



2C_136/2019

Urteil vom 14. Januar 2020

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichter Stadelmann,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte

1. A. _____ AG in Liquidation,

2. B. _____ AG in Liquidation,

3. C. _____,

Beschwerdeführer,

alle drei vertreten durch Rechtsanwälte Robin Moser und/oder Stéphanie Hagmann,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

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

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2018 (B-1172/2018).

Sachverhalt:

A.

Die A. _____ AG (mittlerweile A. _____ AG in Liquidation; nachfolgend A. _____) ist eine Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 ff. mit Sitz in Wil. Sie wurde am 25. August 2005 in das Handelsregister eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt A. _____ insbesondere die Beratung in Vermögens- und Finanzangelegenheiten, die Betreuung von Vermögen, die Finanzierung für eigene oder fremde Rechnung sowie das Eingehen von Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte. Alleinaktionär von A. _____ ist C. _____. Er wurde am 28. April 2010 als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift und am 24. Februar 2014 als Mitglied des

Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift in das Handelsregister eingetragen. A. _____ hat keine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA als Bank.

A. _____ hielt Beteiligungen im Umfang von 49.8 % an der D. _____ GmbH mit Sitz in Deutschland. Gelder der Kunden von A. _____ wurden in wesentlichem Umfang durch die D. _____ GmbH verwaltet. D. _____ GmbH hielt ab dem 2. April 2016 sämtliche Aktien an E. _____ mit Sitz in St. Gallen. Nach Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten der FINMA wurde A. _____ als Gesellschafterin bei der D. _____ GmbH ausgeschlossen und wurden ihre Anteile eingezogen. Sämtliche Gesellschaftsanteile, soweit sie nicht von der D. _____ GmbH selbst gehalten werden, wurden von F. _____ übernommen.

Die B. _____ AG (mittlerweile B. _____ AG in Liquidation; nachfolgend B. _____) ist eine Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 ff. mit Sitz in Sarnen. Sie wurde am 11. Juli 2006 in das Handelsregister eingetragen. Seit ihrer Eintragung ist C. _____ als einziges Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelunterschrift aufgeführt. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt B. _____ vorab die Beratung in Vermögens- und Finanzangelegenheiten sowie die Betreuung von Vermögen. B. _____ hat weder eine Bewilligung der FINMA noch ist sie einer anerkannten Selbstregulierungsorganisation (SRO) angeschlossen. Mit Vertrag vom 31. Mai 2016 verkaufte C. _____ mindestens 50 % der B. _____-Aktien an die E. _____, als deren einziges zeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied er ebenfalls amtiert.

Mit Verfügung vom 15. Februar 2018 stellte die FINMA fest, dass A. _____ und B. _____ gemeinsam als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen genommen und dadurch aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [BankG; SR 952.0]) schwer verletzt hätten (Dispositivziffer 1). Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung nach BankG würden nicht vorliegen, weswegen nachträglich keine Bewilligung nach BankG erteilt werden könne (Dispositivziffer 2). Die FINMA stellte fest, dass C. _____ aufgrund seines massgeblichen Beitrags an der unerlaubten Tätigkeit ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe (Dispositivziffer 3). Des Weiteren ordnete die FINMA die Auflösung der Gesellschaften sowie deren Liquidation auf dem Weg des Konkurses an, legte als Zeitpunkt der Konkurseröffnung den 19. Februar 2018, 8 Uhr, und als Publikationsdatum den 27. Februar 2018 fest (Dispositivziffern 4 und 9). Gleichzeitig setzte die FINMA eine Konkursliquidatorin ein, auferlegte die Kosten der Liquidation den betroffenen Gesellschaften und stellte die Geschäftstätigkeit der A. _____ und der B. _____ auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung ein, wobei ihnen und ihren Organen insbesondere verboten wurde, Auszahlungen zu leisten und Zahlungen entgegenzunehmen (Dispositivziffern 5, 6 und 8). Die FINMA entzog den bisherigen Organen der Gesellschaften die Vertretungsbefugnis und wies die zuständigen Handelsregisterämter an, die entsprechenden Einträge am 27. Februar 2018 vorzunehmen (Dispositivziffern 7 und 10). Gegenüber C. _____ erliess die FINMA eine Unterlassungsanweisung hinsichtlich jeglicher finanzmarktrechtlicher bewilligungspflichtiger Tätigkeit unter Verweis auf die gesetzliche Strafandrohung von Art. 48 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) sowie deren Veröffentlichung nach Eintritt der Rechtskraft auf ihrer Webseite für die Dauer von fünf Jahren (Dispositivziffern 11-13). Die mit superprovisorischen Verfügungen vom 22. Dezember 2016 und 1. Juni 2017 angeordnete Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots, die auf die A. _____ und die B. _____ lauten oder an denen diese wirtschaftlich berechtigt sind, wurde aufrechterhalten und die Konkursliquidatorin ermächtigt, über die gesperrten Vermögenswerte zu verfügen (Dispositivziffern 14). Dispositivziffern 4 bis 10, 14 und 15 wurden für sofort vollstreckbar erklärt und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen, wobei Verwertungshandlungen bis zur Rechtskraft der Verfügung auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland beschränkt wurden (Dispositivziffern 15). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz der A. _____, der B. _____ und C. _____ solidarisch die bisher angefallenen Kosten des mit superprovisorischen Verfügungen vom 22. Dezember 2016 und 1. Juni 2017 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von Fr. 56'507.10 (inkl. MwSt) sowie die Verfahrenskosten von Fr. 46'000.-- (Dispositivziffern 16 und 17).

B.

Mit Eingabe vom 26. Februar 2018 erhoben A. _____ und B. _____ sowie C. _____ Beschwerde gegen die Verfügung vom 15. Februar 2018 und beantragten als Hauptantrag deren vollständige Aufhebung, eventualiter die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung der Sache an die FINMA. Mit Urteil vom 17. Dezember 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerden in einem einzigen Urteil ab.

C.

Mit Beschwerde vom 1. Februar 2019 beantragen A. _____, handelnd durch C. _____, B. _____, handelnd durch C. _____ sowie C. _____, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2018 und die Verfügung der FINMA vom 15. Februar 2018 seien aufzuheben. Eventualiter sei das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bzw. die Verfügung der FINMA vom 15. Februar 2018 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die FINMA zurückzuweisen.

Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die FINMA beantragt die Abweisung der Beschwerde soweit Eintreten. Mit Verfügung vom 26. Februar 2019 ist der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Sinne der Erwägungen nicht eingetreten.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführer haben frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Sie richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG).

