Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-2311/2010
{T 0/2}

Urteil vom 22. Oktober 2010

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz), Richter Ronald Flury,
Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Marion Spori Fedail.

Parteien

1. **X._____ AG in Liquidation**,
2. **Y._____ Aktiengesellschaft in Liquidation**,
3. **Z._____**,
alle vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur.
Catherine Weisser, Schulhausstrasse 19,
9471 Buchs SG 1,
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Entgegennahme von Publikumseinlagen,
Konkurseröffnung und Werbeverbot.

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin 1 wurde am 17. Dezember 2001 gegründet. Seit der Gründung unverändert einzige Verwaltungsrätin und zeichnend mit Einzelunterschrift ist A. Die Gesellschaft hat ein Aktienkapital von Fr. 100'000.–. Der Beschwerdeführer 3 zeichnete anlässlich der Gründung 98 dieser Aktien. Gemäss Angaben des Beschwerdeführers 3 ist seit Herbst 2009 Herr B. einziger Aktionär (wird von Letzterem indessen bestritten). Er hat mit dem Beschwerdeführer 3 einen Mandatsvertrag abgeschlossen, welcher dessen Tätigkeit regelt.

Die Beschwerdeführerin 2 wurde am 20. April 1982 gegründet; am 30. März 2005 erhielt sie ihren jetzt gültigen Namen. Das Aktienkapital der Gesellschaft beträgt Fr. 50'000.–. Seit dem 6. September 2001 ist A. als einzige Verwaltungsrätin eingetragen. Sie übt diese Funktion treuhänderisch für den Beschwerdeführer 3 aus, welcher auch einzelzeichnungsberechtigter Direktor ist (ab 12. Dezember 2001).

Die Firma C. Ltd., Zypern, tritt unter der Bezeichnung "C. Club" / "C." auf und bietet den "Clubmitgliedern" Ausbildung und begleitende Betreuung bzw. Seminare im Bereich Börsenhandel an. Die Firma C. Ges.m.b.H., Wien (im Folgenden: C.), nimmt für den "C. Club" Verwaltungsaufgaben wahr. Als operatives Organ der C. handelt B.

Mit Datum vom 1. September 2009 schloss die Beschwerdeführerin 2 mit C. eine Treuhandvereinbarung ab, welche von der Beschwerdeführerin 1 mitunterzeichnet wurde. Gemäss dieser Vereinbarung tritt C. als Treugeberin und die Beschwerdeführerin 2 als Treunehmerin auf. Treuhandgegenstand stellen die von den Börsenclub-Mitgliedern auf ein Treuhandkonto der Beschwerdeführerin 2 einzubezahlenden Gelder dar. Die Gelder werden auf Rechnung der Beschwerdeführerin 1 einkassiert. Der Beschwerdeführerin 2 obliegen die Führung und Verwaltung des Treuhandkontos sowie der geplante Transfer des Geldes auf ein Brokerkonto.

Ab dem 6. Oktober 2009 schloss die Beschwerdeführerin 1 mit über 850 Mitgliedern von C. je einen als Vermögensverwaltungsauftrag bezeichneten Vertrag über das Produkt "Konto K." ab. Darin wurde die Beschwerdeführerin 1 ermächtigt, das je durch die Anleger getätigte Investment von EUR 3'000.– nach freiem Ermessen für spekulative

Finanztransaktionen zu verwenden. Für Verluste aus den Transaktionen wurde die Haftung grundsätzlich ausgeschlossen. Vom 6. Oktober 2009 bis 8. Januar 2010 wurden auf das Bankkonto der Beschwerdeführerin 2 Einlagen in der Höhe von insgesamt rund EUR 2'567'350.– eingezahlt.

B.
Am 24. November 2009 verlangte die Vorinstanz von den Beschwerdeführerinnen Auskünfte über deren Geschäftstätigkeit. In einem Schreiben vom 21. Dezember 2009 hielt die Beschwerdeführerin 1 fest, sie sei ein "inaktives" Unternehmen; sie habe keine "Fremdgelder" entgegen genommen und über keine Finanzanlagen von Dritten entschieden. Zwar sei ein "Anlagemodell" mit der C. in Vorbereitung, welches indessen wohl nicht zustande komme. Im Übrigen wäre sie diesbezüglich lediglich Abrechnungsstelle gewesen. Dieses Schreiben wurde - gemäss dessen eigenen Aussagen - vom Beschwerdeführer 3 verfasst und von Frau A. unterschrieben.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 5. Januar 2010 erliess die Vorinstanz gegenüber den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 vorsorgliche Massnahmen und setzte zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes und zur Sicherung der Anlegergelder den Untersuchungsbeauftragten Sven Lüscher, Werder Viganò Anwälte, ein. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 nahmen hierzu am 14. bzw. am 22. Januar 2010 Stellung.

Am 5. Februar 2010 reichte der Untersuchungsbeauftragte seinen Untersuchungsbericht ein. Den Beschwerdeführenden wurde das rechtliche Gehör gewährt. Sie reichten am 20. Februar 2010 (Beschwerdeführerin 2) bzw. am 10. März 2010 (Beschwerdeführer 3) Stellungnahmen ein. Die Beschwerdeführerin 1 liess sich nicht vernehmen.

C.
Mit Verfügung vom 29. März 2010 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 als Gruppe ("X. Gruppe") gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen nehmen und damit gegen das Bankengesetz verstossen (Ziffer 1 des Dispositivs). Die Vorinstanz eröffnete über beide Gesellschaften den Konkurs und setzte als Zeitpunkt der Konkurseröffnungen den 30. März 2010, 08.00 Uhr (Dispositiv Ziffer 2), und als Konkursort den Sitz der beiden Gesellschaften fest (Dispositiv Ziffer 3). Der bisherige Untersuchungsbeauf-

tragte wurde als Konkursliquidator eingesetzt (Dispositiv Ziffer 4), die Geschäftstätigkeiten beider Firmen wurden eingestellt und es wurde ihnen verboten, Auszahlungen zu leisten oder Zahlungen entgegen zu nehmen (Dispositiv Ziffer 5). Die Vorinstanz setzte die Publikation der Konkurseröffnungen sowie den Erlass des Schuldenrufs auf den 9. April 2010, 10.00 Uhr fest (Dispositiv Ziffer 7) und wies das zuständige Handelsregister an, die entsprechenden Einträge vorzunehmen (Dispositiv Ziffer 8). Im Weitern sprach sie gegenüber dem Beschwerdeführer 3 ein Werbeverbot aus, drohte Sanktionen im Widerhandlungsfall an und ordnete eine Publikation ab Eintritt der Rechtskraft an (Dispositiv Ziffern 9 - 11). Sie erklärte die Ziffern 2 - 8 des Dispositivs als sofort vollstreckbar, entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung und beschränkte die Verwertungshandlungen bis zum Eintritt der Rechtskraft auf sichernde und werterhaltende Massnahmen (Dispositiv Ziffer 12). Die Kosten des Untersuchungsverfahrens von Fr. 27'008.30 wurden den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 solidarisch und unter Verrechnung mit den bereits bezogenen Vorschüssen auferlegt (Dispositiv Ziffer 13). Dem Beschwerdeführer 3 wurden Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– (Dispositiv Ziffer 14), den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– solidarisch auferlegt (Dispositiv Ziffer 15).

