Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 929/2010

Urteil vom 13. April 2011
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Stadelmann,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

1. Verfahrensbeteiligte
X._____ AG,
2. Y._____,
Beschwerdeführer,
beide vertreten durch Rechtsanwältin Catherine Weisser,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern.

Gegenstand
Entgegennahme von Publikumseinlagen und Veröffentlichung eines Werbeverbots,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 22. Oktober 2010.
Sachverhalt:

A.
Ab Dezember 2009 ermittelte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) wegen allfälliger Verletzungen finanzmarktrechtlicher Bestimmungen gegen die A._____ AG und die X._____ Aktiengesellschaft. Am 29. März 2010 stellte sie fest, dass die beiden Gesellschaften in Verletzung des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hätten. Sie eröffnete über sie den aufsichtsrechtlichen Konkurs. Dr. Y._____ verbot sie generell, "unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen in irgendeiner Form Werbung zu betreiben". Sie wies Y._____ auf die entsprechenden Strafnormen hin und ordnete an, dass die Sanktion nach Eintritt der Rechtskraft auf ihrer Internetseite publiziert werde; gleichzeitig behielt sie sich vor, diese auf Kosten von Y._____ "auch in anderen geeigneten Medien zu veröffentlichen".

B.
Das Bundesverwaltungsgericht trat am 22. Oktober 2010 auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der A._____ AG (im aufsichtsrechtlichen Konkurs) nicht ein; soweit sie von der X._____ AG (im aufsichtsrechtlichen Konkurs) bzw. von Y._____ persönlich erhoben worden war, wies es sie ab. Das Gericht ging davon aus, dass die A._____ AG gemeinsam mit der X._____ AG aufgrund von Vermögensverwaltungsaufträgen und einer Treuhandabsprache von rund 850 Kunden bzw. Mitgliedern des B._____ bzw. der österreichischen C._____ GmbH in Verletzung des Bankengesetzes Einzeleinzahlungen von je EUR 3'000.– im Umfang von insgesamt rund EUR 2'567'350.– entgegengenommen und "gepoolt" habe. Nachdem sich Y._____

”bereits zweimal für zweifelhafte Geschäfte im Finanzbereich zur Verfügung gestellt” habe, seien die Befürchtungen ”nicht unberechtigt”, ”er könnte auch in Zukunft auf ähnliche Art und Weise tätig werden”. Die Nachteile, die er durch die Veröffentlichung zu tragen habe (Rufschädigung), wögen ”weniger schwer als das Interesse der potentiellen Anleger und der Öffentlichkeit”.

C.
Die X._____ AG (im aufsichtsrechtlichen Konkurs) und Y._____ beantragen vor Bundesgericht, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bzw. die Verfügung der FINMA - soweit sie betreffend - aufzuheben. Die A._____ AG und die X._____ AG hätten keine Publikumseinlagen entgegengenommen, sondern seien treuhänderisch tätig gewesen. Nicht jede Zahlung, die im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung entgegengenommen werde, sei eine Publikumseinlage; vorliegend bestehe ein reines Treuhandgeschäft. Die A._____ AG habe die Pflicht gehabt, die Gelder auf fremde Rechnung zu verwalten. Im Übrigen sei das ”Treuhandkonto” bei der X._____ AG ein ”Abwicklungskonto” gewesen, das dazu bestimmt gewesen sei, das Handelskonto der A._____ AG bei einem amerikanischen Broker zu alimentieren. Die Einzahlungen der Teilnehmer hätten auf dem Treuhandkonto zusammengeführt werden sollen, um die vom Broker benötigte Liquidität zur Durchführung des Tradings als Hauptgeschäft bereitzustellen.
Das Bundesverwaltungsgericht hat darauf verzichtet, sich zur Beschwerde zu äussern. Die FINMA beantragt, diese abzuweisen. Die X._____ AG (im aufsichtsrechtlichen Konkurs) und Y._____ haben an ihren Ausführungen und Anträgen festgehalten.

Erwägungen:

1.
1.1 Gegen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich der Finanzmarktaufsicht steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 ff. BGG i.V.m. Art. 31 VGG). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die X._____ AG und die A._____ AG als Gruppe gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen hätten. Als einzelzeichnungsberechtigter Direktor ist Y._____ - trotz Entzugs seiner Vertretungsbefugnisse im Aufsichtverfahren - berechtigt, hiergegen im Namen der X._____ AG (im aufsichtsrechtlichen Konkurs) an das Bundesgericht zu gelangen (BGE 132 II 382 E. 1.1 S. 385; 131 II 306 E. 1.2.1 S. 311). Soweit das Bundesverwaltungsgericht das gegen ihn (unter Strafandrohung) ausgesprochene Werbeverbot und dessen Veröffentlichung bestätigt hat, ist er selber in schutzwürdigen Interessen berührt und deshalb befugt, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts im eigenen Namen anzufechten (Art. 89 Abs. 1 BGG; BGE 2C 89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 1.2.1; Urteile 2C 749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 1.2 und 2C 324/2009 vom 9. November 2009 E. 1.1).

1.2 Auf die frist- (Art. 100 BGG) und grundsätzlich formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Beschwerde ist unter folgendem Vorbehalten einzutreten: Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren bildet ausschliesslich der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, nicht auch die Verfügung der FINMA als solche (Devolutiveffekt; vgl. Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Deren Handeln gilt lediglich inhaltlich als mitangefochten (vgl. das Urteil 2C 324/2009 vom 9. November 2009 E. 1.2; BGE 129 II 438 E. 1 S. 441). Auf den Antrag, auch ”Lit. A und C sowie lit. D Ziffern 13 und 14 und 15” der Verfügung der FINMA vom 29. März 2010 richterlich aufzuheben, ist deshalb nicht weiter einzugehen.
1.3
1.3.1 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann diesen bloss berichtigen oder ergänzen, wenn er offensichtlich unrichtig ist oder in Verletzung wesentlicher Verfahrensrechte ermittelt wurde (Art. 105 Abs. 2 OG). Der Beschwerdeführer muss rechtsgenügend darlegen, dass und inwiefern der Sachverhalt klar und eindeutig mangelhaft ist (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4). Auf appellatorische Kritik an der Sachverhaltsfeststellung und an der Beweiswürdigung tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 136 II 101 E. 3 S. 104 f.).
1.3.2 Soweit die Beschwerdeführer die Feststellung des Sachverhalts und die Beweiswürdigung ohne Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Vorinstanz infrage stellen, sind ihre Vorbringen nicht weiter zu

beachten. Es ist diesbezüglich, soweit entscheidrelevant, vom Sachverhalt auszugehen, wie ihn das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat. Ob die Aktivitäten der Beschwerdeführer in den Anwendungsbereich des Bankengesetzes fallen und ihre Beiträge zur Geschäftstätigkeit der A._____ AG rein treuhänderisch waren, ist im Übrigen Rechts- und nicht Tatfrage.

2.
2.1 Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen für eigene Rechnung gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht und dabei selber zum Rückzahlungsschuldner der Leistung wird (BGE 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391 mit weiteren Hinweisen). Von gewissen Ausnahmen abgesehen (vgl. Art. 3a Abs. 3 BankV [SR 952.02]) gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen (vgl. das Rundschreiben der FINMA 2008/3: Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes, N. 10, in: THÉVENOZ/ZULAUF [Hrsg.], BF 2009, Regulierung und Selbstregulierung der Finanzmärkte in der Schweiz, Genf/Bern 2009, B-08.03). Nur die in Art. 3a Abs. 3 BankV abschliessend - als Ausnahmen - aufgezählten Verbindlichkeiten sind keine Einlagen im Sinn von Art. 1 Abs. 2 BankG (BGE 132 II 382 E. 6.3.1). Der Begriff der Einlage wird praxisgemäss negativ umschrieben (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.). Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen hält (Art. 3a Abs. 2 BankV) oder wer in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (vgl. Art. 3 Abs. 1 BankV; BGE 136 II 43 E. 4.2; 132 II 382 E. 6.3.1; 131 II 306 E. 3.2.1).

2.2 Eine bankengesetzlich unzulässige Entgegennahme von Publikumseinlagen kann auch 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 Unterstellungspflicht erfüllen, im Resultat aber gemeinsam dennoch eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt wird. 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 Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird. 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 S. 51). Ein gruppenweises Handeln liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann 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 wird (BGE 2C 89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1 und 3.2; BGE 136 II 43 E. 4.3, je mit Hinweisen).

3.
3.1
3.1.1 Die X._____ AG, die durch Y._____ geführt wird, hat von rund 850 Kunden bzw. Mitgliedern des zypriotischen B._____ über die für diesen handelnde österreichische C._____ GmbH Einzahlungen von je EUR 3'000.– im Gesamtwert von rund EUR 2'567'350.– entgegengenommen. Dem Geschäft lag die Idee zugrunde, Gelder der Club-Mitglieder über eine Schweizer Gesellschaft zu poolen, bei einem amerikanischen Broker anzulegen und dort mit einer eigenen Software zu bewirtschaften. Die A._____ AG hätte dabei im Aussenverhältnis als Vermögensverwalterin auftreten und auf ihren Namen ein Handelskonto eröffnen sollen.

Die eigentliche Verwaltung der Gelder wäre durch den B._____ bzw. die C._____ GmbH oder Personen aus deren Umfeld aufgrund einer speziell entwickelten Software wahrgenommen worden. Die Geschäftskonstruktion beruhte auf einer "Treuhandvereinbarung" vom 1. September 2009 zwischen der C._____ GmbH (als Treugeberin) und der X._____ AG (als Treunehmerin) und einem Vermögensverwaltungsauftrag zwischen den einzelnen Clubmitgliedern und der A._____ AG.
3.1.2 Die Treuhandvereinbarung sah vor, dass der B._____ seinen Mitgliedern die Möglichkeit eröffnete, mit einem Einsatz von EUR 3000.– an einem "Investmentprogramm" der A._____ AG teilzunehmen, wobei die C._____ GmbH die A._____ AG mit der Betreuung der Clubmitglieder beauftragte. Die X._____ AG nahm die Einzahlungen der Mitglieder für die A._____ AG "auf deren Rechnung" entgegen (§ 1). Sie leitete die Gelder gemäss Instruktion der C._____ GmbH auf das Handelskonto des Brokers weiter bzw. nahm die Rücküberweisung der Gelder an die Anleger vor (§§ 3 und 4). Die X._____ AG sollte für ihre Tätigkeit eine Treuhandgebühr von 3 % erhalten, wovon 1,5 % bei Eingang der Zahlung und der Rest bei Weiterleitung der Gelder auf das Handelskonto fällig wurden; bei einer Rückabwicklung war anstelle der Treuhandgebühr eine Pauschale von EUR 50.– pro Kunde geschuldet.
3.1.3 Ab Mitte September 2009 wurden die Mitglieder des B._____ für die Teilnahme am entsprechenden "Investmentprogramm" angeworben. Die Anleger wurden aufgefordert, sich über die (von der C._____ GmbH erstellte) Website der A._____ AG anzumelden. In der Folge erhielten sie einen "Antrag zur A._____ AG Vermögensverwaltung 'Automatik-Konto 3000"'. Das Dokument stellte die A._____ AG als Vermögensverwaltung nach Schweizer Recht "unter der Aufsicht der FINMA" vor. In der Absprache ermächtigte der jeweilige Auftraggeber die A._____ AG , "nach freiem Ermessen sein Investment" von EUR 3'000 für spekulative Finanztransaktionen zu verwenden. Zum Zweck der Vermögensverwaltung eröffnete der Auftraggeber bei der A._____ AG ein auf seinen Namen lautendes Depot. Die Einzahlung in das Depot sollte durch die Überweisung auf ein von einem Treuhänder - der X._____ AG - kontrolliertes Konto der A._____ AG erfolgen. Bezüglich der Haftung sah die Abrede vor, dass bei einem Investment dieser Ertrags- und Risikoklasse trotz aller Sicherheitsschranken Verluste, im theoretischen Extremfall sogar der Totalverlust und eine Nachschusspflicht, nicht ausgeschlossen werden könnten; diese seien - "im kaum anzunehmenden Falle" - zur Gänze vom Auftraggeber zu tragen. Als Entgelt sah die Vereinbarung eine Managementgebühr zugunsten der A._____ AG von 6 % p.a. sowie eine nach Performance abgestufte Erfolgsgebühr von bis zu 20 % und eine Nutzungsgebühr für die Software von bis zu 30 % des Gewinns vor.
3.2
3.2.1 Wenn die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, die A._____ AG und die X._____ AG hätten bei diesem Geschäft finanzmarktrechtlich als Gruppe zusammengewirkt, ist dies nicht zu beanstanden: Die A._____ AG und die X._____ AG arbeiteten beim Geschäft "Automatik-Konto 3000" eng zusammen. Die A._____ AG übernahm mit der C._____ GmbH das Management. Sie schloss mit den Kunden den Vermögensverwaltungsvertrag, wonach sie die Kundengelder bei Dritten anlegen und die Kundenabrechnungen erstellen würde. Die X._____ AG führte als durch die C._____ GmbH zwischengeschaltete Treuhänderin das Konto, auf dem die Gelder gepoolt und auf ein auf die A._____ AG lautendes Konto bei einem beauftragten Broker hätten weitergeleitet werden sollen. Letztlich wäre wohl auch der B._____ in die Gruppenbetrachtung einzubeziehen gewesen; dieser bzw. der hinter der entsprechenden Organisation stehende D._____ haben den Investment-Plan massgebend ausgearbeitet und bei dessen Realisierung eine tragende Rolle gespielt. Das war indessen (wohl) wegen der Verankerung des Clubs im Ausland nicht möglich (vgl. BGE 130 II 351 E. 6). Die allenfalls bewilligungspflichtigen bzw. unzulässigen Aktivitäten der B._____-Organisation in der
Schweiz fielen mit jenen der A._____ AG und der X._____ AG zusammen.
3.2.2 Die drei Akteure bzw. die dahinter stehenden Privatpersonen waren eng miteinander verbunden, traten gemeinsam auf und ersetzten sich jeweils gegen Aussen: Die A._____ AG hat die gleiche Geschäftsadresse wie die X._____ AG. E._____ ist (treuhänderisch) einzige Verwaltungsrätin beider Gesellschaften. Bei der Gründung der A._____ AG, die abgesehen vom hier umstrittenen Geschäft keine Aktivitäten entfaltete, zeichnete Y._____ 98 der 100 Inhaberaktien. Die X._____ AG wurde von diesem als einzelzeichnungsberechtigter Direktor geleitet. Die A._____ AG gehörte D._____ (Alleinaktionär); Y._____ führt sie im Rahmen eines Mandatsvertrags mit diesem vom 25. August 2009 als faktisches Organ. Die Ausschreibung des Investmentprogramms und die Anmeldung dafür erfolgten über die Website der A._____ AG, welche von der C._____ GmbH betrieben wurde. Der unterzeichnete Antrag war jeweils an diese zu retournieren;

gemäss Vermögensverwaltungsauftrag hätten die Kunden über ein Login auf der Website der A._____ AG Zugang zu ihrem "Depot" gehabt. Die Gegenzeichnung der Anträge erfolgte in den Büros der C._____ GmbH, die zu diesem Zweck wiederum über einen Firmenstempel der A._____ AG verfügte.
3.2.3 Die Annahme, dass juristische oder natürliche Personen im Rahmen einer aufsichtsrechtlich als Gruppe zu erfassende Einheit gehandelt haben, hat zur Konsequenz, dass die gesetzlichen Folgen deren Mitglieder unabhängig davon treffen, ob sie selber alle Tatbestandselemente erfüllen oder ob sie überhaupt keine finanzmarktrechtlich relevante Tätigkeit ausgeübt haben, solange sie in einem Gesamtplan koordiniert und wesentlich zu einer solchen beitrugen. In dieser Situation ist nicht das von den Beteiligten gewählte mehr oder weniger überzeugend aufgebaute formelle Konstrukt entscheidend, sondern die wirtschaftlich tatsächlich bezweckte bzw. ausgeübte Gesamtaktivität. Soweit die Beschwerdeführer darauf hinweisen, sie hätten jeweils nur treuhänderisch gehandelt bzw. die C._____ GmbH habe mit der X._____ AG einen Vertrag zugunsten Dritter begründet usw., überzeugen ihre Ausführungen mit Blick auf die geplante Gesamtaktivität und die Aufgabenteilung unter den Beteiligten nicht. Der Beitrag der Beschwerdeführer machte nur einen Sinn im Rahmen des Gesamtplans; dieser stand und fiel mit ihrer Mitwirkung. Treuhandverhältnisse sind aufsichtsrechtlich nicht ausgeschlossen, rufen aber nach klaren und eindeutigen Grundlagen im Rahmen
von nachvollziehbaren Geschäftsabläufen; andernfalls bilden sie - wie hier - zusammen mit verschachtelten Strukturen, hinter denen die gleichen (wirtschaftlich oder juristisch) berechtigten Personen stehen, einen Hinweis darauf, dass die Geschäftsvorgänge aufsichtsrechtlich gruppenweise zu erfassen sind.
3.3
3.3.1 Die Beschwerdeführer wenden ein, dass ihre Aktivitäten selbst bei einer Gruppenbetrachtung nicht in den Anwendungsbereich des Bankengesetzes fielen. Sie hätten als Gruppe nie gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen oder sich refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bildeten, zu finanzieren (Art. 2a BankV). Sie verkennen dabei die Tragweite des Verbots der gewerbsmässigen Annahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken: Das Bankengesetz findet Anwendung auf die in Art. 1 Abs. 1 genannten Institutionen, die das aktive wie das passive Bankengeschäft betreiben. Daneben sieht es vor, dass natürliche und juristische Personen keine Publikumseinlagen entgegennehmen dürfen, wenn sie nicht über eine Bankenbewilligung verfügen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Dieses Verbot entspricht dem bankmässigen Passivgeschäft; für seine Anwendung ist gerade nicht erforderlich, dass parallel dazu auch das Aktivgeschäft betrieben wird. Mit dem Verbot der gewerbsmässigen Annahme von Publikumseinlagen wird das aufsichtsrechtliche System geschlossen: Banken, die gewerbsmässig Publikumsgelder annehmen, sind aufsichtspflichtig; Unternehmen oder Private, die
dieser Pflicht nicht unterliegen, dürfen umgekehrt keine solchen Gelder annehmen, was die FINMA im Rahmen ihrer Aufsichtsaufgaben durchzusetzen hat (vgl. BAHAR/STUPP, in: Watter et al [Hrsg.], Basler Kommentar BankG, 2005, N. 60 zu Art. 1 BankG; KLEINER/SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Stand 2010, N. 73 f. zu Art. 1 BankG).
3.3.2 Die A._____ AG hat mit der X._____ AG und der C._____ GmbH Einzahlungen von rund 850 Kunden im Wert von annähernd EUR 2'567'350.– entgegengenommen. Zwar war vorgesehen, dass diese Gelder letztlich auf ein Handelskonto eines amerikanischen Traders fliessen würden; dieses sollte jedoch auf die A._____ AG lauten. Nach der Absprache mit den Anlegern war die A._____ AG befugt, die entsprechenden Mittel "vorwiegend auf der Basis von Trendfolgestrategien, hauptsächlich mit Aktien und Indizes, teilweise auch Derivaten und Forex und somit in der höchsten Ertrags- und Risikoklasse" zu bewirtschaften. Zu diesem Zweck ermächtigte der Auftraggeber die A._____ AG, "nach freiem Ermessen sein Investment von EUR 3.000 für spekulative Finanztransaktionen in diesem Sinne zu verwenden". A._____ AG erhielt die Befugnis, sich dabei "der Dienste Dritter, wie geeigneter Treuhänder und Broker, zu bedienen und diesen entsprechende Verpflichtungen zu übertragen". Die A._____-Gruppe hat damit Publikumseinlagen entgegengenommen, bei der X._____ AG gepoolt mit dem Zweck, sie in eigenem Namen auf Risiko der Anleger gemeinschaftlich auf ihrem Handelskonto zu verwalten und - als Konsequenz hieraus - bei Auflösung des Depots durch
den Kunden die diesem (anteilsmässig) zustehenden Mittel auszubezahlen. Sie ist damit zur Schuldnerin der Anleger geworden, da sie im Rahmen der Auflösung des Vertragsverhältnisses zu erfolgsabhängigen Leistungen verpflichtet gewesen wäre.
3.3.3 Die Aktivität wäre zudem - zumindest teilweise - auch gestützt auf das Börsengesetz (Kundenhändlerinnen: Art. 3 Abs. 5 lit. a BEHV [SR 954.11]) bewilligungspflichtig gewesen: Der Kundenhändler tritt gegenüber

Dritten (Banken, Effektenhändlern, Brokern, Börsen usw.) in eigenem Namen auf, das Risiko der von ihm getätigten oder in Auftrag gegebenen Effektengeschäfte trägt jedoch sein Kunde. Dabei handelt er insbesondere auch in eigenem Namen, wenn er selber oder bei Dritten für jeden seiner Kunden je einzeln ein Konto oder Depot ("comptes miroirs") führt. Kundenhändler ist auch, wer über sein eigenes Konto oder Depot gestützt auf entsprechende Vollmachten Effekten für Kunden kauft oder verkauft (vgl. das Rundschreiben der FINMA 2008/5 vom 20. November 2008: Erläuterungen zum Begriff Effektenhändler, dort N. 50 und 52; in: THÉVENOZ/ZULAUF [Hrsg.], BF 2009, a.a.O., B-08.05). Gerade solche Geschäfte waren hier letztlich beabsichtigt.
3.4
3.4.1 Was die Beschwerdeführer weiter gegen die Anwendbarkeit des Bankengesetzes einwenden, überzeugt nicht: Grundsätzlich gelten - wie bereits dargelegt - alle Verbindlichkeiten als Einlagen, soweit nicht eine der in Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV aufgelisteten Ausnahmen vorliegt. Eine solche ist hier nicht dargetan: Zwar gelten Mittel, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung dienen, nicht als Einlagen; den Anlegern ist vorliegend indessen kein Eigentum übertragen worden: In der Abmachung zwischen der A._____ AG und den Anlegern ist ausdrücklich vereinbart, dass die Vermögensverwalterin nicht verpflichtet ist, "eine genaue Auflistung der einzelnen Trades zu beauskunften". Im Übrigen stellte die A._____ AG - gemäss der Abrede - dem Auftraggeber ein Login zur Verfügung, über den der täglich aktualisierte, vorläufige Depotstand ersichtlich sein sollte, wobei diese Informationen jeweils provisorischen Charakter hätten, weil nur zum Stichtag am 25. jedes Folgemonats vom Broker eine detaillierte, geprüfte und publizierbare Abrechnung bekannt gegeben würde und die Spesen und Gebühren von A._____ AG gegen das Depot
abgerechnet werden könnten. Hieraus ergibt sich, dass kein individualisiertes Eigentum an konkreten Papieren bestand oder vorgesehen war; das wäre aufgrund der zahlreichen geplanten Geschäften ("binnen Sekunden") und dem auf die A._____ AG lautenden Handelskonto auch gar nicht möglich gewesen (vgl. das Urteil 2A.332/2006 vom 6. März 2007, E. 5.2, publ. in: EBK-Bulletin 50/2007 S. 154 ff.).
3.4.2 Nicht als Einlagen gelten gemäss Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV auch Habensaldi auf Kundenkonti von Vermögensverwaltern, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird. Solche Konti bezwecken, die notwendige Liquidität zur Abwicklung eines im Vordergrund stehenden - finanzmarktrechtlich zulässigen - Hauptgeschäfts zur Verfügung zu halten. Das Verzinsungsverbot dient dem raschen Umlauf und der betragsmässigen Begrenzung solcher Gelder (FINMA-RS 08/3: Publikumseinlagen bei Nichtbanken 2008, N. 15 ff.). Die Aktivitäten der A._____-Gruppe waren zum Vornherein insofern unzulässig, als der beabsichtigte Handel mit Effekten bewilligungspflichtig gewesen wäre (Kundenhandel) - und dies selbst bei Einschaltung eines amerikanischen Brokers. Im Übrigen war das Hauptgeschäft zwar geplant, indessen bestand noch keine Kundenbeziehung zu einem Händler, womit dieses noch nicht konkretisiert erschien. Abwicklungskonti sind kurzfristige Durchlaufkonti. Das 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, welche unter das Annahmeverbot von Art. 1 Abs. 2 BankG fallen.

4.
Die Beschwerdeführer machen geltend, die Intervention der FINMA sei unverhältnismässig und die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten unnötig gewesen.

4.1 Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die FINMA - wie früher die Bankenkommission - befugt und verpflichtet (BGE 2C 89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 4.2; BGE 115 Ib 55 E. 3 S. 58; 105 Ib 406 E. 2 S. 408 f.), die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht; es genügt, dass aufgrund der konkreten Umstände und Verdachtsmomente objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch die Kontrolle vor Ort bzw. durch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen abschliessend geklärt werden kann. Die finanzmarktrechtliche Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten muss - wegen der damit verbundenen Konsequenzen (vgl. BGE 126 II 111 E. 5b/bb S. 121) - verhältnismässig, d.h. zum Schutz der Gläubiger und des Finanzmarkts geeignet und erforderlich, sein. Dies war hier der Fall: Die Aufsichtsbehörde ist ursprünglich mit

einem Fragebogen an die A._____ AG gelangt. Da die entsprechenden Auskünfte
deren Geschäftstätigkeit nicht klar als finanzmarktrechtlich irrelevant erscheinen liessen und insbesondere auf ihrer Website auch von einer Beaufsichtigung durch die FINMA die Rede war, rechtfertigte es sich, ihre Aktivitäten durch einen Untersuchungsbeauftragten genauer abklären zu lassen. Die als Gruppe in Verletzung von finanzmarktrechtlichen Bestimmungen tätigen A._____ AG und X._____ AG haben die entsprechenden Kosten deshalb solidarisch zu tragen (vgl. Art. 36 Abs. 4 FINMAG; BGE 2C 89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 4.2 und 4.3.2 mit Hinweisen). Deren Höhe von Fr. 27'008.30 (zuzüglich MWST) ist unbestritten.
4.2
4.2.1 Auch die verfahrensabschliessenden finanzmarktrechtlichen Massnahmen müssen verhältnismässig sein; sie sollen nicht über das hinausgehen, was zur Wiederherstellung des gesetzeskonformen Zustands erforderlich ist. Geht eine Gesellschaft sowohl einer bewilligungspflichtigen als auch einer finanzmarktrechtlich unbedenklichen Aktivität nach, ist nur der bewilligungspflichtige Teil zu liquidieren, falls dies technisch möglich ist und der (erlaubten) Geschäftstätigkeit eigenständige Bedeutung zukommt (BGE 136 II 43 E. 3.3). Beim aufsichtsrechtlichen Entscheid ist sowohl den Interessen der Anleger als auch jenen des Finanzplatzes Rechnung zu tragen. Die schärfste Massnahme der aufsichtsrechtlichen Liquidation soll Gesellschaften treffen, die vorwiegend von finanzmarktrechtlich illegalen Tätigkeiten leben und Gläubiger gefährden, nicht Unternehmen, die (allenfalls) in punktueller Verkennung finanzmarktrechtlicher Pflichten eine legale Tätigkeit ausüben, soweit ihnen nicht unzweifelhaft nachgewiesen werden kann, dass sie einen wesentlichen Teil eines grösseren bewilligungspflichtigen Finanzsystems bilden (BGE 136 II 43 E. 7.3.4; Urteil 2C 571/2009 vom 5. November 2010 E. 4.1). Wo eine Anpassung der Organisation oder der
Geschäftstätigkeit sinnvollerweise möglich ist, um einen gesetzeskonformen Zustand zu schaffen oder wiederherzustellen, soll auf die aufsichtsrechtliche Liquidation verzichtet werden, weil und soweit dadurch allenfalls unnötigerweise wirtschaftliche Werte, welche die Aufsichtsbehörde schützen soll, vernichtet werden (Urteil 2C 571/2009 vom 5. November 2010 E. 4.5; BGE 136 II 43 E. 3.3 und 7.3.3 [in fine]).
4.2.2 Die X._____ AG unterhielt nach den Feststellungen des Untersuchungsbeauftragten im Rahmen ihrer üblichen Geschäftstätigkeit (Vermittlung von Versicherungspolicen/Durchführung von Seminaren) Geschäftsbeziehungen zu verschiedenen Personen, welche in keinem Zusammenhang mit dem umstrittenen Geschäft standen. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen stehen bei ihr Aktiven von Fr. 3'818766.– Verbindlichkeiten und Rückstellungen von Fr. 3'863'912.– gegenüber, woraus eine Überschuldung von Fr. 45'147.– resultiert. Von dieser beruhen Fr. 30'000.– auf den Kosten des Untersuchungsbeauftragten; im Übrigen bestand ein Aktionärsdarlehen (31.12.2008) von Fr. 48'987.–, für das allenfalls eine Rangrücktrittserklärung hätte erhältlich gemacht werden können. Unter diesen Umständen ist die Verhältnismässigkeit der finanzmarktrechtlichen Konkurseröffnung ohne vertiefte Abklärung der Möglichkeit eines eigenständigen Fortbestehens der Gesellschaft im Rahmen der unbedenklichen Aktivitäten nicht unproblematisch. Die Beschwerdeführer beanstanden die Konkurseröffnung über die X._____ AG indessen nicht mehr mit einer rechtsgenügenden Begründung (vgl. Art. 42 BGG); sie beantragen zudem die Verfügung der FINMA nur in den Lit. A, C, und D Ziff. 13
- 15 aufzuheben, womit davon auszugehen ist, dass sie die Konkurseröffnung in Lit. B der Verfügung vor Bundesgericht nicht mehr zum Verfahrensgegenstand machen wollen. Nach Art. 107 Abs. 1 BGG ist es dem Bundesgericht verwehrt, über die Begehren der Parteien hinauszugehen, weshalb die Frage der Verhältnismässigkeit der Konkurseröffnung über das Dargelegte hinaus hier nicht weiter zu vertiefen ist.

5.
5.1 Y._____ kritisiert zu Unrecht das ihm unter Strafandrohung auferlegte Annahme- bzw. Werbeverbot: Das sogenannte "Werbeverbot" bezieht sich nicht allein auf die Werbung für die unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen, weshalb nicht entscheidend ist, ob er bereits bisher persönlich Anleger geworben hat oder nicht. Das "Werbeverbot" besteht darin, dass dem Betroffenen unter Strafandrohung gemäss Art. 48 FINMAG untersagt wird, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 BankG) oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen Werbung zu betreiben (Art. 49 BankG; Art. 3 Abs. 1 BankV; ZULAUF/WYSS/ROTH, Finanzmarktenforcement, 2008, S. 236 ff.). Nach Art. 23ter BankG in der Fassung vor dem 1. Januar 2009 konnte die Aufsichtsbehörde die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen treffen. Der Beschwerdeführer war massgebend im Rahmen einer Gruppe tätig, die, wie dargelegt, einer bewilligungspflichtigen Aktivität nachging. Mit dem ausdrücklichen Verbot, zukünftig ohne Bewilligung gewerbsmässig Kundengelder entgegenzunehmen, wird ihm

lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Es handelt sich dabei um eine Warnung bzw. Ermahnung als "Reflexwirkung" der aufsichtsrechtlichen Massnahmen, die zur Konkurseröffnung über die Gesellschaften um ihn geführt haben (vgl. BGE 2C 89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.4 mit Hinweisen). Erst bei Widersetzlichkeit konnte die Aufsichtsbehörde gegen vollstreckbare Verfügungen deren Inhalt im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichen oder in anderer Form bekanntmachen, wenn sie dies - wie hier - zuvor angedroht hatte (vgl. Art. 23ter Abs. 3 BankG; vgl. POLEDNA/MARAZZOTTA, in: Watter et al. [Hrsg.], BSK Bankengesetz, 2005, N. 13 - 15 zu Art. 23ter BankG). Das Bundesgericht hat wiederholt festgestellt, dass das Werbeverbot als solches den Betroffenen kaum berühre, da es lediglich die - so oder anders - bestehenden gesetzlichen Pflichten (konkretisiert) in Erinnerung rufe, indessen bloss veröffentlicht werde, wenn erneut in Verletzung finanzmarktrechtlicher Vorgaben wieder einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen werden sollte.

5.2

5.2.1 Wird wie hier in Anwendung von Art. 34 FINMAG mit dem Werbeverbot gleichzeitig auch dessen Veröffentlichung angeordnet, liegt hierin ein schwerer Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen (vgl. ZUFFEREY/CONTRATTO, FINMA, The Swiss Financial Market Supervisory Authority, 2009, S. 135). Das hat das Bundesverwaltungsgericht in seinen allgemeinen Ausführungen mit dem Hinweis auf die altrechtliche Rechtsprechung bei der Anordnung eines Werbeverbots mit allfällig künftiger Veröffentlichung im Wiederholungsfall (vgl. BGE 135 II 356 E. 5) verkannt. Art. 34 FINMAG sieht heute vor, dass die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder in gedruckter Form publizieren kann, wenn eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt und die Publikation in der Verfügung selber angeordnet wird. Dabei geht es um die aufsichtsrechtliche Sanktion des sogenannten "naming and shaming", d.h. einer Reputationsstrafe als repressive verwaltungsrechtliche Sanktion (HSU/BAHAR/RENNINGER, in: Watter/Vogt [Hrsg.], BSK Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 9 zu Art. 34 FINMAG; ZUFFEREY/CONTRATTO, a.a.O., S. 129
ff.). Die FINMA kann diese nur bei einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen anordnen. Die entsprechende Sanktion muss zudem im Einzelfall wiederum verhältnismässig sein. Beide Aspekte sind in der jeweiligen Verfügung zu begründen. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt hierfür nicht. Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes - die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) - müssen die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Internet veröffentlichte Daten potenziell ein sehr weites Publikum erreichen und dies - selbst nach der Löschung - über einen längeren Zeitraum hinweg (HSU/BAHAR/RENNINGER, a.a.O., N. 23 zu Art. 34 FINMAG).

5.2.2 Das angefochtene Urteil überzeugt in diesem Punkt nicht: Weder die FINMA, die ihren Entscheid insofern überhaupt nicht begründet hat, noch das Bundesverwaltungsgericht, das diesbezüglich die festgestellte Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu heilen versuchte, haben eine vertiefte Interessenabwägung vorgenommen. Die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass Y._____ massgebend in das Geschäft involviert gewesen sei; dies ist aber bereits eine Voraussetzung zur Annahme des Handelns im Rahmen einer aufsichtsrechtlichen Gruppe und hat der FINMA - soweit ersichtlich - in den bisher richterlich beurteilten Fällen keinen Anlass gegeben, sofort die namentliche Veröffentlichung des Werbeverbots anzuordnen und zu einem "naming und shaming" zu schreiten. Die FINMA hat Y._____ im Dispositiv ihrer Verfügung nicht in die A._____-Gruppe einbezogen (vgl. BGE 135 II 356 E. 6.2.2 S. 368), obwohl hierfür nach ihrer bisherigen Praxis gute Gründe bestanden hätten und dies aus Rechtsgleichheitsüberlegungen allenfalls auch geboten gewesen wäre. Unter diesen Umständen ist zurzeit nicht hinreichend dargetan, inwiefern im konkreten Fall eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt. Richtig ist, dass der Beschwerdeführer vor einigen Jahren (1995) im Rahmen von zweifelhaften Treuhandgeschäften in ein strafrechtliches Verfahren verwickelt war; dieses endete für ihn indessen mit einem Freispruch. Der von der Vorinstanz aus dem Strafverfahren gezogene Schluss, dass er sich damit bereits zweimal für fragwürdige Geschäfte im Finanzbereich zur Verfügung gestellt habe, weshalb die Befürchtung gerechtfertigt sei, er könne auch in Zukunft auf ähnliche Art und Weise tätig werden, rechtfertigt das Werbeverbot als solches, indessen nicht

unbedingt auch die gleichzeitig angeordnete sofortige namentliche Veröffentlichung und Anprangerung auf Internet.
5.2.3 Die FINMA behält sich in ihrer Verfügung vor, die entsprechenden Dispositivziffern "auf Kosten von Y._____ auch in anderen geeigneten Medien zu veröffentlichen". Weder sie noch die Vorinstanz legen indessen dar, unter welchen Voraussetzungen von dieser (weiteren) Möglichkeit Gebrauch gemacht wird und was dabei als "andere geeignete" Medien zu gelten hat. Der Bundesrat unterstrich in seiner Botschaft, dass die Sanktion der "Veröffentlichung" in der Verfügung selber angeordnet werden müsse, damit sie mit Beschwerde anfechtbar und damit richterlich kontrollierbar werde (BBl 2006 S. 2829 ff., dort S. 2883). Die Verhältnismässigkeit - und damit die Zulässigkeit der Massnahme - hängt wesentlich von ihrer konkreten Ausgestaltung ab und kann vorliegend nicht abschliessend überprüft werden, da nicht klar ist, wo, was unter welchen Bedingungen wielange publiziert werden soll und was die Aufsichtsbehörde im vorliegenden Zusammenhang als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen wertet. Art. 34 Abs. 2 FINMAG sieht das "naming and shaming" bei einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor. Das Bundesverwaltungsgericht begründet die Schwere der Verletzung bzw. die Gefahr einer Wiederholung gestützt auf
einen Freispruch in einem Strafverfahren - vor Inkrafttreten von Art. 34 FINMAG - und der vorliegend festgestellten Überschreitung des Bankenrechts, wobei es sich nicht dazu äusserte, wie in diesem Zusammenhang die Tatsache zu werten ist, dass sich Y._____ bereits ab Dezember 2009 um eine Rückabwicklung der Einlagen bemüht hat, das umstrittene Geschäft nicht vollzogen worden ist und ein allfälliger Schaden für die Anleger - soweit ersichtlich - (sehr) begrenzt bleiben dürfte.

6.
6.1 Da es in erster Linie an der FINMA und nicht am Bundesgericht bzw. der Vorinstanz ist, eine verfassungs- und gesetzeskonforme rechtsgleiche Praxis zu Art. 34 FINMAG und dem neuen Instrument des "naming and shaming" zu entwickeln, rechtfertigt es sich, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben, soweit es die Ziffern C.11 (Veröffentlichung) und D.14 (damit verbundener Kostenentscheid) des Dispositivs der Verfügung der FINMA vom 29. März 2010 bestätigt. Die Sache ist in diesen Punkten an die FINMA zu neuem Entscheid zurückzuweisen (vgl. Art. 107 Abs. 2 Satz 2 BGG). Im Übrigen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

6.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend haben die mehrheitlich unterliegenden Beschwerdeführer die leicht zu reduzierenden Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren zu tragen (vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG). Die FINMA muss sie im Rahmen ihres Obsiegens für dieses angemessen entschädigen (vgl. Art. 68 BGG). Sie hat ihrerseits keine Kosten zu tragen; es ist ihr auch keine Entschädigung geschuldet (vgl. Art. 66 Abs. 4 und Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Oktober 2010 aufgehoben, soweit dieser lit. C Ziff. 11 bzw. lit. D Ziff. 14 der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 29. März 2010 bestätigt. Die Sache wird in diesen Punkten zu neuem Entscheid an die FINMA zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
2.1 Die reduzierten Gerichtskosten von Fr. 4'000.– werden den Beschwerdeführern auferlegt.

2.2 Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht hat die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. April 2011

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Zünd Hugi Yar