1.2. Die Beschwerdeführer haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind mit ihren Anträgen unterlegen, weshalb sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Urteils haben (Art. 89 Abs. 1 BGG). Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 insbesondere bestreiten, überhaupt eine bewilligungspflichtige finanzmarktrechtliche Tätigkeit ausgeübt zu haben (zu einer Konstellation hingegen, in welcher eine unbestrittenermassen als geldwäschereirechtlich zu qualifizierende Tätigkeit in Missachtung von Art. 2 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung [GwG; SR 955.0] bewilligungslos ausgeübt und keine nachträgliche Bewilligung beantragt wurde, siehe Urteil [2C_97/2015](#) vom 28. April 2015 E. 2, E. 3.1), und ihre Liquidation noch nicht unabwendbar geworden ist (siehe dazu Urteile [2A.573/2003](#) vom 30. Juli 2004 E. 2.2; [2C_858/2017](#) vom 15. März 2018 E. 1.3.2), ist ihr Interesse an der Beschwerdeführung auch noch praktisch und aktuell. Die aus der Organstellung bzw. Organvertretung (Art. 55 ZGB; [BGE 121 III 176](#) E. 4d S. 182; HUGUENIN, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 2014, S. 310) fliessende Befugnis des Beschwerdeführers 3, mit direkter Wirkung für die juristischen Personen, die Beschwerdeführerinnen 1 und 2, Beschwerde zu führen, wird praxismässig durch den Eintritt in die Liquidation, die Einsetzung eines Liquidators und die Konkurseröffnung nicht berührt ([BGE 131 II 306](#) E. 1.2.1 S. 311; Urteile [2C_1055/2014](#) vom 2. Oktober 2015 E. 1.3.1; [2A.573/2003](#) vom 30. Juli 2004 E. 2.1). Auf die Beschwerde ist in dem Umfang einzutreten, als sie sich gegen das angefochtene Urteil der Vorinstanz richtet. Nicht eingetreten werden kann auf den Antrag, die Verfügung der FINMA vom 15. Februar 2018, welche durch das angefochtene Urteil ersetzt worden und inhaltlich als mitangefochten gilt (Devolutiveffekt, [BGE 134 II 142](#) E. 1.4 S. 144), sei aufzuheben.

1.3. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f. mit Hinweis). Die Verletzung von Grundrechten untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG). Gemäss Art. 97 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts und damit auch die Beweiswürdigung gerügt werden, wenn die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ist (Art. 9 BV) oder auf einer Rechtsverletzung beruht und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62). Die Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn sie offensichtlich unhaltbar oder aktenwidrig ist oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft, das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges oder entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 I 114 E. 3.3.4 S. 123; 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62 mit weiteren Hinweisen).

2.

Die Beschwerdeführer rügen, sie hätten keine Publikumseinlagen entgegengenommen. Die Vorinstanz habe den diesbezüglichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt sowie Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 3 lit. c der Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) falsch angewandt. Selbst wenn aber ein Verstoß gegen Aufsichtsrecht vorliegen würde, wäre die Liquidation mangels Vorliegen einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung auf dem Weg des Konkurses unzulässig und unverhältnismässig. Was die Sanktion des Beschwerdeführers angehe, sei die angeordnete Publikation der Unterlassungsanweisung während fünf Jahren in unrichtiger Anwendung von Art. 34 FINMAG sowie des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes erfolgt.

2.1. Gemäss dem am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Art. 1a BankG (AS 2018 5268, 5285) gilt als Bank, wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und (a) gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt, (b) gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Publikumseinlagen anlegt oder verzinst oder (c) sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen er keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren. Ob die in der Botschaft (Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz [FIDLEG] und zum Finanzinstitutsgesetz [FINIG], BBI 2015 9055) vertretene Auffassung, wonach diese Definition mit derjenigen von a Art. 2 der Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02; in der ursprünglichen, am 1. Januar 2015 in Kraft getretenen Fassung [AS 2014 1269]) und des unverändert gebliebenen Art. 3a BankG übereinstimme und mit der Einführung von Art. 1a BankG die bis anhin geltende Definition einer unterstellungspflichtigen Bank beibehalten werde, zutrifft, kann vorliegend deswegen offen bleiben, weil nach intertemporalrechtlichen Grundsätzen auf diejenige Rechtslage abzustellen ist, welche bei Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands in Kraft war (zum Finanzmarktrecht ausdrücklich Urteile 2C_122/2018 vom 2. April 2019 E. 3.1; 2C_29/2016 vom 3. November 2016 E. 3.2).

Massgeblich für das vorliegende Beschwerdeverfahren bleiben somit der (unveränderte) Art. 1 BankG in der Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 18. März 1994, in Kraft seit 1. Februar 1995 (AS 1995 246, 252) und der ebenfalls unveränderte Art. 5 BankV (in der am 1. Januar 2015 in Kraft gesetzten Fassung [AS 2014 1269, 1270 f.]), welcher die bis zu seiner Inkraftsetzung geltende Definition von Publikumseinlagen kodifizierte (Erläuterungsbericht vom 15. April 2014 des Eidgenössischen Finanzdepartements [EFD] zur Totalrevision der Bankenverordnung, S. 4).

2.2. Das BankG definierte den Begriff der Bank nicht. Gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG unterstanden dem Gesetz und benötigten somit eine Bewilligung nach Art. 3 Abs. 1 BankG die Banken, Privatbankiers (Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen, während natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstanden, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen durften (Art. 1 Abs. 2 BankG). Als Banken galten nach Art. 2 Abs. 1 BankV Unternehmen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig waren und insbesondere (a) gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennahmen oder sich öffentlich dafür empfohlen, oder (b) sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihnen beteiligten Banken refinanzierten, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bildeten, auf irgendeine Art zu finanzieren. Nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen galt und gilt die Auflage von Anleiheobligationen (Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG). Art. 1 Abs. 3 und Abs. 5 BankG sowie Art. 3 BankV und Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 BankV nahmen und nehmen bestimmte Institute bzw. bestimmte Einlagen vom Bankenbegriff bzw. vom Einlagebegriff wieder aus.

2.3. Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit dem Begriff der Entgegennahme von Publikumseinlagen befasst. Nach seiner Rechtsprechung besteht, in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre (RASHID BAHAR/ERIC STUPP, Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 60 zu Art. 1 BankG; BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/STEFAN KRAMER, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 [V] und der Vollziehungsverordnung [VV] vom 30. August 1961 [VV] - mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das Allgemeine Dienstleistungsabkommen [GATS] und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei, 2015 [Lieferung 1-23], N. 30 zu Art. 1 BankG), die Entgegennahme von Publikumseinlagen darin, dass das Unternehmen Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (**BGE 136 II 43 E. 4.2 S. 48 f.**; **132 II 382 E. 6.3.1 S. 391**; Urteile **2C_122/2018** vom 2. April 2019 E. 3.3; **2C_345/2015** vom 24. November 2015 E. 6.3; **2C_89/2010**, **2C_106/2010** vom 10. Februar 2011 E. 3.1, nicht publ. in **BGE 137 II 284**; **2C_671/2014** vom 18. Dezember 2014 E. 2.1; **2C_929/2010** vom 13. April 2011 E. 2.1; 2A.218/1999, 2A.219/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/bb). Grundsätzlich gelten sämtliche Verbindlichkeiten gegenüber Kunden als Einlagen, sofern sie nicht auf Grund einer zulässigen rechtsatzmässigen Regelung von diesem Begriff ausgenommen worden sind (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG; Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 BankV; **BGE 136 II 43 E. 4.2 S. 48 f.**; **132 II 382 E. 6.3.1 S. 391**; Urteile **2C_345/2015** vom 24. November 2015 E. 6.3; **2C_671/2014** vom 18. Dezember 2014 E. 2.1; **2C_89/2010**, **2C_106/2010** vom 10. Februar 2011 E. 3.1, nicht publ. in **BGE 137 II 284**; **2C_929/2010** vom 13. April 2011 E. 2.1; **2C_74/2009** vom 22. Juni 2009 E. 2.2.1; BAHAR/ STUPP, a.a.O., N. 61 zu Art. 1 BankG).

