



Abteilung II  
B-1172/2018

## Urteil vom 17. Dezember 2018

Besetzung

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

Parteien

1. X. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation,  
2. Y. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation,  
3. A. \_\_\_\_\_,  
alle vertreten durch  
Robin Moser, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführende,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Vorinstanz.

Gegenstand

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

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Die X. \_\_\_\_\_ AG, (Sitz der Gesellschaft), wurde am 25. August 2005 ins Handelsregister eingetragen und bezweckt u.a. die Vermögensverwaltung und die Finanzberatung. Alleinaktionär ist A. \_\_\_\_\_, der seit 2010 als Geschäftsführer und seit 2014 als einziges, einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats amtiert. Er war bereits von August bis November 2005 einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat. Die X. \_\_\_\_\_ AG ist seit August 2006 Mitglied bei einer Selbstregulierungsorganisation (SRO), nach Parteiangaben jedoch seit August 2016 "inaktives Mitglied". Die X. \_\_\_\_\_ AG verfügt über keine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) als Bank oder Effektenhändlerin.

**A.b** Die Y. \_\_\_\_\_ AG, (Sitz der Gesellschaft), wurde am 11. Juli 2006 ins Handelsregister eingetragen und bezweckt u.a. die Beratung in Vermögens- und Finanzangelegenheiten sowie die Betreuung von Vermögen. A. \_\_\_\_\_ ist seit Gründung der Gesellschaft einziger Verwaltungsrat mit Einzelzeichnungsberechtigung. Im Rahmen einer Kapitalerhöhung im April 2008 kam ein Darlehen der X. \_\_\_\_\_ AG in der Höhe von CHF 4.5 Mio. zur Verrechnung, das nach Angaben der X. \_\_\_\_\_ AG aus Geldern von ihren Anlegern stammte. Hierfür gab die Y. \_\_\_\_\_ AG 7'500 Namenaktien und 15'000 Inhaberpartizipationsscheine (Inhaber-PS) zum Nennwert von je CHF 200.– aus, so dass sie neu über ein Aktienkapital von CHF 1.6 Mio. verfügte, das im Umfang von CHF 1.55 Mio. liberiert war, sowie über ein Partizipationskapital von CHF 3 Mio. Die X. \_\_\_\_\_ AG erwarb am 19. April 2008 die Inhaber-PS und die 7'500 Namenaktien der Y. \_\_\_\_\_ AG, wobei die Inhaber-PS nach Parteiangaben unmittelbar den Depots der Kunden nach Massgabe ihrer Partizipation am Erhöhungsbetrag von CHF 4.5 Mio. zugeordnet worden seien. Mit Vertrag vom 31. Mai 2016 verkaufte A. \_\_\_\_\_ mindestens 50 % der Y. \_\_\_\_\_ -Aktien an die Z. \_\_\_\_\_ AG, (Sitz der Gesellschaft), deren einziges einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied er ist. Vertraglich war eine Option zum Erwerb der restlichen 50 % der Aktien vorgesehen, welche gemäss Parteiangaben ausgeübt wurde. Allerdings ist A. \_\_\_\_\_ gegenüber den Banken als Alleinaktionär der Y. \_\_\_\_\_ AG erfasst. Die Z. \_\_\_\_\_ AG gehört seit dem 2. April 2016 zu 100 % der X. \_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in (...)/DE, deren Anteile die X. \_\_\_\_\_ AG im Umfang von 49.8 % hielt. Die Mehrheit der Aktien gehörte B. \_\_\_\_\_. Nachdem die Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA; nachfolgend: Vorinstanz) einen Untersuchungsbeauftragten

eingesetzt hatte, wurde die X. \_\_\_\_\_ AG als Gesellschafterin ausgeschlossen und ihre Anteile wurden eingezogen. Heute hält B. \_\_\_\_\_ sämtliche ausgegebenen Gesellschaftsanteile, soweit die X. \_\_\_\_\_ GmbH diese nicht selber hält. Die X. \_\_\_\_\_ GmbH verwaltet bis heute im wesentlichen Umfang Gelder von den Kunden der X. \_\_\_\_\_ AG. Die Y. \_\_\_\_\_ AG verfügt weder über eine Bewilligung der FINMA noch ist sie einer SRO angeschlossen.

**A.c** Mit superprovisorischer Verfügung vom 22. Dezember 2016 setzte die Vorinstanz bei der X. \_\_\_\_\_ AG, nachdem sie entsprechende Vorabklärungen vorgenommen hatte, einen Untersuchungsbeauftragten ein, der seinen Bericht am 20. März 2017 erstattete. Die Verfahren betreffend die X. \_\_\_\_\_ AG und A. \_\_\_\_\_ wurden sodann vereinigt und ihnen das rechtliche Gehör zum Untersuchungsbericht gewährt. Gestützt auf den Untersuchungsbericht und die eingegangenen Stellungnahmen dehnte die Vorinstanz das Verfahren am 1. Juni 2017 auf die Y. \_\_\_\_\_ AG aus und setzte denselben Untersuchungsbeauftragten ein, der seinen (ergänzenden) Bericht am 9. August 2017 erstattete und zu dem sich die Y. \_\_\_\_\_ AG äussern konnte. A. \_\_\_\_\_ wurde am 22. Juni 2017 von der Vorinstanz befragt.

## **B.**

Mit Verfügung vom 15. Februar 2018 stellte die Vorinstanz fest, dass die X. \_\_\_\_\_ AG und die Y. \_\_\_\_\_ AG gemeinsam als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt hätten sowie die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bankenbewilligung nicht erfüllten und somit die nachträgliche Bewilligungserteilung ausgeschlossen sei (Dispositiv-Ziff. 1 und 2). Ferner stellte die Vorinstanz fest, dass A. \_\_\_\_\_ aufgrund seines massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe (Dispositiv-Ziff. 3). Die Vorinstanz ordnete die Auflösung der Gesellschaften sowie deren Liquidation auf dem Weg des Konkurses an, legte als Zeitpunkt der Konkurseröffnung den 19. Februar 2018, 8 Uhr, und als Publikationsdatum den 27. Februar 2018 fest (Dispositiv-Ziff. 4 und 9). Gleichzeitig setzte die Vorinstanz eine Konkursliquidatorin ein, auferlegte die Kosten der Liquidation den betroffenen Gesellschaften und stellte die Geschäftstätigkeit der X. \_\_\_\_\_ AG und der Y. \_\_\_\_\_ AG auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung ein, wobei ihnen und ihren Organen insbeson-

dere verboten wurde, Auszahlungen zu leisten und Zahlungen entgegenzunehmen (Dispositiv-Ziff. 5, 6 und 8). Die Vorinstanz entzog den bisherigen Organen der Gesellschaften die Vertretungsbefugnis und wies die zuständigen Handelsregisterämter an, die entsprechenden Einträge am 27. Februar 2018 vorzunehmen (Dispositiv-Ziff. 7 und 10). Gegenüber A.\_\_\_\_\_ verfügte sie, unter Verweis auf die gesetzlich vorgesehene Strafandrohung, eine Unterlassungsanweisung sowie deren Veröffentlichung nach Eintritt der Rechtskraft auf ihrer Webseite für die Dauer von fünf Jahren (Dispositiv-Ziff. 11-13). Die mit superprovisorischen Verfügungen vom 22. Dezember und 1. Juni 2017 angeordnete Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots, die auf die X.\_\_\_\_\_AG und die Y.\_\_\_\_\_AG lauten oder an denen diese wirtschaftlich berechtigt sind, wurde aufrechterhalten und die Konkursliquidatorin ermächtigt, über die gesperrten Vermögenswerte zu verfügen (Dispositiv-Ziff. 14). Dispositiv-Ziff. 4 bis 10, 14 und 15 wurden für sofort vollstreckbar erklärt und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen, wobei Verwertungshandlungen bis zur Rechtskraft der Verfügung auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland beschränkt wurden (Dispositiv-Ziff. 15). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz der X.\_\_\_\_\_AG, der Y.\_\_\_\_\_AG und A.\_\_\_\_\_ solidarisch die bisher angefallenen Kosten des mit superprovisorischen Verfügungen vom 22. Dezember 2016 und 1. Juni 2017 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von CHF 56'507.10 (inkl. MwSt) sowie die Verfahrenskosten von CHF 46'000.- (Dispositiv-Ziff. 16 und 17).

### C.

Mit Eingabe vom 26. Februar 2018 erhoben die X.\_\_\_\_\_AG und die Y.\_\_\_\_\_AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1 und 2) sowie A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer 3) dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Beschwerde innerhalb der gesetzlichen Frist noch ausführlich begründet werde. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellen sie ein Gesuch um aufschiebende Wirkung mit dem Begehren, der Beschwerde sei in Bezug auf die Dispositiv-Ziff. 4, 5, 6, 9 und 10 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen bzw. die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung sei superprovisorisch wiederherzustellen. Mit dem Begehren um aufschiebende Wirkung sei die Vorinstanz umgehend per Fax über die Anordnung der aufschiebenden Wir-

kung zu informieren und anzuweisen, auf die Publikation der Konkursöffnung und des Schuldenrufs auf ihrer Internetseite und im Handelsamtsblatt einstweilen zu verzichten. Die zuständigen Handelsregisterämter seien ebenfalls umgehend per Fax über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu informieren und anzuweisen, auf die von der Vorinstanz angeordnete Eintragung in Bezug auf die beiden Gesellschaften einstweilen zu verzichten.

**D.**

Mit Zwischenverfügung vom 26. Februar 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführenden um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich Dispositiv-Ziff. 4, 5, 6, 9 und 10 der angefochtenen Verfügung ab.

**E.**

Mit Eingabe vom 21. März 2018 reichten die Beschwerdeführenden die in der Beschwerdeschrift angekündigte Beschwerdeergänzung ein und erklärten, sofern zwischen den Eingaben materielle Abweichungen bestünden, gehe die neuerliche Eingabe vor.

**F.**

Mit Vernehmlassung vom 4. Mai 2018 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerden.