Die Vorinstanz hielt zur Begründung fest, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hätten, ohne im Besitze einer entsprechenden bankenrechtlichen Bewilligung zu sein, arbeitsteilig und in Zusammenarbeit mit der Firma C. in kurzer Zeit von über 850 Kunden Gelder im Betrag von je EUR 3'000.– (d.h. insgesamt von rund EUR 2'550'000.–) entgegen genommen und auf einem Konto in der Schweiz "gepoolt". Entgegen der Vereinbarung mit den Kunden, die Gelder auf einem Handelskonto bei einem Broker zu verwalten, seien diese gar nie dorthin weitergeleitet worden. Es liege kein Treuhandgeschäft der Kunden mit der X. Gruppe vor, denn die einzelnen Kunden hätten keine Treuhandverträge, sondern Vermögensverwaltungsverträge abgeschlossen und es fehle an der für Treuhandgeschäfte unabdingbaren Pflicht zur individuellen Abrechnung. Damit hätten die Beschwerdeführerinnen gegen das Bankengesetz verstossen. Die Voraussetzungen für eine nachträgliche Bewilligungserteilung lägen nicht vor und die Beschwerdeführerinnen verfolgten keine (Beschwerdeführerin 1) oder keine wesentlichen (Beschwerdeführerin 2) anderen Aktivitäten. Genehmigte Jahresrechnungen für 2008 und 2009 lägen nicht vor, und die liquiden Mittel gestatteten - vorbehältlich der Rückzahlung des

Aktionärsdarlehens und der Einbringung weiterer flüssiger Mittel - eine Bezahlung der laufenden Verbindlichkeiten (Beschwerdeführerin 1) beziehungsweise eine vollumfängliche Rückzahlung der erhaltenen Kundengelder nicht (Beschwerdeführerin 2), weshalb von einer Überschuldung auszugehen und der Konkurs zu eröffnen sei.

D.
Am 8. April 2010 erhoben die Beschwerdeführenden beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit den Hauptanträgen auf vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Entscheids, auf Ansetzung einer Nachfrist zur Nachreichung einer weitergehenden Begründung und auf Rückzahlung der Gelder, welche der Beschwerdeführerin 1 als Entgelt für die Leistungen der Vorinstanz entzogen worden seien. Des Weiteren beantragten sie als superprovisorische bzw. vorsorgliche Massnahmen u.a., die Anordnung der Konkurseröffnung sei aufzuheben, die Publikation der Konkurseröffnung sei zu verbieten und den Ziffern 3, 4, 5, 7, 8 und 13 der angefochtenen Verfügung sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Die Beschwerdeführenden begründeten ihre Beschwerde im Wesentlichen damit, die streitbezogenen Gelder stammten von den Mitgliedern eines privaten Clubs, die mit je einer einmaligen Einzahlung an einem Lehrgang für Grundkenntnisse der Börse teilgenommen hätten, weshalb nicht von "Publikumseinlagen" beziehungsweise deren unrechtmässiger Entgegennahme gesprochen werden könne. Diese Gelder seien zudem rein treuhänderisch von der Beschwerdeführerin 2 entgegen genommen worden und hätten an einen englischen Broker weitergeleitet werden sollen, was indessen aus nicht bei den Beschwerdeführerinnen liegenden Gründen nicht möglich gewesen sei. Die Gelder seien vollständig vorhanden und gesichert, was im Übrigen auch die Vorinstanz anerkenne. Die Beschwerdeführerin 1 habe zu keinem Zeitpunkt selber Gelder entgegengenommen. Eine Überschuldung sei zu verneinen. Es dürfe nicht den Beschwerdeführerinnen angelastet werden, wenn die Vorinstanz für ihre (nach dem Gesagten unnötigen) Bemühungen in namhaftem Umfang Kundengelder vom Treuhandkonto bezogen habe. Vielmehr habe sich die Beschwerdeführerin 2 rasch um eine Rückzahlung besagter Kundengelder bemüht, was ihr nunmehr sogleich und ohne aufwändige prozessuale Weiterungen zu gestatten sei.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 8. April 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführenden um superprovisorischen Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen ab. In der Folge wurde über die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 der Konkurs eröffnet.

Am 6. Mai 2010 beantragte die Vorinstanz, das Gesuch der Beschwerdeführenden um vorsorgliche Massnahmen sei vollumfänglich abzuweisen.

Mit Zwischenverfügung vom 26. Mai 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und um Erlass von vorsorglichen Massnahmen ab, soweit es darauf eintrat.

F.
Am 21. Mai 2010 reichte die Vorinstanz ihre Vernehmlassung ein. Sie beantragte, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführenden. Die Beschwerdeführerin 1 und die Beschwerdeführerin 2 seien aufsichtsrechtlich als Gruppe ("X. Gruppe") zu betrachten. Sie hätten ihre gemeinsame Tätigkeit – insbesondere die Entgegennahme von Anlegergeldern – arbeitsteilig wahrgenommen. Die Geschäftsidee habe darin bestanden, Mitglieder des C.-Clubs für eine Einmaleinlage von EUR 3'000.– zu gewinnen, welche in der Folge für spekulative Finanztransaktionen hätte verwendet werden sollen. Die Einlagen seien auf dem "Treuhandkonto" der Beschwerdeführerin 2 gesammelt worden und bis zum Einschreiten der FINMA während mehrerer Monate dort liegen geblieben. Zu Gunsten der Anleger habe ein Rückzahlungsanspruch im Umfang ihres jeweiligen internen Kontostandes bestanden. Die einbezahlten Gelder stellten somit Verbindlichkeiten der X. Gruppe dar, womit ihnen grundsätzlich Einlagecharakter zukomme. Das "Treuhandkonto" sei kein Abwicklungskonto zur Abwicklung von Kundengeschäften (Hauptgeschäft), denn zum einen fehle es dafür an der notwendigen Kurzfristigkeit, zum andern bestehe effektiv gar kein Hauptgeschäft. Zwar gälten Einlagen bei Vereinen unter gewissen Bedingungen nicht als Publikumseinlagen. Vorliegend seien die Einlagen jedoch mit Hinsicht auf die geplante Investitionstätigkeit für Rechnung der Einleger erfolgt. Die Entgegennahme solcher Gelder begründe immer eine Tätigkeit im Finanzbereich. Die Gewerbs-

mässigkeit sei gegeben, da über 20 Personen Einlagen getätigt hätten und zusätzlich auf der Internetseite der X. dafür Werbung betrieben worden sei. Es bestehe ferner kein Treuhandgeschäft mit Bezug auf die Anlagegelder, da eine Treuhandvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin 2 und den Anlegern in den bestehenden Verträgen nirgends ersichtlich sei. Der Beschwerdeführer 3 sei für die effektive Geschäftsführung sowohl der Beschwerdeführerin 2 als auch der Beschwerdeführerin 1 zuständig gewesen. Somit sei er verantwortlich für die durch die beiden Gesellschaften vorgenommene Entgegennahme von Publikumseinlagen. Es bestehe die Gefahr, dass er auch in Zukunft das Bankengesetz in irgendeiner Form verletzten könnte, zumal er sich als Schweizer "Treuhänder" bereits vorgängig für zweifelhafte Geschäfte im Finanzbereich zur Verfügung gestellt habe. Im Sinne des Anlegerschutzes sei es daher gerechtfertigt, dass die FINMA den das Werbeverbot betreffenden Teil des Dispositivs der angefochtenen Verfügung veröffentliche.