2.4.

2.4.1. Die Vorinstanz hat erwogen, aufgrund der Akten stehe folgender Sachverhalt fest: Die Beschwerdeführerin 1 habe im Zeitraum zwischen 2006 bis 2016 gestützt auf Verwaltungs- und Treuhandverträge für ratierlichen Kapitalaufbau sowie Verwaltungs- und Treuhandverträge für eine flexible Anlage mit fester Laufzeit Gelder von Kunden entgegen genommen und einen Zins versprochen, der auf den jeweiligen Verträgen ausdrücklich vermerkt sei (z.B. 2.15 % p.a.). Abhängig von der vereinbarten Dauer und Art des Vertrags

sei den Anlegern die Rückzahlung der Gelder einschliesslich der vereinbarten Rendite auf einen bestimmten Zeitpunkt in Aussicht gestellt worden. Vor allem habe sich die Beschwerdeführerin 1 ausdrücklich zur "Rückzahlung der Anlagesumme" mit einer Frist von längstens 30 Tagen verpflichtet. Aktenkundig sei weiter, dass die Beschwerdeführerin 1 an die Beschwerdeführerin 2 und an die D._____ GmbH sowie an weitere, im Einflussbereich des Beschwerdeführers 3 liegende Gesellschaften Gelder überwiesen habe und dass Barauszahlungen getätigt worden seien. Nach den Feststellungen des Untersuchungsbeauftragten habe die Beschwerdeführerin 1 die von den Anlegern auf ihre Konten einbezahlten Gelder einerseits für die Finanzierung des Geschäftsaufwandes und private Ausgaben des Beschwerdeführers 3 verwendet. Andererseits seien Kundengelder zwischen mehreren Gesellschaften oder Anlagevehikeln, die vom Beschwerdeführer 3 direkt oder indirekt beherrscht würden, verschoben sowie Barauszahlungen getätigt worden. Soweit aus den noch vorhandenen Unterlagen ersichtlich, habe die Beschwerdeführerin 2 Darlehen (an Gesellschaften von dem Beschwerdeführer 3 nahestehenden Personen und an seine Stieftochter via Kontenplan) gewährt und das eigene, aus der Ausgabe von Inhaber-PS stammende Kapital angelegt. Ihr Finanzanlagevermögen sei fast ausschliesslich in zwei Fonds angelegt gewesen, in welche zeitweise auch die Beschwerdeführerin 1 investierte und bei denen der Beschwerdeführer 3 als Fondsmanager tätig gewesen sei.

2.4.2. Der sich in den Akten befindenden Verfügung der FINMA vom 15. Februar 2018, zu welcher den Beschwerdeführern das rechtliche Gehör gewährt worden ist und die zur Ergänzung des Sachverhalts von Amtes wegen beigezogen werden kann (Art. 105 Abs. 2 BGG; Art. 107 Abs. 2 BGG; BGE 131 II 470 E. 2 S. 476; BERNHARD CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 19 zu Art. 107 BGG), lässt sich des Weiteren in sachverhältnismässiger Hinsicht entnehmen, dass die Beschwerdeführerin 1 im Rahmen von drei unterschiedlichen vertraglichen Ausgestaltungen Gelder von Anlegern entgegennahm:

- *Vermögensverwaltungsverträge*: Vertraglich war vorgesehen, dass der Kunde als Auftraggeber der Beschwerdeführerin 1 gestützt auf eine umfassende Vollmacht einen vereinbarten Geldbetrag zur Verwaltung auf ein Bankkonto einer Bank in Deutschland überwies.
- Bei den *Verwaltungs- und Treuhandverträgen für ratierlichen Kapitalaufbau* zahlte der Anleger einen monatlichen Betrag in EUR auf das Bankkonto der D._____ GmbH bei einer Bank in Deutschland ein, wobei eine prognostizierte Rente für eine bestimmte Dauer (z.B. fünf Jahre) vertraglich vereinbart wurde.
- Bei den *Verwaltungs- und Treuhandverträgen für eine flexible Anlage mit fester Laufzeit* überwiesen die Anleger an die Beschwerdeführerin 1 (einmalig) einen Betrag in EUR, für den ein bestimmter Satz einer Renditeprognose während einer bestimmten Dauer festgelegt wurde.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die *Verwaltungs- und Treuhandverträge für flexible Anlage mit fester Laufzeit und für ratierlichen Kapitalaufbau* stellten, abhängig von der vereinbarten Dauer und Art des Vertrages, den Anlegern die Rückzahlung der Einlagen inklusive Renditen auf einen bestimmten Zeitpunkt in Aussicht. Sämtliche Verträge wurden gemäss den der FINMA vorliegenden Unterlagen zwischen 2006 und August 2016 abgeschlossen und vom Beschwerdeführer 3 für die Beschwerdeführerin 1 unterzeichnet (angefochtenes Urteil, E. 4.3 S. 20).

2.4.3. Die Beschwerdeführerin 1 legte zumindest *einen Teil* der Gelder aus den flexiblen Anlagen mit fester Laufzeit und aus den Vermögensverwaltungsverträgen in Partizipationsscheine der Beschwerdeführerin 2 an (angefochtenes Urteil, E. 4.3.3 S. 21, E. 3.5.5 S. 14 f., E. 3.3 S. 10), wofür sie Gelder von Anlegern auf das Konto der Beschwerdeführerin 2 überwies und diese Anleger nach Parteiangaben als Gegenleistung Partizipationsscheine in ihr Depot gelegt erhielten (angefochtenes Urteil, E. 3.3 S. 10; FINMA-Verfügung, Rz. 15, 17, 22; siehe auch die Bilanz der Beschwerdeführerin 2 per 31. Dezember 2016, "Durchlaufkonto Rückzahlungen Partizipationsscheine"). Für die Betreuung der Gelder, insbesondere der Kontrolle der Laufzeit und Rücküberweisung, sei hauptsächlich der Beschwerdeführer 3 verantwortlich gewesen

