



Urteil vom 14. Mai 2019

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

1. **X. _____ International AG,**
2. **X. _____ Europe AG,**
3. **X. _____ Suisse GmbH,**
alle vertreten durch
Gian Andri Töndury, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen/
Unterlassungsanweisung.

Sachverhalt:

A.

A.a Die X. _____ International AG, (Sitz) (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) bezweckt Gründung, Erwerb und Verwaltung von Beteiligungen an Unternehmungen im In- und Ausland. Die Gesellschaft kann Devisen- und Finanzierungsgeschäfte aller Art tätigen und Darlehen an Dritte gewähren, Franchiseverträge und Durchführung des Zahlungsverkehrs im Zusammenhang mit der Betreibung eines elektronischen Gutscheinsystems für Stammkunden und Vertragshändler im Ausland ausüben, Liegenschaften im In- und Ausland erwerben und veräussern sowie alle Geschäfte besorgen und für eigene oder fremde Rechnung handeln. Die X. _____ Europe AG, (Sitz) (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2), verfolgt den gleichen Zweck wie die Beschwerdeführerin 1.

A.b Die X. _____ Suisse GmbH, (Sitz) (nachfolgend: Beschwerdeführerin 3), bezweckt den Handel mit Waren aller Art, insbesondere von Gutscheinen, unter der Bezeichnung und unter der registrierten Marke "X. _____" sowie die Vermittlung derartiger Geschäfte. Die Gesellschaft betreibt Schulungen und Seminare sowie eine Werbeagentur in diesem Bereich. Die Gesellschaft kann im In- und Ausland Zweigniederlassungen errichten, sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen, gleichartige oder verwandte Unternehmen erwerben oder errichten sowie alle Geschäfte eingehen, in denen Synergien mit dem Hauptzweck zu erzielen sind; weiter kann sie Wertschriften erwerben, verwalten und verkaufen. Die Gesellschaft kann Patente, Lizenzen und Herstellungsverfahren erwerben, entwickeln, verwalten und verwerten sowie Immobilien erwerben, verwalten und veräussern.

A.c X. _____ ist eine international tätige Unternehmensgruppe. Gemäss eigenen Angaben ist sie in 46 Ländern aktiv, verfügt weltweit über 4.5 Mio. Mitglieder (Einkaufsgemeinschaft) und zählt ca. 1'000 Mitarbeitende. Die Beschwerdeführerin 1 ist die Konzernmutter. Die Beschwerdeführerin 2 ist deren 100%-Tochtergesellschaft, die ihrerseits verschiedene europäische Länderorganisationen hält, zu welcher auch die Beschwerdeführerin 3 zählt. Innerhalb der Unternehmensgruppe besteht eine Arbeitsteilung: Die Konzernmitglieder erbringen gegenseitig Dienstleistungen bzw. verrechnen diese untereinander. Die Gruppe tritt einheitlich unter dem Label "X. _____" nach aussen auf. In der Schweiz hat X. _____ rund

60'000 Mitglieder. Die Beschwerdeführerinnen verfügen über keine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz).

A.d Im Jahr 2010 hatte die Vorinstanz Abklärungen zur Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 vorgenommen. Mit Schreiben vom 12. Juli 2011 stellte die Vorinstanz ihre Abklärungen ein, behielt sich aber vor, diese wieder aufzunehmen oder gegebenenfalls ein Verfahren zu eröffnen, wenn die Angaben der Betroffenen nicht den Tatsachen entsprechen oder Informationen vorenthalten worden sein sollten; dasselbe gelte für eine Änderung der Rechtslage. Ab November 2014 führten die Beschwerdeführerinnen mit ihren neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eigene Gutscheine ein. Aufgrund von Hinweisen untersuchte die Vorinstanz das nunmehr veränderte Geschäftsmodell. Die Auswertung von Kontounterlagen ergab zudem, dass Mitglieder Einzahlungen zur Aufstockung ihres sog. "Einkaufskontos" tätigten. Dieses Guthaben konnte u.a. zur Bezahlung von Gutscheinen verwendet werden. Daher bestand der Verdacht, dass die Beschwerdeführerinnen ein Zahlungsmittel bzw. ein Zahlungssystem im Sinne der Bankengesetzgebung betrieben und dabei Mitglieder-Guthaben von über Fr. 3'000.– führten.

A.e Am 24. Juni 2015 zeigte die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen die Eröffnung eines Enforcementverfahrens wegen Verdachts auf eine unterstellungspflichtige Tätigkeit nach dem Bankengesetz und die geplante Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten an. Die Beschwerdeführerinnen wurden zur Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten sowie zu den bis dahin bekannten Sachverhaltselementen angehört. Mit Schreiben vom 13. Juli 2015 teilten die Beschwerdeführerinnen mit, dass sie grundsätzlich keine Einwände gegen die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten bei den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 hätten. Hingegen erachteten sie die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten bei der Beschwerdeführerin 1 als unverhältnismässig, da diese innerhalb des Konzerns eine reine Holdinggesellschaft sei und nicht in Vertragsbeziehungen zu den Mitgliedern der Einkaufsgemeinschaft stehe. Gleichzeitig ersuchten die Beschwerdeführerinnen um Akteneinsicht, welche die Vorinstanz gewährte. Mit provisorischer Verfügung vom 16. Juli 2015 setzte die Vorinstanz bei den Beschwerdeführerinnen eine Untersuchungsbeauftragte ohne Organfunktion ein, die ihren Bericht am 11. Januar 2016 erstattete. Die Beschwerdeführerinnen äusserten sich zum Untersuchungsbericht und beantragten die Einstellung des Verfahrens und die Beschränkung der Untersu-

chungskosten auf höchstens Fr. 50'000.–. Die Vorinstanz holte von den Beschwerdeführerinnen in der Folge weitere Unterlagen ein und befragte sie. Mit Stellungnahmen vom 3. und 28. März sowie vom 27. April 2017 äusserten sich die Beschwerdeführerinnen zur provisorischen Einschätzung der Vorinstanz vom 19. Januar 2017.

B.

Mit Verfügung vom 25. August 2017 stellte die Vorinstanz fest, dass die X. _____ International AG, die X. _____ Europe AG und die X. _____ Suisse GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen), gemeinsam als Gruppe ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Bankengesetz) schwer verletzt hätten (Dispositiv-Ziff. 1). Weiter verfügte sie gegenüber den Beschwerdeführerinnen, unter Verweis auf die gesetzlich vorgesehenen Strafandrohungen des Finanzmarktaufsichts- und des Bankengesetzes, eine Unterlassungsanweisung (Dispositiv-Ziff. 2 und 3). Das Mandat der Untersuchungsbeauftragten wurde beendet (Dispositiv-Ziff. 4). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen solidarisch die bis zum Erlass der Verfügung angefallenen Kosten der mit supervisorischer Verfügung vom 16. Juni 2015 eingesetzten Untersuchungsbeauftragten von Fr. 146'631.60 (inkl. MwSt.) sowie die Verfahrenskosten von Fr. 35'000.– (Dispositiv-Ziff. 5 und 6).