G.
Mit Schreiben vom 3. Juni 2010 setzte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin 1 davon in Kenntnis, dass der eingeforderte Kostenvorschuss nicht geleistet worden war und auf ihre Beschwerde daher unter Kostenfolge nicht eingetreten werden könne. Die Beschwerdeführerin 1 liess sich hierzu nicht vernehmen.

H.
Am 27. Juni 2010 reichten die Beschwerdeführerin 2 und der Beschwerdeführer 3 eine Beschwerdeergänzung bzw. Replik ein. Sie beantragten weiterhin die Aufhebung der Ziffern 1, 9 bis 11 sowie 13 bis 15 der angefochtenen Verfügung, erklärten aber ausdrücklich, die Beschwerde richte sich nicht mehr gegen die Konkurseröffnung (Ziff. 2 bis 8 der angefochtenen Verfügung). Sie führten aus, es bestehe – unabhängig davon, ob eine Gruppenbetrachtung erfolge oder nicht – kein Bankengeschäft und der Beschwerdeführer 3 habe zu keiner Zeit bankenrechtswidrige Werbung betrieben. Die Beteiligten des hier zu beurteilenden Geschäfts hätten nicht mit Geld handeln, sondern das Geld der Vereinsmitglieder einsammeln und in Sachwerten (Aktien, Währungen, Devisen) anlegen wollen. Da nicht jede Entgegennahme von Geld mit einer Entgegennahme von Publikumseinlagen im Sinne des Bankengesetzes gleichzusetzen sei, sei die angefochtene Verfügung mangels diesbezüglicher Abgrenzung nicht nachvollziehbar. Damit werde das rechtliche Gehör verletzt. Wesentliches Merkmal für

die Entgegennahme von Publikumseinlagen sei, dass ein Unternehmen für eigene Rechnung Verpflichtungen gegenüber Dritten eingehe und aus diesem Geschäft zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung werde. Davon zu unterscheiden sei der obligatorische Rückforderungsanspruch einer bereits erbrachten Leistung beim später nicht verwirklichten Vertrag. Diese zwingend notwendige Unterscheidung mache die Vorinstanz nicht, was eine willkürliche Rechtsanwendung darstelle. Die vertragliche Verpflichtung der Beschwerdeführerin 2 habe darin bestanden, die auf dem Treuhandkonto eintreffenden Gelder nach Weisung von C. auf ein Handelskonto weiterzuleiten. Bei Vertragserfüllung hätten die Beschwerdeführerin 2 keine Rückzahlungspflichten mehr getroffen. Das Treuhandkonto der Beschwerdeführerin 2 sei ein reines Abwicklungskonto gewesen, denn es sei allein aus diesem Zweck eröffnet und geführt worden. Es sei nie geplant gewesen, dass die Beschwerdeführerinnen 1 oder 2 auf eigene Rechnung Geschäfte tätigten; vielmehr sollte für Rechnung der wirtschaftlichen Eigentümer der Gelder Sachwerte gekauft werden. Die Behauptung der Vorinstanz, dieses Konto sei wegen fehlender zeitlicher Kurzfristigkeit des Hauptgeschäfts nicht als Abwicklungskonto zu qualifizieren, verletze die Wirtschaftsfreiheit und das Willkürverbot (wird näher ausgeführt). Auch die Ansicht der Vorinstanz, es bestehe kein Hauptgeschäft, sei rechtsverletzend. Ob ein Hauptgeschäft vorliege, bestimme sich allein nach dem Parteiwillen bei Vertragsabschluss. Indem die Vorinstanz ein Hauptgeschäft erst annehmen wolle, wenn dieses vollständig abgeschlossen sei, verfalle sie in Willkür. Mit der Behauptung, es bestehe die Gefahr, dass der Beschwerdeführer 3 seine angeblich bankenrechtswidrige Tätigkeit weiterhin im Namen einer anderen Gesellschaft oder unter Einbezug von Drittpersonen weiterführen könnte, werde der Grundsatz des rechtlichen Gehörs massiv verletzt. Die Vorinstanz nenne für diese "Gefahr" keinen Anhaltspunkt, geschweige denn einen Beweis.

Die Vorinstanz nahm am 16. August 2010 Stellung zu den Ausführungen der Beschwerdeführenden. Sie ging von der Annahme aus, dass diese den Bestand einer Gruppe im aufsichtsrechtlichen Sinn nicht mehr bestritten, und hielt im Übrigen an ihren Anträgen fest. Sie präzisierte ihre bisherigen Ausführungen hinsichtlich des Tatbestandes der Entgegennahme von Publikumseinlagen und des Vorliegens eines Bankgeschäftes und führte insbesondere aus, eine Qualifikation als Abwicklungskonto komme nur in Frage, wenn das entsprechende

Hauptgeschäft finanzmarktrechtlich zulässig sei. Mit Bezug auf den Devisenhandel sei die Möglichkeit zur Führung von Abwicklungskonten ohne bankenrechtliche Bewilligung zudem aufgehoben worden. Die von den Anlegern über die Beschwerdeführerin 2 bei der X. Gruppe einbezahlten Gelder stellten für die Anleger auch keine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums dar. Das Werbeverbot und dessen Veröffentlichung seien geeignet, Schaden für Anleger durch Einlagen beim Beschwerdeführer 3 oder von ihm kontrollierten Personen zu vermeiden. Die Massnahme sei erforderlich, um das Ziel eines effektiven Anlegerschutzes zu erreichen und müsse auch mit Bezug auf die negative Publizitätswirkung als verhältnismässig angesehen werden.

Mit "nachträglicher Eingabe" vom 1. September 2010 hielten die Beschwerdeführerin 2 und der Beschwerdeführer 3 fest, sie bestritten die Zugehörigkeit zu einer Gruppe im aufsichtsrechtlichen Sinn weiterhin. Der Kauf von Effekten und Devisen habe nach dem Parteiwillen nicht durch die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 getätigt werden sollen, sondern durch einen professionellen Broker. Sollte das Gericht eine Gruppentätigkeit in der Geschäftsabwicklung bejahen, müsse konsequenterweise die Gruppe in ihrer Gesamtheit betrachtet werden. Mithin müsse auch der Broker, welcher über alle notwendigen Lizenzen für den Effekten- und Devisenhandel verfüge, als Gruppenmitglied einbezogen werden. Das Vorhandensein dieser Bewilligungen müsse demnach der gesamten Gruppe angerechnet werden. Der Beschwerdeführer 3 sei im Übrigen in einem früheren Verfahren – in welchem zudem eine Verletzung des Bankengesetzes nie zur Debatte gestanden sei - durch das Bundesgericht von allen Anschuldigungen frei gesprochen worden. Es sei daher willkürlich, wenn die Vorinstanz aufgrund eines nie erfüllten Sachverhalts eine Wiederholungsgefahr annehmen wolle.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Verfügung der Vorinstanz vom 29. März 2010 stellt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (vgl. Art. 33 Bst. e VGG).

Darunter fällt die vorliegende, von der FINMA erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG; SR 956.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung zuständig.