(angefochtenes Urteil, E. 3.3 S. 11; E. 4.3 S. 20 f.; FINMA-Verfügung, Rz. 17, 36). Im Falle der Kündigung des Vertrages durch die Kunden oder bei Ablauf der Vertragsdauer wurden die entsprechenden Partizipationsscheine entweder von der Beschwerdeführerin 2 zurückgekauft oder an einen anderen Kunden übertragen bzw. verkauft (FINMA-Verfügung, Rz. 17, unter Verweis auf den auf Parteiangaben beruhenden und in diesem Punkt unbestritten gebliebenen [Stellungnahme der Beschwerdeführerin 2 vom 4. September 2017, S. 10] Ergänzungsbericht des Untersuchungsbeauftragten vom 9. August 2017, Rz. 36; siehe auch Stellungnahme Beschwerdeführerin 2 vom 28. Juni 2017 betreffend superprovisorische Verfügung der FINMA vom 1. Juni 2017, S. 2 f.). Insofern die Vorinstanz im angefochtenen Urteil, E. 3.4 S. 11, in tatsächlicher Hinsicht darauf schloss, aufgrund der Akten sei nicht nachvollziehbar, dass bei der Vertragskündigung durch Kunden der Beschwerdeführerin 1 oder bei Ablauf der Vertragsdauer Inhaber-Partizipationsscheine entweder von der Beschwerdeführerin 2 zurückgekauft oder an andere Kunden übertragen bzw. verkauft worden seien, ist dieser Schluss aktenwidrig und steht in Widerspruch zu der an anderer Stelle festgehaltenen Sachverhaltsfeststellung, wonach die Beschwerdeführerin 2 "in Bezug auf ihr Eigenkapital von der Beschwerdeführerin 1 abhängig" sei (angefochtenes Urteil, E. 4.3 S. 21; vgl. dazu ausführlich die FINMA-Verfügung, Rz. 38, unter Verweis auf die FINMA-Verfügung, Rz. 17, 24, worin auf den zitierten Ergänzungsbericht des Untersuchungsbeauftragten vom 9. August 2017, Rz. 36, Bezug genommen wird), weshalb darauf aufgrund offensichtlicher Unrichtigkeit nicht abgestellt werden kann (Art. 105 Abs. 2 BGG).

2.4.4. Nachdem der Beschwerdeführer 3 im Jahr 2014 als Verwaltungsrat tätig wurde, habe er sich entschieden, die Kundenbeziehungen der Beschwerdeführerin 1 auf die D._____ GmbH zu übertragen, was er aber nur für die Guthaben, nicht hingegen für die Vertragsbeziehungen vollzogen habe. Ab Sommer 2016 habe die Beschwerdeführerin 1 die Vermögensverwaltungsmandate stetig abgebaut bzw. an eine andere Gesellschaft übertragen und sei mittlerweile nur noch in der Beratung tätig (angefochtenes Urteil, E. 4.3 S. 21 ["Herunterfahren der Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerinnen 1 und 2"; ausführlich FINMA-Verfügung, Rz. 16. Rückzahlungen an Kunden habe es insbesondere im Jahr 2015 von der Beschwerdeführerin 1 direkt oder via Überweisung von der D._____ GmbH gegeben (angefochtenes Urteil, E. 3.6 S. 17, E. 3.5.4 S. 13 f.; ausführlich FINMA-Verfügung, Rz. 16, 24).

2.5. In seiner Rechtsprechung (vgl. für eine Übersicht Urteil [2C_122/2018](#) vom 2. April 2019 E. 4.1) stellte das Bundesgericht, falls die Qualifikation als Einlage im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG strittig war, darauf ab, ob unter Würdigung der gesamten Umstände eine eigentliche Verpflichtung zur Rückzahlung der geleisteten Einlage eingegangen worden war, mit welcher die betreffende Person selbst zur Rückzahlungsschuldnerin wurde. Die Bewilligungspflicht als Bank (Art. 3 lit. a FINMAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 BankG) soll nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen bzw. die dahinterstehenden Personen für sich alleine nicht alle Voraussetzungen für die Bewilligungspflicht erfüllen, im Resultat gemeinsam aber dennoch eine solche ausgeübt wird. Der Schutz des Marktes und der Anleger (Art. 4 FINMAG) rechtfertigt trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise, wenn zwischen den einzelnen Personen und/ oder Gesellschaften enge wirtschaftliche (bzw. finanzielle/geschäftliche), organisatorische und personelle Verbindungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird. Ein gruppenweises Handeln kann insbesondere dann gegeben sein, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten bzw. aufgrund der Umstände (Verwischung der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten, faktisch gleichem Geschäftssitz, wirtschaftlich unbegründeter, verschachtelter Beteiligungsverhältnissen, zwischengeschalteten Treuhandstrukturen) davon auszugehen ist, dass koordiniert - ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet - eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn wahrgenommen wird ([BGE 136 II 43](#) S. 49 f.; [135 II 356](#) E. 3.2 S. 361; Urteile [2C_122/2018](#) vom 2. April 2019 E. 4.1; [2C_1068/2017](#), [2C_1070/2017](#) vom 9. Oktober 2018 E. 2.3.3). Vorliegend ist die

Beschwerdeführerin 1, für welche der Beschwerdeführer 3 ab 2010 als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift bzw. ab 2014 als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift handeln konnte, in eigenem Namen gewerbsmässig Rückzahlungsverbindlichkeiten eingegangen. Durch seine Stellung als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat konnte der Beschwerdeführer 3 sicherstellen, dass die Beschwerdeführerin 2 im Falle der Kündigung der Verträge durch die Kunden oder bei Ablauf der Vertragsdauer die Partizipationsscheine der Beschwerdeführerin 2, in welche die Kundengelder zumindest zum Teil investiert worden waren (oben, E. 2.4.2), zurückkaufte oder an einen anderen Kunden übertrug bzw. verkaufte. Die Beschwerdeführer 1, 2 und 3 sind somit nach aussen als Gruppe aufgetreten und haben arbeitsteilig gemeinsam eine Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn - die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumsgeldern - entfaltet, weshalb es, in Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, nicht darauf ankommt, dass formaljuristisch betrachtet, nur die Beschwerdeführerin 1 in eigenem Namen eine rechtliche Rückzahlungsverbindlichkeit gegenüber den Kunden eingegangen ist.

2.6. Was die Beschwerdeführer gegen die Qualifikation der gewerbsmässigen Entgegennahme der Publikumsfelder in ihrer Beschwerdeschrift vortragen, vermag nicht zu überzeugen. Unerheblich für diese Qualifikation ist, ob aufgrund eines angeblichen Hackerangriffs zahlreiche Dokumente fehlen, geht doch der vorliegend rechtserhebliche Sachverhalt aus den noch vorhandenen Unterlagen hervor. Dasselbe gilt für das Argument, der Beschwerdeführerin 2 könne angesichts dieses Hackerangriffs nicht zum Vorwurf gemacht werden, kein Register bzw. Listen mit den Inhabern der Partizipationsscheine geführt zu haben. Ob der Beschwerdeführer 3 auch Kundengelder für die Finanzierung privater Ausgaben verwendet hat, ist für die aufsichtsrechtliche Qualifikation vorliegend ebenfalls unerheblich. An dieser Qualifikation vermag auch nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerin 1 für die Anlage der Kundengelder über eine Vollmacht verfügte und die Gelder in deren Namen und auf deren Rechnung verwaltete; die Beschwerdeführerin 1 ging ihre rechtlich massgebliche Rückzahlungsverpflichtung (oben, E. 2.4.2) gegenüber den Kunden in eigenem Namen ein und stellte deren Einhaltung über die wirtschaftliche Verflechtung mit der Beschwerdeführerin 2 und dem Beschwerdeführer 3 auch sicher (angefochtenes Urteil, E. 3.5.2 S. 12 f.; FINMA-Verfügung, Rz. 14).

