die Gewerbsmässigkeit der Entgegennahme der Publikumseinlagen vorliegend gestützt auf die in den Akten enthaltenen Vertragsdokumente anzunehmen ist, kann ohnehin offen bleiben, ob der Beschwerdeführerin 1 von der Z._____ AG oder anderen Geschäftspartnern weitere Darlehen gewährt wurden.

5.

Die Beschwerdeführerin 3 rügt, dass sich die angefochtene Verfügung nicht lediglich an die Beschwerdeführerinnen 1 und 2, sondern auch an sie selbst richtet. Sie habe in der Vergangenheit für die Beschwerdeführerin 1 keine Darlehen entgegengenommen. Zudem sei sie lediglich im Auftragsverhältnis auf Mandatsbasis für die Beschwerdeführerin 1 tätig und nicht in deren Geschäftsführung involviert gewesen. Dabei sei sie für die Buchhaltung zuständig gewesen und habe nichts mit der eigentlichen Geschäftstätigkeit, insbesondere mit dem Abschluss von Darlehensverträgen zu tun gehabt.

Von der bankenrechtlichen Aufsicht werden indirekt auch solche Personen erfasst, die in leitender Funktion bei beaufsichtigten Instituten tätig sind und daher die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten haben (SHELBY DU PASQUIER/FRANÇOIS RAYROUX, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 12 zu Art. 3 FINMAG). Als Adressaten einer auf Art. 31 FINMAG gestützten finanzmarktaufsichtlichen Massnahme kommen daher neben beaufsichtigten Unternehmen i.S.v. Art. 3 FINMAG und Unternehmen, die ohne Bewilligung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, auch die Organe solcher Unter-

nehmen und Personen in Betracht, die i.S.v. Art. 33 FINMAG in leitender Stellung tätig sind und die betreffende Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zu verantworten haben (PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/SILVIA RENNINGER, Basler Kommentar Börsengesetz/ Finanzmarktaufsichtsgesetz, a.a.O., N. 13 zu Art. 31 FINMAG). Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit tragen zudem auch jene Personen, die an einer Bank gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c^{bis} BankG qualifiziert beteiligt sind (DU PASQUIER/RAYROUX, a.a.O., N. 12 zu Art. 3 FINMAG).

Die Beschwerdeführerin 3 hält Anteile in der Höhe von insgesamt Fr. 6'000.- (30 x Fr. 200.-) am Stammkapital von Fr. 20'000.- der Beschwerdeführerin 1 (vgl. Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin 1, pag. A1 78). Sie ist daher – ähnlich wie die Beschwerdeführerin 2 – an mehr als 10 % des Kapitals der Beschwerdeführerin 1 beteiligt, weshalb ihre Beteiligung als qualifiziert i.S.v. Art. 3 Abs. 2 Bst. c^{bis} BankG anzusehen ist (vgl. oben E. 4.2.3). Unabhängig von ihrer Funktion innerhalb der Beschwerdeführerin 1 ist die Beschwerdeführerin 3 daher gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c^{bis} BankG verpflichtet, die Gewähr dafür zu tragen, dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt. Sie untersteht daher insofern indirekt der bankenrechtlichen Aufsicht, weshalb die Vorinstanz sie als Adressatin der angefochtenen finanzmarktaufsichtsrechtlichen Massnahmen bezeichnen konnte.

6.

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden des Weiteren das gegen sie verhängte Werbeverbot.

Mit dem Verbot, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder dafür zu werben, wurde den Beschwerdeführerinnen lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich dabei nicht um eine eigenständige Massnahme, sondern lediglich um eine Warnung bzw. Ermahnung. Das Bundesgericht erachtet ein derartiges Werbeverbot gegenüber den verantwortlichen Organen einer juristischen Person, bezüglich welcher rechtskräftig festgestellt wurde, dass sie unbewilligt einer nach einem Finanzmarktgesetz bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist, als reine "Reflexwirkung" dieser illegalen Aktivität (vgl. BGE 135 II 356 E. 5.1 mit Hinweisen). Die Anforderungen an die Anordnung eines derartigen Verbots sind daher gering (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2311/2010 vom 22. Oktober 2010, E. 5.3). Im vorliegenden Fall bestand nach dem bisher

Gesagten ein ausreichender Grund, die Beschwerdeführerinnen förmlich auf das Verbot, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, sowie auf die mit einem Verstoss gegen dieses Verbot verknüpfte Strafdrohung hinzuweisen.

7.

Die finanzmarktrechtlichen Massnahmen müssen wie jedes staatliche Handeln verhältnismässig sein (vgl. zur Einsetzung eines Beobachters: BGE 126 II 111 E. 5b/bb). Sie sollen mit anderen Worten nicht über das hinausgehen, was zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erforderlich ist. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und für den Betroffenen zumutbar ist. Zulässigkeitsvoraussetzung bildet mithin eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.274/2004 vom 13. April 2005 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2007 vom 17. September 2008 E. 3.2).

Die Verletzung von Art. 1 Abs. 2 S. 1 BankG wiegt vorliegend nicht schwer, da die Beschwerdeführerinnen unstreitig nicht öffentlich für die Entgegennahme von Publikumseinlagen geworben haben und den Darlehensgebern kein Schaden entstanden ist. Die Grenze von mehr als 20 Publikumseinlagen, ab welcher von einer gewerbsmässigen Tätigkeit auszugehen ist, wurde nur sehr knapp überschritten (vgl. oben E. 4.4.4). Eine Absicht der Beschwerdeführerinnen, in grösserem Umfang als bisher Publikumseinlagen entgegenzunehmen, ist ebenfalls nicht ohne weiteres ersichtlich. Die Vorinstanz will dies aus dem Umstand ableiten, dass die Beschwerdeführerin 1 beabsichtigt habe, weiter über Beteiligungsverträge in Unternehmen von Kunden zu investieren. Um selber investieren zu können, sei die X. _____ GmbH ihrerseits auf Fremdmittel angewiesen gewesen, welche sie sich über Darlehen hätte besorgen müssen. Die Investition in Unternehmen von Kunden stellt indessen keine Entgegennahme von Publikumseinlagen dar. Dass die Beschwerdeführerin 1 gezwungen ist, Publikumseinlagen entgegenzunehmen, um ihre Investitionen zu finanzieren, ist nicht belegt. Vielmehr ist unbestritten, dass ein Teil der Einnahmen der Beschwerdeführerin 1 nicht aus der Entgegennahme von Publikumseinlagen herrührt.

Die Vorinstanz hat somit zu Recht von der aufsichtsrechtlichen Liquidation der Beschwerdeführerin 1 und von der Publikation des Werbeverbots abgesehen. Indem sie sich darauf beschränkt hat, den Verstoss gegen

das Bankengesetz festzustellen und das Werbeverbot auszusprechen, hat sie diejenigen Massnahmen gewählt, welche die Beschwerdeführerinnen am wenigsten belasten. Sie hat daher nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen.

8.

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten und sie nicht als gegenstandslos abzuschreiben ist.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten, soweit sie unterlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sofern die Beschwerde infolge der Wiedererwägung der Vorinstanz gegenstandslos geworden ist, können ihnen indessen nur dann Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn ihr Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da die Wiedererwägung aus Anlass der aktuellen bundesgerichtlichen und bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung erfolgte. Es rechtfertigt sich daher, den Beschwerdeführerinnen drei Viertel der Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 3'375.- in solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen. Diese sind mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von 4'500.- (je Fr. 1'500.-) zu verrechnen.

10.

Die Kostenverlegung im vorinstanzlichen Verfahren wird nicht bemängelt, so dass sich an dieser Stelle Weiterungen hierzu erübrigen.

11.

Soweit das Verfahren teilweise gegenstandslos geworden ist, ist den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen, da nicht ihr Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 15 i.V.m. Art. 5 S. 1 VGKE). Soweit sie nach dem Gesagten hingegen unterlegen sind, ist ihnen keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Da die

Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht haben, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 S. 2 VGKE). Eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 1'500.- (inkl. MwSt und Auslagen) erscheint als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird als gegenstandslos beschrieben, sofern sie die Dispositivziffer 7 der Verfügung der Vorinstanz vom 8. April 2011 (Veröffentlichung des Werbeverbots) betrifft. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.

2.

Den Beschwerdeführerinnen werden reduzierte Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'375.- auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'500.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'125.- wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Den Beschwerdeführerinnen wird eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.- zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Frank Seethaler

Michael Barnikol

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 26. April 2012