1.1 Die Beschwerdeführerin 1 hat den Kostenvorschuss für das vorliegende Verfahren innert der vom Bundesverwaltungsgericht gesetzten Frist nicht geleistet.

Auf ihre Beschwerde ist daher – wie in der Zwischenverfügung vom 13. April 2010 angedroht – unter Kostenfolge nicht einzutreten. Die von ihr zu tragenden Kosten werden auf Fr. 250.– festgelegt.

1.2 Die Beschwerdeführerin 2 und der Beschwerdeführer 3 haben den Kostenvorschuss fristgerecht einbezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG). Sie haben vor der Vorinstanz am Verwaltungsverfahren teilgenommen und sind Adressaten der angefochtenen Verfügung. Sie sind durch die jeweils sie selbst betreffenden Feststellungen und Anordnungen im Dispositiv der angefochtenen Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Sie sind daher in diesem Umfang zur Beschwerdeführung legitimiert.

Wird eine juristische Person im Kontext eines Unterstellungsverfahrens in Liquidation oder Konkurs versetzt, so fehlt ihren eigentlichen Organen im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung regelmässig die Zeichnungsberechtigung, da die Vorinstanz ihnen bereits vorher mittels superprovisorischer Verfügung die Vertretungsbefugnis entzogen und diese einem Untersuchungsbeauftragten übertragen hat. In dieser Situation wäre es aber nicht zulässig, ihr vorzuhalten, sie müsste durch den - zur Zeit allein zeichnungsberechtigten - Untersuchungsbeauftragten Beschwerde erheben, da das Rechtsbegehren in direktem Zusammenhang mit der Einsetzung dieses Untersuchungsbeauftragten steht (vgl. EGMR, Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic, Urteil vom 21. Oktober 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-XI, Ziff. 50 ff.). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts gelten daher die nach den gesellschaftsinternen Regeln eingesetzten Organe, welche bis zum Erlass der superprovisorischen Verfügung zeichnungsberechtigt waren, als befugt, die Verfügung der Vorinstanz, durch welche die juristische Person in Liquidation oder Konkurs ver-

setzt wurde, im Namen der juristischen Person anzufechten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 2.3.1, mit Hinweis auf BGE 131 II 306 E. 1.2.1).

Der Beschwerdeführer 3 war bis zu der Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten einzelzeichnungsberechtigter Direktor der Beschwerdeführerin 2. Er ist demnach im Sinne der dargestellten Rechtsprechung zur Beschwerde im Namen der Beschwerdeführerin 2 befugt.

Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (vgl. Art. 47 ff. VwVG). Auf die Beschwerden der Beschwerdeführerin 2 und des Beschwerdeführers 3 ist somit einzutreten.

2.
Der Sachverhalt ist weitgehend unbestritten und präsentiert sich wie folgt (vgl. dazu den Untersuchungsbericht vom 5. Februar 2010 S. 6 ff., p. C 242 ff.):

2.1 Im Sommer 2009 trat Herr B. - gemäss Darstellung des Beschwerdeführers 3 - mit der Idee an ihn heran, Gelder der Mitglieder des C. Clubs über eine Schweizer Gesellschaft zu poolen, dann bei einem Broker anzulegen und dort mit Hilfe der automatisierten Tradingsoftware der D. Ltd., Zypern, zu verwalten.

Am 1. September 2009 schloss die Beschwerdeführerin 2 mit C. zu diesem Zweck eine Treuhandvereinbarung ab, welche von der Beschwerdeführerin 1 mitunterzeichnet wurde. Gemäss dieser Vereinbarung tritt C. als Treugeberin und die Beschwerdeführerin 2 als Treunehmerin auf. Die Beschwerdeführerin 1 betreut die Anleger bzw. Mitglieder des C. Clubs, welche mit einem Einsatz von EUR 3'000.– an einem "Investmentprogramm" teilnehmen. Die Beschwerdeführerin 2 nimmt die Einzahlungen der Mitglieder für X. AG "auf deren Rechnung" entgegen.

Die Beschwerdeführerin 2 leitet die Gelder gemäss Instruktion der C. auf das Handelskonto des Brokers weiter bzw. nimmt die Rücküberweisung der Gelder an die Anleger vor. Dafür erhält sie eine pauschale Vergütung von 3% der Treuhandbeträge. Im Falle einer Rückab-

wicklung ist anstelle dieser Treuhandgebühr eine Pauschale von EUR 50.– pro Kunde geschuldet.

2.2 Ab Mitte September 2009 wurden die Mitglieder des C. Clubs für die Teilnahme am "Investmentprogramm" angeworben.

Die Kontaktaufnahme erfolgte durch C. in Wien und über die lokalen "Clubbetreuer". Die Anmeldung erfolgte über die Website X. AG anhand eines "Antrags zur X. Vermögensverwaltung Konto K.", welcher durch die Anleger unterzeichnet und an die C. gesandt werden musste (vgl. p. C 154). Im Antrag wurde die Beschwerdeführerin 1 als Vermögensverwaltung nach Schweizer Recht unter der Aufsicht der FINMA vorgestellt. Festgehalten wurde des Weiteren, dass das Investment von EUR 3'000.– in spekulative Finanztransaktionen investiert würde – verwaltet durch eine automatisierte Handelssoftware –, wobei Verluste, im theoretischen Fall gar ein Totalverlust und eine Nachschusspflicht resultieren könnten. Für die Beschwerdeführerin 1 war eine Managementgebühr von 6% p.a. sowie eine nach Performance abgestufte Erfolgsgebühr von bis zu 20% des Gewinns und eine Nutzungsgebühr Software von bis zu 30% des Gewinns vorgesehen. Die Anleger sollten ihren Anlagebetrag von EUR 3'000.– je auf ein von der Beschwerdeführerin 1 eröffnetes Depot einzahlen, wobei die Überweisung auf ein von einem Treuhänder kontrolliertes Konto erfolgen würde. Dem Anleger werde monatlich per E-Mail der Kontostand mitgeteilt worden bzw. er hätte diesen über ein Login auf der Website X. AG jederzeit einsehen können.

Ab dem 6. Oktober 2009 schloss die Beschwerdeführerin 1 mit über 850 Mitgliedern von C. einen Vermögensverwaltungsauftrag über das Produkt "Konto K.". Die Anleger überwiesen den Betrag von EUR 3'000.– auf das Konto der Beschwerdeführerin 2, welche die erfolgten Eingänge an C. meldete und den Anlegern eine Einzahlungsbestätigung zustellte. Die Verträge kamen durch die Unterschrift der Beschwerdeführerin 1 auf dem oben genannten Antragsformular zustande. Diese Gegenzeichnung erfolgte in den Büros der C., welche zu diesem Zweck über einen Firmenstempel der Beschwerdeführerin 1 verfügte. Die Anleger erhielten sodann einen Newsletter, welcher von der C. erstellt und versandt worden war.

Die Anwerbung der Anleger erfolgte, ohne dass zu jenem Zeitpunkt die internen Vorbereitungen betreffend die Einrichtung des Brokerkontos getroffen worden wären. Die Beschwerdeführerin 1 füllte erst im

Dezember 2009 Kontoeröffnungsformulare für die Eröffnung eines Brokerkontos aus, doch kam es in der Folge zu keiner Kontoeröffnung (vgl. p. C 102 - 104).

In der Zeit vom 6. Oktober 2009 bis 10. Dezember 2009 gingen auf das Konto der Beschwerdeführerin 2 Einzahlungen von 849 Anlegern über EUR 2'547'628.61 ein. Zwischen 29. Dezember 2009 und 8. Januar 2010 zahlten nochmals 6 Anleger Geldbeträge ein. Nach Abschlussbuchungen belief sich der Kontosaldo per 8. Januar 2010 auf EUR 2'567'350.04 (855 Anleger).

Die D. Ltd. überwies der Beschwerdeführerin 2 im Dezember 2009 eine Treuhandkommission in der Höhe von EUR 30'000.– (Teilbetrag; geschuldet gewesen wäre ein Betrag von EUR 38'485.–; p. C 068).

In den Akten befindet sich ein Schreiben des Beschwerdeführers 3 vom 27. November 2009 an Herrn B. (p. A1 220), worin er darauf hinweist, dass er noch kein nachvollziehbares "Handelskonto bzw. Programm" von Herrn B. erhalten habe und die Homepage der X. Inhalte aufweise, welche wahrheitswidrig seien. Er verlangte die Korrektur dieser Inhalte und stellte die Rückübertragung der Gelder an die Anleger in Aussicht.

In einem Schreiben vom 7. Dezember 2009 an die St. Galler Kantonalbank (p. A1 123) gab der Beschwerdeführer 3 – bezugnehmend auf ein Gespräch mit der Bank – Erklärungen ab hinsichtlich der Herkunft der Gelder auf dem Konto der Beschwerdeführerin 2. Darin hielt er fest, er wisse noch nicht, wie das Handelskonto beim Broker aussehen werde. Demgemäss ging er zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich noch vom Zustandekommen des Geschäfts aus. Erst in einem weiteren Schreiben an die St. Galler Kantonalbank vom 16. Dezember 2009 (p. A1 151) führte der Beschwerdeführer 3 aus, ob das geplante Anlagemodell zustande komme, sei unsicher, denn der Treugeber erwäge den Abbruch des Geschäfts aus unterschiedlichsten Gründen.

Mit E-Mail vom 23. Dezember 2009 wurden die Anleger vom Absender info@d._____.com über den aktuellen Stand informiert, wobei u.a. die Behauptung aufgestellt wurde, dass für den Handelsbeginn alles bereit sei und lediglich noch der Transfer der Gelder vom Konto der Beschwerdeführerin 2 zum Broker in den USA fehle (p. C 064 und 065).

Beim Eintreffen des Untersuchungsbeauftragten am 7. Januar 2010 war der Beschwerdeführer 3 dabei, die Bankbelege zu ordnen, um – wie er geltend machte – die Rückzahlung vorzubereiten.

3.
Die Beschwerdeführenden bestreiten, dass sie in einer Gruppenstruktur tätig gewesen seien. Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hätten ihre gemeinsame Tätigkeit arbeitsteilig wahrgenommen und seien in personeller Hinsicht eng verflochten gewesen. Daher sei die Qualifikation als Gruppe angemessen.

3.1 Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der Vorinstanz sind verschiedene natürliche und juristische Personen in Bezug auf die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit dann aufsichtsrechtlich als Gesamtheit zu betrachten, wenn eine derart enge wirtschaftliche Verflechtung besteht, dass die Gruppe als eine wirtschaftliche Einheit behandelt werden muss (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8227/2007 vom 20. März 2009 E. 8.2 sowie B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 5.2, je mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.2.4 sowie 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000 E. 3b/cc).

Von einer Gruppe in diesem Sinn ist dann auszugehen, wenn die finanziellen und personellen Verflechtungen zwischen zwei oder mehreren Gesellschaften oder zwischen natürlichen und juristischen Personen derart intensiv sind, dass nur eine gesamthafte Betrachtungsweise den faktischen Gegebenheiten gerecht wird und Gesetzesumgehungen verhindern kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2; ferner: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2). Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn die Akteure im Hinblick auf die in Frage stehende bewilligungspflichtige Tätigkeit gegenüber dem Publikum einheitlich auftreten, indem sie sich etwa gemäss den eigenen Unterlagen gegen aussen als "Unternehmensgruppe" darstellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000 E. 2e und E. 3b/dd). Ein gruppenartiges Zusammenwirken muss sich aber nicht zwingend derart öffentlich manifestieren; auch bloss intern wahrnehmbare personelle, wirtschaftliche und organisatorische Verflechtungen von Gesellschaften oder

natürlichen Personen untereinander können derart intensiv sein, dass eine Gruppenbetrachtung angezeigt ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die verschiedenen Akteure im Hinblick auf die bewilligungspflichtige Tätigkeit koordiniert - ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet - zusammenwirken (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6715/2007 vom 3. September 2008 E. 4.2.2, Urteil des Bundesgerichts 2C_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.2).

Die Annahme einer Gruppe hat zur Folge, dass die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen alle Mitglieder treffen, selbst wenn in Bezug auf einzelne davon - isoliert betrachtet - nicht alle Tatbestandselemente erfüllt sind oder sie selbst überhaupt keine finanzmarktrechtlich relevanten Tätigkeiten ausgeübt haben (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6715/2007 vom 3. September 2008 E. 6.2 sowie B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.2).

3.2 Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 im Rahmen des Geschäftes "C." zusammenwirkten (vgl. E. 2). Die Kunden, bzw. Mitglieder des "C. Clubs", beauftragten die Beschwerdeführerin 1 mittels Vermögensverwaltungsvertrags (vgl. Akten p. C 070 bis 080), die einbezahlten Vermögenswerte für spekulative Finanztransaktionen mit Aktien, Währungen, Indizes und Derivaten zu verwenden. Das Geld wurde auf ein "Treuhand-Konto" der Beschwerdeführerin 2 bezahlt, welche es auf ein Handelskonto der Beschwerdeführerin 1 bei einem amerikanischen Broker hätte weiterleiten sollen. Die vertragliche Grundlage der Arbeitsteilung zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführerin 2 bildet eine "Treuhandvereinbarung" zwischen der Beschwerdeführerin 2 und C., welche von der Beschwerdeführerin 1 mitunterzeichnet worden war (vgl. p. C 083 - 087).

Diese Umstände machen deutlich, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 im Hinblick auf das Geschäft "C." koordiniert und zielgerichtet zusammenwirkten. Zudem bestehen personelle Verflechtungen, indem in beiden Gesellschaften dieselbe (einzige) Verwaltungsrätin amtierte und die Geschäftsführung bei beiden – zumindest faktisch (vgl. p. C 194, Frage 31 sowie C 138 f. Frage 30) – derselben Person, nämlich dem Beschwerdeführer 3, oblag. Des Weiteren sind beide Gesellschaften an derselben Adresse domiziliert.

Unter den gegebenen Umständen war der Entscheid der Vorinstanz, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 als Gruppe anzusehen, rechtmässig und ist nicht zu beanstanden.

4.
Die Beschwerdeführenden machen geltend, es liege kein Bankengeschäft vor und sie hätten keine Publikumseinlagen entgegen genommen.

4.1 Gemäss Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG ist es natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, verboten, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen.

Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 132 II 382 E. 6.3.1, m.w.H.). Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen (FINMA-Rundschreiben 08/3: Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes, Rz. 10).

Nach Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG kann der Bundesrat Ausnahmen vom Verbot vorsehen, ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist.

Solche Ausnahmen hat der Bundesrat in Art. 3a der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 (BankV, SR 952.02) festgesetzt. Nicht als Einlagen gelten danach (unter anderem) "Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden" (Art. 3a Abs. 3 Bst. a BankV) sowie "Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten-, oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird" (Art. 3a Abs. 3 Bst. c BankV).

Nur die in Art. 3a Abs. 3 Bst. a-d BankV abschliessend – als Ausnahmen – aufgezählten Verbindlichkeiten gelten nicht als Einlagen (vgl. ALOIS RIMLE, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 13). Die Umschreibung des Begriffs Einlagen erfolgt damit ausdrücklich negativ (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 im Sinne des Bankengesetzes handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen hält (Art. 3a Abs. 2 BankV) oder in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (Art. 3 Abs. 1 BankV; BGE 132 II 382 E. 6.3.1).

4.2 Die Beschwerdeführenden bringen zunächst vor, die Beschwerdeführerin 1 habe das Vermögen eines jeden Mitglieds des "Vereins C." auf fremde Rechnung, nämlich auf die jedes einzelnen Mitgliedes verwaltet. Wesentliches Merkmal für die Entgegennahme von Publikumseinlagen sei, dass ein Unternehmen für eigene Rechnung Verpflichtungen gegenüber Dritten eingehe und aus diesem Geschäft zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung werde. Davon zu unterscheiden sei der obligatorische Rückforderungsanspruch einer bereits erbrachten Leistung beim später nicht verwirklichten Vertrag. Diese zwingend notwendige Unterscheidung mache die Vorinstanz nicht, was eine willkürliche Rechtsanwendung darstelle. Die Beschwerdeführerin 2 habe sich nur zur Weiterleitung, nicht aber zur Rückzahlung der entgegengenommenen Gelder verpflichtet. Auch im Verhältnis Beschwerdeführerin 1 zu den Kunden hätte bei gehöriger Vertragserfüllung immer nur der obligatorische Anspruch der Kunden auf Herausgabe der für sie gekauften Sachwerte (Aktien, Währungen, Derivate) bestanden.

Vorab ist festzuhalten, dass – entgegen der von den Beschwerdeführenden zum Teil verwendeten Bezeichnung "Verein C." – keine Dokumente vorgelegt wurden, wonach es sich bei C. um einen Verein nach ausländischem Recht handelt. Welche Rechtsform C. zukommt, bleibt nach Aussagen der Vorinstanz daher unklar.

Im Treuhandvertrag vom 1. September 2009 wird festgehalten, dass die Firma Y. AG die Investmentgelder der Mitglieder für X. AG auf deren Rechnung einkassiere (p. C 159, § 1). Es ist nicht eindeutig erstellt, welche Bedeutung dieser Formulierung zuzumessen ist. Während der Beschwerdeführer 3 anlässlich seiner Befragung aussagte, der Zusatz "auf deren Rechnung" beziehe sich auf die Anleger, hielten die Beschwerdeführenden in ihrer Replik, S. 19, Ziff. 1.3.3.b1,

fest, der Treuhandvertrag statuiere, dass die Beschwerdeführerin 2 die Gelder *auf Rechnung der X.* entgegen nehme.

Kein Zweifel besteht jedoch am Umstand, dass die Kunden gegenüber der Beschwerdeführerin 1 – auch bei gehöriger Vertragserfüllung – einen Anspruch auf Rückerstattung ihrer Habensaldi (p. C 074 und 075) hatten. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist für die Qualifikation als Publikumseinlage nicht erforderlich, dass dieser Saldo genau den einbezahlten Einlagen entspricht. Dies ist aufgrund von angelaufenen Zinsen, Kursschwankungen und sonstigen Gewinnen und Verlusten gewöhnlich auch nicht zu erwarten. Da es im Rahmen der Gruppenbetrachtung keine Rolle spielt, ob der Rückforderungsanspruch gegenüber der Beschwerdeführerin 1 oder 2 entstand, ist auch die Beschwerdeführerin 2 gegenüber den Anlegern als Rückzahlungsschuldnerin zu qualifizieren.

Vorliegend handelt es sich zudem nicht um eine Ausnahme nach Art. 3a Abs. 3. Bst. a BankV, wonach Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden, nicht als Einlagen gelten. Im Rahmen des Geschäftes C. wurde kein individualisierbares Eigentum (vgl. hierzu Urteil des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 5.1.1. und 5.2.3) übertragen. Die Gelder der Anleger hätten beim ausländischen Broker gepoolt und von der X. AG für Rechnung der Anleger gemeinschaftlich verwaltet werden sollen (p. C 241 und 242). Den Anlegern hätte daher kein Eigentumsrecht an eventuell erworbenen Effekten, sondern lediglich eine Forderung zur Auszahlung des jeweiligen Habensaldos zugestanden.

4.3 Die Beschwerdeführenden machen des Weiteren geltend, das Treuhandkonto der Beschwerdeführerin 2 sei ein reines Abwicklungskonto gewesen. Es sei nie geplant gewesen, dass die Beschwerdeführerin 1 oder 2 auf eigene Rechnung Geschäfte tätigen würden; vielmehr sollte für Rechnung der wirtschaftlichen Eigentümer der Gelder Sachwerte gekauft werden. Die Behauptung der Vorinstanz, dieses Konto sei wegen fehlender zeitlicher Kurzfristigkeit des Hauptgeschäfts nicht als Abwicklungskonto zu qualifizieren, verletze die Wirtschaftsfreiheit und das Willkürverbot. Die Einzahlungen seien erst nach und nach erfolgt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz seien sie demnach nicht monatelang "herumgelegen". Den beteiligten Ver-

tragsparteien stehe die freie Entscheidung zu, zu welchem Zeitpunkt sie in die Börse einsteigen wollten. Es gehe nicht an, dass eine Behörde den Privaten vorschreibe, wann sie ihre Aktien an der Börse kaufen sollten. Auch die Ansicht der Vorinstanz, es bestehe kein Hauptgeschäft, sei rechtsverletzend. Ob ein Hauptgeschäft vorliege, bestimme sich allein nach dem Parteiwillen bei Vertragsabschluss. Indem die Vorinstanz ein Hauptgeschäft erst annehmen wolle, wenn dieses vollständig abgeschlossen sei, verfalle sie in Willkür.

Nicht als Einlagen gelten "Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten-, oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird" (Art. 3a Abs. 3 Bst. c BankV). Diese Ausnahme ist auf Konti begrenzt, die einzig dazu dienen, die notwendige Liquidität zur Abwicklung des im Vordergrund stehenden Hauptgeschäfts zur Verfügung zu stellen. Andere Kundenguthaben bei einem Finanzintermediär werden von ihr nicht erfasst (RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.] Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, N. 13 zu Art. 1, vgl. auch FINMA-RS 2008/3 Rz. 16).

In der vorliegend zu beurteilenden Konstellation bestand, wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, (noch) kein Hauptgeschäft. Weder war der Broker, an welchen die Gelder weitergeleitet werden sollten, definitiv bestimmt, noch wurde ein entsprechendes Konto eröffnet. Die Verwaltung der Kundengelder durch die automatische Software hatte damit noch nicht einmal ansatzweise begonnen. Somit kann beim "Treuhandkonto" der Beschwerdeführerin 2 nicht von einem Abwicklungskonto gesprochen werden.

Den Ausführungen der Beschwerdeführenden ist zudem entgegen zu halten, dass es den Anlegern im Rahmen des Geschäfts C. gerade nicht zustand, selbst zu bestimmen, zu welchem Zeitpunkt sie in die Börse "einsteigen" wollen. Auch jene Anleger, die ihr Einlage bereits im Oktober 2009 leisteten, konnten mit dem "Trading" durch die Automatik-Software nicht sofort beginnen, sondern waren gezwungen zu warten, bis die Beschwerdeführerin 2 die gepoolten Gelder auf Anweisung der C. hin dem Broker weiterleiten würde.

Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Entgegennahme und Weiterleitung der Gelder der Anleger sei ein reines Treuhandgeschäft

und kein Bankengeschäft. Die C. habe in indirekter Stellvertretung der Vereinsmitglieder von Börenpower den Treuhandvertrag mit der Beschwerdeführerin 2 abgeschlossen.

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, besteht keine Treuhandvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin 2, welche die Gelder auf ihrem Konto sammelte, und den Anlegern. Hingegen wurde eine Treuhandvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin 2 und C. geschlossen. Da C. an den einbezahlten Geldern nicht berechtigt war, konnte sie diesbezüglich indessen auch keine Vereinbarungen treffen. Es bestand demnach kein Treuhandgeschäft in Bezug auf die Anlagegelder.

Auch bei der von den Beschwerdeführenden geltend gemachten "indirekten Stellvertretung", d.h. wenn der "Vertreter" den Vertrag in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung, also auf Rechnung des "Vertretenen" im Hintergrund abschliesst, wird nicht der Vertretene, hier also die Anleger selber, sondern - mangels Offenlegung des Vertretungsverhältnisses - nur der "Vertreter" Vertragspartei (vgl. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, § 33, S. 598; VPB 66.10 E. 3b). Die Anleger haben demnach auch unter dieser Annahme *keinen* Treuhandvertrag geschlossen.

4.4 Soweit die Beschwerdeführenden eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend machen, weil die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung keine klare Abgrenzung zwischen der Entgegennahme von Geld und der Entgegennahme von Publikumseinlagen im Sinne des Bankengesetzes gemacht habe, ist ihnen nicht zu folgen. Die Vorinstanz begründete ausreichend, inwiefern es sich bei den von der X. Gruppe entgegengenommenen Geldern um Publikumseinlagen handle. Insbesondere erklärte sie auch, warum es sich beim "Treuhandkonto" der Beschwerdeführerin 2 nicht um eine Abwicklungskonto handle und warum keine Treuhandgeschäft vorliege (angefochtene Verfügung, Ziff. 32 ff.).

4.5 Nach dem Gesagten liegt keine Ausnahme nach Art. 3a der BankV vor und es bestand auch kein Treuhandgeschäft in Bezug auf die Anlagegelder. Somit sind die auf dem "Treuhandkonto" der Beschwerdeführerin 2 gepoolten Gelder als Publikumseinlagen zu qualifizieren.

Die Beschwerdeführenden handelten gewerbsmässig, da sie von über 850 Personen Publikumseinlagen entgegen nahmen. Auch wurde auf der Internetseite der Beschwerdeführerin 1 dafür Werbung betrieben (Art. 3a Abs. 2 sowie Art. 3 Abs. 1 BankV).

Die Beschwerdeführenden stellen sich auf den Standpunkt, wenn eine Gruppentätigkeit in der Geschäftsabwicklung bejaht werde, müsse konsequenterweise die Gruppe in ihrer Gesamtheit betrachtet werden. Mithin müsse auch der Broker, welcher über alle notwendigen Lizenzen für den Effekten- und Devisenhandel verfüge, als Gruppenmitglied einbezogen werden. Das Vorhandensein dieser Bewilligungen müsse demnach der gesamten Gruppe angerechnet werden.

In ihrer nachträglichen Eingabe erklärten die Beschwerdeführenden, die Broker der Wahl seien entweder E. Inc. oder F. gewesen. In den Akten finden sich Anträge der Beschwerdeführerin 2 zur Eröffnung eines Kontos bei diesen Brokern (C 046 – C 014). Indessen wurde in der Folge weder ein solches Konto eröffnet noch eine Geschäftsbeziehung aufgenommen.

Eine zum Zeitpunkt der Entgegennahme der Publikumseinlagen nicht eindeutig bestimmte und noch nicht rechtsgültig in die Geschäftstätigkeit involvierte Partei kann selbstredend nicht als Gruppenmitglied qualifiziert werden. Das entsprechende Begehren der Beschwerdeführenden ist daher abzulehnen.

Die X. Gruppe verfügte somit über keine Bewilligung zur gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen, weshalb die Vorinstanz zu Recht eine Verletzung des Bankengesetzes feststellte.

5.

Der Beschwerdeführer 3 beantragt, das gegen ihn ausgesprochene Werbeverbot und dessen Publikation seien aufzuheben. Mit der Behauptung, es bestehe die Gefahr, dass er seine angeblich bankenrechtswidrige Tätigkeit weiterhin im Namen einer anderen Gesellschaft oder unter Einbezug von Drittpersonen als Strohleute weiterführen könnte, werde der Grundsatz des rechtlichen Gehörs massiv verletzt. Die Vorinstanz nenne für diese "Gefahr" keinen Anhaltspunkt, geschweige denn einen Beweis.

5.1 Gegen den Beschwerdeführer wurde das Verbot ausgesprochen, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte Publikumseinlagen

gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen in irgend einer Form Werbung zu betreiben. Für die Widerhandlung gegen das Verbot wurden ihm Konsequenzen gemäss Art. 48 FINMAG sowie Art. 44 FINMAG und Art. 46 und 49 BankG angedroht (Ziff. 9 und 10 der angefochtenen Verfügung). Nach Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung wird das Werbeverbot auf der Webseite der FINMA veröffentlicht (Ziff. 11 der angefochtenen Verfügung).

Gemäss konstanter Rechtsprechung überprüft das Bundesverwaltungsgericht, ob die Auferlegung eines Tätigkeits- und Werbeverbots im Einzelfall gerechtfertigt und verhältnismässig war (Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2007 vom 17. September 2008 E. 1.2 und 3.2).

5.2 Der Beschwerdeführer 3 war in das Geschäft C. massgebend involviert. Er war Geschäftsführer der Beschwerdeführerin 2 und mittels Mandatsvertrags durch B. beauftragt, die Beschwerdeführerin 1 zu verwalten (p. C 097 bis 092). Der Beschwerdeführer nahm in dieser Funktion Publikumseinlagen entgegen, sammelte diese auf dem Konto der Beschwerdeführerin 2 und stellte den Anlegern Eingangsbestätigungen aus. Für diese Tätigkeiten bezog er ein Entgelt von EUR 30'000.–. Des Weitern füllte er im Namen der Beschwerdeführerin 1 Formulare für die Eröffnung eines Konto bei einem Broker aus und liess sie durch A. unterschreiben (p. C 034 ff.; vgl. p. C 132, Antwort von A. auf Frage 78).