Unerheblich ist auch, ob es sich beim vertraglich vereinbarten Zins (vgl. oben, E. 2.4.2) nur um eine Renditeprognose handelte, oder ob das Geld zunächst auf ein Konto der Beschwerdeführerin 1 zu überweisen war. Als unbegründet erweist sich schliesslich auch die Rüge, die Vorinstanz habe Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV verletzt. Die abgeschlossenen Verträge mit den Kunden dienten gemäss der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung der Vermögensverwaltung der entgegengenommenen Publikumsfelder und nicht der Abwicklung eines Kundengeschäfts; inwiefern diese Gelder für höchstens sieben Tage (vgl. zur Praxis zu Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV in der ursprünglichen, am 1. Januar 2015 in Kraft getretenen Fassung [AS 2014 1269], ANDREAS BOHRER/ CHRISTIAN REHM/ERIC HUGGENBERGER/DIRK SPIEGEL/JEAN-BAPTISTE EMERY, Finanzmarktrecht - Entwicklungen 2016, njus.ch 2017, S. 44) zwecks Abwicklung eines Kundengeschäfts überwiesen worden wären, ist weder dargelegt noch ersichtlich. Für eine Rüge, die Vorinstanz hätte in diesem Punkt den wirklichen Willen der Parteien unzutreffend festgestellt, hätten die Beschwerdeführer eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung (siehe Urteil 4A_152/2018 vom 29. Juni 2018 E. 3.1) geltend machen müssen (E. 1.4); eine solche Rüge geht jedoch nicht ansatzweise aus der Beschwerdeschrift hervor.

Die Beschwerde erweist sich hinsichtlich der bewilligungslos ausgeübten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumsfeldern als unbegründet, weshalb nachfolgend von einer schweren Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (Art. 3 Abs. 1 BankG betreffend die Bewilligungspflicht von Banken) auszugehen ist.

3.

Die Beschwerdeführer stellen nicht in Frage, dass als Rechtsfolge einer allfälligen bewilligungslos ausgeübten Tätigkeit als Bank die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zu liquidieren sind (Art. 37 Abs. 3 FINMAG in Verbindung mit Art. 37 Abs. 2 FINMAG und Art. 23quinquies BankG). Sie rügen jedoch, für eine Liquidation auf dem Wege des Konkurses

würde es an der Voraussetzung der begründeten Besorgnis einer Überschuldung fehlen und zudem würde sich eine solche als unverhältnismässig erweisen.

3.1. Für die Durchführung der aufsichtsrechtlichen Liquidation wird in erster Linie, soweit vorhanden, auf die anwendbaren spezialgesetzlichen (gesellschaftsrechtlichen und aufsichtsrechtlichen) Regeln und nur subsidiär auf das SchKG abgestellt (Urteil [2C_858/2017](#) vom 15. März 2018 E. 2.4; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 257, S. 258; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen 2010, S. 69 f.). Für als Aktiengesellschaften organisierte Banken gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass sie grundsätzlich nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln über die freiwillige Auflösung (Art. 739 ff. OR) liquidiert, im Falle der Überschuldung oder dauernder Zahlungsunfähigkeit jedoch in Anwendung der aufsichtsrechtlichen Regelung von Art. 33 ff. BankG (Bankenkonkurs) zu liquidieren sind; das allgemeine SchuldBetreibungs- und Konkursrecht kommt in diesem Fall bloss im entsprechend modifizierten Umfang zur Anwendung ([BGE 131 II 306](#) E. 4.1.2 S. 321; [132 II 382](#) E. 7.2 S. 397; siehe auch ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHÉ/EYMANN/AMMANN, a.a.O., S. 258, S. 341 ff.).

3.2. Die auch für unbewilligt tätig gewordenen Banken zur Anwendung gelangende Vorschrift von Art. 33 BankG (Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 FINMAG; BAUER/HARI/JEANNERET, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 13 zu Art. 33 BankG) knüpft inhaltlich an die auf bewilligte Banken zugeschnittene Vorschrift von Art. 25 BankG an. Die FINMA wird demnach tätig, wenn die betreffende Gesellschaft überschuldet ist, ernsthafte Liquiditätsprobleme hat oder die Eigenmittelvorschriften nicht mehr einhält (Urteil [2C_829/2013](#) vom 7. März 2014 E. 4.3; BAUER/HARI/JEANNERET, a.a.O., N. 16 zu Art. 33 BankG); die FINMA kann diesfalls Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG anordnen (Art. 25 Abs. 1 lit. a BankG), ein Sanierungsverfahren nach den Art. 28-32 BankG einleiten (Art. 25 Abs. 1 lit. b BankG) oder die Konkursliquidation nach den Art. 33-37g BankG (Art. 25 Abs. 1 lit. c BankG) verfügen. Zu berücksichtigen ist im vorliegenden Zusammenhang, dass die FINMA gegenüber den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 die Auflösung, Versetzung in den Liquidationszustand und die Durchführung der Liquidation auf dem Konkursweg (anstelle einer Auflösung nach den anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Vorschriften; ausführlich oben, E. 3.1) infolge unbewilligt ausgeübter (gewerbsmässiger) Entgegennahme von Publikumseinlagen ausgesprochen hat. Die Bestimmungen über das Sanierungsverfahren sind nicht auf die Konstellation der Liquidation eines unbewilligt tätigen Instituts zugeschnitten, weshalb sie, vorbehaltlich eines öffentlichen Interesses, praxismässig auch keine Anwendung finden ([BGE 136 II 43](#) E. 3.2 S. 46; [132 II 382](#) E. 7.2 S. 397; [131 II 306](#) E. 4.1.3 S. 321; Urteil [2C_858/2017](#) vom 15. März 2018 E. 3.2; [mittlerweile] Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vom 30. August 2012 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern [Bankeninsolvenzverordnung-FINMA; SR 952.05]; ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHÉ/EYMANN/ AMMANN, a.a.O., S. 342). Ein Sanierungsplan könnte zudem nur genehmigt werden, wenn er die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen gesetzlichen Vorschriften auch künftig sicherstellt; dies ist bei einem nachträglich nicht bewilligungsfähigen, illegal tätigen Institut zum Vornherein nicht möglich ([BGE 131 II 306](#) E. 4.1.3 S. 321; ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHÉ/EYMANN/AMMANN, a.a.O., S. 342).