C.

Mit Eingabe vom 26. September 2017 erhoben die Beschwerdeführerinnen dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, Dispositiv-Ziff. 1 bis 3 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzt hätten. Eventualiter seien Dispositiv-Ziff. 1 bis 3 aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen keine schwere Verletzung gegen aufsichtsrechtliche Pflichten begangen hätten. Subeventualiter seien Dispositiv-Ziff. 1 bis 3 für die Beschwerdeführerin 1 aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin 1 nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzt habe. Dispositiv-Ziff. 5 und 6 seien aufzuheben und es seien die Kosten der Untersuchungsbeauftragten auf einen angemessenen, Fr. 50'000.– nicht übersteigenden Betrag zu reduzieren.

D.

Mit Vernehmlassung vom 30. Oktober 2017 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerden.

E.

Mit Replik vom 29. November 2017 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren Anträgen fest.

F.

Mit Eingabe vom 4. Dezember 2017 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen eine Kostennote ein.

G.

Mit Duplik vom 15. Januar 2018 hält die Vorinstanz an ihrem Antrag fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.2 Nach Art. 32 FINMAG kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen, wenn das Verfahren ergibt, dass die oder der Beaufsichtigte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands mehr angeordnet werden müssen. Dies im Unterschied zu Art. 31 FINMAG, nach welchem die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands sorgt, wenn eine Beaufsichtigte oder ein Beaufchtigter die Bestimmungen dieses Gesetzes oder eines Finanzmarktgesetzes verletzt oder sonstige Missstände bestehen (Subsidiarität der Feststellungsverfügung; vgl. PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, in: Rolf Watter/Rashid Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 32 Rz. 1, 24). Vorliegend stützt sich die Vorinstanz in ihren Erwägungen zwar nicht auf Art. 32 FINMAG, dennoch hat sie keine über die Feststellung der Verletzung von Aufsichtsrecht hinausgehenden Massnahmen angeordnet. Sie hat zudem erwogen, dass die bewilligungs-

pflichtige Tätigkeit nach heutigem Kenntnisstand eingestellt und der rechtmässige Zustand "im Sinne von Art. 31 FINMAG" inzwischen wiederhergestellt sei. Demnach handelt es sich beim angefochtenen Entscheid um eine Feststellungsverfügung gestützt auf Art. 32 FINMAG.

1.3 Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch die getroffene Feststellung (vgl. E. 1.2) und die Kostenfolgen besonders berührt und haben als Verfügungsadressatinnen ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

1.4 Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Vertretungsverhältnisse wurden durch schriftliche Vollmachten rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und die Kostenvorschüsse wurden fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

2.

2.1 Die Vorinstanz kommt in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, die Beschwerdeführerinnen hätten ohne Bewilligung gewerbmässig Publikumseinlagen entgegengenommen. Der X. _____-Gutschein ermögliche dem Inhaber, den Kaufpreis für Händler-Gutscheine und Merchandising-Artikel zu begleichen. Mit dem Kauf eines X. _____-Gutscheins erwerbe der Kunde ein virtuelles Guthaben bei den Beschwerdeführerinnen, das bei ihnen direkt oder bei Partnerunternehmen zum Bezug von Leistungen eingesetzt werden könne. Einlagen zu einem solchen Zweck stellten grundsätzlich Einlagen im Sinne des Bankengesetzes dar. Im Gegensatz zum direkten Erwerb von Händler-Gutscheinen trage der Kunde ein Ausfallrisiko, da er lediglich eine obligatorische Forderung gegenüber den Beschwerdeführerinnen erwerbe. Der X. _____-Gutschein stelle demnach ein Zahlungsmittel dar. Er werde nicht verzinst. Zwar würden Gelder, die in geringem Umfang einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem zugeführt würden, unter bestimmten in der Bankenverordnung vorgesehenen Voraussetzungen nicht als Einlagen gelten. Vorliegend hätten jedoch einige Kunden ein X. _____-Gutschein-Guthaben über dem von der FINMA festgesetzten Höchstbetrag von Fr. 3'000.– aufgewiesen und es habe kein Kontrollsystem bestanden, das die Einhaltung dieser Limite in geeigneter Weise überprüft und deren Überschreitung verhindert habe. Das System

sei darauf angelegt, dass die Mitglieder die Limite jederzeit überschreiten könnten, was durch die Beschwerdeführerinnen bewusst in Kauf genommen worden sei. Nach der im entsprechenden Rundschreiben festgehaltenen Praxis könnten Gelder über dieser Obergrenze aus Gründen des Einlegerschutzes nicht von der Ausnahmeregelung in der Bankenverordnung profitieren.

2.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung seien nicht erfüllt. Sie hätten nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und keine schwere Aufsichtsrechtsverletzung begangen. Die Untersuchungsbeauftragte halte in ihrem Bericht fest, dass der X. _____-Gutschein wie ein herkömmlicher Gutschein funktioniere und die Transaktionen identisch wie beim Erwerb von Händler-Gutscheinen verlaufen würden. Der Gegenwert entspreche dem abgebildeten Betrag. Das zentrale Element des Begriffs der Publikumseinlage, die Verpflichtung des Empfängers zur Rückzahlung, sei nicht erfüllt. Eine Rückzahlung durch die Beschwerdeführerinnen sei ausdrücklich ausgeschlossen. Mit dem X. _____-Gutschein hätten nur Waren und Dienstleistungen bezogen werden können; darin bestehe die primäre und einzige Leistungspflicht der Beschwerdeführerinnen. Auf den X. _____-Gutscheinen sei keine Rendite erzielt worden. Der beabsichtigte Vertragszweck erfülle auch bei einer Gesamtbetrachtung den Einlageetatbestand nicht. Der Rückkauf des X. _____-Gutscheins durch die Beschwerdeführerinnen sei ausgeschlossen. Aus der Tatsache, dass sich der Käufer beim Erwerb des Gutscheins offen lasse, wofür er diesen der-einst verwenden wolle, könne nicht abgeleitet werden, dass die Bestimmung des Kaufgegenstands zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr möglich sei. Während der Gültigkeitsdauer des X. _____-Gutscheins habe das Mitglied die Möglichkeit, Produkte aus dem Merchandising-Shop oder aber Händler-Gutscheine eines beliebigen Vertragshändlers zu erwerben. Es bestehe kein Zahlungsausfallrisiko, da nie eine Geldforderung bestanden habe. Das Risiko im Falle eines Konkurses bestehe darin, dass die entsprechenden Waren nicht ausgeliefert würden, wie bei jedem Kaufvertrag ohne Sicherungsmittel.