Überdies geht aus dem unveröffentlichten Urteil des Bundesgerichts 6P.124/2004 vom 25. Februar 2005 hervor, dass der Beschwerdeführer 3 bereits im Jahr 1995 Gehilfenschaft zu einem betrügerischen Geschäft geleistet hatte, welches nur deshalb nicht als Betrug qualifiziert wurde, weil das Tatbestandsmerkmal der Arglist aufgrund einer Opfermitverantwortung nicht erfüllt war. Der Beschwerdeführer 3 wurde aus diesem Grund in der Folge freigesprochen (vgl. auch Urteil 6P.176/2006 vom 16. Februar 2007). Das Bundesgericht hielt hinsichtlich der Gehilfenschaft des Beschwerdeführers 3 fest, nach den Feststellungen der Vorinstanz habe der Umstand, dass die Haupttäter einen schweizerischen Treuhänder (den Beschwerdeführer 3) eingeschaltet hätten, in dessen Büroräumlichkeiten die Verträge unterzeichnet worden seien, für die Anleger einen zusätzlichen Anschein von Sicherheit und Seriosität bewirkt. Damit habe der Beschwerde-

führer die Erfolgschancen des betrügerischen Geschäfts erhöht, womit die Voraussetzungen für die Annahme der Gehilfenschaft erfüllt seien. Dass der Beschwerdeführer hier lediglich neutrale Handlungen ohne deliktischen Sinnbezug bzw. ohne eine Solidarisierung mit den Haupttätern begangen hätte, die ohne Weiteres auch anderweitig zugänglich gewesen wären, sei nicht ersichtlich (Urteil 6P.124/2004 E. 7.3).

5.3 Nachdem sich der Beschwerdeführer 3 demnach bereits zweimal für zweifelhafte Geschäfte im Finanzbereich zur Verfügung gestellt hat, sind die Befürchtungen der Vorinstanz, er könnte auch in Zukunft auf ähnliche Art und Weise tätig werden, nicht unberechtigt.

Das Werbeverbot und dessen Publikation erweisen sich daher als erforderlich, um die Öffentlichkeit zu informieren und potentielle Anleger zu schützen. Da der Beschwerdeführer keinerlei Konsequenzen zu befürchten hat, wenn er sich in Zukunft gesetzeskonform verhält, sind die Anforderungen an die Erteilung eines derartigen Verbots nicht hoch. Im Übrigen wiegen die Nachteile, welche der Beschwerdeführer durch die Veröffentlichung zu tragen hat (Rufschädigung), weniger schwer als das Interesse der potentiellen Anleger und der Öffentlichkeit.

Die in den Ziffern 9 bis 11 der angefochtenen Verfügung ausgesprochenen Massnahme erweisen sich daher als verhältnismässig.

5.4 Der Beschwerdeführer 3 sieht eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör darin, dass die Vorinstanz keinen Anhaltspunkt, geschweige denn einen Beweis genannt habe für die angebliche Gefahr einer Weiterführung bzw. Wiederaufnahme einer bankenrechtswidrigen Tätigkeit.

Die Vorinstanz begründete das Werbeverbot und dessen Publikation in der angefochtenen Verfügung nur rudimentär. Indessen finden sich in der Vernehmlassung vom 21. Mai 2010 und in der Duplik vom 16. August 2010 eingehende Begründungen für die verhängte Massnahme. Darin geht die Vorinstanz insbesondere auf deren Verhältnismässigkeit ein sowie - unter Bezugnahme auf die oben (E. 5.2) zitierten Urteile des Bundesgerichts - auf die bestehende "Wiederholungsgefahr".

Ein Mangel in der Begründung wird als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn

die unterinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheides eine genügende Begründung nachschiebt, etwa in der Vernehmlassung (Urteile des BVGer A-1737/2006 vom 22. August 2007 E. 2.2 sowie B-199/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.3).

Falls bezüglich der Begründung des Werbeverbotes eine Gehörsverletzung statt gefunden hätte, wäre sie demnach im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht als geheilt zu betrachten.

6.
Schliesslich beantragen die Beschwerdeführenden die Aufhebung der Ziffern 13, 14 und 15 der angefochtenen Verfügung (Auferlegung der Verfahrens- und Untersuchungskosten). Zur Begründung bringen sie vor, sie hätten keine aufsichtsrechtlich relevanten Tätigkeiten ausgeübt, weshalb die Vorinstanz für ein Einschreiten nicht zuständig gewesen sei.

6.1 Da die Vorinstanz allgemein über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Bereich des Finanzmarktes zu wachen hat (vgl. Art. 1 und 6 Abs. 1 FINMAG), ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr bereits unterstellten Betriebe (insbesondere Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der in Frage stehenden banken- bzw. finanzmarktrechtlichen Bewilligungs- und Genehmigungspflichten einer Gesellschaft oder Person (vgl. Art. 1 und Art. 3 ff. BankG). Praxisgemäss kann sie daher die in den Gesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. Personen einsetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist (BGE 132 II 382 E. 4.1). Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die Vorinstanz von Gesetzes wegen befugt und verpflichtet, die zur Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Insbesondere kann die FINMA eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragte oder Untersuchungsbeauftragter; Art. 36 Abs. 1 FINMAG).

Wie oben festgestellt, haben die Beschwerdeführenden unbewilligt Publikumseinlagen entgegen genommen. Die Zuständigkeit der Vor-

instanz zur Einleitung eines Verfahrens und zur Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten war demnach ohne Weiteres gegeben. Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten haben gemäss gesetzlicher Vorschrift die Beaufsichtigten zu tragen (Art. 36 Abs. 4 FINMAG).

6.2 Die Beschwerdeführenden rügen nicht, die ihnen auferlegten Verfahrens- oder Untersuchungskosten seien zu hoch. Auch für das Bundesverwaltungsgericht sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach die Vorinstanz durch die Auferlegung der Kosten an die Beschwerdeführenden oder die Festsetzung der Höhe (Verfahrenskosten von Fr. 15'000.–, Untersuchungskosten von Fr. 27'008.30) Bundesrecht verletzt hätte.

7.
Die Beschwerde erweist sich demnach in allen Teilen als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist.

8.
Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführenden nach Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten zu tragen und es wird ihnen gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) keine Parteientschädigung ausgerichtet. Die Verfahrenskosten werden im Rahmen von Art. 4 VGKE und unter Berücksichtigung der durch die Beschwerdeführenden veranlassten Zwischenverfügung vom 26. Mai 2010 auf Fr. 2'000.– für die Beschwerdeführerin 2 und Fr. 2'000.– für den Beschwerdeführer 3, somit gesamthaft auf Fr. 4'000.–, festgelegt. Die Verfahrenskosten werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von je Fr. 2'000.– (insgesamt Fr. 4'000.–) verrechnet.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 wird nicht eingetreten.

2.
Die Beschwerden der Beschwerdeführerin 2 und des Beschwerdeführers 3 werden abgewiesen.

3.
Der Beschwerdeführerin 1 werden Verfahrenskosten von Fr. 250.– auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

4.
Der Beschwerdeführerin 2 und dem Beschwerdeführer 3 werden Verfahrenskosten von je Fr. 2'000.–, insgesamt Fr. 4'000.–, auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 2'000.– verrechnet.

5.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

6.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler Marion Spori Fedail

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 28. Oktober 2010