3.3. Unter Berücksichtigung dessen, dass die Vorschriften über den Bankenkonkurs von Art. 33 ff. BankG vorliegend im Zusammenhang mit der Liquidation eines unbewilligten Instituts sinngemäss zur Anwendung gelangen, ist im Lichte der ständigen bundesgerichtlichen Praxis davon auszugehen, dass eine Überschuldung vorliegt, wenn die Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind ([BGE 131 II 306](#) E. 4.3.1 S. 322 f.), wobei im Rahmen der Finanzmarktaufsicht der Nachweis einer formellen Überschuldung nicht erforderlich ist;

das Vorliegen vernünftiger, nachvollziehbarer Umstände, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen, genügt hierfür (Urteile [2C_858/2017](#) vom 15. März 2018 E. 3.3; [2C_101/2011](#) vom 21. September 2011 E. 4.1.1). Von ernsthaften Liquiditätsproblemen ist auszugehen, wenn das unbewilligte Institut nicht mehr in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, bzw. die bestehende Liquidität die fällig gewordenen oder in Kürze fällig werdenden Forderungen nicht mehr deckt (Urteile [2C_858/2017](#) vom 15. März 2018 E. 3.3; [2C_101/2011](#) vom 21. September 2011 E. 4.1.1, unter Verweis auf den EBK-Bankeninsolvenzbericht vom Januar 2008, S. 12; [BGE 104 IV 77](#) E. 3d S. 83). Wann der kritische Punkt zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung oder ernsthafter Liquiditätsprobleme erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen, weshalb der FINMA als Fachbehörde diesbezüglich ein nicht unerheblicher (technischer) Ermessensspielraum zukommt. Dieser Ermessensspielraum geht jedoch mit erhöhten Anforderungen an die Begründungspflicht einher: Die FINMA muss ihren Entscheid im Einzelfall rechtsgenügend (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG) begründen; die bloss abstrakte Vermutung einer Überschuldung genügt nicht (Urteile [2C_858/2017](#) vom 15. März 2018 E. 3.3; [2C_101/2011](#) vom 21. September 2011 E. 4.1.1).

3.4. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil erwogen, die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin 1 würden nach den von der Untersuchungsbeauftragten eingeholten Kontounterlagen feststehen. Demnach verfüge die Beschwerdeführerin 1 per Mitte März 2017 über liquide Mittel von ca. Fr. 155'000.--; diesen würden Verbindlichkeiten von Fr. 360'000.-- gegenüber stehen. Die Gesellschaft sei illiquid. Die kurzfristigen Verbindlichkeiten könnten durch die liquiden Mittel nicht gedeckt werden. Da aufgrund der Einlagen überdies (zusätzliche) Rückzahlungsverpflichtungen gegenüber Kunden bestehen könnten, sei die begründete Besorgnis einer Überschuldung gegeben.

In Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 stehe aufgrund der Bilanz 2016 fest, dass sie über ein Umlaufvermögen von rund Fr. 272'000.-- verfüge. Das Anlagevermögen sei mit rund Fr. 4.5 Mio ausgewiesen, wovon Fr. 3.9 Mio. Finanzanlagen seien. Das Fremdkapital betrage rund Fr. 3.4 Mio. und das Eigenkapital betrage Fr. 1.39 Mio. Selbst in der Annahme, dass das bilanzierte Anlagevermögen werthaltig sei, liege - wie die Revisionsstelle festgehalten habe - ein Fall von Art. 725 Abs. 1 OR vor. Die flüssigen Mittel (rund Fr. 0.27 Mio.) würden die kurzfristigen Forderungen (rund Fr. 2.35 Mio.) überdies nicht decken, weshalb ernsthafte Liquiditätsprobleme vorliegen würden. Aus diesen Gründen sei die Anordnung der Liquidation auf dem Weg des Konkurses nicht zu beanstanden.

3.5.

3.5.1. Wenn auch im Rahmen der Finanzmarktaufsicht der Nachweis einer formellen Überschuldung für die Liquidation auf dem Weg des Konkurses nicht erforderlich ist, müssen dafür vernünftige, nachvollziehbarer Umstände vorliegen, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen. Eine Überschuldung liegt vor, wenn die *Aktiven* nicht mehr das *gesamte Fremdkapital* decken (ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, S. 463). Nicht aus der Bilanz ersichtlich ist hingegen die so genannte Zahlungsunfähigkeit (Illiquidität), welche vorliegt, wenn die Gesellschaft nicht die *notwendigen Mittel* hat, um die *aktuell fälligen* Forderungen zu begleichen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., S. 463).

3.5.2. Wie die Beschwerdeführer zutreffend rügen, haben sie im vorinstanzlichen Verfahren mit Eingabe vom 20. Juli 2018 an das Bundesverwaltungsgericht das Gläubigerzirkular vom 16. Juli 2018 im Konkurs der Beschwerdeführerin 1 in das Verfahren eingebracht und geltend gemacht, angesichts der darin enthaltenen Angaben zu den Aktiven und Passiven der Beschwerdeführerin 1 würden sich die Feststellungen der FINMA, dass bei den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 eine Überschuldung vorliege oder zumindest eine begründete Besorgnis dafür bestehe, als offensichtlich falsch erweisen. Aus dem Gläubigerzirkular geht hervor, dass die Beschwerdeführerin 1 zu diesem Zeitpunkt über liquide Mittel von rund Fr. 113'000.-- sowie Forderungen in Millionenhöhe gegenüber

Gruppengesellschaften und potentielle Forderungen gegenüber ihren ehemaligen Organen verfügte. Die Einbringlichkeit dieser Forderungen sei noch Gegenstand von Abklärungen. In Bezug auf eine Forderung könne jedoch schon eine konkrete Aussage gemacht werden: Im Konkurs der Beschwerdeführerin 2 habe die Beschwerdeführerin 1 eine Forderung von rund Fr. 2.15 Mio. eingegeben, welche aufgrund der bislang bekannten Vermögenslage der Beschwerdeführerin 2 als werthaltig anzusehen sei. Für die Durchführung des Konkursverfahrens würden somit genügend liquide Mittel zur Verfügung stehen. Der Umfang der angemeldeten Forderungen der Gläubiger der Beschwerdeführerin 1 würde sich auf Fr. 872'822.30 belaufen.