Es werde kein Zahlungssystem betrieben. Der X. _____-Gutschein sei weder ein verfügbares Guthaben noch eine Schuld, die von den Beschwerdeführerinnen in Rechnung gestellt werde. Es handle sich um ein Zweiparteienverhältnis. Der X. _____-Gutschein sei auch kein Zahlungsmittel. Weder könne er direkt bei Vertragshändlern eingesetzt werden noch bestehe ein Auszahlungsanspruch auf den Betrag.

Die Ansicht, wonach eine Verpflichtung zur Weiterleitung an Dritte der Tatbestand einer Einlage erfülle, finde sich nicht in der Rechtsprechung zu Recht nicht. Der Kunde könne selber wählen, wofür er den Gutschein erwerbe bzw. verwenden wolle. Die AGB beinhalteten keine Vereinbarung, wonach die Beschwerdeführerinnen die Gelder mit der Verpflichtung entgegennehmen würden, diese an Dritte weiterzuleiten. Entscheide sich der Kunde für einen Merchandising-Artikel, müsse dieser geliefert werden. Entscheide er sich für einen Gutschein eines Partnerunternehmens, müsse er diesen bestellen. Der Bestellvorgang verlaufe wie beim direkten Kauf eines Händler-Gutscheins und dem Kunden würden die bereits vorher von den Beschwerdeführerinnen erworbenen Händler-Gutscheine ausgeliefert. Es würden keine Gelder zwecks Erfüllung einer Schuld des Mitglieds weitergeleitet bzw. direkt bezahlt. Eine Schuld zwischen Mitglied und Vertragshändler entstehe erst beim Einkauf durch das Mitglied beim Vertragshändler. Zu diesem Zeitpunkt halte das Mitglied jedoch einen Händler-Gutschein in Händen.

Die Beschwerdeführerinnen rügen ferner eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und berufen sich auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes, da die Vorinstanz bereits im Jahr 2011 Abklärungen getroffen habe und zum Schluss gekommen sei, dass die Bestellung und Vollzahlung von Gutscheinen durch Kunden beim Verkauf von Gutscheinen keine unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen sei. Der X. _____-Gutschein sei rechtlich identisch ausgestaltet.

3.

3.1 Gemäss Art. 1 Abs. 2 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) dürfen natürliche und juristische Personen, die diesem Gesetz unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist. Die Auflage von Anleihen gilt nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen. Wer gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennimmt, ist bewilligungs- und aufsichtspflichtig und gilt damit als Bank (Art. 3 BankG i.V.m. Art. 3 Bst. a FINMAG; Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.5). Als Publikumseinlagen gelten nach Art. 5 Abs. 1 der Bankenverordnung vom 24. April 2014 (BankV, SR 952.02; bis zum 31. Dezember 2014 Art. 3a Abs. 3 und 4 aBankV [AS 1995 253]) die Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden mit Ausnahme derjenigen nach Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV. Nach Art. 6 Abs. 1 BankV (Art. 3a Abs. 2 aBankV) handelt gewerbsmässig im

Sinne des BankG, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich – in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien – zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (BGE 136 II 43 E. 4.2 m.H.).

3.2 Nach der Rechtsprechung besteht die Entgegennahme von Publikumseinlagen – das bankenmässige Passivgeschäft – darin, dass ein Unternehmen für eigene Rechnung gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2 m.H.; 132 II 382 E. 6.3.1; Urteile des BGer 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 4.1 und 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.3 m.H.). Entscheidend für den Einlagebegriff ist die unbedingte Rückzahlungsverpflichtung für die empfangene Leistung (Urteile des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1 und 7.4.3 sowie 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2 in fine). Der Einlagebegriff verlangt aber weder, dass die gesamte Summe zurückbezahlt wird, noch, dass die Rückzahlung sofort und ohne Zwischentransaktion erfolgt (Urteil des BGer 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 5.3.1; Urteil des BVGer B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 2.2.1 m.H.).

3.2.1 Gesetzesumgehungen werden nicht geschützt. Bei Gestaltungen, welche jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegen, ist näher zu prüfen, ob die Ausnahmebestimmung missbräuchlich, d.h. zu Zwecken, die nicht in Übereinstimmung mit den Zielen und Zwecken des Gesetzes stehen, angerufen wird. Wird eine solche missbräuchliche Anrufung bejaht, ist der aufsichtsrechtlichen Beurteilung sachverhaltsmässig nicht die gewählte zivilrechtliche, sondern diejenige Rechtsgestaltung zu Grunde zu legen, welche sachgemäss gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen (Sachverhaltsfiktion). Aufsichtsrechtliche Bestimmungen zwecks Anleger-, Investoren- und Gläubigerschutz, insbesondere solche über Bewilligungen als Voraussetzung für einen Marktzutritt, sollen nicht durch konstruierte zivilrechtliche Rechtsgestaltungen umgangen werden können (Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2).

3.2.2 Grundsätzlich gelten sämtliche Verbindlichkeiten als Einlagen (BGE 136 II 43 E. 4.2), sofern sie nicht aufgrund einer zulässigen rechtsatzmässigen Regelung von diesem Begriff ausgenommen worden sind (Urteile des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.3 und 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 4.2). Die Anwendung des Aufsichtsrechts setzt voraus, dass der Einlagebegriff i.S.v. Art. 1 Abs. 1 BankG i.V.m.

Art. 5 Abs. 1 BankV auf das in Frage stehende Geschäftsmodell anwendbar ist. Wenn der Einlagebegriff erfüllt ist, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine Ausnahmebestimmung nach Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV greift (vgl. Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 7.1). Wenn eine Ausnahmebestimmung an sich erfüllt ist, ist in einem dritten Schritt zu prüfen, ob der Ausnahmebestimmung die Anwendung wegen Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften zu versagen ist (vgl. Urteil des BGer 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 3.2; Urteil des BVerfG B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 2.2.1 m.H.).