**G.**

Mit als "Noveneingabe" bezeichneter Eingabe vom 20. Juli 2018 hielten die Beschwerdeführenden an ihren Anträgen fest und reichten ein von der Konkursliquidatorin versandtes Gläubigerzirkular vom 16. Juli 2018 ein.

**H.**

Mit Stellungnahme vom 30. Juli 2018 äusserte sich die Vorinstanz zur Eingabe der Beschwerdeführenden und hielt an ihrem Antrag fest.

**I.**

Mit Stellungnahme vom 13. August 2018 äusserten sich die Beschwerdeführenden zur Eingabe der Vorinstanz und reichten eine Forderungseingabe des Beschwerdeführers 3 im Konkursverfahren der Beschwerdeführerin 2 ein.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerden zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

**1.2** Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 sind Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und anwaltlich vertreten. Der Rechtsanwalt wurde am 23. Februar 2018 vom Beschwerdeführer 3 mandatiert, der bis zur Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten durch die FINMA – und dem damit verbundenen Entzug seiner Vertretungsbefugnis – bei beiden Gesellschaften einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied war. Seine sich aus der Organstellung bzw. Organvertretung (Art. 55 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) ergebende Befugnis, mit direkter Wirkung für die juristischen Personen Beschwerde zu führen, wird praxisgemäss durch den Eintritt in die Liquidation, die Einsetzung eines Liquidators und die Konkursöffnung nicht berührt (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.1; Urteile des BGer 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 1.3.1, 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.2.1 und 2A.712/2006 vom 29. Juni 2007 E. 2.1.1). Der Beschwerdeführer 3 erhebt zudem in eigenem Namen Beschwerde.

**1.3** Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch die sie betreffenden Feststellungen und Anordnungen besonders berührt und haben als Verfügungsadressaten insoweit ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; vgl. BGE 136 II 304 E. 2.3.1; Urteil des BGer 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 1f; vgl. auch Urteil des BGer 2C\_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 3; anders jedoch Urteile des BGer 2C\_303/2016 vom 24. November 2016 E. 2.5.1, 2C\_305/2016 vom 24. November 2016 E. 2.1 und 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 1.2.3).

**1.4** Die Beschwerdeführenden haben den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerden frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

## 2.

**2.1** Die Vorinstanz kommt in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, die Beschwerdeführerin 1 habe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen. Für die seit 2006 abgeschlossenen Verträge zwischen ihr und den Anlegern bestünden Rückzahlungsverpflichtungen und individuell vereinbarte Renditeversprechen. Die entgegengenommenen Gelder hätten folglich Fremdkapitalcharakter. Die Verträge würden Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin 1 gegenüber den Anlegern entstehen lassen. Entsprechend handle es sich um Publikumseinlagen im Sinne des Bankengesetzes. Die Gewerbsmässigkeit sei aufgrund der Anzahl der abgeschlossenen Verträge, aber auch wegen des Einsatzes von Vermittlern gegeben. Die Beschwerdeführerin 1 habe von mindestens 100 Anlegern Publikumseinlagen in der Höhe von insgesamt mindestens EUR 2.8 Mio. entgegengenommen, wobei sie durch Internetpräsenz sowie den Einsatz von Vermittlern aktiv und öffentlich Werbung betrieben habe. Ein Ausnahmetatbestand sei nicht erfüllt. Damit habe die Beschwerdeführerin 1 über Jahre schwer gegen Aufsichtsrecht verstossen. Die aufsichtsrechtliche Massnahme schliesst über eine Gruppenbetrachtung die Beschwerdeführerin 2 ein. Aufgrund der Beteiligung des Beschwerdeführers 3 verhängt die Vorinstanz gegen ihn eine Unterlassungsanweisung, deren Veröffentlichung sie verfügt.

**2.2** Die Beschwerdeführenden bringen dagegen vor, die Beschwerdeführerin 1 habe die Gelder im Zusammenhang mit einem Dienstleistungsvertrag, nämlich einem Vermögensverwaltungsvertrag bzw. Auftrag, erhalten. Sie habe sich nicht zur Rückzahlung der betreffenden Summe verpflichtet. Es handle sich bei den Geldern nicht um Einlagen, sondern um Anlagen. Das ergebe sich bereits aus der Bezeichnung der Verträge als "Verwaltungs- und Treuhandvertrag" und der Formulierung, wonach "der Auftraggeber den Auftragnehmer [beauftragt], seine Anlagesumme als flexible Anlage mit fester Laufzeit zu verwalten". Die Vertragsbedingungen würden klarstellen, dass es sich beim genannten Zinssatz um eine Renditeprognose und nicht um ein Zinsversprechen handle. Der Auftragnehmer habe das Recht, die Gelder nach freiem Ermessen zu platzieren, insbesondere in Wertpapiere zu investieren, die "den Rückzahlungsbetrag der getätigten Investition zum Ablaufdatum bestimmen". Dem Kunden sei per Ende der Vertragslaufzeit der Liquidationserlös der Anlagen oder die Anlagen selber zurückzuerstatten. Die sorgfältige Anlage zwecks Minimierung des Verlustrisikos werde in den Vertragsbedingungen erwähnt. Ein Verlustrisiko aus der Anlage selber gebe es nicht bei Einlagen. Bei Einlagen bestehe das

Verlustrisiko ausschliesslich aus dem Bonitätsrisiko desjenigen, der die Einlage entgegennehme. Im Übrigen hätten die Kunden keinen Vertrag abschliessen wollen, bei dem die Beschwerdeführerin 1 zur Rückzahlungsschuldnerin geworden wäre, ansonsten mehr Kunden ihre Forderungen in deren Konkurs angemeldet hätten. Die Voraussetzungen einer aufsichtsrechtlichen Gruppe, der Konkursliquidation und der Veröffentlichung der Unterlassungsanweisung stellen die Beschwerdeführenden in Abrede.

### 3.

**3.1** Gemäss Art. 1 Abs. 2 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) dürfen natürliche und juristische Personen, die diesem Gesetz unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist. Die Auflage von Anleihen gilt nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen. Nicht dem BankG unterstehen Vermögensverwalter, Notare und Geschäftsagenten, die lediglich die Gelder ihrer Kunden verwalten und keinen Bankbetrieb führen (Art. 1 Abs. 3 Bst. b BankG). Wer gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennimmt, ist bewilligungs- und aufsichtspflichtig und gilt damit als Bank (Art. 3 BankG i.V.m. Art. 3 Bst. a FINMAG; Urteil des BGer 2C\_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.5). Als Publikumseinlagen gelten nach Art. 5 Abs. 1 der Bankenverordnung vom 24. April 2014 (BankV, SR 952.02; bis zum 31. Dezember 2014 Art. 3a Abs. 3 und 4 aBankV [AS 1995 253]) die Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden mit Ausnahme derjenigen nach den Absätzen 2 und 3 von Art. 5 BankV. Nach Art. 6 Abs. 1 BankV handelt gewerbsmässig im Sinne des BankG, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich – in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien – zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (BGE 136 II 43 E. 4.2 m.H.). Die Ausnahmebestimmungen zur Gewerbsmässigkeit nach Art. 6 Abs. 2 und 3 BankV sind erst seit dem 1. August 2017 in Kraft und daher vorliegend nicht anwendbar.

**3.2** Nach der Rechtsprechung besteht die Entgegennahme von Publikumseinlagen – das bankenmässige Passivgeschäft – darin, dass ein Unternehmen für eigene Rechnung gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2 m.H.; 132 II 382 E. 6.3.1; Urteile des BGer 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 4.1 und 2C\_345/2015 vom



24. November 2015 E. 6.3 m.H.). Entscheidend für den Einlagebegriff ist die Rückzahlungsverpflichtung für die empfangene Leistung (Urteil des BGer 2C\_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1 und 7.4.3). Der Einlagebegriff verlangt aber weder, dass die gesamte Summe zurückbezahlt wird, noch dass die Rückzahlung sofort und ohne Zwischentransaktion erfolgt (Urteil des BGer 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 5.3.1; Urteil des BVGer B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 2.2.1 m.H.).

Gesetzesumgehungen werden nicht geschützt. Bei Gestaltungen, welche jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegen, ist näher zu prüfen, ob die Ausnahmebestimmung missbräuchlich, d.h. zu Zwecken, die nicht in Übereinstimmung mit den Zielen und Zwecken des Gesetzes stehen, angerufen wird. Wird eine solche missbräuchliche Anrufung bejaht, ist der aufsichtsrechtlichen Beurteilung sachverhaltsmässig nicht die gewählte zivilrechtliche, sondern diejenige Rechtsgestaltung zu Grunde zu legen, welche sachgemäss gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen (Sachverhaltsfiktion). Aufsichtsrechtliche Bestimmungen zwecks Anleger-, Investoren- und Gläubigerschutz, insbesondere solche über Bewilligungen als Voraussetzung für einen Marktzutritt, sollen nicht durch konstruierte zivilrechtliche Rechtsgestaltungen umgangen werden können (Urteil des BGer 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2).

Grundsätzlich gelten sämtliche Verbindlichkeiten als Einlagen (BGE 136 II 43 E. 4.2), sofern sie nicht aufgrund einer zulässigen rechtssatzmässigen Regelung von diesem Begriff ausgenommen worden sind (Urteile des BGer 2C\_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.3 und 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 4.2). Die Anwendung des Aufsichtsrechts setzt voraus, dass der Einlagebegriff i.S.v. Art. 1 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BankV auf das in Frage stehende Geschäftsmodell anwendbar ist. Wenn der Einlagebegriff erfüllt ist, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine Ausnahmebestimmung nach Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV greift (vgl. Urteil des BGer 2C\_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1). Wenn eine Ausnahmebestimmung an sich erfüllt ist, ist in einem dritten Schritt zu prüfen, ob der Ausnahmebestimmung die Anwendung wegen Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften zu versagen ist (vgl. Urteil des BGer 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 2.2.1 m.H.).

**3.3** Die Beschwerde stellt das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 1 und 2 und den Sachverhalt, welcher der Verfügung zugrunde liegt, wie folgt dar:

Die Beschwerdeführerin 1 habe von Kunden Gelder zur Vermögensverwaltung und Anlage gestützt auf eine umfassende Verwaltungsvollmacht angenommen. Bis 2008 habe die Beschwerdeführerin 1 diese Gelder namens und auf Rechnung der Kunden als Darlehen an die Beschwerdeführerin 2 weitergeleitet. Diese habe 2008 eine Kapitalerhöhung vorgenommen. Das Kapital sei durch Verrechnung mit den gewährten Darlehen in der Höhe von CHF 4.5 Mio. liberiert worden. Die Inhaber-PS seien nicht einzeln und physisch ausgegeben worden, sondern global in unverbriefter Form. Sie seien in das Depot der Anleger gelegt worden und es habe eine entsprechende Liste bestanden. Aufgrund eines Hackerangriffs auf den Server der Beschwerdeführerin 1 sei es zum Datenverlust gekommen, weshalb die Wertpapiere nicht mehr zuordenbar seien. Bis 2014 seien Inhaber-PS der Beschwerdeführerin 2 von der Beschwerdeführerin 1 erworben worden. Die Beschwerdeführerin 2 habe das Geld (aus ihrer Sicht Eigenkapital) vor allem in zwei Fonds angelegt, die von der liechtensteinischen Finanzmarktaufsicht genehmigt seien. Die Zwischenschaltung der Beschwerdeführerin 2 sei notwendig gewesen, um Verwaltungsgebühren und Courtagen tief zu halten. Ab 2014 habe die Beschwerdeführerin 1 gestützt auf die Verwaltungsvollmachten namens und auf Rechnung der Kunden nachrangige Darlehen der X. \_\_\_\_\_ GmbH gezeichnet. Die Kunden hätten die Gelder direkt an die X. \_\_\_\_\_ GmbH überwiesen, welche die Gelder in Finanzprodukte und andere Anlagen investiert habe. Im Jahr 2016 sei in Deutschland die Prospektspflicht für Nachrangdarlehen eingeführt worden, weshalb die Beschwerdeführerin 1 in der Zwischenzeit bis zur Genehmigung des Prospekts Gelder direkt angenommen habe. Der Beschwerdeführer 3 habe seit 2014 den Betrieb der Beschwerdeführerin 1 und 2 herunterfahren und die Geschäfte nach Deutschland verlagern wollen. Dieses Bestreben sei durch den Hackerangriff und die Untersuchung der Vorinstanz gestört worden.

Die Beschwerdeführerin 2 verfüge über keine eigenen Kunden, sondern nur über Aktionäre und Partizipanten, wobei die Gelder ausschliesslich von der Beschwerdeführerin 1 stammten. Seit 2008 seien der Beschwerdeführerin 2 keine Kundengelder mehr zugeflossen. Diese habe lediglich von Kursgewinnen und Erträgen profitiert. Bei Kündigung eines Vertrags durch den Kunden (der Beschwerdeführerin 1) oder bei Ablauf der Vertragsdauer

seien die Inhaber-PS entweder von der Beschwerdeführerin 2 zurückgekauft und quasi zwischenparkiert oder an andere Kunden verkauft worden. Der Beschwerdeführer 3 sei allein für die Zahlungsaufträge der Beschwerdeführerin 2 und die Betreuung der Gelder zuständig.

**3.4** Die Sachverhaltsdarstellung in der Beschwerde lässt sich aufgrund fehlender Unterlagen nur teilweise überprüfen. Das Fehlen von Unterlagen soll auf einen Hackerangriff zurückzuführen sein, den die Beschwerdeführenden behaupten, aber nicht belegen. Belegt ist, dass die Beschwerdeführerin 1 die Inhaber-PS der Beschwerdeführerin 2 im April 2008 zwar gezeichnet hat, was aus den Dokumenten zur Kapitalerhöhung hervorgeht; für die Weiterübertragung der frei übertragbaren Inhaber-PS auf die Kunden, gibt es aber keinerlei Belege. Obwohl der Erwerb von Inhaber-PS eine Meldepflicht gegenüber der betroffenen Gesellschaft auslöst (Art. 697i Abs. 1 i.V.m. Art. 656a Abs. 2 OR; vgl. MARKUS HESS/EMANUEL DETTWILER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 697i, Rz. 2), fehlen auch dazu Unterlagen. Nach Angaben der Beschwerdeführenden sind es ca. 250 Inhaber. Dass bei der Vertragskündigung durch Kunden (der Beschwerdeführerin 1) oder bei Ablauf der Vertragsdauer Inhaber-PS entweder von der Beschwerdeführerin 2 zurückgekauft oder an andere Kunden übertragen bzw. verkauft worden sind, ist aufgrund der Akten nicht nachzuvollziehen. Auch bleibt fraglich, unter welchem Titel die Beschwerdeführerin 1 der Beschwerdeführerin 2 Gelder der Anleger überwiesen haben soll, da das Partizipationskapital der Beschwerdeführerin 2 bereits 2008 bezahlt wurde (via Verrechnung, d.h. Umwandlung des Darlehens in Partizipationskapital) und nicht ein weiteres Mal getilgt werden kann. Was mit den Kundengeldern, die zwischen dem Erwerb der Inhaber-PS im Jahr 2008 und der Änderungen des Geschäftsmodells im Jahr 2014 entgegengenommen wurden, geschah, bleibt insoweit unklar. Wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt, steht der rechtserhebliche Sachverhalt gleichwohl fest.

### 3.5

**3.5.1** Die Sachverhaltsfeststellung durch die Behörde erfolgt von Amtes wegen (Art. 12 VwVG). Anlässlich der Abklärung des Sachverhalts gab der Beschwerdeführer 3 gegenüber dem Untersuchungsbeauftragten an, der lokale Server der Beschwerdeführerin 1 sei nach einem Hackerangriff im Herbst 2016 unbrauchbar geworden. Die Daten würden sich nicht wiederherstellen lassen. Auf diesem Server seien sämtliche Kundendossiers abgespeichert gewesen; physische Dossiers bestünden keine. Dennoch fand

der Untersuchungsbeauftragte bei der Sichtung der Geschäftsräume 172 physische Dossiers von Kunden, die aktuelle Verträge (u.a. auch Verlängerungen älterer Verträge) enthielten. Daraus geht hervor, dass die Beschwerdeführerin 1 mit ihren Kunden drei Arten von Verträgen schloss:

Vermögensverwaltungsvertrag: Der Kunde überwies einen vereinbarten Geldbetrag auf ein Konto der Beschwerdeführerin 1 in Deutschland und erteilte ihr den Auftrag, die Vermögenswerte zu verwalten (umfassende Vollmacht). Die Beschwerdeführerin 1 erhielt als Entgelt 1.5 % des durchschnittlichen Depots oder Kontowerts und 10 % der erwirtschafteten Nettorendite sowie Retrozessionen von den depotführenden Banken und Kapitalanlagegesellschaften. Diese Verträge wurden ab 2007 bis zum 11. August 2016 abgeschlossen.

Verwaltungs- und Treuhandvertrag für ratierlichen Kapitalaufbau: Der Kunde überwies monatlich einen Betrag in EUR auf ein Bankkonto der X. \_\_\_\_\_ GmbH in Deutschland, wobei vertraglich eine prognostizierte Rendite (i.d.R. 1.7 %) für eine bestimmte Dauer (i.d.R. 5 Jahre) vereinbart wurde. Solche Verträge wurden über mehrere Jahre abgeschlossen; die jüngsten datieren vom 15. August 2016.

Verwaltungs- und Treuhandvertrag für eine flexible Anlage mit fester Laufzeit: Der Kunde überwies an die Beschwerdeführerin 1 einen einmaligen Betrag in EUR, für den ein bestimmter Satz einer Renditeprognose (i.d.R. 2.15 %, 2.35 % im vierten und 2.65 % im fünften Anlagejahr) während einer bestimmten Dauer (6 bis 60 Monate) festgelegt wurde. Zudem wurde die Periodizität der Renditezahlung individuell vereinbart. Solche Verträge wurden ab 2006 bis zum 13. Juli 2016 abgeschlossen.

**3.5.2** Die Vertragsbedingungen, die für die zwei letztgenannten Verträge gelten, wurden in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vorformuliert und zum Vertragsinhalt gemacht. Sie halten fest, dass die festgelegte Rendite eine Prognose sei, da es dem Auftragnehmer aus rechtlichen Gründen nicht erlaubt sei, auf dem Hoheitsgebiet von Deutschland Erträge zu garantieren (Ziff. 1.1). Weiter wird festgelegt, dass eine Haftung für das korrekt eingesetzte Kapital ausschliesslich durch den Auftragnehmer erfolge und Erträge, welche die prognostizierte Rendite überstiegen, dem Auftragnehmer und dem Reservekonto zufließen würden (Ziff. 1.1). Der Auftragnehmer behalte sich vor, die Gelder nach bestem Wissen und Gewissen so zu platzieren, dass die prognostizierte Rendite erwirtschaftet werde. Dies beinhalte auch eine Investition in Wertpapiere, die den Rückzahlungsbetrag der getätigten Investition zum Ablaufdatum bestimmten (Ziff. 1.2). Abhängig von der vereinbarten Dauer und Art des Vertrags wird den Anlegern die Rückzahlung der Einlagen einschliesslich der Rendite auf einen bestimmten Zeitpunkt in Aussicht gestellt (Ziff. 5.1): "Dieser Vertrag wird

auf die umseitig festgelegte Dauer von mindestens 6, höchstens 60 Monaten abgeschlossen. Beachten Sie bitte, dass die Fälligkeit der Anlage-summe immer auf ein Quartalsende [31.03./30.06./30.09./31.12.] fällt und die Laufzeit dadurch verlängert werden kann. Die Rückzahlung der Anlage-summe erfolgt mit einer Frist von längstens 30 Tagen." Der Auftraggeber verpflichtet sich, "seinen Anlagebetrag ausschliesslich auf ein Konto des Auftragnehmers zu überweisen" (Ziff. 3.2). Vorgesehen ist die getrennte Aufbewahrung von Vermögenswerten der Beschwerdeführerin 1 und denjenigen der Anleger (Ziff. 4.1). Ferner wird der Auftragnehmer ermächtigt, alle Handlungen und/oder Massnahmen im Namen des Auftraggebers vorzunehmen, um den vertraglich geschuldeten Zweck zu erfüllen. Der Auftragnehmer ist bevollmächtigt, "alle erforderlichen Zeichnungen für Namen und Rechnung des Auftraggebers oder in eigenem Namen auf Rechnung des Auftraggebers bei Banken, Brokern, Verwaltern und Behörden vorzunehmen" (Ziff. 7.1). Die Verträge sind seitens der Beschwerdeführerin 1 alle vom Beschwerdeführer 3 unterzeichnet.

**3.5.3** Die Verlagsunterlagen in den Kundendossiers umfassen Verträge der drei Kategorien, die zwischen 2006 und 2016 geschlossen worden waren. Aus diesen Kundendossiers und den Kontounterlagen ergibt sich, dass von über 100 Anlegern (einige Anleger schlossen mehrere Verträge) insgesamt rund EUR 3 Mio. auf Konti der Beschwerdeführerin 1 und der X.\_\_\_\_\_ GmbH eingegangen sind, wobei rund EUR 2.5 Mio. aus den Vertragskategorien Verwaltungs- und Treuhandvertrag für ratierlichen Kapitalaufbau und für eine flexible Anlage mit fester Laufzeit stammen. Dies ist unbestritten. Die Gelder wurden nachweislich nicht getrennt von den Vermögenswerten der Beschwerdeführerin 1 aufbewahrt. Es wurden keine individuellen Konti für die Kunden geführt. Eine Weiterleitung der Gelder auf Konti des jeweiligen Kunden ist nicht erfolgt. Sammelkonti oder einzelne Rubriken pro Kunde bestanden ebenfalls nicht. Die Einzahlungen von Kunden wurden in der Bilanz und Erfolgsrechnung nicht ausgewiesen. Die Beschwerdeführerin 1 hat im untersuchten Zeitraum Rückzahlungen und Renditezahlungen an Kunden vorgenommen. Seit der Untersuchungsbeauftragte über Zugriff auf die schriftliche und elektronische Post an die Beschwerdeführerin 1 verfügte (10. Januar 2017), haben mehrere Kunden den Vertrag gekündigt, erneuert bzw. verlängert oder die Rückzahlung der Gelder verlangt.

**3.5.4** Aufgrund der Akten steht folgender Sachverhalt fest. Die Beschwerdeführerin 1 hat von 2006-2016 gestützt auf Verwaltungs- und Treuhand-

verträge für ratierlichen Kapitalaufbau sowie Verwaltungs- und Treuhandverträge für eine flexible Anlage mit fester Laufzeit Gelder von Kunden entgegen genommen und einen Zins versprochen, der auf den jeweiligen Verträgen ausdrücklich vermerkt ist (z.B. 2.15 % p.a.). Abhängig von der vereinbarten Dauer und Art des Vertrags wird den Anlegern die Rückzahlung der Gelder einschliesslich der vereinbarten Rendite auf einen bestimmten Zeitpunkt in Aussicht gestellt. Entgegen der vertraglichen Vereinbarung wurden die vereinnahmten Beträge nicht getrennt gehalten, sondern auf Konti der X. \_\_\_\_\_ GmbH und der Beschwerdeführerin 1 geführt.

Aktenkundig ist auch, dass die Beschwerdeführerin 1 an die Beschwerdeführerin 2 sowie an die X. \_\_\_\_\_ GmbH und an weitere im Einflussbereich des Beschwerdeführers 3 liegende Gesellschaften Gelder überwies und dass Barauszahlungen getätigt wurden. Nach den Feststellungen des Untersuchungsbeauftragten hat die Beschwerdeführerin 1 die von Anlegern auf ihre Konti einbezahlten Gelder einerseits für die Finanzierung des Geschäftsaufwands und für private Ausgaben des Beschwerdeführers 3 verwendet. Andererseits wurden Kundengelder zwischen mehreren Gesellschaften oder Anlagevehikeln, die vom Beschwerdeführer 3 direkt oder indirekt beherrscht werden, verschoben sowie Barauszahlungen getätigt. Daneben wurden Überweisungen an Kunden im Rahmen von Rendite- und Rückzahlungen getätigt.

Angaben der Beschwerdeführenden zufolge bestehen keine Geschäfts- bzw. Vertragsunterlagen der Beschwerdeführerin 2, da sie auf dem Server der Beschwerdeführerin 1 gespeichert gewesen seien. Von der externen Buchhalterin bzw. Treuhänderin konnte der Untersuchungsbeauftragte jedoch die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Jahre 2012-2015 sowie die nachträglich erstellte Bilanz und Erfolgsrechnung 2016 erhältlich machen. Die Beschwerdeführerin 2 gewährte Darlehen (an Gesellschaften von dem Beschwerdeführer 3 nahestehenden Personen und an seine Stieftochter, vgl. Kontenplan) und legte das eigene, aus der Ausgabe von Inhaber-PS stammende Kapital an. Ihr Finanzanlagevermögen war fast ausschliesslich in zwei Fonds angelegt, in die zeitweise auch die Beschwerdeführerin 1 investierte und bei denen der Beschwerdeführer 3 als Fondsmanager tätig war.

**3.5.5** Der Sachverhalt ist insoweit nicht geklärt, als sich aufgrund der Akten nicht feststellen lässt, welche Anlagen die Beschwerdeführerin 1 mit den Kundengeldern von 2006-2014 getätigt hat und in welchem Umfang damit Erträge erwirtschaftet wurden. Für die Elemente des Sachverhalts, die den

Tatbestand begründen, liegt die Beweislast bei der Behörde (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210] analog; zur analogen Anwendung im Verwaltungsrecht vgl. BGE 144 II 332 E. 4.1.3). Die Verwaltungsbehörden haben die Tatbestände für die Gewerbsmässigkeit, die Entgegennahme und die Publikumseinlage nachzuweisen. Ein Nachweis für die Anlage erfordert der Tatbestand nicht. Da er bereits die Entgegennahme erfasst, kommt es auf die Art der Anlage nicht an. Jeder Anlage, die ein Dritter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung über rechtlich oder wirtschaftlich fremdes Vermögen vornimmt, geht eine Einlage in das Vermögen des Dritten voraus. Der Einlagebegriff gibt dabei den Ausschlag. Abzustellen ist darauf, ob aus der Vertragsbeziehung eine Verbindlichkeit zur Rückzahlung der entsprechenden Leistung (auf der Passivseite) entsteht (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.2 m.H.), und nicht darauf, wie die Leistung angelegt wird (auf der Aktivseite). Der Anlagebegriff ist kein Begriff des Bankenrechts. Das bankenmässige Passivgeschäft ist allerdings abzugrenzen von der Vermögensverwaltung, da unabhängige Vermögensverwalter, die lediglich die Gelder ihrer Kunden verwalten, dem Bankengesetz nicht unterstehen (Art. 1 Abs. 3 Bst. b BankG).

**3.6** Das Tatbestandsmerkmal der Publikumseinlagen i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BankV ist für die Gelder, welche die Beschwerdeführerin 1 von Kunden auf eigenen Konti entgegengenommen hat, erfüllt. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung lässt sich nicht annehmen, dass sich die Beschwerdeführerin 1 lediglich zur Vermögensverwaltung verpflichtete. Der (externe bzw. unabhängige) Vermögensverwalter handelt in fremdem Namen und auf fremde Rechnung, ohne selbst zum Rückzahlungsschuldner zu werden; er verspricht weder Zins noch eine andere Form von Rendite, und die Rechtszuständigkeit am Vermögen verbleibt beim Kunden (vgl. FRANCO TAISCH, Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, S. 147; BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/STEFAN KRAMER, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Ausgabe 2011, Art. 1, Rz. 63; P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 78). Wie sich aus den Kundendossiers und den als allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bezeichneten Vertragsbedingungen ergibt, geht das vorliegende Geschäftsmodell über eine blosse Vermögensverwaltung weit hinaus.

Als Auftragnehmer liess sich die Beschwerdeführerin 1 bevollmächtigen, "alle Handlungen und/oder Massnahmen in seinem Namen vorzunehmen,

um den vertraglich geschuldeten Zweck zu erfüllen" (AGB Ziff. 7.1). Sie übernahm ausschliesslich die "Haftung für das korrekt eingesetzte Kapital" (AGB Ziff. 1.1, 2. Satz) und arbeitete auf eigene Rechnung, ansonsten der Vertrag eine Aufwand- und Auslagenersatzregelung vorgesehen hätte. Der Vertrag verspricht wörtlich einen Zins – z.B.: "2.15 % p.a. für die ersten 36 Monate der Laufzeit" – bzw. eine "festgelegte[...] Rendite für die definierte Laufzeit", bei der es sich um eine Prognose handelt (AGB Ziff. 1.1, 1. Satz). Dass der Zins je nach Vertrag als variable Rendite ausgestaltet ist, ändert nichts am Zinsversprechen als Entgelt für die Überlassung von Kapital. Der Kunde verpflichtet sich, "seinen Anlagebetrag ausschliesslich auf ein Konto des Auftragnehmers zu überweisen" (AGB Ziff. 3.2). Vor allem aber verpflichtete sich die Beschwerdeführerin 1 ausdrücklich zur "Rückzahlung der Anlagesumme" mit einer Frist von längstens 30 Tagen (AGB Ziff. 5.1). Die Verpflichtung zur Rückzahlung ist eine Verbindlichkeit gegenüber Kundinnen und Kunden und damit eine Einlage i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BankV.

Aufgrund der Vertragsbedingungen lässt sich nicht annehmen, dass sich der Anspruch auf den Liquidationserlös der Anlage oder die Anlage selber richtet. Lediglich die Höhe des Rückzahlungsanspruches wird bestimmt bei einer "Investition in Wertpapiere, welche den Rückzahlungsbetrag der getätigten Investition zum Ablaufdatum bestimmen" (AGB Ziff. 1.2, 2. Satz). Die Beschwerdeführenden übersehen, dass der Begriff der Einlage weder voraussetzt, dass die gesamte Summe zurückbezahlt wird, noch verlangt, dass die Rückzahlung sofort und ohne Zwischentransaktion erfolgt (Urteil des BGer 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 5.3.1). Die Bevollmächtigung der Beschwerdeführerin 1, das zur Verfügung gestellte Kapital in Wertpapiere zu investieren, lässt die Rückerstattungspflicht unberührt. Selbst wenn es zuträfe, dass die Beschwerdeführerin 1 die Wertpapiere zuordenbar in ein Kundendepot hinterlegt hätte, würde das an der Rückerstattungspflicht nicht ändern. Der Rückerstattungsanspruch schliesst den Übergang der Rechtszuständigkeit am Vermögen – anders als bei blosser Vermögensverwaltung – nicht aus, denn die Einlage kann sowohl gestützt auf einen Darlehensvertrag (mit Übertragung) als auch auf einen Hinterlegungsvertrag (ohne Übertragung) geleistet werden.

Aus der – nach Auffassung der Beschwerdeführenden geringen – Anzahl Forderungseingaben im Konkurs der Beschwerdeführerin 1 kann entgegen ihrer Ansicht nicht geschlossen werden, es würden keine Publikumsseinlagen vorliegen. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer 3 den (bekannten) Kunden mit Schreiben vom



29. März 2018 von einer Forderungsanmeldung im Konkurs der Beschwerdeführerin 1 ausdrücklich abgeraten hat. Damit hat er, wie die Vorinstanz zutreffend festhält, aktiv die Klärung der Forderungsverhältnisse behindert. Zudem hat die Beschwerdeführerin 1 in der Vergangenheit und insbesondere im Jahr 2015 tatsächlich Rückzahlungen an die Kunden geleistet. Für das Jahr 2016 räumen die Beschwerdeführenden denn auch selber ein, (kurzfristig) Einlagen von 33 Kunden in der Höhe von EUR 826'000.– entgegengenommen zu haben. Zu prüfen sind die Ausnahmetatbestände, auf die sich die Beschwerdeführenden berufen.

**3.7** Nach dem Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV (vormals Art. 3a Abs. 3 aBankV) gelten Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden, nicht als Einlage. Gelder im Sinne dieser Bestimmung sind fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter (FINMA-RS 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rz. 10 ff.). Erforderlich ist, dass die entgegengenommenen Gelder Gegenleistung für die erbrachte Dienstleistung darstellen (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.2.2; Urteil des BGer 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/cc). Die von den Kunden eingebrachten Summen sind offensichtlich keine Gegenleistung für die Verwaltungstätigkeit und die Geldanlage, zumal die Gelder nach Ablauf oder bei Kündigung des Vertrags zurückzuerstatten sind und zum Teil tatsächlich zurückerstattet wurden. Der Vertragszweck liegt in der Überlassung von Geld in Erwartung eines Entgelts (Zins oder Rendite). Ein Ausnahmefall nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV liegt nicht vor.

**3.8** Nach dem Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV (vormals Art. 3a Abs. 3 Bst. c aBankV) gelten Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, die einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, nicht als Einlagen, wenn erstens dafür kein Zins bezahlt wird und zweitens, sofern es sich nicht um Kundenkonti von Effektenhändlern handelt, die Abwicklung innert 60 Tagen erfolgt.

Auf die Ausnahmebestimmung berufen sich die Beschwerdeführenden für das Jahr 2016. Damals hätten sie kurzfristig Kundengelder angenommen, bis der Prospekt der X. \_\_\_\_\_ GmbH erstellt und genehmigt worden sei. Die Gelder seien unverzinst auf Abwicklungskonti zwischensparkiert worden, um später Nachrangdarlehen der X. \_\_\_\_\_ GmbH zu erwerben. In der festen Überzeugung, die Bewilligung werde der X. \_\_\_\_\_ GmbH bald

erteilt, was sich aber verzögert habe, seien Kundengelder aus Verträgen für flexible Anlagen mit fester Laufzeit ab 1. Januar bis August 2016 auf das Konto der Beschwerdeführerin 1 einbezahlt worden. Das Geld sollte später namens und auf Rechnung der Kunden an die X. \_\_\_\_\_ GmbH zur Abwicklung des Kundengeschäfts weitergeleitet werden. Nach Auffassung der Vorinstanz findet die Bestimmung nur Anwendung auf Abwicklungskonti, die einzig dazu dienen, die notwendige Liquidität zur Abwicklung eines Hauptgeschäfts zur Verfügung zu stellen. Trete eine Person nur als Vermittlerin oder Intermediärin auf, sei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 3 BankG nicht eröffnet und damit auch Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV nicht erfüllt.

Die Ausnahmebestimmung setzt voraus, dass das geplante Hauptgeschäft organisiert bzw. unmittelbar absehbar ist und die dafür erforderlichen Vertragsbeziehungen nicht erst noch ausgehandelt werden müssen; andernfalls handelt es sich bei bereits entgegengenommenen Geldern um Publikumseinlagen, die unter das Annahmeverbot von Art. 1 Abs. 2 BankG fallen (Urteil des BGer 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 3.4.2). Die maximale Haltefrist wurde per 1. August 2017 im Rahmen der FinTech-Vorlage auf 60 Tage erhöht (AS 2017 3823). Davor galt nach ständiger Praxis der FINMA eine Abwicklungsfrist von sieben Arbeitstagen (vgl. Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Erläuterungen zur Änderungen der Bankenverordnung [Fintech] vom 5. Juli 2017, S. 12; FINMA, Erläuterungsbericht zur Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 vom 1. September 2017, S. 1). Weder bestreiten die Beschwerdeführenden, dass sie die fraglichen Summen auf eigenen Konten angenommen haben, noch stellen sie in Abrede, dass die damals geltende Abwicklungsfrist von sieben Tagen nicht eingehalten wurde. Es kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin 1 tatsächlich nur als Vermittlerin zur X. \_\_\_\_\_ GmbH aufgetreten ist und damit der Anwendungsbereich der Art. 1 Abs. 3 BankG konkretisierenden Verordnungsbestimmung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV überhaupt eröffnet ist. Die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung sind für den fraglichen Zeitraum ohnehin nicht erfüllt.

**3.9** Das Tatbestandmerkmal des gewerbmässigen Handelns i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 6 BankV ist erfüllt. Alleine die aufgefundenen Kundendossiers bestätigen, dass deutlich mehr als 20 Anleger einbezahlt haben. Überdies hat die Beschwerdeführerin 1 über ihre Webseite für die Tätigkeit geworben und nach Angaben des Beschwerdeführers 3 bis Sommer 2016 mit fünf bis zehn Vermittlern ("Tippgebern") zusammen gearbeitet.

tet, die bei Vertragsabschluss in bar oder mit Sachgeschenken bezahlt wurden (zum Einsatz von Vermittlern vgl. Urteile des BVGer B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 4.1.4 und B-1024/2013 vom 6. Januar 2014 E. 3.3 [bestätigt in Urteil des BGer 2C\_176/2014 vom 19. Juli 2014]). Die Beschwerdeführenden stellen die Gewerbsmässigkeit nicht in Abrede.

#### 4.

**4.1** Nach der Rechtsprechung kann die unzulässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch ein arbeitsteiliges Vorgehen im Rahmen einer Gruppe erfolgen: Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen bzw. die dahinter stehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Bewilligungspflicht erfüllen, im Resultat gemeinsam aber dennoch eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben (BGE 136 II 43 E. 4.3.1).

Der Schutz des Marktes, des Finanzsystems und der Anleger rechtfertigt in solchen Fällen trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise, falls zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche (finanzielle/geschäftliche), organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbeurteilung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird (BGE 136 II 43 E. 4.3.1). Ein gruppenweises Handeln liegt insbesondere vor, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten bzw. aufgrund der Umstände (Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleiche Geschäftssitze; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen usw.) davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt oder wesentlich gefördert wird (BGE 136 II 43 E. 4.3.1; Urteil des BGer 2C\_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.2, nicht publiziert in BGE 137 II 284).

Ein blosses Parallelverhalten genügt für die Annahme, es werde gruppenweise gehandelt, nicht. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass eine gemeinsame Umgehungsabsicht besteht, da die von der Gruppe ausgehende Gefahr nicht von den Intentionen der einzelnen Gruppenmitglieder abhängt

(Urteil des BGer 2C\_176/2014 vom 19. Juli 2014 E. 2.3 m.H.). Das Erfassen von bewilligungslos tätigen Intermediären im Rahmen einer Gruppe mit den entsprechenden aufsichtsrechtlichen Konsequenzen richtet sich gegen den Rechtsmissbrauch und soll verhindern, dass Akteure, die in Umgehung der finanzmarktrechtlichen Auflagen handeln, besser gestellt sind, als wer sich gesetzeskonform der Aufsicht der staatlichen Behörden unterwirft (BGE 136 II 43 E. 4.3.3).

**4.2** Die Vorinstanz nimmt eine Gruppentätigkeit an. Die Beschwerdeführerin 2 habe im Verhältnis zur Beschwerdeführerin 1 eine rein dienende Funktion, zumal letztere die Gelder der Anleger ohne weiteres selbst in die entsprechenden Fonds hätte investieren können. Die Beschwerdeführenden bestreiten dies. Sie bringen vor, dass abgesehen von gewissen personellen Parallelen keine entsprechenden Elemente vorlägen. Es treffe zwar zu, dass der Beschwerdeführer 3 als Organ der Beschwerdeführerin 1 und 2 fungiere. Zwischen November 2005 und April 2010 habe er jedoch keine Funktion innegehabt, weshalb die Annahme einer Gruppe aufgrund fehlender personeller Verflechtung scheitere. Zwischen der Beschwerdeführerin 1 und 2 hätten geschäftlich klare Trennungen bestanden. So seien von 2008 bis 2015 keine Mittel zwischen den beiden Gesellschaften geflossen. Ferner bestehe keine wirtschaftliche Abhängigkeit mit Bezug auf das Eigenkapital, beide Gesellschaften seien alleine überlebensfähig. Es lägen auch keine unüblichen organisatorischen Verbindungen oder Strukturen vor. An die Beschwerdeführerin 2 seien keine Kundengelder geflossen. Die Vorinstanz halte selber fest, dass nicht nachweisbar sei, in welchem Umfang Gelder an die Beschwerdeführerin 2 geflossen seien. Damit könne ihr nicht unmittelbar vorgeworfen werden, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen zu haben.

**4.3** Die Behandlung als aufsichtsrechtliche Gruppe ist gerechtfertigt. Die Vorinstanz führt zutreffend aus, dass zwischen der Beschwerdeführerin 1 und 2 zahlreiche Verflechtungen bestehen.

So ist der Beschwerdeführer 3 Alleinaktionär der Beschwerdeführerin 1, war 2005 und ab 2014 einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat und seit 2010 Geschäftsführer. Sämtliche aufgefundenen Verträge sind seitens der Beschwerdeführerin 1 durch ihn unterzeichnet. Seit Gründung der Beschwerdeführerin 2 ist er deren einziger Verwaltungsrat mit Einzelzeichnungsberechtigung. Gegenüber den Banken ist er als Alleinaktionär aufgetreten, auch wenn er einen Teil der Aktien später an eine andere Gesellschaft verkauft hat (vgl. Sachverhalt A.b). Nach eigenen Angaben ist er für

die Geschäftstätigkeit beider Gesellschaften verantwortlich und hat Vollmachten für deren Konti. Der Einwand der fehlenden personellen Verflechtung verfährt somit nicht.

Sodann verwaltet der Beschwerdeführer 3 beide Gesellschaften in den Geschäftsräumlichkeiten der Beschwerdeführerin 1. Die Bankkorrespondenz der Beschwerdeführerin 2 wurde an die Geschäftsadresse der Beschwerdeführerin 1 gesendet. Nach Angaben der Beschwerdeführers 3 befanden sich sämtliche Geschäftsdaten der beiden Gesellschaften auf dem gemeinsam genutzten Server. Eine organisatorische Trennung ist nicht ersichtlich.

Schliesslich wird den faktischen Gegebenheiten und dem Ziel der Finanzmarktaufsicht vernünftigerweise nur eine Gesamtbetrachtung gerecht. Die Publikumseinlagen investierte die Beschwerdeführerin 1 in Inhaber-PS der Beschwerdeführerin 2, die das Geld für eigene Anlagegeschäfte vor allem in die vom Beschwerdeführer 3 verwalteten ausländischen Fonds anlegte. Ausserdem hält die Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin 2 sei in Bezug auf ihr Eigenkapital von der Beschwerdeführerin 1 abhängig, und die enge wirtschaftliche Verflechtung der Gesellschaften zeige sich daran, dass die Beschwerdeführerin 2 anbiete, Rückzahlungsansprüche von Anlegern der Beschwerdeführerin 1 zu befriedigen (via Schuldübernahme). Diesbezüglich bringen die Beschwerdeführenden vor, aufgrund des Umstands, dass die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 1 und 2 heruntergefahren werden sollte, habe der Beschwerdeführer 3 im Sinne einer pragmatischen Lösung vorgeschlagen, dass die Beschwerdeführerin 2 ihre Finanzanlagen liquidiere und damit Kunden auszahle. Die Beschwerdeführenden räumen aber zugleich ein, dass dies rechtlich wohl durch eine Kapitalherabsetzung oder durch eine solvente Liquidation hätte erfolgen müssen. Dadurch wird die geschäftliche Verflechtung der beiden Gesellschaft bestätigt. Gesamthaft ist eine koordinierte und gemeinsame Aktivität als Gruppe im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen.

**4.4** Die Annahme, dass juristische oder natürliche Personen im Rahmen einer aufsichtsrechtlich als Gruppe zu erfassende Einheit gehandelt haben, führt dazu, dass die Rechtsfolgen die Mitglieder der Gruppe unabhängig davon treffen, ob sie selber alle Tatbestandselemente erfüllen oder überhaupt keine finanzmarktrechtlich relevante Tätigkeit ausgeübt haben, solange sie in einem Gesamtplan koordiniert und wesentlich zu einer solchen beitragen. Alsdann ist nicht das von den Beteiligten gewählte mehr oder weniger überzeugend aufgebaute formelle Konstrukt entscheidend, son-

dem die wirtschaftlich tatsächlich bezweckte bzw. ausgeübte Gesamtaktivität (Urteil des BGer 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 3.2.3). Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 haben in Verletzung von Art. 1 Abs. 2 BankG als Gruppe gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Das gilt auch für den Beschwerdeführer 3, der zur Gesamtaktivität wesentlich beitrug, weshalb ihm eine individuelle Mitverantwortung an der bewilligungslosen Tätigkeit als Gruppe vorzuwerfen ist (zur natürlichen Personen als Teil einer als Einheit zu behandelnden Gruppe vgl. Urteil des BGer 2C\_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.3.4, nicht publiziert in BGE 137 II 284).

## 5.

**5.1** Gemäss Art. 23<sup>quinquies</sup> Abs. 1 BankG bewirkt der Entzug der Bewilligung die Auflösung der juristischen Person. Art. 37 FINMAG sieht vor, dass die FINMA einer oder einem Beaufsichtigten die Bewilligung (...) entzieht, wenn sie oder er die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Abs. 1). Mit dem Entzug verliert die oder der Beaufsichtigte das Recht, die Tätigkeit auszuüben. Die übrigen Folgen des Entzugs richten sich nach den anwendbaren Finanzmarktgesetzen (Abs. 2). Diese Folgen gelten analog, wenn eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter tätig ist, ohne über eine Bewilligung (...) zu verfügen (Abs. 3). Die bewilligungslos ausgeübte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen führt somit rechtsfolgeseitig zur Auflösung (aufsichtsrechtliche Liquidation).

Die Rechtsfolge der Auflösung ist nach dem Wortlaut (Art. 23<sup>quinquies</sup> Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 37 Abs. 3 und 2 FINMAG) zwingend; die strenge Sanktion dient dem effektiven Gläubigerschutz (Urteil des BGer 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1). Die Auflösung ist indes insofern subsidiär, als zur Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zunächst die Möglichkeit einer nachträglichen Bewilligungserteilung zu klären ist (vgl. Urteil des BGer 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 3.2 f.; RETO ARPAGAUS, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, a.a.O., Art. 23<sup>quinquies</sup>, Rz. 6).

Die Vorinstanz erwägt zutreffend, dass die nachträgliche Erteilung einer Bankenbewilligung mangels Mindestkapitals (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BankG) und adäquater Organisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG) von vornherein ausser Betracht falle. Steht die Rechtsfolge der Liquidation mit der Verweigerung einer nachträglichen Bewilligung fest, ist in Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes der Umfang der Liquidation zu regeln. Eine

vollständige Liquidation ist angezeigt, wenn der Rechtsträger vorwiegend im bewilligungspflichtigen Bereich tätig war und davon ausgegangen werden muss, dass er seine Tätigkeit ohne Bewilligung fortsetzen wird (Urteil des BGer 2C\_97/2015 vom 28. April 2015 E. 2.2). Geht eine Gesellschaft sowohl einer bewilligungspflichtigen wie auch einer finanzmarktrechtlich unbedenklichen Tätigkeit nach, so ist, unter Voraussetzung deren selbständiger Bedeutung und einer buchhalterisch möglichen Abgrenzung, nur der bewilligungspflichtige Teil zu liquidieren (BGE 136 II 43 E. 3.3 m.H.). Die Voraussetzungen einer teilweisen Liquidation sind nicht erfüllt, was die Beschwerdeführenden auch nicht geltend machen.

**5.2** Die aufsichtsrechtliche Liquidation erfolgt grundsätzlich nach den Regeln des Gesellschaftsrechts (vgl. Art. 739 ff. OR; BGE 131 II 306 E. 4.1.3). Erweist sich die Gesellschaft als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, hat die FINMA den Bankenkurs zu eröffnen und durchzuführen (Art. 33 ff. BankG). Die Sanierungsfähigkeit (Art. 28 ff. BankG) des bewilligungslos tätigen Finanzintermediärs braucht in der Regel nicht gesondert geprüft zu werden; mit der nachträglichen Verweigerung der erforderlichen Bewilligung und der Anordnung der Liquidation ist eine Fortführung als unterstellter Betrieb ausgeschlossen. Nach Art. 29 BankG kann ein Sanierungsplan in jedem Fall nur genehmigt werden, wenn er die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen gesetzlichen Vorschriften auch künftig sicherstellt; dies ist bei einem nachträglich nicht bewilligungsfähigen, illegal tätigen Finanzintermediär zum Vornherein nicht möglich (vgl. zum Ganzen BGE 136 II 43 E. 3.2, 131 II 306 E. 4.1.3; Urteile des BGer 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 3.3, 2C\_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.2 und 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 3.2 in fine).

**5.3** Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung zum Finanzmarktrecht fest, dass die Überschuldung nicht formell nachgewiesen sein muss. Es genügt, dass vernünftige, nachvollziehbare Umstände vorliegen, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen (zuletzt bestätigt durch die Urteile des BGer 2C\_858/2017 vom 15. März 2018 E. 3.3 und 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 6.1, je m.H.). Dabei sind im Lichte des Gläubigerschutzes die Aktiven und Forderungen der potentiellen Gemeinschuldnerin vorsichtig zu bewerten; entsprechende Annahmen müssen jedoch nachvollziehbar begründet werden (Urteil des BGer 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Eine abstrakte Vermutung der Überschuldung genügt nicht (Urteil des BGer 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger

weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (BGE 131 II 306 E. 4.3.1). Ernsthafte Liquiditätsprobleme liegen vor, wenn das unbewilligte Institut nicht mehr in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, bzw. wenn die bestehende Liquidität die fällig gewordenen oder in Kürze fällig werdenden Forderungen nicht mehr deckt (Urteile des BGer 2C\_858/2017 vom 15. März 2018 E. 3.3 und 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Wann der kritische Punkt für die begründete Besorgnis einer Überschuldung oder ernsthafte Liquiditätsprobleme erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen. Der FINMA als Fachbehörde kommt diesbezüglich ein nicht unerheblicher (technischer) Ermessensspielraum zu. Dieser Ermessensspielraum geht jedoch mit erhöhten Anforderungen an die Begründungspflicht einher: Die FINMA muss ihren Entscheid im Einzelfall rechtsgenügend begründen (Urteil des BGer 2C\_858/2017 vom 15. März 2018 E. 3.3).

**5.4** Die Beschwerdeführenden bestreiten die begründete Besorgnis einer Überschuldung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2. Die Konkursliquidation sei unzulässig. Sie führen aus, die Annahmen der Vorinstanz würden im Wesentlichen auf Spekulationen und einem falschen Verständnis des Geschäftsmodells beruhen.

Da die Beschwerdeführerin 1 den Kunden lediglich die Veräusserungserlöse der vorhandenen Inhaber-PS versprochen habe, könne sie ihren Verbindlichkeiten stets nachkommen. Die Titel könnten jederzeit verkauft oder den Kunden direkt ausgehändigt werden. Gleiches gelte für Gelder, die als nachrangige Darlehen an die X. \_\_\_\_\_ GmbH gegangen seien. Diese könnten gestützt auf die Vollmachten periodisch fällig gestellt und den Kunden vergütet werden. Die Vorinstanz werfe der Beschwerdeführerin 1 zu Unrecht vor, dass sie die Einzahlungen der Kunden in der Bilanz und Erfolgsrechnung nicht erfasst habe, denn sie habe die Gelder nur verwaltet. Die niedrige Liquidität sei allein auf die Untersuchung der Vorinstanz zurückzuführen und den Umstand, dass der Untersuchungsbeauftragte keine liquiditätsstärkenden Handlungen vorgenommen habe. Auch eine Bilanzierung zu Veräusserungswerten führe nicht zu einer Überschuldung. Aus dem von der Konkursliquidatorin versandten Gläubigerzirkular gehe hervor, dass das Total der angemeldeten Forderungen CHF 872'822.30 betrage. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin 1 im Konkurs der Beschwerdeführerin 2 eine Forderung von CHF 2.15 Mio. angemeldet, welche die Liquidatorin zur Zeit als werthaltig erachte.



Die Beschwerdeführerin 2 verfüge seit Jahren über ein positives Eigenkapital und eine hohe Liquidität. Nach Abzug des Fremdkapitals verbleibe gemäss Bilanz per 31.12.2016 ein Aktivenüberschuss von rund CHF 1.4 Mio. Die angebliche Überschuldung der Beschwerdeführerin 2 basiere auf der falschen Annahme, dass bisher unberücksichtigte Verbindlichkeiten existierten. Die Vorinstanz verkenne, dass die Kundengelder der Beschwerdeführerin 2 als Eigenkapital und nicht als Fremdkapital zur Verfügung gestellt worden seien. Auch die Bilanzierung zu Liquidationswerten führe nicht zu einer Überschuldung, da die Aktiven aus flüssigen Mitteln, marktgängigen Finanzinstrumenten und Darlehen bestünden. Ein Grossteil der Mittel sei in zwei Fonds angelegt. Wie aus den Jahresberichten ersichtlich, sei das Fondsvermögen hauptsächlich in Aktien grosser börsenkotierter Gesellschaften angelegt. Die Fondsinvestitionen seien werthaltig, was die Revisionsstelle nie in Zweifel gezogen habe. Selbst wenn von gewerbmässiger Entgegennahme von Publikumseinlagen auszugehen wäre, sei die Liquidation auf dem Wege des Konkurses unverhältnismässig.

**5.5** In Bezug auf die Beschwerdeführerin 1 stehen die finanziellen Verhältnisse nach den von der Untersuchungsbeauftragten eingeholten Kontounterlagen fest. Demnach verfügte sie per Mitte März 2017 über liquide Mittel von ca. CHF 155'000.– (damaliger Umrechnungskurs von EUR/CHF 1.08; einen geringen Teil hielt sie in EUR), wobei CHF 140'000.– nach Angaben des Beschwerdeführers 3 ihm zuzurechnen seien, weil es sich dabei um ein Aktionärguthaben handle. Entsprechende Belege fehlen jedoch. Dem Einwand der Beschwerdeführenden mit Bezug auf die Liquidität ist entgegenzuhalten, dass diese zu Beginn der Untersuchung sogar tiefer war, weil im Verlauf der Untersuchung CHF 140'000.– von einem Dritten einbezahlt wurden (Grundangabe nach telefonischer Abklärung durch den Untersuchungsbeauftragten: Kauf eines Autos). Dem stehen Verbindlichkeiten von rund CHF 360'000.– gegenüber; darin eingeschlossen sind die im Verlauf der Untersuchung eingegangenen Begehren von Kunden auf Rückzahlung der Einlage. Die Gesellschaft ist illiquid. Die kurzfristigen Verbindlichkeiten können nicht gedeckt werden durch die liquiden Mittel (selbst unter Berücksichtigung der kurzfristigen Forderungen, die per 31. Dezember 2015 mit rund CHF 186'000.– bilanziert sind). Die Bilanz 2015 führt im Anlagevermögen Goldbarren und -münzen von CHF 26'788.25, deren Verbleib nicht geklärt werden konnte. Weiter sind im Anlagevermögen kleinere Positionen bilanziert, zu denen die Vorinstanz keine Ausführungen macht (Beteiligung gerundet: CHF 24'500.–, "Kontokorrent Y. \_\_\_\_\_": rund CHF 1'700.–, Sachanlagen: CHF 8'000.–, aktivierter Aufwand für Schulungen:

CHF 1'700.–), die jedoch die finanzielle Lage nicht zu korrigieren vermögen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, zeigen die Bilanzen für die Geschäftsjahre Jahre 2012-2015 einen wachsenden Bilanzverlust, sodass das per 31. Dezember 2015 ausgewiesene Eigenkapital von CHF 65'987.44 kaum verbessert werden kann. Für das Jahr 2016 sind keine Buchhaltungsunterlagen vorhanden. Da die Gesellschaft auf eine eingeschränkte Revision verzichtet hat, liegen keine Revisionsstellenberichte vor. Da aufgrund der Einlagen überdies (zusätzliche) Rückzahlungsverpflichtungen gegenüber Kunden bestehen, ist die begründete Besorgnis einer Überschuldung gegeben.

In Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 steht aufgrund der Bilanz 2016 fest, dass sie über ein Umlaufvermögen von rund CHF 272'000.– verfügt. Das Anlagevermögen ist mit rund CHF 4.5 Mio. ausgewiesen, wovon CHF 3.9 Mio. Finanzanlagen sind. Diesbezüglich bezweifelt die Vorinstanz die Werthaltigkeit der getätigten Anlagen in Anteile von zwei Fonds von insgesamt CHF 3.63 Mio. Ferner konnte die Revisionsstelle über die Werthaltigkeit von zwei Darlehen von rund CHF 500'000.– keine abschliessendes Urteil abgeben, da von den Darlehensnehmern lediglich ungeprüfte Abschlüsse vorlagen. Das Fremdkapital beträgt rund CHF 3.4 Mio. Darin eingeschlossen sind die bereits erwähnten "pend. PS-Rückzahlungen" (vgl. E. 4.3). Das Eigenkapital beträgt CHF 1.39 Mio. Die Revisionsstelle äussert in ihrem Bericht zur Jahresrechnung 2016 aufgrund der negativen Ergebnisse der letzten Jahre erhebliche Zweifel an der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens. Tatsächlich zeigen die letzten Jahre einen wachsenden Bilanzverlust, der im Jahr 2016 inkl. Verlustvorträge rund CHF 3 Mio. betrug. Die Revisionsstelle weist darauf hin, dass der Erwerb eigener Inhaber-PS in der Höhe von CHF 107'200.– mangels frei verwendbaren Eigenkapitals einen Verstoss gegen Art. 659 Abs. 1 i.V.m. 656a Abs. 2 OR darstellt. Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass das Angebot, von den Kunden der Beschwerdeführerin 1 Inhaber-PS zurückzukaufen, daher undurchführbar ist. Schliesslich wird von der Revisionsstelle darauf hingewiesen, dass die Hälfte des Aktienkapitals (CHF 1.6 Mio.), des PS-Kapitals (CHF 3 Mio.) sowie der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sei; Sanierungsmassnahmen seien an der GV vom 24. November 2016 beschlossen worden. Nach Angaben des Beschwerdeführers 3 hat die Beschwerdeführerin 2 Gelder von Kunden der Beschwerdeführerin 1 im Umfang von mindestens rund CHF 1.4 Mio. erhalten. Ob dieser Betrag in die Inhaber-PS geflossen ist bzw. als Verbindlichkeiten bilanziert werden müsste, ist mangels Unterlagen unklar. Selbst in der Annahme, dass das bilanzierte Anlagevermögen werthaltig ist, liegt – wie die Revisionsstelle festgehalten hat – ein Fall von

Art. 752 Abs. 1 OR vor. Die flüssigen Mittel (rund CHF 0.27 Mio.) decken die kurzfristigen Forderungen (rund CHF 2.35 Mio.) überdies nicht, weshalb ernsthafte Liquiditätsprobleme vorliegen.

**5.6** Die Anordnung der Liquidation auf dem Weg des Konkurses ist daher nicht zu beanstanden. Der Antrag der Beschwerdeführenden auf gerichtliche Edition der Forderungseingaben der Beschwerdeführerin 1 im Konkurs der Beschwerdeführerin 2 zur Klärung deren Aktionariats ist abzuweisen. Die Auffassung der Konkursliquidatorin ist für die gerichtliche Beurteilung der Anordnung des Konkurses unerheblich, zumal die Beschwerdeführenden selber einräumen, die Ansicht der Konkursliquidatorin sei irrelevant (vgl. Rz. 9 ihrer Eingabe vom 13. August 2018).

## **6.**

**6.1** Gemäss Art. 34 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen, wenn eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt. Die Veröffentlichung ist in der Verfügung selber anzuordnen (Art. 34 Abs. 2 FINMAG).

**6.2** Der Beschwerdeführer 3 bringt vor, die Publikation der Unterlassungsanweisung sei mangels Aufsichtsrechtsverletzung unzulässig, jedenfalls aber unverhältnismässig, zumal nicht mit einer Schädigung der Anleger zu rechnen sei. Das Verschulden sei gering. Das Geschäftsmodell sei nicht von ihm, sondern von einem Dritten aufgesetzt worden, der als Anwalt und Notar mit den aufsichts- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften besser vertraut sei als er, der eine kaufmännische Ausbildung absolviert habe. Er habe darauf vertrauen dürfen, dass das Geschäftsmodell gesetzeskonform sei. Zudem habe er zwischen 2005 und 2010 keine Funktion bei der Beschwerdeführerin 1 gehabt und sei damit nicht für die Weiterleitung der Kundengelder im Jahr 2008 verantwortlich. Zu berücksichtigen sei ferner, dass er 2014 nach dem Ausscheiden der verantwortlichen Person damit begonnen habe, das Geschäftsmodell anzupassen und den Betrieb der Beschwerdeführerin 1 und 2 herunterzufahren. Er habe keine Inhaber-PS mehr erworben, sondern die Kundengelder in Nachrangdarlehen bei der X. \_\_\_\_\_ GmbH investiert, wobei die Gelder in der Regel direkt an diese überwiesen worden seien. Die Anleger müssten nicht mit einem substantiellen Ausfall ihrer Forderung rechnen. Nach dem Gläubigerzirkular der Konkursliquidatorin seien nur Forderungen über CHF 872'822.30 angemeldet worden. Die Erwägungen der Vorinstanz würden sich aufgrund des

Gläubigerzirkulars als falsch herausstellen. Es sei zu berücksichtigen, dass er als Vermögensverwalter und Fondsmanager auch Tätigkeiten nachgehe, die aufsichtsrechtlich unproblematisch seien. Für den Grossteil des Publikums sei es allerdings unmöglich zu beurteilen, ob eine Tätigkeit von der Unterlassungsanweisung erfasst sei oder nicht, womit die Publikation überschliessend sei. Faktisch führe die Publikation zu einem umfassenden Berufsverbot. Diese sei aufzuheben, eventualiter sei die Publikationsdauer auf ein Jahr zu reduzieren.

**6.3** Die Anordnung der Unterlassungsanweisung ist nicht zu beanstanden. Sie begründet keine neuen Rechtspflichten. Dem Betroffenen wird, unter Strafandrohung, lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Es handelt sich um eine Warnung bzw. eine Ermahnung als "Reflexwirkung" der aufsichtsrechtlichen Massnahmen, die zur Liquidation der Gesellschaft um den Betroffenen geführt haben (BGE 135 II 356 E. 5.1; Urteil des BGer 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 8.1 m.H.).

**6.4** Die Anordnung der Veröffentlichung unter Angaben von Personendaten ist eine verwaltungsrechtliche Massnahme, die eine abschreckende und generalpräventive Wirkung bezweckt. Sie stellt einen schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen dar, setzt eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss im Einzelfall verhältnismässig sein. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht. Ausserdem geht es um die Warnung der Anleger vor Personen, die sich nicht an die gesetzliche Ordnung gehalten haben. Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes – Funktions-, Anleger-, Gläubiger und Versichererschutz – müssen die Sanktion und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung rechtfertigen (zum Ganzen Urteil des BGer 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 8.2.1 mit zahlreichen Hinweisen).

## **6.5**

**6.5.1** Die Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen ist vorliegend als erheblich zu bezeichnen. Der Beschwerdeführer 3 war als Alleinaktionär, einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat und Geschäftsführer die zentrale Figur hinter der Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 1 und 2 und verantwortlich für die mehrjährige bewilligungspflichtige Tätigkeit. Er hat alle Verträge mit den Kunden unterzeichnet und ist im untersuchten

Zeitraum für die beiden Gesellschaften nach aussen aufgetreten. Ferner hat er über die Gelder der Kunden verfügt und Vermittler eingesetzt. Der Einwand, er habe zwischen 2005 und 2010 keine offizielle Funktion bei der Beschwerdeführerin 1 bekleidet, dringt nicht durch. Die unbewilligte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen im vorliegenden Umfang (über 100 Anleger, ca. EUR 2.5 Mio. abzüglich der auf Konti der X. \_\_\_\_\_ GmbH direkt einbezahlten Gelder) ist als schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu qualifizieren (vgl. Urteil des BGer 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 3.3.3; vgl. Urteile des BVGer B-2188/2016 vom 4. Dezember 2017 E. 5.2.3 und B-5540/2014 vom 2. Juli 2015 E. 6.3 m.H.).

**6.5.2** Die Veröffentlichung während fünf Jahren erweist sich als verhältnismässig: Im Rahmen der Interessenabwägung ist zulasten des Beschwerdeführers 3 namentlich zu berücksichtigen, dass er es trotz seiner langjährigen Tätigkeit im Finanzbereich unterlassen hat, sich mit den aufsichtsrechtlichen Normen auseinanderzusetzen oder sich darüber zu informieren. Weiter hat er gegen gesellschaftsrechtliche und Rechnungslegungsnormen verstossen (Verletzung Buchführungspflicht, fehlendes Verzeichnis über die Inhaber-PS) und während des erstinstanzlichen Verfahrens trotz Entzugs der Vertretungsbefugnis für die Beschwerdeführerin 1 gehandelt (Brief an Kunden). Die Vorinstanz hat eingehend ausgeführt, weshalb sie die Wiederholungsgefahr als hoch einschätzt: Der Beschwerdeführer 3 führt weitere Gesellschaften im Finanzbereich (Z. \_\_\_\_\_ AG [einzigiger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift], C. \_\_\_\_\_ AG [Direktor mit Einzelunterschrift], Inhaber und Geschäftsleiter der D. \_\_\_\_\_ AG [Vermögensverwaltungsgesellschaft und Versicherungsvermittlerin im Fürstentum Liechtenstein]) und er hat eine neue Gesellschaft im Finanzbereich (E. \_\_\_\_\_ AG [Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift]) während laufendem Enforcementverfahren gegründet. Die Vorinstanz erachtet es als möglich, dass der Beschwerdeführer 3 im Namen anderer Gesellschaften erneut in ähnlicher Art und Weise am Finanzmarkt tätig werde und weitere Anleger Geld investierten. Diese Schlussfolgerung ist nicht zu beanstanden. Um einen effektiven Schutz potentieller zukünftiger Anleger zu gewährleisten, erachtet die bundesgerichtliche Praxis eine Publikation allein aufgrund der Möglichkeit eines erneuten Verstosses gegen finanzmarktrechtliche Vorschriften als zulässig (vgl. Urteil des BGer 2C\_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 8.2 m.H.).

Die Vorinstanz hat weiter erwogen, der Beschwerdeführer 3 habe eine potentielle Schädigung der Anleger in Kauf genommen. Zwar habe die Beschwerdeführerin 1 nach Angaben der Beschwerdeführenden bisher die Rückforderungsansprüche der Anleger bis auf die bekannten aktuellen Fälle befriedigt. Es sei jedoch davon auszugehen, dass die Anleger einen substantiellen Ausfall ihrer Forderungen gewärtigen müssten. Der Beschwerdeführer 3 bringt dagegen vor, dass eine Anlegerschädigung nicht erstellt sei und damit auch nicht zu rechnen sei. Aufgrund der fehlenden Unterlagen kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob und wie viele Anleger geschädigt wurden; aufgrund der finanziellen Situation der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 ist eine Schädigung aber wahrscheinlich. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer 3 sich mit Schreiben vom 29. März 2018 an die bekannten Kunden wandte und erklärte, ihre Gelder seien bei der X. \_\_\_\_\_ GmbH in Deutschland in Sicherheit und es bestünden keine Forderungen gegen die Beschwerdeführerin 1. Den Kunden legte er nahe, von einer Forderungsanmeldung im Konkurs der Beschwerdeführerin 1 abzusehen. Er führte aus, die X. \_\_\_\_\_ GmbH könne sich im Fall einer Forderungsanmeldung bei der Beschwerdeführerin 1 auf den Standpunkt stellen, dass der Kunde ihr gegenüber keine Forderung habe, sondern nur gegenüber der Beschwerdeführerin 1, die nach Auffassung der FINMA überschuldet sei. Falls eine Forderung im Konkurs der Beschwerdeführerin 1 von der Konkursverwaltung zugelassen werde, könne sie jedoch von anderen Gläubigern mit Kollokationsklage angefochten werden, weshalb der Kunde möglicherweise ungewollt in ein Gerichtsverfahren in der Schweiz involviert werde. Damit hat der Beschwerdeführer 3 die Abklärung der Forderungsverhältnisse aktiv behindert. Vor allem hat er die Kunden davon abgehalten, ihre Forderungen rechtzeitig einzugeben, sodass sie ihre Ansprüche möglicherweise verlieren.

**6.5.3** Die Voraussetzungen für die Veröffentlichung nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG sind erfüllt. Angesichts der Schwere der Aufsichtsrechtsverletzung und der kontinuierlichen bzw. wiederholten Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten ist die Publikationsdauer nicht übermässig.

## **7.**

Zusammenfassend ist die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden. Die Beschwerden sind abzuweisen.

## **8.**

Entsprechend dem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführenden

die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE). Vorliegend handelt es sich um eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse (Art. 4 VGKE), da mit der Beschwerde letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (zum Begriff vgl. BGE 139 II 404 E. 12.1), wobei sich der Streitwert nicht konkret beziffern lässt. Die Verfahrenskosten sind in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren auf insgesamt CHF 12'000.– festzusetzen und den Beschwerdeführenden in der Höhe von je CHF 4'000.– aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerden werden abgewiesen.

**2.**

Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten von je Fr. 4'000.– auferlegt. Die einbezahlten Kostenvorschüsse werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Astrid Hirzel



**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 19. Dezember 2018