3.5.3. Angesichts dieser in das vorinstanzliche Verfahren eingebrachten und von der Vorinstanz zu berücksichtigenden Unterlagen (Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]) bestanden im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils gemäss den Akten keine vernünftigen und nachvollziehbaren Umstände für eine begründete Besorgnis einer Überschuldung der Beschwerdeführerin 1. Die Vorinstanz hatte das Gläubigerzirkular im Konkurs der Beschwerdeführerin 1 vom 16. Juli 2018, wie die Beschwerdeführer zu Recht rügen, im vorinstanzlichen Verfahren unberücksichtigt gelassen und einzig gestützt auf nicht mehr aktuelle Zahlen erwogen, die Beschwerdeführerin 1 würde per Mitte März 2017 über liquide Mittel von ca. Fr. 155'000.-- verfügen, welchen Verbindlichkeiten von Fr. 360'000.-- gegenüber stehen würden (oben, E. 3.4). Gemäss dem im vorinstanzlichen Verfahren zu berücksichtigenden Gläubigerzirkular vom 16. Juli 2018 verfügte die Beschwerdeführerin 1 zu jenem Zeitpunkt jedoch über liquide Mittel im Betrag von Fr. 113'000.-- und zumindest eine werthaltige Forderung im Umfang von Fr. 2.15 Mio. gegenüber der Beschwerdeführerin 2; der Umfang der angemeldeten Forderungen der Gläubiger der Beschwerdeführerin 1 belief sich in jenem Zeitpunkt auf Fr. 872'822.30 (oben, E. 3.5.2). Die Voraussetzung der begründeten Besorgnis einer Überschuldung für die Liquidation auf dem Konkursweg (vgl. zur Definition oben, E. 3.5.1) der Beschwerdeführerin 1 lag somit nicht vor.

Im angefochtenen Urteil hat die Vorinstanz die Liquidation der Beschwerdeführerin 1 auf dem Weg des Konkurses alternativ auf die Voraussetzung der Illiquidität abgestützt (oben, E. 3.4). Dass es sich bei den Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin 1 in der Höhe von EUR 321'817.17 bzw. Fr. 347'562.54 (offene Forderungen von Anlegern) durchwegs um *kurzfristige* Verbindlichkeiten handeln soll (vgl. zur Definition der Illiquidität oben, E. 3.5.1), wie die Vorinstanz festhielt, lässt sich jedoch weder auf die Verfügung der FINMA vom 15. Februar 2018, N. 26, noch auf den darin zitierten Untersuchungsbericht des Untersuchungsbeauftragten vom 20. März 2017 stützen. Zwar sahen die Vermögensverwaltungsverträge für die flexible Anlage mit fester Laufzeit eine "Auszahlung" 30 Tage nach Fälligkeit auf Ende eines Quartals vor (oben, E. 2.4.2; Verfügung der FINMA vom 15. Februar 2018 S. 7 Fn. 44). Daraus geht jedoch weder hervor, dass sämtliche bilanzierten Rückforderungen von Kundenguthaben dieser "Auszahlungsfrist" unterstehen würden noch, dass die entsprechenden Verbindlichkeiten vertragsgemäss geltend gemacht wurden und fällig wären. Die FINMA hatte die Konkurseröffnung gegenüber der Beschwerdeführerin 1 bemerkenswerterweise denn auch nicht aus Gründen ernsthafter Liquiditätsprobleme (Illiquidität) angeordnet. Die vorinstanzlichen Erwägungen über die Kurzfristigkeit der bilanzierten Rückforderungen von Kundenguthaben erweisen sich als willkürlich. Angesichts dessen, dass die Voraussetzungen für eine Liquidation der Beschwerdeführerin 1 auf dem Konkursweg im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Urteils nicht vorlagen, ist die Beschwerde in diesem Punkt begründet und ist das angefochtene Urteil hinsichtlich der angeordneten Liquidation der Beschwerdeführerin 1 auf dem Weg des Konkurses aufzuheben sowie die Sache zu neuem Entscheid über die Art der Liquidation (vgl. dazu oben, E. 3.1) der Beschwerdeführerin 1 an die FINMA zurückzuweisen.

3.5.4. Die Beschwerdeführerin 2 wies in ihrer Bilanz 2016 *Aktiva* von Fr. 4'868'911.23 und ein *Fremdkapital* von Fr. 3'471'995.52 aus. Basierend auf diesen Zahlen liegen keine nachvollziehbaren Gründe für eine begründete Besorgnis einer Überschuldung der Beschwerdeführerin 2 vor (zur Definition der Überschuldung vgl. oben, E. 3.5.1). Des

Weiteren wird im Gläubigerzirkular im Konkurs der Beschwerdeführerin 1 vom 16. Juli 2018, angesichts der in diesem Zeitpunkt bekannten Vermögenslage der Beschwerdeführerin 2, von einer Werthaltigkeit selbst einer Rückforderung von Kundenguthaben im Umfang von Fr. 2.15 Mio. ausgegangen. Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Urteil (E. 5.5 S. 26) denn auch nicht auf die für die Konkursliquidation vorausgesetzte begründete Besorgnis einer Überschuldung gestützt. Die von der Vorinstanz geltend gemachten ernsthaften Liquiditätsprobleme (angefochtenes Urteil, E. 5.5 S. 26) erweisen sich jedoch, wie die Beschwerdeführer zutreffend rügen, ebenfalls als inexistent. Gemäss der Bilanz 2016, auf welche auch die Vorinstanz abgestellt hat, verfügte die Beschwerdeführerin 2 zu diesem Zeitpunkt über *flüssige Mittel im Betrag von Fr. 269'328.02*. Diesen flüssigen Mitteln standen *kurzfristige Verbindlichkeiten* im Betrag von Fr. 81'469.12 gegenüber. Dass die Beschwerdeführerin 2 die gemäss Gläubigerzirkular im Konkurs der Beschwerdeführerin 1 vom 16. Juli 2018 gegen sie geltend gemachte Forderung von Fr. 2.15 Mio. *kurzfristig* zu erfüllen hätte, wovon die Vorinstanz ohne nähere Begründung ausgeht, lässt sich nicht auf die Akten stützen. Von ernsthaften Liquiditätsproblemen (vgl. zur Definition oben, E. 3.5.1) der Beschwerdeführerin 2 kann gestützt auf die im Recht liegenden Akten keine Rede sein. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als begründet. Das angefochtene Urteil ist hinsichtlich der angeordneten Liquidation der Beschwerdeführerin 2 auf dem Weg des Konkurses aufzuheben und die Sache ist zu neuem Entscheid über die Art der Liquidation (vgl. dazu oben, E. 3.1) der Beschwerdeführerin 2 an die FINMA zurückzuweisen.

4.

Als unbegründeterweist sich hingegen die Beschwerde des Beschwerdeführers 3, soweit sie sich gegen die angeordnete Publikation der Unterlassungsanweisung richtet.

4.1. Der Beschwerdeführer 3 hat massgeblich zur bewilligungslos ausgeübten bewilligungspflichtigen Tätigkeit der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen beigetragen (oben, E. 2.5). Mit dem Verbot der *bewilligungslosen* Ausübung jeglicher bewilligungspflichtiger finanzmarktrechtlicher Tätigkeit bzw. der Werbung für eine solche wird ihm lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Es handelt sich dabei im Resultat nicht um eine eigenständige Massnahme, sondern um eine Warnung bzw. blosse Ermahnung (**BGE 135 II 356** E. 5.1 S. 365).