3.3 Die Beschwerdeführerinnen sind Teil eines internationalen Konzerns (vgl. Sachverhalt A.c). Die Beschwerdeführerin 3 betreibt eine Einkaufsgemeinschaft, die den Teilnehmern ermöglicht, durch den Bezug von Waren und Dienstleistungen bei Partnerunternehmen Vorteile zu erhalten (Allgemeine Geschäftsbedingungen für X._____-Mitglieder, Fassung November 2014 [nachfolgend: AGB], Präambel). Die Einkaufsgemeinschaft ist auf Förderung und Rabattgewährung ausgerichtet, begründet aber kein Arbeits-, Dienst-, oder Gesellschaftsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin 3 und den Kunden bzw. Mitgliedern (AGB Ziff. 1 und 3.1). Zwar lässt sich eine gemeinsame Förderung der Einkaufsgemeinschaft annehmen, nicht aber eine Zusammenlegung der Beiträge zur Erreichung dieses Zwecks, weshalb es an der affectio societatis fehlt.

3.4 Nach den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz besteht das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen darin, ihre Mitglieder zu einer Einkaufsgemeinschaft zusammenzuschliessen, um durch grössere Volumen von Warenbezügen bei den ihr angeschlossenen Händlern (Partnerunternehmen) Rabatte zu erzielen. Die Mitglieder kaufen bei den Partnerunternehmen sowohl im Geschäftslokal (gegen Vorzeigen der X._____-Kundenkarte) als auch in Online-Shops (der Zugriff erfolgt über den Login-Bereich der X._____-Webseite) zu den üblichen Konditionen ein. Für jeden getätigten Einkauf erhalten die Mitglieder Vorteile, wie beispielsweise eine Gutschrift eines Teils des Kaufpreises (sog. [...]) auf ihr sog. Einkaufskonto. Sobald dieses Konto einen Saldo von Fr. 15.– erreicht oder übersteigt, wird das Guthaben dem Mitglied ausbezahlt. Ferner erhalten die Mitglieder für Einkäufe bei Partnerunternehmen sog. Shopping Points, die sie im Rahmen von auf der X._____-Webseite bezeichneten Aktionen bei Einkäufen zur Erlangung eines Rabatts einlösen können. Zudem können die Mitglieder Händler-Gutscheine erwerben, die für Einkäufe bei Partnerunternehmen verwendet werden können. Im Rahmen eines Treueprogramms wird ein sog. Freundschaftsbonus gewährt, den das Mitglied für

Einkäufe von ihm geworbener Mitglieder erhält und der ebenfalls ab einem Mindestguthaben von Fr. 15.– an das Mitglied ausbezahlt wird.

Das Treueprogramm wird ferner über ein Vertriebssystem vermarktet. Das Mitglied kann sich gestützt auf eine Zusatzvereinbarung als sog. Marketer betätigen und so die Verbreitung und Nutzung des Treueprogramms als selbständiger, gewerblich tätiger Vertriebsvermittler fördern (Gewinnung neuer Mitglieder, Marketer sowie Partnerunternehmen) und dadurch weitere Vorteile erhalten. Ziel ist es, das Einkaufsvolumen der Einkaufsgemeinschaft durch Aktivierung des eigenen Netzwerks zu erhöhen. Als Gegenleistung erhält der Marketer eine Vergütung von X._____, wenn sein Netzwerk (sog. [...]) ebenfalls bei Partnerunternehmen einkauft.

Diese Geschäftsbereiche hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht geprüft.

3.5 Von November 2014 bis Ende 2016 haben die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 ihren Mitgliedern zudem eigene sog. X._____-Gutscheine zum Kauf angeboten. Die Mitglieder erwarben diese auf der Webseite der Beschwerdeführerinnen in Form eines Gutscheincodes und konnten diese gleichenorts für den Kauf von Gutscheinen von Partnerunternehmen (sog. Händler-Gutscheine) und X._____-Merchandising-Artikel einlösen. Der Bestellwert lag zwischen Fr. 10.– und Fr. 1500.– pro Gutschein. Der Gegenwert des X._____-Gutscheins entsprach dem auf dem Gutschein abgebildeten Betrag. Eine vollständige oder teilweise Barauszahlung war nicht möglich. Der X._____-Gutschein konnte unentgeltlich an andere Mitglieder übertragen werden. X._____-Gutscheine sind fünf Jahre gültig. Zwischenzeitlich habe die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 ihre Praxis in Bezug auf die Ausgabe der Gutscheine geändert. Diese können nur noch durch Umtausch von durch Mitglieder innerhalb des X._____-Vertriebssystems erarbeiteten geldwerten Vorteilen erworben werden. Die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen werden von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten. Im Rahmen der angefochtenen Verfügung wurde dieser Geschäftsbereich geprüft.

4.

4.1 Das Aufsichtsrecht schreibt vor, dass die Bank zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung bedarf (Art. 1 i.V.m. Art. 3 BankG; vgl. E. 3.1). Die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen, das Passivgeschäft der Banken, ist Nicht-Banken untersagt (Art. 1 Abs. 2

BankG). Durch das Verbot wird das aufsichtsrechtliche System geschlossen. Wer gewerbsmässig Publikumsgelder annimmt, ist bewilligungs- und aufsichtspflichtig und gilt damit als Bank; Unternehmen oder Private, die keine Banken sind und dieser Pflicht nicht unterliegen, dürfen keine solchen Gelder annehmen (Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 6.5). Nachfolgend ist zu prüfen, ob das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 3.5) einer Entgegennahme von Publikums-einlagen entspricht und damit unter das bankenmässige Passivgeschäft fällt.

4.2

4.2.1 Die Vorinstanz erwägt, der Erwerb von X. _____-Gutscheinen sei Kauf. Der Kunde erwerbe dadurch nicht einen bereits bestimmten Händler-Gutschein oder eine bestimmte Ware oder Dienstleistung, weshalb sie dem Kauf das Austauschverhältnis abspricht. Weiter scheint sie anzunehmen, die Beschwerdeführerin 3 habe sich verpflichtet, den empfangenen Betrag an den Händler weiterzuleiten, wenn der X. _____-Gutschein gegen einen Händler-Gutschein eingelöst wird. Ob der Kunde sich den Betrag auszahlen lasse oder mit dem Herausgeber des Zahlungsmittels vereinbare, dass der Herausgeber (hier: Beschwerdeführerin 3) den Betrag – z.B. zwecks Erfüllung einer Schuld – direkt dem Dritten bezahle, mache mit Blick auf den Einlagebegriff keinen Unterschied.

4.2.2 Kauf ist die entgeltliche Übertragung eines Gegenstands. Durch den Kauvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [SR 220, OR]). Verkauft werden können nicht nur Sachen und Rechte, sondern auch rechtlich nicht absolut geschützte Immaterialgüter wie Know-how, Produktions- oder Geschäftsgeheimnisse, Rezepturen, Goodwill, Kundenstock, Informationen usw. Ebenso können Software und sonstige digitalisierte Produkte bzw. Daten Gegenstand eines Kaufvertrags sein (HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 40 f.). Die Ausdrucksweise von Art. 184 Abs. 1 OR, dass der Verkäufer verpflichtet ist, das Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen, ist ungenau. Denn sie bezieht sich auch auf solche Kaufgegenstände, bei denen nicht von Eigentum, sondern nur von Inhaberschaft gesprochen werden kann (vgl. HONSELL, a.a.O., S. 52). Dies gilt gleichermassen für den Ausdruck "Vertrag auf Übertragung von Eigentum" in Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV, da er auf

die gesetzliche Umschreibung des Kaufvertrags Bezug nimmt (vgl. FLORIAN SCHÖNKNECHT, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, in: GesKR 2016, S. 300 ff., 312). Für das Zustandekommen des Kaufvertrags ist es erforderlich, dass sich die Parteien über den Kaufgegenstand geeinigt haben bzw. der Kaufgegenstand muss mindestens im Zeitpunkt der Erfüllung bestimmbar sein (MICHAEL KIKINIS, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 184 Rz. 14).

4.2.3 Das Rechtsgeschäft, das dem entgeltlichen Erwerb von X. _____-Gutscheinen zugrunde liegt, qualifiziert die Vorinstanz zutreffend als Kauf. Mit Abschluss des Kaufvertrags verpflichtet sich der Kunde, den Kaufpreis zu bezahlen, und die Beschwerdeführerin 3, den Gutschein-Code zu generieren. Der Gegenstand des Kaufvertrags und damit der Inhalt der Forderung des Käufers ist der X. _____-Gutschein in Form eines Gutschein-Codes. Auf dessen Generierung hat er Anspruch. Der Kauf ist erfüllt und vollständig abgewickelt, wenn der Käufer den Kaufpreis bezahlt hat und Inhaber des generierten X. _____-Gutscheins in elektronischer Form geworden ist. Die Inhaberschaft vermittelt ihm bestimmte Rechte.

4.2.4 Die Rechte, die der Käufer von X. _____-Gutscheinen erhält, ergeben sich aus den AGB. Der X. _____-Gutschein wird nach vollständiger Bezahlung in Form eines Gutschein-Codes zur Verfügung gestellt. Der Kunde kann ihn für den Einkauf von Gutscheinen der Partnerunternehmen (nicht aber unmittelbar für Einkäufe bei Partnerunternehmen) sowie für den Einkauf bestimmter, ausgewiesener Waren bei X. _____ einlösen (AGB Ziff. 7.1). Damit wird der Kunde beim Kauf eines Händler-Gutscheins oder Merchandising-Artikels ermächtigt, den X. _____-Gutschein an Erfüllungsstatt (statt Barzahlung) hinzugeben. Die Beschwerdeführerin 3 muss die Erklärung in der Erfüllung des Kaufvertrags über den Händler-Gutschein oder Merchandising-Artikel gegen sich gegen lassen. Mit der Erklärung räumt die Beschwerdeführerin 3 dem Kunden ein vertragliches Recht ein, das jedoch kein Forderungsrecht ist, sondern eine Ersetzungsbefugnis begründet (facultas alternativa; vgl. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 9.05 f., 74.01 ff.). Weiter generiert der Erwerb eines X. _____-Gutscheins alleine weder Mitgliedsvorteile noch Freundschaftsboni; diese entstehen erst dann, wenn das Mitglied mittels des X. _____-Gutscheins einen Gutschein eines Partnerunternehmens (oder Waren) erwirbt (AGB Ziff. 7.3). Entsprechendes gilt für die unentgeltliche Übertragung von X. _____-Gutscheinen an andere Mitglieder (vgl. AGB Ziff. 7.4). Entgegen dem, was

die Vorinstanz anzunehmen scheint, handelt es sich nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen dem Kunden und der Beschwerdeführerin 3, sondern um deren zwei. Das erste Geschäft besteht im Kauf eines X._____-Gutscheins (vgl. E. 4.2.3). Das Folgegeschäft, bei dem der X._____-Gutschein eingelöst werden kann, besteht in einem weiteren Kauf über einen Händler-Gutschein oder einen Merchandising-Artikel. Dass im Zeitpunkt des Kaufs eines X._____-Gutscheins der Gegenstand des Folgegeschäftes noch nicht bestimmt ist, ändert an der Bestimmtheit des Kaufgegenstandes nichts. Der Gegenstand (X._____-Gutschein) und der zu bezahlende Preis (Betrag in Franken) sind eindeutig bestimmt, wobei die Hauptleistungen in einem wechselseitigen Austauschverhältnis (Synallagma) stehen. Die Annahme eines Kaufs ohne Synallagma ist widersprüchlich, da der Kaufvertrag per definitionem zu den synallagmatischen Verträgen gehört (Art. 184 Abs. 1 OR).

4.2.5 Eine Pflicht der Beschwerdeführerin 3, den empfangenen Betrag an das Partnerunternehmen weiterzuleiten, ist nicht ersichtlich. Das wäre nur denkbar bei einer Anweisung (Art. 466-471 OR). Die Anweisung ist eine Doppelermächtigung in einem Dreiecksverhältnis. Der Anweisende ermächtigt einerseits den Angewiesenen (Deckungsverhältnis), auf seine Rechnung zu leisten, und anderseits den Anweisungsempfänger (Valutaverhältnis), die Leistung im eigenen Namen zu fordern (Leistungsverhältnis). Die Anweisung wird zum Anweisungsvertrag, die Ermächtigung zur Pflicht, wenn der Angewiesene die Anweisung annimmt (vgl. Art. 468 Abs. 3 OR). Der Kunde erteilt vorliegend keine Anweisung nach Art. 467 Abs. 1 OR, auf seine Rechnung eine Schuld zu tilgen. Denn der Kauf eines Händler-Gutscheins erfolgt im Verhältnis zwischen dem Kunden und der Beschwerdeführerin 3. Diese ist die Vertragspartnerin (vgl. AGB Präambel), kauft die Händler-Gutscheine vorgängig ein und veräussert sie anschliessend an die Mitglieder weiter (vgl. Untersuchungsbericht Ziff. 3.2.3.2 in fine). Ein Vertrag des Kunden mit dem Partnerunternehmen besteht zu diesem Zeitpunkt noch nicht. Erst wenn er beim (dritten) Kauf den Händler-Gutschein beim Partnerunternehmen einlöst und eine Ware oder Dienstleistung erwirbt, geht er mit dem Händler einen Vertrag ein. Vor Einlösung des Händler-Gutscheins besteht jedoch kein Rechtsverhältnis und damit kein Valutaverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger. Eine Anweisung scheidet somit aus. Die Annahme einer Pflicht, die empfangenen Gelder weiterzuleiten, erweist sich als unzutreffend. Die Beschwerdeführerin 3 wird durch den Verkauf von Händler-Gutscheinen weder zur Schuldnerin einer Zahlungsabwicklung noch zur

Rückzahlungsschuldnerin, sondern sie schuldet die Übergabe des Gutscheins, den der Kunde kauft.

4.3

4.3.1 Die Vorinstanz führt aus, der X. _____-Gutschein ermögliche seinem Inhaber, den Kaufpreis für Händler-Gutscheine und Merchandising-Artikel zu begleichen. Der Inhaber erwerbe eine obligatorische Forderung und verfüge über ein virtuelles Guthaben. Im Gegensatz zum direkten Erwerb von Händler-Gutscheinen habe der Kunde im Konkurs in der Regel kein Aussonderungsrecht und trage das Ausfallrisiko. Damit scheint die Vorinstanz auf einen wertpapierrechtlichen Gesichtspunkt abzustellen.

4.3.2 Gutscheine des täglichen Verkehrs sind gegebenenfalls Wertpapiere. Bei Warengutscheinen zur Verkaufsförderung werden für die vertragsrechtliche Auslegung mehrere Möglichkeiten erwogen: Kaufvertrag über den Gutschein, Vorvertrag mit Hauptvertrag oder Begebungsvertrag im Sinne des Wertpapierrechts (ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Gutscheine mit Einlösefrist, in: Jusletter 12. Dezember 2011, Rz. 3-7). Als Wertpapier gilt jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann (Art. 965 OR). Die Legaldefinition enthält drei Voraussetzungen: Urkunde, verbrieftes Recht und Verknüpfung von Recht und Urkunde derart, dass ohne die Urkunde der Berechtigte keine Leistung verlangen und der Verpflichtete nicht mit befreiender Wirkung leisten kann (ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 3. Aufl., Bern 2018, § 1 Rz. 4; vgl. auch JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 27 Rz. 15-23).

4.3.3 Die Gutscheine, die X. _____ in den Verkehr bringt, werden vom Kunden online im Kundenbereich der X. _____-Webseite bestellt, bezahlt und von den Beschwerdeführerinnen in Form eines Gutschein-Codes generiert. Im Unterschied zu den Händler-Gutscheinen wird der X. _____-Gutschein nicht als Schriftstück, physisch auf Papier, ausgestellt. Allerdings wird die funktional bedingte Schriftlichkeit des Wertpapiers so verstanden, dass es nur darauf ankommt, ob der Erklärungsträger in irgendeiner lesbaren Form vorgelegt und übertragen werden kann (MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, a.a.O., § 1 Rz. 8-9; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, a.a.O., § 27 Rz. 1 f). Die Gutschein-Codes sind digital lesbare Daten. Da die Codes mit der Mitglieder-Identifikation vorgelegt und an andere

Mitglieder übertragen werden können, haben sie insofern Urkundencharakter. Die Urkunde verbrieft jedoch kein Recht, das Gegenstand eines Wertpapiers (Forderungsrecht, Mitgliedschaftsrecht, dingliche Rechte) sein kann (DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, a.a.O., § 27 Rz. 57). Namentlich weisen die X._____-Gutscheine keine schuldrechtliche Forderung aus, die der Aussteller anerkennt. Dem Inhaber wird zwar das Recht eingeräumt, den X._____-Gutschein beim Folgegeschäft an Erfüllungsstatt hinzugeben, doch ist dieses Recht kein Forderungsrecht, sondern eine Ersetzungsbefugnis (vgl. E. 4.2.4). Die X._____-Gutscheine werden nicht durch einen wertpapierrechtlichen Begebungsvertrag in den Verkehr gebracht.

4.3.4 Der X._____-Gutschein verpflichtet die Vertragsparteien nicht. Der Erwerb des Gutscheins, dem gewissermassen ein "Guthaben" entspricht, erfolgt auch nicht aufgrund eines Vorvertrags. Der Vorvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag, der zum Abschluss eines weiteren schuldrechtlichen Vertrags verpflichtet (vgl. Art. 22 Abs. 1 OR; EUGEN BUCHER, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in: Eugen Bucher/Peter Saladin [Hrsg.], Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern/Stuttgart 1979, S. 169). Kennzeichnend ist die Kontrahierungspflicht, sei es, dass der weitere Vertrag zwischen den gleichen Vertragsparteien abgeschlossen werden soll, oder sei es, dass eine Partei des Vorvertrags sich verpflichtet, den Vertrag mit einem Dritten (pactum de contrahendo cum tertio) abzuschliessen (NICOLAS HERZOG, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 22 Rz. 3; BUCHER, a.a.O., S. 169, 171). Der Vertrag über den Erwerb eines X._____-Gutscheins verpflichtet aber weder den Kunden noch die Beschwerdeführerin 3 zu einem (nachfolgenden) Vertragsschluss. Das zeigt sich daran, dass der Kunde den X._____-Gutschein schenkungshalber auf andere Mitglieder übertragen (AGB Ziff. 7.4) oder verfallen lassen kann (AGB Ziff. 7.6) und die Beschwerdeführerin 3 sich das Recht ausbedungen hat, Bestellungen von Händler-Gutscheinen abzulehnen (AGB Ziff. 6.2). Die Beschwerdeführerin 3 muss hingegen die Erklärung gegen sich gelten lassen, dass der Kunde bei Erfüllung eines Folgekaufs den X._____-Gutschein an Zahlungsstatt hingeben kann, wenn er den Code vorlegt.

4.3.5 Der Gutschein-Code besteht aus Daten, ist aber keine Sache i.S.v. Art. 242 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1; vgl. URS BÜRGI, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 242 Rz. 6-7; MARC RUSSENBERGER, in: Adrian Staehelin/

Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 242 Rz. 10 und Ergänzungsband zur 2. Aufl., Art. 242 ad N 8). Daher trifft es zu, dass die Kunden bei einem allfälligen Konkurs der Beschwerdeführerin 3 kein Aussonderungsrecht haben. Weder das fehlende Aussonderungsrecht noch das Ausfallrisiko ist jedoch hinreichend für die Annahme bzw. Folgerung, dass die Beschwerdeführerinnen das bankenmässige Passivgeschäft betrieben und durch Entgegennahme von Gelder selber zu Rückzahlungsschuldnerinnen würden.

4.4

4.4.1 Die Vorinstanz nimmt an, der X. _____-Gutschein stelle ein Zahlungsmittel dar, das nach Art. 1 Abs. 2 BankG als Einlage zu qualifizieren sei. Zur Begründung stützt sie sich auf den Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. e BankV, dessen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Dass und inwiefern eine Rückzahlungspflicht bzw. Verbindlichkeit im Sinne des Grundtatbestands von Art. 5 Abs. 1 BankV vorliegt, wird in der angefochtenen Verfügung nicht weiter begründet.

4.4.2 Zahlungsmittel sind Mittel, die dazu dienen, eine Schuld zu erfüllen. Sie repräsentieren eine Werteinheit. Gesetzliche Zahlungsmittel sind die vom Bund ausgegebenen Münzen, die von der Schweizerischen Nationalbank ausgegebenen Banknoten und die auf Franken lautenden Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank (Art. 2 Bst. a-c des Bundesgesetzes über die Währung und die Zahlungsmittel vom 22. Dezember 1999 [WZG, SR 941.10]). Alle anderen Zahlungsmittel – z.B. ausländisches Währungsgeld (Devisen), Wechsel, Checks, Akkreditive, Buchgeld, E-Geld, WIR-Geld oder virtuelle Währungen – sind nicht gesetzliche Zahlungsmittel mit Geldersatzfunktion. Solche Werteinheiten werden Verkehrsgeld genannt, wenn sie aufgrund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Abrede als Tausch- und Zahlungsmittel im Verkehr funktionieren (SCHÖNKNECHT, a.a.O., S. 308; vgl. auch SABINE GLESS/PETER KUGLER/DARIO STAGNO, Was ist Geld? Und warum schützt man es?, in: recht 2015, S. 82 ff., 87 f.; ROLF H. WEBER, Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen, in: Rolf H. Weber/Florent Thouvenin [Hrsg.], Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Zürich/Basel/Genf 2015 [nachfolgend: Rechtliche Herausforderungen], S. 5 ff., 21; SERAINA GRÜNEWALD, Währungs- und geldwäschereirechtliche Fragen bei virtuellen Währungen, in: Rechtliche Herausforderungen, S. 93 ff., 94).

4.4.3 Eine Erfüllungsfunktion kommt dem X. _____-Gutschein insofern zu, als dieser beim Kauf von Händler-Gutscheinen bzw. Merchandising-Artikeln sowie bei der Übertragung an andere Mitglieder eingelöst werden kann. Die Geldersatzfunktion ist auf das von den Beschwerdeführerinnen betriebene Einkaufsunternehmen beschränkt. Der Kauf von Zahlungsmitteln ist zu unterscheiden vom Zuführen von Geldern zu einem Zahlungsmittel i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. e BankV. So wie das Wechselgeschäft (Devisenkauf) Kauf und nicht Tausch ist (BGE 51 II 199 E. 1), ist der Wechsel von einer Geldeinheit zu einer anderen Geldeinheit nicht Tausch, sondern Kauf. Das trifft auf den Kauf von Händler-Gutscheinen zu. Der Geldwechsel oder das reine Geldwechselgeschäft stellt indessen keine Einlage dar (vgl. Urteil des BGer 2A.219/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/bb; SCHÖNKNECHT, a.a.O., S. 313 Fn. 112).

4.4.4 Entscheidend für die Erfüllung des Einlagebegriffs ist die Rückzahlungsverpflichtung (Urteil des BGer vom 24. November 2015, 2C_345/2015 E. 7.4.3; Urteil des BGer 2A.219/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/bb; vgl. E 3.2). Das Bundesgericht hat sich im erstgenannten Urteil ausführlich mit der Regelung elektronischer Zahlungsmittel und Zahlungssysteme auseinandergesetzt (E. 7-8). Nach den gesetzlichen Vorgaben sei die Regelung in der Schweiz liberaler als diejenige in der EU: Die Ausgabe und die bloße Verwaltung elektronischer Zahlungsmittel sei, wie der Betrieb eines Zahlungssystems, grundsätzlich bewilligungsfrei möglich. Dies schliesse allerdings nicht aus, dass bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – wie etwa die Erfüllung der Kriterien des bankenmässigen Passivgeschäfts oder die Systemrelevanz des Zahlungssystems – eine Unterstellung unter spezialgesetzliche finanzmarktrechtliche Regelungen erfolge (E. 7.4).

Sodann wird ausgeführt, das zu beurteilende Zahlungssystem sei nicht ohne weiteres vergleichbar mit den bisher beurteilten Geschäftsmodellen. Die Guthaben der Kunden hätten auf den ersten Blick nicht die gleiche Funktion wie die traditionellen Bankeinlagen: Die Kunden wollten nicht Investitionen tätigen, für welche ihnen eine Rendite in Aussicht gestellt wird, und auch nicht in erster Linie Geld anlegen, sondern sie würden ein Zahlungsmittel erwerben, um auch ohne Bankkonto oder Kreditkarte Güter oder Dienstleistungen ohne Bargeld bezahlen zu können. Die einbezahlten Gelder hätten deshalb keinen typischen Einlagencharakter (E. 7.4.2).

Ausschlaggebend war im zu beurteilenden Fall, dass die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht sich in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen

dazu verpflichtet hat, ihren Kundinnen und Kunden ihr elektronisches Guthaben jederzeit auf ein Bankkonto der Kundin oder des Kunden auszubezahlen. Auch wenn kein Anspruch auf direkte Barauszahlung bestehe, so verfügten die Kundinnen und Kunden bei bestehender Verpflichtung auf Auszahlung auf ein auf ihren Namen lautendes Bankkonto dennoch über einen Rückforderungsanspruch gegenüber der Beschwerdeführerin, weshalb diese selbst als Rückzahlungsschuldnerin der empfangenen Leistungen anzusehen sei und demnach Einlagen i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG entgegennehme (E. 7.4.3.)

4.4.5 Anders als im genannten Fall haben sich die Beschwerdeführerinnen in den AGB nicht verpflichtet, den empfangenen Geldwert jederzeit auf ein Bankkonto der Kunden auszubezahlen. Vielmehr halten die AGB ausdrücklich fest, dass eine vollständige oder teilweise Barauszahlung nicht möglich ist (AGB Ziff. 7.2). Ein von den Beschwerdeführerinnen betriebenes Zahlungssystem zieht die Vorinstanz zu Recht nicht in Erwägung. Ein Zahlungssystem ist eine Finanzmarktinфраstruktur (vgl. Art. 2 Bst. a Ziff. 6 des Finanzmarktinфраstrukturgesetzes vom 19. Juni 2015 [FinfraG, SR 958.1]). Die FinfraG-Bestimmungen sind zwar vorliegend nur teilweise anwendbar, da der Untersuchungszeitraum den November 2014 bis Ende 2016 betraf und das FinfraG erst per 1. Januar 2016 in Kraft getreten ist, bringen aber jedenfalls zum Ausdruck, was schon vor seinem Inkrafttreten unter einem Zahlungssystem verstanden werden durfte (vgl. die Botschaft zum Finanzmarktinфраstrukturgesetz vom 3. September 2014, BBl 2014 7483 ff., 7556, wonach der Begriff des Zahlungssystems materiell demjenigen der Nationalbankverordnung entspricht). Als Zahlungssystem gilt eine Einrichtung, die gestützt auf einheitliche Regeln und Verfahren Zahlungsverpflichtungen abrechnet und abwickelt (Art. 81 FinfraG). Während die Abrechnung (Clearing) die Verarbeitungsschritte zwischen dem Abschluss und der Abwicklung eines Geschäfts betrifft (Art. 2 Bst. g FinfraG), bedeutet Abwicklung (Settlement) die Erfüllung der bei Geschäftsabschluss eingegangenen Verpflichtungen, namentlich durch die Überweisung von Geld oder die Übertragung von Effekten (Art. 2 Bst. h FinfraG). Die Ausstellung von X._____-Gutscheinen und deren Einlösung zieht keine Abrechnung und Abwicklung von Zahlungsverpflichtungen nach sich (vgl. E. 4.2.5). Die Beschwerdeführerinnen betreiben kein Zahlungssystem. Soweit ein Zahlungsmittel durch Einlösung der X._____-Gutscheine in Frage steht, fehlt es an der erforderlichen Rückzahlungsverpflichtung und demnach an der Entgegennahme einer Einlage i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BankV.

4.5 Aufsichtsrechtlich kann von der zugrunde liegende zivilrechtlichen Konstruktion abgewichen werden, wenn das Geschäftsmodell jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegt (vgl. E. 3.2.1). Das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen beruht auf der Idee einer Einkaufsgemeinschaft in der Absicht, durch grössere Volumen von Warenbezügen bei den ihr angeschlossenen Händlern (Partnerunternehmen) Rabatte zu erzielen. Die Teilnehmer sollen von den Rabatten und von einem Treueprogramm, in welchem sie wiederum Vorteile erhalten, profitieren können. Die Kunden, die daran teilnehmen, können Inhaber von X. _____-Gutscheinen werden. Diese Inhaberschaft bietet ihnen folgende Möglichkeiten: 1.) Der Kunde kann den X. _____-Gutschein gegen einen Händler-Gutschein im gleichen Betrag bargeldlos eintauschen ("Gutschein für Gutschein") oder ihn beim entgeltlichen Erwerb eines Händler-Gutscheins in Zahlung geben. 2.) Der Kunde kann den X. _____-Gutschein beim Kauf von X. _____-Merchandising-Artikeln an Zahlungsstatt hingeben. 3.) Der Kunde kann den X. _____-Gutschein unentgeltlich (der X. _____-Gutschein wurde als "perfekte Geschenkidee" angepriesen) auf andere Mitglieder übertragen. Wenn das beschenkte Mitglied den X. _____-Gutschein einlöst, so erhält das schenkende Mitglied im Rahmen des Treueprogramms wiederum Vorteile (Freundschaftsbonus). Der X. _____-Gutschein hat somit für die Mitglieder, die an der Einkaufsgemeinschaft mitwirken, durchaus einen vermögensrechtlichen bzw. wirtschaftlichen Wert. Die Ausgestaltung liegt jedenfalls nicht jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen. Daher besteht kein Anlass, dem von der Vorinstanz beurteilten Geschäftsbereich der Beschwerdeführerinnen eine andere Rechtsgestaltung zugrunde zu legen, als sie zivilrechtlich gewählt haben. Eine Gesetzesumgehung durch das gewählte Geschäftsmodell lässt sich nicht annehmen und wird auch von der Vorinstanz nicht dargetan.

4.6 Nach dem Gesagten basiert die Ausgabe der X. _____-Gutscheine auf einem Kaufvertrag (vgl. E. 4.2), der auf der Seite der Beschwerdeführerinnen weder eine Zahlungspflicht (vgl. E. 4.3) noch eine Rückzahlungspflicht im Rahmen eines Zahlungsmittels begründet (vgl. E. 4.4) und keine Gesetzesumgehung darstellt (vgl. E. 4.5). Der Tatbestand der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BankG ist nicht erfüllt. Damit fehlen die Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG, weshalb die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Angesichts dieses Ergebnisses brauchen die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht mehr geprüft zu werden.

5.

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Soweit die Beschwerdeführerinnen beantragen, es sei festzustellen, dass sie nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzt hätten, ist nicht darauf einzutreten, weil einem über den Antrag auf Aufhebung einer durch die Vorinstanz verfügten Feststellung hinausgehenden negativen Feststellungsbegehren das schutzwürdige Interesse fehlt (Urteil des BGer 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 1.3.4).

6.

6.1 Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführerinnen als obsiegende Parteien, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen tragen keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

Als obsiegende Parteien haben die Beschwerdeführerinnen Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (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]). Parteikosten sind dann als notwendig zu betrachten, wenn sie zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung unerlässlich erscheinen (BGE 131 II 200 E. 7.2). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei; unnötiger Aufwand wird nicht entschädigt (Art. 8 ff. VGKE). Das Anwaltshonorar wird dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters bemessen, wobei der Stundenansatz für Anwälte mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– beträgt und die Mehrwertsteuer darin nicht enthalten ist (Art. 10 Abs. 1 und 2 VGKE). Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen hat eine detaillierte Kostennote über Fr. 23'011.75, zuzüglich Kleinspesenpauschale von 3 % (Fr. 690.35) und Mehrwertsteuer von 8 % (Fr. 1'896.15), eingereicht, wobei ein Aufwand von 62.05 Std. veranschlagt wurde bei Stundenansätzen von Fr. 380.– (21.8 Std.), Fr. 325.– (11.6 Std.) sowie Fr. 300.– (28.65 Std.). Die Kostennote weist einen Aufwand aus, der als notwendig und angemessen erscheint. Die Parteientschädigung ist auf Fr. 25'598.25 (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festzusetzen und der Vorinstanz als verfügenden Behörde zu auferlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden werden gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und die angefochtene Verfügung vom 25. August 2017 wird aufgehoben

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Den Beschwerdeführerinnen werden die geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 2'000.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.

Den Beschwerdeführerinnen wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 25'598.25 zugesprochen. Dieser Betrag ist den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde;
Beilagen: Rückerstattungsformulare)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. Mai 2019