4.2. Nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen, falls eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt. Diese verwaltungsrechtliche Massnahme der Publikationsanordnung setzt eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss im Einzelfall verhältnismässig sein. Eineeinmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht (Urteile **2C_860/2017** vom 5. März 2018 E. 8.2.1; **2C_929/2010** vom 13. April 2011 E. 5.2.1). Mit der Voraussetzung, dass die FINMA nur in Fällen schwerer Verletzungen eine aufsichtsrechtliche Verfügung veröffentlichen kann (Art. 34 Abs. 1 FINMAG), verankerte der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und des Opportunitätsprinzips; Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen marginaler Bedeutung sollten nicht mit spezifischen aufsichtsrechtlichen Massnahmen sanktioniert werden können (Urteil **2C_571/2018** vom 30. April 2019 E. 5.3.2; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Basler Kommentar zum FINMAG | FinfraG, 3. Aufl. 2019, N. 21 zu Art. 32 FINMAG; Sanktionenbericht Zimmerli, S. 32). 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 (Urteile **2C_860/2017** vom 5. März 2018 E. 8.2.1; **2C_929/2010** vom 13. April 2011 E. 5.2.1).

4.3. Allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer 3, welcher ab 2010 sowohl für die Beschwerdeführerin 1 wie auch die Beschwerdeführerin 2 einzelzeichnungsberechtigt war, massgeblich an der bewilligungslos ausgeübten bewilligungspflichtigen Tätigkeit der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumsgeldern mitgewirkt hatte (oben, E. 2.5), begründet nach der Rechtsprechung ein Verstoss einer gewissen Schwere gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen (HSU/ BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 14b zu Art. 34 FINMAG). Die Umstände des Einzelfalles wie bloss untergeordnete Implikation oder besondere Umstände, die darauf hinweisen, dass es künftig zu keiner weiteren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kommen wird ("tätige Reue") sind in Anwendung des Opportunitätsprinzips und der Verhältnismässigkeit bei der Beurteilung, ob die Verletzung des Aufsichtsrechts schwer wiegt, zu berücksichtigen (Urteile [2C_30/2011](#), [2C_543/2011](#) vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 14b zu Art. 34 FINMAG). Der Umstand, dass das betriebene Geschäftsmodell angeblich von einem Rechtsanwalt aufgesetzt worden war, findet im vorinstanzlichen Sachverhalt keine Stütze und vermag den Beschwerdeführer 3, welcher im massgeblichen Zeitraum ab dem Jahr 2010 hauptsächlich für die Betreuung der Gelder, insbesondere der Kontrolle der Laufzeit und die Rücküberweisungen verantwortlich gewesen ist (oben, E. 2.4.2), nicht zu entlasten. Dasselbe gilt für den Umstand, dass der Beschwerdeführer 3 angeblich ab dem Jahr 2014 "den Geschäftsbetrieb herunterzufahren" begann. Die Berücksichtigung besonderer Umstände kann des Weiteren nicht dahingehend verstanden werden, dass die Publikation einer Unterlassungsanweisung eine eigentliche Gefährdung von Polizeigütern voraussetzen würde: Die bankengesetzliche Bewilligungspflicht nach Art. 3 Abs. 1 BankG begegnet einer abstrakten Gefahr, welche von jeder unbewilligten, aber bewilligungspflichtigen finanzmarktrechtlichen Tätigkeit ausgeht (URS BERTSCHINGER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins Vierte Quartal 2018, SZW 2018 S. 720 f.). Aus diesem Grund fällt der Umstand, dass allenfalls nicht mit einer Schädigung der Kunden zu rechnen ist, die aufsichtsrechtlich relevanten Publikumsseinlagen weniger als EUR 2.5 Mio. betragen haben sollen und angeblich keine Wiederholungsgefahr bestehe, nicht massgeblich ins Gewicht. Die weiteren Ausführungen in der Beschwerdeschrift zu den wegen eines Hackerangriffs fehlenden Unterlagen und zu fehlenden vollmachtlosen Handlungen sind für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht relevant (oben, E. 2.6). Der Beschwerdeführer 3 hat massgeblich und über Jahre in einer Schlüsselrolle an der bewilligungslos ausgeübten bewilligungspflichtigen Tätigkeit der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumsseinlagen mitgewirkt (oben, E. 2.5), weshalb die angeordnete Publikation der Unterlassungsanweisung für den Zeitraum von fünf Jahren nicht zu beanstanden ist. Dem Eventualantrag auf Reduktion auf ein Jahr kann nicht stattgegeben werden.

4.4. Die weiteren Ausführungen in der Beschwerdeschrift zur angeblichen Unverhältnismässigkeit der angeordneten Publikation - keine Schädigung der Kunden - wurden bereits bei der Beurteilung darüber, ob die Verletzung des Aufsichtsrechts schwer wiegt (siehe dazu oben, E. 4.2), berücksichtigt. Es erübrigt sich, nochmals darauf einzugehen. Zur nicht weiter substantiierten Rüge des schweren Eingriffs in die Grund- und Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 3 durch die Publikation der Unterlassungsanweisung ist anzumerken, dass dieser Eingriff in einem Bundesgesetz (Art. 34 FINMAG) vorgesehen ist. Diese in einem Bundesgesetz enthaltene Einschränkung ist, sofern die Voraussetzungen für die Einschränkung nach Art. 34 FINMAG erfüllt sind, durch das Bundesgericht grundsätzlich anzuwenden (Art. 190 BV; zum Anwendungsgebot vgl. [BGE 136 II 120](#) E. 3.5.1 S. 130); die Zulässigkeit einer im Lichte von Art. 34 FINMAG rechtmässigen Publikationsanordnung wird in aller Regel nicht zusätzlich auf seine Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht überprüft (siehe PIERRE TSCHANNEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2008, S. 54). Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

5.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Das angefochtene Urteil wird insoweit aufgehoben, als damit die Anordnung

der Liquidation der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 auf dem Weg des Konkurses bestätigt wurde. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an die FINMA zurückgewiesen.

6.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführern 1-3 und der FINMA je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG), wobei die Beschwerdeführer 1-3 den auf sie entfallenden Anteil zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu tragen haben (Art. 66 Abs. 5 BGG) und der auf die FINMA entfallende Anteil auf die Gerichtskasse genommen wird (Art. 66 Abs. 4 BGG). Die FINMA hat den Beschwerdeführern für das bundesgerichtliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG). Der FINMA steht keine Parteientschädigung zu (Art. 68 Abs. 3 BGG). Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen (Art. 67, Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2018 wird insoweit aufgehoben, als damit die Anordnung der Liquidation der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 auf dem Weg des Konkurses bestätigt wurde. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an die FINMA zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- werden im Umfang von Fr. 5'000.-- den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen (je Fr. 1'666.67) und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.

Die FINMA hat den Beschwerdeführern für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 7'000.-- auszurichten.

4.

Die Sache wird zur Neuverlegung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht und der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Kantonales Untersuchungsamt, Wirtschaftsdelikte, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 14. Januar 2020

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall