



# Bulletin

**49/2006**

Eidgenössische Bankenkommision  
Commission fédérale des banques  
Commissione federale delle banche  
Swiss Federal Banking Commission

# Bulletin

**49/2006**

Eidgenössische Bankenkommision  
Commission fédérale des banques  
Commissione federale delle banche  
Swiss Federal Banking Commission

# Impressum

## Herausgeber / Éditeur

---

Eidg. Bankenkommission / Commission fédérale des banques

Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern  
Schwanengasse 12, case postale, 3001 Berne

Telefon / Téléphone +41 (0)31 322 69 11

Telefax / Téléfax +41 (0)31 322 69 26

E-Mail [info@ebk.admin.ch](mailto:info@ebk.admin.ch)

Internet [www.ebk.admin.ch](http://www.ebk.admin.ch)  
[www.cfb.admin.ch](http://www.cfb.admin.ch)

## Vertrieb / Diffusion

---

BBL, Verkauf Bundespublikationen  
OFCL, Vente des publications fédérales

CH-3003 Bern / Berne

Telefax / Téléfax +41 (0)31 325 50 58

Internet [www.bbl.admin.ch/bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

## Bestellnummer / Numéro de commande

---

607.149

11.2006 3500 860158313

# **Mitteilung betreffend die Anonymisierung von publizierten Verfügungen**

Das Bulletin hat zum Ziel, die Praxis der Eidg. Bankenkommision (EBK) einem möglichst breiten Publikum von Spezialisten bekannt zu machen. Es ist nicht Aufgabe des Bulletins, Angelegenheiten öffentlich zu machen oder solche nochmals in Erinnerung zu rufen, welche bereits in der Presse behandelt wurden, sondern es geht in der Regel ausschliesslich darum, auf wichtige Aspekte des Finanzmarktaufsichtsrechts aufmerksam zu machen. In diesem Rahmen hält die EBK in der Regel daran fest, die von ihr publizierten Entscheide zu anonymisieren. Jedoch schränkt die Anonymisierung leider auch oft die Lesbarkeit der Entscheide ein. Um diesem Nachteil künftig möglichst entgegenzuwirken, wird die EBK – falls notwendig – fiktive Namen benutzen. Zwecks einheitlicher Gestaltung der Anonymisierung wird die EBK in der Regel folgende Grundsätze beachten:

- Die Bundesgerichtsentscheide, welche auf dessen Internet veröffentlicht sind, werden nicht abgeändert. Die EBK wird die vom Bundesgericht veröffentlichten Auszüge übernehmen, welche sie als wichtig erachtet, und fügt eine Regeste hinzu;
- Die im Bulletin veröffentlichten Entscheide der EBK werden grundsätzlich anonymisiert;
- Die Entscheide der EBK, welche die Auflösung oder die Eröffnung eines Konkurses einer Gesellschaft zum Gegenstand haben, werden in der Regel nur insoweit anonymisiert, als natürliche Personen involviert sind;
- Bei der Anonymisierung von Firmennamen werden Begriffe benutzt, welche an die Tätigkeit oder Rolle der Unternehmung erinnern, oder es wird das griechische Alphabet verwendet (Alpha, Beta, Gamma...);

## **Mitteilung betreffend die Anonymisierung von publizierten Verfügungen**

- Bei der Anonymisierung von natürlichen Personen werden Begriffe benützt, welche an deren Tätigkeit oder Rolle erinnern, oder es wird das lateinische Alphabet verwendet;
- Bei der Anonymisierung von anderen Informationen, wie beispielsweise von Ländernamen, werden fiktive Namen verwendet;
- Die EBK behält sich die Möglichkeit vor, diese Regeln – falls nötig – zu ergänzen oder von diesen abzuweichen.

## **Note concernant l'anonymisation des décisions publiées**

Le bulletin a pour but de faire connaître la pratique de la Commission fédérale des banques (CFB) à un public de spécialistes aussi large que possible. Il n'a pas pour vocation de rendre des affaires publiques ou de rappeler celles dont la presse s'est fait l'écho mais uniquement de mettre en lumière certains aspects pertinents du droit de la surveillance financière prudentielle. Dans cette mesure, la CFB s'attache à ce que les décisions publiées le soient, en général, de façon anonyme. Cette anonymisation emporte malheureusement souvent une lisibilité amoindrie pour le lecteur. Aussi, afin de remédier autant que possible à cet inconvénient, la CFB utilisera à l'avenir, quand nécessaire, des noms fictifs pour anonymiser ses décisions. Afin d'uniformiser cette anonymisation, la CFB respectera en principe les règles suivantes:

- Les arrêts du Tribunal fédéral publiés sur son internet ne sont pas modifiés. La CFB en reprendra les extraits qu'elle estime pertinents et y ajoutera un regeste;
- Les décisions de la CFB publiées au Bulletin sont en général anonymisées;
- Les décisions de la CFB prononçant la dissolution d'une société ou l'ouverture d'une faillite ne sont en général anonymisées que quant aux noms des personnes physiques impliquées;
- L'anonymisation des raisons sociales se fait au moyen de termes rappelant l'activité ou le rôle de l'entreprise ou au moyen de l'alphabet grec (Alpha, Bêta, Gamma...);
- L'anonymisation des noms de personnes physiques se fait au moyen de termes rappelant leur activité ou leur rôle ou au moyen de l'alphabet latin;
- L'anonymisation d'autres informations, comme par exemple le nom de pays, se fait au moyen de noms fictifs;
- La CFB se réserve la possibilité de compléter ou de déroger à ces règles si nécessaire.

## **Nota relativa all'anonimato delle decisioni pubblicate**

Lo scopo del bollettino è quello di far conoscere la pratica della Commissione federale delle banche (CFB) ad un pubblico di specialisti più ampio possibile. Il bollettino non ha quale vocazione di rendere degli affari pubblici o di ricordare quei casi che hanno avuto un eco sulla stampa, bensì unicamente di portare a conoscenza alcuni aspetti pertinenti del diritto della sorveglianza finanziaria prudenziale. Per questi motivi la CFB si impegna affinché le decisioni pubblicate siano, in modo generale, anonime. Questo anonimato comporta, sfortunatamente, una leggibilità ridotta per il lettore. Pertanto, laddove possibile e per rimediare a questo inconveniente, la CFB utilizzerà in futuro, quando necessario, dei nomi fittizi per rendere le proprie decisioni anonime. Per uniformare questo anonimato la CFB rispetterà in principio le regole seguenti:

- Le decisioni del Tribunale federale pubblicate sul suo sito internet non saranno modificate. La CFB riprenderà gli estratti che valuta pertinenti e aggiungerà i registi;
- Le decisioni della CFB pubblicate sul bollettino saranno normalmente anonime;
- Di regola le decisioni della CFB che pronunciano la dissoluzione di una società o l'apertura di un fallimento non saranno anonime, fatta eccezione per i nomi delle persone fisiche implicate;
- L'anonimato delle ragioni sociali si effettuerà tramite dei termini che rammentano l'attività o il ruolo dell'impresa o tramite l'alfabeto greco (Alpha, Beta, Gamma...);
- L'anonimato dei nomi di persone fisiche si effettuerà tramite dei termini che rammentano la loro attività o il loro ruolo o tramite l'alfabeto latino;
- L'anonimato di altre informazioni, come per esempio il nome di uno Stato, si farà tramite nomi fittizi;
- La CFB si riserva la facoltà di completare o di derogare a queste regole se necessario.

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Abkürzungen</b> .....	13
Bewilligungsvoraussetzungen; Organisationserfordernis; Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. ....	27
Beschwerdelegitimation; rechtliches Gehör; Unbefangenheit der Behörde; räumlicher Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes; konsolidierte Aufsicht über Schweizer Bankgruppen; Sorgfalts- pflicht für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken für Banken ....	36
Verletzung der Informations- bzw. Sorgfaltspflicht des Effekthändlers; mangelhafte Organisation .....	81
Verstoss gegen Art. 20 Abs. 3 AFG .....	97
Neues Amtshilferecht im Börsengesetz; Vertraulichkeitsprinzip und Prinzip der langen Hand; spontane Amtshilfe .....	105
Voraussetzungen für die Durchführung einer Vor-Ort-Kontrolle; notwendige Angaben der konsolidierten Aufsicht .....	114
Parteistellung; Einfluss des qualifizierten Aktionärs zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit; Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. ....	133
Entgegennahme von Publikumseinlagen; Liquidation und Konkursöffnung .....	150



# Inhaltsverzeichnis

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen; Bezeichnung als «Bank»; Liquidation; Konkursöffnung . . . . .	157
Gewerbmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen . . . . .	183
Anwendbarkeit des Anlagefondsgesetzes auf im Ausland inkorporierte Anlagegesellschaften . . . . .	188
Publikation eines Werbeverbots; Widerrechtlichkeit im Rahmen der Staatshaftung . . . . .	198

Zitervorschlag: EBK Bulletin 49/2006

	Page
<b>Abréviations</b> . . . . .	13
Conditions d'autorisation; exigences en matière d'organisation; garantie d'une activité irréprochable . . . . .	27
Qualité pour recourir; droit d'être entendu; impartialité de l'autorité; champ d'application territorial de la loi sur le blanchiment d'argent; surveillance consolidée des groupes bancaires suisses; obligations de diligence relatives aux relations présentant des risques accrus pour les banques . . . . .	36
Violation du devoir d'information resp. du devoir de diligence du négociant en valeurs mobilières; organisation déficiente . . . . .	81
Violation de l'art. 20 al. 3 LFP . . . . .	97
Nouveau droit de l'entraide administrative boursière; principe de la confidentialité et principe du long bras; entraide administrative spontanée. . . . .	105
Conditions pour l'exécution d'un contrôle sur place; informations nécessaires à la surveillance consolidée . . . . .	114
Qualité de partie; influence de l'actionnaire qualifié au détriment d'une gestion saine et prudente; garantie d'une activité irréprochable . . .	133
Acceptation de dépôts du public; liquidation et ouverture de la faillite . . . . .	150

# Sommaire

Acceptation illicite de dépôts du public; terme de «banque»; liquidation; ouverture de la faillite . . . . .	157
Acceptation de dépôts du public à titre professionnel. . . . .	183
Application de la loi sur les fonds de placement aux sociétés d'investissement incorporées à l'étranger . . . . .	188
Publication d'une interdiction de faire de la publicité; illicéité dans le cadre de la responsabilité de l'État . . . . .	198

	Pagina
<b>Abbreviazioni</b> .....	13
Condizioni d'autorizzazione; requisiti in materia di organizzazione; garanzia di un'attività irreprensibile .....	27
Diritto di ricorrere; diritto di essere sentito; imparzialità dell'autorità; campo d'applicazione territoriale della legge sul riciclaggio di denaro; vigilanza su base consolidata dei gruppi bancari svizzeri; obblighi di diligenza nell'ambito di relazioni che presentano rischi superiori per le banche .....	36
Violazione dell'obbligo d'informazione, risp. dell'obbligo di diligenza; organizzazione insufficiente .....	81
Violazione dell'art. 20 cpv. 3 LFI .....	97
Nuovo diritto relativo all'assistenza amministrativa nella legge sulle borse; principio della confidenzialità e principio della lunga mano; assistenza amministrativa spontanea .....	105
Condizioni per l'esecuzione di un controllo sul posto; informazioni necessarie alla sorveglianza consolidata .....	114
Qualità di parte; influsso di un azionista qualificato a danno di una gestione sana e prudente; garanzia di un'attività irreprensibile ..	133
Accettazione di depositi del pubblico; liquidazione e apertura del fallimento .....	150

## Sommario

Accettazione illecita di depositi del pubblico; definizione di «banca»; liquidazione; apertura di fallimento . . . . .	157
Accettazione di depositi del pubblico a titolo professionale . . . . .	183
Applicazione della legge sui fondi di investimento alle società d'investimento costituite all'estero . . . . .	188
Pubblicazione del divieto di fare pubblicità; illiceità nell'ambito della responsabilità dello Stato . . . . .	198

# Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

<b>ABV</b>	Verordnung über die ausländischen Banken in der Schweiz vom 21. Oktober 1996 (Auslandbankenverordnung, SR 952.111) OBE/FBO
<b>AFG</b>	Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (Anlagefondsgesetz, SR 951.31) LFP/LFI/IFA
<b>AFV</b>	Verordnung über die Anlagefonds vom 19. Oktober 1994 (SR 951.311) OFP/OFI/IFO
<b>AFV-EBK</b>	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Anlagefonds vom 24. Januar 2001 (Anlagefondsverordnung SR 951.311.1) OFP-CFB/OFI-CFB/IFO-SFBC
<b>APA</b>	Federal Act on Administrative Procedure of 20 December 1968 (Administrative Procedure Act 1968) VwVG/PA
<b>AS</b>	Amtliche Sammlung des Bundesrechts RO/RU
<b>ATF</b>	Arrêt du Tribunal fédéral suisse BGE/DTF
<b>BA</b>	Federal Banking Act of 8 November 1934 (Banking Act 1934) BankG/LB/LBCR
<b>BankG</b>	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, SR 952.0) LB/LBCR/BA
<b>BankV</b>	Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, SR 952.02) OB/OBCR/BO
<b>BBi</b>	Bundesblatt FF

## Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

<b>BEHG</b>	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, SR 954.1) LBVM/SESTA
<b>BEHV</b>	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 (Börsenverordnung, SR 954.11) OBVM/SESTO
<b>BEHV-EBK</b>	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Juni 1997 (Börsenverordnung-EBK, SR 954.193) OBVM-CFB/SESTO-SFBC
<b>BGE</b>	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts ATF/DTF
<b>BKV</b>	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zum Konkurs von Banken und Effektenhändlern vom 30. Juni 2005 (SR 952.812.32) OFB
<b>BO</b>	Ordinance to the Federal Banking Act of 17 May 1972 (Banking Ordinance 1972) BankV/OB/OBCR
<b>BPG</b>	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) LPers
<b>BStP</b>	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0) PPF/PP
<b>BZP</b>	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273) PCF/PC
<b>CDB</b>	Convention relative à l'obligation de diligence des banques Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche VSB

## Abkürzungen/abrégations/abbreviazioni

<b>CEDH</b>	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101) EMRK/CEDU
<b>CEDU</b>	Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS 0.101) EMRK/CEDH
<b>CFB</b>	Commission fédérale des banques Commissione federale delle banche EBK/SFBC
<b>Circ.-CFB</b>	Circulaire de la Commission fédérale des banques Circolare della Commissione federale delle banche EBK-RS
<b>CP</b>	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (SR 311.0) StGB
<b>DPA</b>	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (SR 313.0) Legge federale sul diritto penale amministrativo del 22 marzo 1974 (SR 313.0) VStrR
<b>DTF</b>	Decisioni del Tribunale federale svizzero BGE/ATF
<b>EBK</b>	Eidgenössische Bankenkommision CFB/SFBC
<b>EBK-GebV</b>	Verordnung über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidg. Bankenkommision vom 2. Dezember 1996 (EBK-Gebührenverordnung, SR 611.014) Oem-CFB/Oém-CFB
<b>EBK-RS</b>	EBK-Rundschreiben Circ.-CFB



## Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

<b>EMRK</b>	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) CEDH/CEDU
<b>FBO</b>	Ordinance on Foreign Banks in Switzerland of 21 October 1996 (Foreign Banks Ordinance 1996) ABV/OBE
<b>FF</b>	Feuille fédérale Foglio federale BBI Federal journal
<b>FOSC</b>	Feuille officielle suisse du commerce SHAB/FUSC
<b>FUSC</b>	Foglio ufficiale svizzero di commercio SHAB/FOSC
<b>GebV</b>	Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuld-
<b>SchKG</b>	betreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (SR 281.35) OELP/OTLEF
<b>GwG</b>	Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei (SR 955.0) LBA/LRD
<b>GwV EBK</b>	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zur Verhinderung von Geldwäscherei vom 18. Dezember 2002 (SR 955.022) OBA-CFB/ORD-CFB/MLO SFBC
<b>IFA</b>	Federal Act on Investment Funds of 18 March 1994 (Investment Fund Act 1994) AFG/LFP/LFI
<b>IFO</b>	Ordinance of the Federal Council on Investment Funds of 19 October 1994 (Investment Fund Ordinance 1994) AFV/OFP/OFI

## Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

<b>IFO-SFBC</b>	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission on Investment Funds of 24 January 2001 (Investment Fund Ordinance of the Banking Commission 2001) AFV-EBK/OPF-CFB/OFI-CFB
<b>IPRG</b>	Bundesgesetz über das internationale private Recht vom 18. Dezember 1987 (RS 291) LDIP
<b>KOV</b>	Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32) OAOF/RUF
<b>LB</b>	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, RS 952.0) BankG/LBCR/BA
<b>LBA</b>	Loi sur le blanchiment d'argent (RS 955.0) GwG/LRD
<b>LBCR</b>	Legge federale su le banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 (Legge sulle banche, RS 952.0) BankG/LB/BA
<b>LBVM</b>	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (Loi sur les bourses, RS 954.1) Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 24 marzo 1995 (Legge sulle borse, RS 954.1) BEHG/SESTA
<b>LDIP</b>	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291) Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (RS 291) IPRG

## Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

<b>LEF</b>	Legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento (RS 281.1) SchKG/LP
<b>LFI</b>	Legge federale sui fondi d'investimento del 18 marzo 1994 (RS 951.31) AFG/LFP/IFA
<b>LFP</b>	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31) AFG/LFI/IFA
<b>LOGA</b>	Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010) Legge federale sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione del 21 marzo 1997 (RS 172.010) RVOG
<b>LP</b>	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1) SchKG/LEF
<b>LPers</b>	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1) Legge sul personale federale del 24 marzo 2000 (RS 172.220.1) BPG
<b>LRD</b>	Legge sul riciclaggio di denaro (RS 955.0) GwG/LBA
<b>LRCF</b>	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (Loi sur la responsabilité, RS 170.32) VG/Lresp

## Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

- LResp** Legge federale su la responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali del 14 marzo 1958 (Legge sulla responsabilità, RS 170.32)  
VG/LRCF
- MLO SFBC** Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission Concerning the Prevention of Money Laundering of 18 December 2002  
GwV EBK/OBA-CFB/ORD-CFB
- OAOF** Ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911 (RS 281.32)  
KOV/RUF
- OB** Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (Ordonnance sur les banques, RS 952.02)  
BankV/OBCR/BO
- OBA-CFB** Ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent du 18 décembre 2002 (RS 955.022)  
GwV EBK/ORD-CFB/MLO SFBC
- OBCR** Ordinanza su le banche e le casse di risparmio del 17 maggio 1972 (Ordinanza sulle banche, RS 952.02)  
BankV/OB/BO
- OBE** Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse du 21 octobre 1996 (Ordonnance sur les banques étrangères, RS 952.111)  
Ordinanza concernente le banche estere in Svizzera del 21 ottobre 1996 (Ordinanza sulle banche estere, RS 952.111)  
ABV/FBO

## Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

- OBVM** Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (Ordonnance sur les bourses, RS 954.11)  
Ordinanza sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 2 dicembre 1996 (Ordinanza sulle borse, RS 954.11)  
BEHV/SESTO
- OBVM-CFB** Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 25 juin 1997 (Ordonnance de la CFB sur les bourses, RS 954.193)  
Ordinanza della Commissione federale delle banche sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 25 giugno 1997 (Ordinanza sulle borse CFB, RS 954.193)  
BEHV-EBK/SESTO-SFBC
- OELP** Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 septembre 1996 (RS 281.35)  
GebV SchKG/OTLEF
- Oem-CFB** Ordinanza sulla riscossione di tasse e emolumenti da parte della Commissione federale delle banche del 2 dicembre 1996 (Ordinanza sugli emolumenti della CFB, RS 611.014)  
EBK-GebV/Oém-CFB
- Oém-CFB** Ordonnance réglant la perception de taxes et d'émoluments par la Commission fédérale des banques du 2 décembre 1996 (Ordonnance sur les émoluments de la CFB, RS 611.014)  
EBK-GebV/Oem-CFB

## Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

- OFB** Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières du 30 juin 2005 (RS 952.812.32)  
Ordinanza della Commissione federale delle banche del 30 giugno 2005 relativa al fallimento di banche e di commercianti di valori mobiliari (RS 952.812.32)  
BKV
- OFI** Ordinanza sui fondi d'investimento del 19 ottobre 1994 (RS 951.311)  
AFV/OFI/IFO
- OFI-CFB** Ordinanza della Commissione federale delle banche sui fondi d'investimento del 24 gennaio 2001 (RS 951.311.1)  
AFV-EBK/OFI-CFB/IFO-SFBC
- OFP** Ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (RS 951.311)  
AFV/OFI/IFO
- OFP-CFB** Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les fonds de placement du 24 janvier 2001 (RS 951.311.1)  
AFV-EBK/OFI-CFB/IFO-SFBC
- OG** Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943  
(Bundesrechtspflegegesetz, SR 173.110)  
Legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (Organizzazione giudiziaria, RS 173.110)  
OJ
- OJ** Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire, RS 173.110)  
OG

## Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

<b>O-COPA</b>	Ordinanza commissionale del 21 luglio 1997 sulle offerte pubbliche di acquisto (Ordinanza commissionale OPA, RS 954.195.1) UEV-UEK/OOPA
<b>OOPA</b>	Ordonnance de la Commission des OPA sur les offres publiques d'acquisition du 21 juillet 1997 (Ordonnance sur les OPA, RS 954.195.1) UEV-UEK/O-COPA
<b>ORD-CFB</b>	Ordinanza CFB sul riciclaggio di denaro del 18 dicembre 2002 (RS 955.022) GwV EBK/OBA-CFB/MLO SFBC
<b>ORFI</b>	Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920 (RS 281.42) VZG/RFF
<b>OTLEF</b>	Ordinanza del 23 settembre 1996 sulle tasse riscosse in applicazione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (RS 281.35) Geb SchKG/OELP
<b>PA</b>	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021) Legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (RS 172.021) VwVG/APA
<b>PC</b>	Legge di procedura civile federale del 4 dicembre 1947 (RS 273) BZP/PCF
<b>PCF</b>	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273) BZP/PA

## Abkürzungen/abrégations/abbreviazioni

<b>PP</b>	Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934 (RS 312.0) BStP/PPF
<b>PPF</b>	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0) BStP/PP
<b>Reg-CFB</b>	Regolamento della Commissione federale delle banche del 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/R-CFB
<b>R-CFB</b>	Règlement de la Commission fédérale des banques du 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/Reg-CFB
<b>R-EBK</b>	Reglement über die Eidgenössische Bankenkommission vom 20. November 1997 (SR 952.721) R-CFB/Reg-CFB
<b>RFF</b>	Regolamento del Tribunale federale del 23 aprile 1920 concernente la realizzazione forzata dei fondi (RS 281.42) VZG/ORFI
<b>RO</b>	Recueil officiel des lois fédérales Official chronological collection of the federal legislation AS/RU
<b>RS</b>	Recueil systématique du droit fédéral Raccolta sistematica del diritto federale Systematic collection of the federal legislation SR
<b>RU</b>	Raccolta ufficiale delle leggi federali AS/RO
<b>RUF</b>	Regolamento del Tribunale federale del 13 luglio 1911 concernente l'amministrazione degli uffici dei fallimenti KOV/OAOF



## Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

<b>RVOG</b>	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010) LOGA
<b>SchKG</b>	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1) LP/LEF
<b>SESTA</b>	Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 24 March 1995 (Securities Act 1995) BEHG/LBVM
<b>SESTO</b>	Ordinance of the Federal Council to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 2 December 1996 (Securities Ordinance 1996) BEHV/OBVM
<b>SESTO- SFBC</b>	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 25 June 1997 (Securities Ordinance of the Banking Commission 1997) BEHV-EBK/OBVM-CFB
<b>SFBC</b>	Swiss Federal Banking Commission EBK/CFB
<b>SHAB</b>	Schweizerisches Handelsamtsblatt FOSC/FUSC
<b>SR</b>	Systematische Sammlung des Bundesrechts RS
<b>StGB</b>	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) CP

## Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

<b>UEV-UEK</b>	Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. Juli 1997 (Übernahmeverordnung-UEK, SR 954.195.1) OOPA/O-COPA
<b>VG</b>	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32) LRCF/LResp
<b>VSB</b>	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken CDB
<b>VStrR</b>	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
<b>VwVG</b>	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021) PA/APA
<b>VZG</b>	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (SR 281.42) ORFI/RFF

## **Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 21. Dezember 2005**

---

**Bewilligungsvoraussetzungen: Organisationserfordernis (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 9 Abs. 2 und 3 BankV); Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG)**

- 1 Eine Bank darf sich bei Konzerngeschäften nicht unbesehen auf Informationen verlassen, die sie vom Hauptsitz bzw. von der Konzernleitung erhält. Sie muss diese gebührend überprüfen und das Ergebnis dokumentieren (Ziff. 35 f.).
- 2 Unterstützt eine Bank Transaktionen des Konzerns, hat sie mögliche Risiken, die sich für sie daraus ergeben können, sachgerecht zu erfassen, zu überwachen und zu beschränken (Ziff. 37 f.).

**Conditions d'autorisation: exigences en matière d'organisation (art. 3 al. 2 let. a LB, art. 9 al. 2 et 3 OB); garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB)**

- 1 Une banque impliquée dans les affaires du groupe auquel elle appartient, ne doit pas se fier sans examen aux informations qui lui sont fournies par le siège principal resp. par la direction du groupe. Elle doit dûment les vérifier et documenter le résultat (ch. 35 s.).
- 2 Si une banque fournit son assistance pour des transactions qu'elle effectue le groupe, elle doit appréhender, surveiller et limiter les risques qui en découlent pour elle de manière appropriée (ch. 37 s.).

**Condizioni d'autorizzazione: requisiti in materia di organizzazione (art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR, art. 9 cpv. 2 e 3 OBCR); garanzia di un'attività irreprensibile (art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR)**

- 1 L'istituto bancario implicato negli affari di un gruppo al quale appartiene, non può basarsi, senza effettuare un esame, sulle informazioni fornite dalla sede principale o dalla direzione del gruppo. Tali informazioni devono essere sottoposte a verifiche e il relativo esito deve essere documentato (cifre 35 s.).
- 2 Se una banca fornisce la propria assistenza nell'ambito di transazioni effettuate dal gruppo, la stessa deve rilevare, sorvegliare e limitare i rischi che ne potrebbero derivare in maniera adeguata (cifre 37 s.).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die Schweizer Tochterbank *Tochter AG* des ausländischen Finanzkonzerns *Mutter AG* wurde von der Konzernleitung angefragt, ob sie Investoren kennen würde, die sich treuhänderisch als Aktionäre einer ausländischen Drittgesellschaft *Gamma* zur Verfügung stellen würden. Nachdem die Tochter AG mit drei Personen in Kontakt getreten war, wurden diesen für den Erwerb der Aktien insgesamt 30 Millionen Franken von einer anderen Konzerngesellschaft *Delta* zur Verfügung gestellt. Die drei Personen erwarben damit die Aktien der Gamma («Gamma-Transaktion»). Die Aktionäre konnten (und wollten) keinerlei Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Gamma nehmen, diese wurde ausschliesslich durch die Mutter-AG-Gruppe bestimmt. Dafür mussten die Personen die Darlehensvaluta nicht zurückzahlen und

wurden sie für ihre Bereitschaft aufgrund einer mündlichen Vereinbarung jährlich mit je 60 000 Franken entschädigt.

Die Tochter AG leistete sowohl vor als auch nach dem treuhänderischen Erwerb der Aktien nicht nur für die Mutter AG, sondern auch für die drei Aktionäre intensive Betreuungsarbeit. Dabei verliess sie sich auf die vage mündliche Aussage eines Mitgliedes der Konzernleitung, dass die Operation steuerlichen Zwecken diene. Es stellte sich jedoch heraus, dass die Operation ganz anderen Zwecken diene.

## Aus den Erwägungen

### 1 Bewilligungsvoraussetzungen

(26) Der Betrieb einer Bank bedarf nach Art. 3 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) einer Bewilligung der Eidg. Bankenkommission (EBK). Art. 3 Abs. 2 BankG umschreibt die dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen zum Geschäftsbetrieb als Bank.

(27) Zu den dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen gehört nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, dass die Bank über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügt. Die Bank hat insbesondere mittels geeigneter Organisation die sachgerechte Erfassung, Überwachung und Beschränkung der Risiken zu gewährleisten (vgl. Art. 9 Abs. 2 und 3 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 [BankV; SR 952.02]).

(28) Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG haben die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen («Gewährsträger») einen guten Ruf zu geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten. Was für die einzelnen Gewährsträger gilt, hat auch für die Bank als Unternehmung seine Gültigkeit, d.h. die Bank muss als Unternehmung die Bewilligungsvoraussetzung der einwandfreien Geschäftstätigkeit ebenfalls erfüllen (vgl. EBK-Bulletin 41 S. 19 f.).

## 2 Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen durch die Tochter AG im vorliegenden Fall

(29) Wirtschaftlich betrachtet hatte das der «Gamma-Transaktion» zu Grunde liegende umfangreiche Vertragswerk nicht etwa den Kauf der Aktien der Gamma durch die drei «Investoren» zum Gegenstand. Vielmehr ging es um deren Bereitschaft, sich nominell als Aktionäre der Gamma zur Verfügung zu stellen und dafür jährlich entschädigt zu werden. Ein kaufrechtliches Risiko trugen sie nicht. Im Übrigen hätten sie gar nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um eine derartige Menge an Aktien der Gamma ohne finanzielle Unterstützung seitens der Delta zu erwerben.

(30) Die Tochter AG stellte sich wiederholt auf den Standpunkt, sie sei im Rahmen der «Gamma-Transaktion» nicht Vertragspartei bzw. Gegenpartei gewesen. Wenngleich es zutreffen mag, dass das entsprechende Vertragswerk die Bank nicht direkt als Vertragspartei aufführte, lässt sich daraus keineswegs ableiten, die Bank habe das bankengesetzliche Organisations- und Gewährserfordernis vorliegend nicht beachten müssen – was sie denn auch mit Recht nicht geltend macht.

Vielmehr hat eine Bank ihre Risiken sachgerecht zu erfassen, zu überwachen und zu beschränken, unabhängig davon, ob diese Risiken daher rühren, dass sie Partei eines Vertrages ist oder nicht. Ebenso kann die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit als nicht mehr gegeben erscheinen, ohne dass ein zu beanstandender Vorfall im Zusammenhang mit einem konkreten Vertrag der Bank stehen muss.

(31) Vorliegend nicht nachgewiesen ist, dass die Bank die drei Investoren zum Abschluss der Verträge animiert hat. Auf Einvernahmen der Investoren wurde verzichtet. Zumindest ein Investor scheint sich aufgrund der Verfahrensakten stark für die 38 Seiten Vertragstext interessiert zu haben, da er im Vorfeld des Vertragsschlusses und der Transaktion zahlreiche Änderungswünsche und Bemerkungen anbrachte. Mit welchen zusätzlichen Informationen die drei Investoren ihre Unterschriften unter das Vertragswerk setzten, blieb aufgrund der Akten grösstenteils offen. Wie erwähnt wurde insbesondere die Entschädigungspflicht einzig mündlich vereinbart.

(32) Aus den Akten ergibt sich, dass die Bank die drei Investoren suchte und den Erwerb der Aktien durch die Investoren geldmässig abwickelte. Zudem stellte sie ihnen Referenzen für eine ausländische Aufsichtsbehörde aus, holte ihre Unterschriften unter Dokumente ein und verteilte die Entschädigungen an sie. Darüber hinaus leitete die Bank nicht nur Dokumente weiter, sondern übersetzte Änderungswünsche und Bemerkungen der Investoren und brachte sie in eigenem Namen bei der Mutter-AG-Gruppe an. Auch sonst holte sie von den Investoren gewünschte Informationen nach entsprechender Übersetzung bei der Mutter-AG-Gruppe ein.

(33) Damit erledigte die Bank keineswegs bloße «administrative Hilfestellungen», wie von ihr ausgeführt. Vielmehr leistete sie sowohl der Mutter-AG-Gruppe als auch den Investoren wichtige Betreuungsarbeit. Insbesondere wurde – wie die zahlreiche Korrespondenz in den Akten zeigt – der Mutter-AG-Gruppe und den Investoren nach und nach der Eindruck vermittelt, sie könnten sich mit ihren Anliegen im Zusammenhang mit der Transaktion stets und ohne Weiteres an den Vorsitzenden der Geschäftsleitung der Bank bzw. dessen Assistentin wenden. Die Beteiligung der Bank an der «Gamma-Transaktion» ging deutlich weiter, als einzig ein Zustelldomizil zur Verfügung zu stellen. Sie umfasste mit Blick auf die übliche Geschäftstätigkeit im Private-Banking-Bereich Dienstleistungen, wie sie sonst wohl nur sehr wohlhabenden Kunden bzw. deren Familien («Family Office Services») angeboten würden. Die Beteiligung der Bank war intensiv und durchaus mit der Tätigkeit eines Vermittlungsmaklers vergleichbar. Dass es sich um eine Beteiligung der Bank handelte, ist angesichts der zeitlichen Beanspruchung des Vorsitzenden der Geschäftsleitung und seiner Assistentin während der Geschäftszeiten der Bank sowie der Verwendung der E-Mail-Adressen der Bank selbstverständlich. Die Betreuungsarbeit des Vorsitzenden der Geschäftsleitung und seiner Assistentin war nicht deren Privatangelegenheit, sondern widerspiegelte eindeutig eine Beteiligung der Bank.

(34) In organisatorischer Hinsicht gab die Tochter AG zunächst an, sie habe keinen Anlass gesehen, sich um die rechtliche Qualifikation des Investments zu kümmern, und habe auch nicht über diesbezügliche Unterlagen verfügt. Später brachte sie vor, die relevanten Fragen nach dem Inhalt des Investments und dessen Hintergrund sehr wohl gestellt und Antworten erhalten zu haben. Die Verfahrensakten deuten darauf hin, dass die Bank sich durchaus und mit Recht für den Inhalt und den



Hintergrund des Investments interessiert und gewisse Antworten erhalten hat. Insbesondere wusste sie im Vorfeld der Transaktion, dass die zu erwerbenden Aktien wirtschaftlich der Mutter-AG-Gruppe gehören würden und dass für deren Erwerb sauberes Geld aufgewendet werden würde. In den Akten finden sich dagegen keine schriftlichen Notizen zur angeblichen Aussage, durch die Transaktion könne die Mutter-AG-Gruppe legal Steuern optimieren.

(35) Banken haben unter anderem die wirtschaftlichen Hintergründe jener Geschäfte abzuklären, die kompliziert oder ungewöhnlich sind (vgl. BGE 108 Ib 186 ff.), und dies zu dokumentieren, selbst wenn die Geschäfte keine offensichtlichen wirtschaftlichen Risiken für die Bank beinhalten und von der Konzernspitze angeregt werden (vgl. EBK-Bulletin 16 S. 30 ff.). Eine Bank soll sich nicht unbesehen auf vom Hauptsitz bzw. der Konzernleitung erhaltene Informationen verlassen, sondern diese gebührend überprüfen und das Ergebnis dokumentieren (vgl. Art. 9 Abs. 3 BankV sowie EBK-Bulletin 45 S. 122 f.). Dies gilt umso eher, je komplizierter oder ungewöhnlicher ein Geschäft ist und je stärker eine Bank involviert ist. Abzustellen ist letztlich auf die konkreten Umstände.

(36) Im Rahmen ihrer Beteiligung an der «Gamma-Transaktion» verliess sich die Bank ihrer Behauptung nach auf eine Aussage, durch die Transaktion könne die Mutter-AG-Gruppe legal Steuern optimieren. Unabhängig davon, dass diese Behauptung bis anhin nicht weiter belegt ist und wohl auch nicht belegt werden kann, ist ein solches Vorgehen ungenügend, sollte es sich tatsächlich so zugetragen haben. Das vorliegende Vertragswerk, das letztlich dazu dienen sollte, dass drei Personen sich als Aktionäre zur Verfügung stellen und dafür jährlich entschädigt werden, war alles andere als gewöhnlich. Derartige Ge-

schäfte sind nicht alltäglich und es geht nicht an, dass die Bank mit Blick auf einen möglichen steuerlichen Hintergrund des Vertragswerks und der Transaktion sich ohne jegliche eigene Abklärungen bzw. Überprüfungen auf angebliche Bemerkungen in diese Richtung verlässt, auch wenn sie von einem namhaften Konzernmitglied stammen sollten. Es ist an dieser Stelle insbesondere auch in Erinnerung zu rufen, dass Banken nicht jede Erklärung zu steuerlichen Beweggründen unbesehen akzeptieren dürfen (vgl. Rz. A2 des damals anwendbaren Anhangs zum Rundschreiben 98/1: Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei vom 26. März 1998 [nunmehr Rz. A2 des Anhangs zur Verordnung der EBK zur Verhinderung von Geldwäscherei vom 18. Dezember 2002 {GwV EBK; SR 955.022}]).

(37) Darüber hinaus ist der Bank vorzuwerfen, dass sie mögliche Risiken, die sich aus ihrer Beteiligung hätten ergeben können, nie im Risikomanagement erfasst und erst recht nicht überwacht hat, obschon sie nach und nach sowohl gegenüber der Mutter-AG-Gruppe als auch gegenüber den Investoren den Eindruck vermittelte, sie sei der Ansprechpartner bei allfälligen Anliegen. Der Vorsitzende der Geschäftsleitung betreute die Angelegenheit zunächst selbst und überliess sie später grösstenteils seiner Assistentin, ohne Kontroll- oder Überwachungsinstanzen der Bank einzubeziehen. Seine Assistentin wurde in der Folge sowohl von der Mutter-AG-Gruppe als auch von den Investoren zeitweise rege in Anspruch genommen. Hätten sich nach dem Erwerb der Aktien, beispielsweise hinsichtlich der einzig mündlich vereinbarten Entschädigungen, über die letztlich doch gewisse Unsicherheiten herrschten, Meinungsverschiedenheiten zwischen der Mutter-AG-Gruppe und den Investoren ergeben, wäre die Bank möglicherweise auch dann von der einen oder anderen Seite als Ansprechpartner bzw. sogar als Adressat gewisser Ansprüche angesehen wor-

den. Solchenfalls hätte sich die Bank in einem Interessenkonflikt befunden, da sie sich beim Scheitern eines Vermittlungsversuchs hätte entscheiden müssen, ob sie die Erwartungen ihres Konzerns oder jene ihrer Kunden hätte enttäuschen sollen.

(38) Folglich hätte die Bank entweder ihre Beteiligung beschränken oder mögliche Risiken aufgrund ihrer intensiven Betreuungsarbeit sachgerecht erfassen und überwachen müssen. Demgegenüber widersprach die kontinuierliche Betreuungsarbeit ohne Erfassung und Überwachung möglicher Risiken dem bankengesetzlichen Organisationserfordernis und war auch nicht mit dem Gebot für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu vereinbaren. Gleiches gilt für die ungenügende Abklärung bzw. Überprüfung im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Hintergründen der Transaktion.

(...)

*Von der Tochter AG bzw. der Mutter-AG-Gruppe getroffene Massnahmen: Konzernweite Einführung einer neuen Struktur und neuer Abläufe für die Behandlung derartiger Geschäfte.*

(...)

*Massnahmen der EBK gegenüber der Bank: Rüge.*

## **Entscheid der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 9. Februar 2006 (2A.91/2005)<sup>1</sup>**

---

**Beschwerdelegitimation (Art. 103 Bst. a OG); rechtliches Gehör (Art. 29, 30 und 32 VwVG); Unbefangenheit der Behörde (Art. 10 VwVG); räumlicher Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes (Art. 2 GwG); konsolidierte Aufsicht über Schweizer Bankgruppen (Art. 3f und 4<sup>quinquies</sup> BankG); Sorgfaltspflicht für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken für Banken (Art. 17 ff. GwV-EBK)**

- 1 Beschwerdelegitimation einer ausländischen Tochterbank gegen Anordnungen der Eidg. Bankenkommission gegenüber deren Schweizer Mutterbank (E. 2.2.2).
- 2 Rechtliches Gehör: kein Anspruch auf vorgängige Kenntnis der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts vor Erlass einer Verfügung, deren rechtlicher Gegenstand bekannt ist (E. 3.2.1).
- 3 Rechtliches Gehör: die Bankenkommission darf sich als Kollegialbehörde ihre Meinung aufgrund eines Verfügungsentwurfs des Sekretariats bilden (E. 3.2.3).
- 4 Rechtliches Gehör bei einem Einbezug der ausländische Tochterbank in das Verfahren gegen die schweizerische Mutterbank (E. 3.2.5).

<sup>1</sup> Die Regesten und die Anonymisierung wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

- 5 Räumlicher Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes: Kriterien, die dazu führen können, dass Geschäftsbeziehungen, welche bei der Tochterbank im Ausland verbucht sind, als solche der Mutterbank in der Schweiz gelten (E. 5).
- 6 Konsolidierte Aufsicht über Bankgruppen: Zuständigkeit der Eidg. Bankenkommission für die Beurteilung der im Ausland geführten Kontobeziehungen aufgrund der von ihr auszuübenden konsolidierten Aufsicht über die von der Schweiz aus geführte Bankengruppe (E. 6).
- 7 Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken: Umfang der Sorgfaltspflichten (E. 7).

**Qualité pour recourir (art. 103 let. a OJ); droit d’être entendu (art. 29, 30 et 32 PA); impartialité de l’autorité (art. 10 PA); champ d’application territorial de la loi sur le blanchiment d’argent (art. 2 LBA); surveillance consolidée des groupes bancaires suisses (art. 3f et 4<sup>quinquies</sup> LB); obligations de diligence relatives aux relations présentant des risques accrus pour les banques (art. 17 ss OBA-CFB)**

- 1 Qualité pour recourir d’une filiale étrangère contre les mesures prises par la Commission fédérale des banques contre sa société mère en Suisse (consid. 2.2.2).
- 2 Droit d’être entendu: pas de droit à connaître l’appréciation juridique des faits avant le prononcé d’une décision dont l’arrière-plan juridique est connu (consid. 3.2.1).

- 3 Droit d'être entendu: la Commission des banques peut en tant qu'autorité collégiale se forger une opinion sur la base d'un projet de décision de son Secrétariat (consid. 3.2.3).
- 4 Droit d'être entendu lorsque la filiale étrangère est impliquée dans la procédure contre la banque mère en Suisse (consid. 3.2.5).
- 5 Champ d'application territorial de la loi sur le blanchiment d'argent: critères pouvant amener à ce que des relations ouvertes auprès d'une filiale à l'étranger soient considérées comme celles de la banque mère en Suisse (consid. 5).
- 6 Surveillance consolidée des groupes bancaires: compétence de la Commission fédérale des banques pour l'appréciation de relations bancaires à l'étranger fondée sur la surveillance consolidée qu'elle exerce sur le groupe bancaire dirigé depuis la Suisse (consid. 6).
- 7 Relations à risques accrus: étendue de l'obligation de diligence (consid. 7).

**Diritto di ricorrere (art. 103 lit. a OG); diritto di essere sentito (art. 29, 30 et 32 PA); imparzialità dell'autorità (art. 10 PA); campo d'applicazione territoriale della legge sul riciclaggio di denaro (art. 2 LRD); vigilanza su base consolidata dei gruppi bancari svizzeri (art. 3f e 4<sup>quinq</sup>ues LBCR); obblighi di diligenza nell'ambito di relazioni che presentano rischi superiori per le banche (art. 17 ss ORD-CFB)**

- 1 Diritto di ricorrere di una filiale estera contro le misure ordinate dalla Commissione federale delle banche nei confronti della casa madre in Svizzera (consid. 2.2.2).
- 2 Diritto di essere sentito: non è dato il diritto di conoscere in anticipo l'apprezzamento giuridico dei fatti prima che sia pronunciata una decisione, il cui fondamento giuridico è noto (consid. 3.2.1).
- 3 Diritto di essere sentito: la Commissione federale delle banche, in quanto autorità fondata sul principio della collegialità, può formare la propria opinione sulla base di un progetto di decisione del proprio segretariato (consid. 3.2.3).
- 4 Diritto di essere sentito allorché la banca figlia estera sia coinvolta nella procedura contro la banca madre svizzera (consid. 3.2.5).
- 5 Campo d'applicazione territoriale della legge sul riciclaggio di denaro: criteri che possono indurre a considerare che relazioni intrattenute con la banca figlia estera siano da reputare intrattenute con la casa madre in Svizzera (consid. 5).

- 6 Vigilanza su base consolidata dei gruppi bancari: competenza della Commissione federale delle banche per l'apprezzamento delle relazioni bancarie all'estero, tenuto conto della vigilanza su base consolidata ch'ella esercita sul gruppo bancario diretto dalla Svizzera (consid. 6).
- 7 Relazioni bancarie con rischi superiori: estensione dell'obbligo di diligenza (consid. 7).

### Sachverhalt (Auszug)

A

Die Bank *Mutter SA* aus Genf verfügt auf den Bahamas über eine Tochtergesellschaft, die Bank *Tochter Ltd.* A ist Verwaltungsratspräsident der Bank *Mutter SA* und der Bank *Tochter Ltd.*; B amtet als Generaldirektor der *Mutter SA* und ist Verwaltungsratsmitglied der *Tochter Ltd.* (...)

B

B.a Die *Tochter Ltd.* mit Sitz auf den Bahamas unterhält direkt oder indirekt mehrere Bankbeziehungen mit dem Staat *Oz* und dessen staatlicher Erdölgesellschaft *Ozöl*: Die Konten *o1* und *o2* lauten auf den Staat *Oz*, die Konten und Unterkonten *o3* auf die *Alpha Ltd.*, Nassau, die Konten und Unterkonten *o4* auf die *Gamma Ltd.*, Nassau, und das Konto *o5* auf die *Delta Ltd.*, BVI. Der Staat *Oz* ist an den Vermögenswerten dieser Sitzgesellschaften jeweils wirtschaftlich berechtigt. Das Konto *o6* wird von der *Zeta Ltd.*, Nassau, gehalten, hinter der die Erdölgesellschaft *Ozöl* steht. Die Vermögenswerte des Staats *Oz* (inkl. *Ozöl*) bei der *Tochter Ltd.* betragen am 30. Mai 2005 USD x Mio., was 32 % der Nettodepots entspricht.



B.b Im Einzelnen ergibt sich zu den Bankverbindungen und den Verwendungszwecken der Mittel Folgendes:

Bei den Konten o1 und o2 handelt es sich um für Investitionen reservierte bzw. Spezialaufgaben vorbehaltene Gelder des Staates Oz («reserved funds of the State»). Über das Konto o1 bestehen individuelle Zeichnungsberechtigungen für den Erdölminister und den Gouverneur der Nationalbank des Staates Oz sowie den Genfer Anwalt C bzw. den Genfer Buchhaltungsexperten/Steuerberater D. Die restlichen Minister der Regierung des Staates Oz verfügen über eine Kollektivunterschrift zu zweien. Das Konto o1 diente unter anderem zur Leistung verschiedener Honorarzahungen. Zeichnungsberechtigt über das Konto o2 sind einzeln oder kollektiv Mitglieder der Regierung des Staats Oz bzw. der Gouverneur der Nationalbank des Staats Oz. E, ehemaliges Kadermitglied der Erdölgesellschaft Ozöl und heutiger Berater der Regierung des Staates Oz, welcher der Mutter AG bzw. der Tochter Ltd. die Geschäftsbeziehungen mit dem Staat Oz vermittelt hat, verfügt über ein Einsichtsrecht. Gelder dieses Kontos (...) wurden unter anderem zu Investitionen (...) im (...) Luxushotelgeschäft (...) verwendet.

Das Konto o4 wurde 1998 im Namen der Gamma Ltd., Nassau, durch Anwalt C eröffnet. Zeichnungsberechtigt sind dieser und der Genfer Anwalt F. Seit Mai 2001 wird das Konto durch regelmässige Zahlungen vom Konto o6 alimentiert. Diesen liegt ein Teil des Erlöses aus den Erdölverkäufen zwischen Ozöl und der Zeta Ltd. zugrunde (Verkaufsvertrag über Erdöl vom 12. September 1997 mit späteren Anpassungen). Für jede verkaufte Ladung verteilt die Zeta Ltd. drei Beträge auf die Konten o4 und o5: 15 Cents pro Baril werden dem Konto o4 «rubrique 15», 75 Cents pro Baril dem Konto o4 «rubrique 75» und 4% des

Preises dem Konto o5 gutgeschrieben. Das Konto o4 dient seit Januar 2003 unter anderem der Vorfinanzierung von Öl des Staates *Freedonia*. Im Rahmen der entsprechenden Geschäfte gewährt die Gamma Ltd. einer durch einen Staatsangehörigen des Staates *Freedonia* gehaltenen Offshore-Gesellschaft (Bermuda) kurzfristige Darlehen, welche durch Abtretung der einzelnen Ladungen bzw. des entsprechenden Preises an die Zeta Ltd. sichergestellt werden. Die Gelder (inkl. die vereinbarten Zinsen) kommen über das Konto o6 zurück und werden auf die Unterkonten o4 oder, soweit Gelder von o5 zur Vorfinanzierung gedient haben, auf dieses Konto zurückerstattet. Die Mittel auf dem Konto o4 sollen Reserven für Entwicklungsprojekte und Infrastrukturmaßnahmen bilden. Bis zum November 2003 sind darauf Barabhebungen von rund USD 3,7 Mio. erfolgt.

Das Konto o5 wurde im Januar 1999 durch den Anwalt C eröffnet. Zeichnungsberechtigt sind dieser, Buchhaltungsexperte D und E. Es wird unter anderem durch Zahlungen vom Konto o6 alimentiert (4 % des Erlöses des Verkaufs der einzelnen Erdöllieferungen zwischen Ozöl und Zeta Ltd. aufgrund eines Dienstleistungsvertrags vom 19. Juni 2000 zwischen Ozöl und der Delta Ltd.). Die Gelder dienen zur Deckung von Botschafts- und Repräsentationskosten, zur Vorfinanzierung von Öl aus *Freedonia* und zur Honorierung eines zweiten Dienstleistungsvertrags vom 22. Juni 2000 zwischen der Delta Ltd. und der Zeta SA, einer Tochtergesellschaft der Zeta Ltd. Es ist über dieses Konto zu Barbezügen von mehr als USD 12 Mio. gekommen. Das Konto bildet einen Spezialfonds zugunsten der Regierung, der über einen Teil der Erdölverkäufe finanziert wird.

Das Konto o3 ist inaktiv und in Auflösung begriffen bzw. aufgelöst. Es wurde im Oktober 1999 durch Anwalt C für die Alpha Ltd. eröffnet.

Zeichnungsberechtigt sind Anwalt C und Buchhaltungsexperte D. Es diente offenbar zur Bezahlung von verschiedenen Beratermandaten in der Schweiz und im Ausland. Von den Abgängen von USD 5 Mio. wurden USD 1,4 Mio. in bar bezogen.

Das Konto o6 wurde im März 2001 durch Buchhaltungsexperte D, den Vertreter der Zeta Ltd., eröffnet. Zeichnungsberechtigt sind Anwalt C und Anwalt F. Es wird durch einen (kleinen) Teil des Erlöses aus den Erdölverkäufen (...) zwischen Ozöl und Zeta Ltd. gespeist, bevor im bereits geschilderten Rahmen die Aufteilung auf die Konten und Unterkonten o4 und o5 erfolgt. Die Vorfinanzierungen der Erdölgeschäfte aus Freedonia werden ebenfalls über dieses Konto zurückverteilt. Es dient in diesem Sinn als «Durchgangskonto».

B.c Die *Bankrevisorin SA* kam in einem Sonderbericht zu den Konten «Oz» am 28. November 2003 als externe Bankenrevisorin der Mutter SA zum Schluss, dass aufgrund ihrer Abklärungen keine Zweifel hinsichtlich der wirtschaftlichen Berechtigung an den einzelnen Konten bestünden und keine Hinweise dafür vorlägen, dass es sich dabei um Abzweigungen zu privaten Zwecken von Politikern des Staates Oz oder um der Kontrolle des Staates Oz entzogene Geldmittel handeln könnte. Die Tochter Ltd. habe alle wünschbaren Zusicherungen erhalten, dass die Vermögenswerte der Regierung bekannt und in der nationalen Buchhaltung berücksichtigt seien; die Transaktionen auf Erdölgeschäften, welche «black holes» schaffen könnten, erfolgten nicht über die Tochter Ltd., sondern vor dem Eingang der Mittel über andere Banken. Zumindest im Sommer 2001 – so der Bericht weiter – dürften die verschiedenen Konten dem FMI und der Weltbank zwar nicht bekannt gewesen sein; die Situation soll sich jedoch insofern gebessert haben, als im Zusammenhang mit den Öleinkünften Bemühungen um

eine grössere Transparenz hätten festgestellt werden können. Die Bankenrevisorin SA empfahl der Mutter AG bzw. der Tochter Ltd. einige (untergeordnete) Anpassungen bei der Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrunds gewisser Transaktionen, sollten diese aufrechterhalten werden (Revue des comptes de l'Etat Oz ouverts auprès de la Banque Tochter Ltd., Bahamas, vom 28. November 2003, S. 2).

## C

C.a Am 25. Februar 2004 beriet die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) im Hinblick auf eine allfällige Umgehung der schweizerischen Geldwäschereibestimmungen die Problematik der Kontenbeziehungen des Staates Oz ein erstes Mal. Ihr Sekretariat holte in der Folge zusätzliche Informationen zu den Barabhebungen, den Dienstleistungsverträgen und der Vorfinanzierung des Öls aus Freedonia ein. Die Mutter SA unterstrich am 19. April 2004, dass es bei den zur Diskussion stehenden Bankbeziehungen um solche der Tochter Ltd. gehe, welche der Aufsicht der bahamaischen Zentralbank unterstehe. Der Bericht der Bankenrevisorin SA habe keinerlei Anhaltspunkte für irgendwelche Missbräuche oder Verletzungen von Sorgfaltspflichten des Mutterhauses oder der Tochtergesellschaft ergeben. Bisher seien regelmässig Erklärungen und Bestätigungen für die getätigten Transaktionen bzw. Bargeldbezüge durch den Finanzminister und den Gouverneur der Nationalbank des Staates Oz eingeholt worden; die Mutter SA habe diese Vorkehren seit der Intervention der externen Revisorin im November 2003 insofern verstärkt, als alle Barbezüge nunmehr hinsichtlich des Verwendungszwecks der Gelder dokumentiert und glaubwürdig belegt werden müssten; zudem würden der Aussenminister und der Gouverneur der Nationalbank künftig in regelmässigen Abständen die Berechtigung der Barbezüge und Belastungen der verschiedenen Konten separat bestätigen.

C.b Am 16. Juli 2004 forderte das Sekretariat der EBK die Mutter SA auf, sich zur Frage einer Beschränkung der Aktivitäten der Gruppe auf eine reine Vermögensverwaltung der umstrittenen Gelder zu äussern. Die Mutter SA lehnte eine solche am 13. September 2004 ab; sie und ihre Tochtergesellschaft (...) seien ihren Sorgfalts- und Abklärungspflichten immer nachgekommen und in der Lage, die mit der Geschäftsbeziehung bzw. den entsprechenden Transaktionen verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken einzuschätzen und angemessen zu begrenzen. Als Kompromiss schlug die Mutter-SA-Gruppe folgende – von der Kundschaft akzeptierte – Regelung vor:

- «– les retraits en espèces récurrents et périodiques (environ USD 350 000.– par trimestre) concernant les dépenses liées au personnel diplomatique, ainsi que les retraits liés aux voyages de ce dernier et au maintien des locaux des ambassades et représentations, continuent à être tolérés dans le respect total des contraintes déjà en place;
- le paiement par virement des prestations dues à Zeta SA, en vertu du contrat la liant à Delta, continue à être toléré dans le respect total des contraintes déjà en place; on rappellera que Zeta SA appartient à Ozöl et qu'elle est présidée (...) par le Ministre du Pétrole de l'État, accompagné comme administrateur par le Président de Ozöl!;
- le paiement par virement des honoraires d'avocats de l'État (en Suisse et en France) continue à être toléré dans le respect total des contraintes déjà en place;

- le paiement par virement des frais de deux mandataires de l'État, développant un projet d'agriculture (ferme) (...) pour le compte des autorités, continue à être toléré dans le respect total des contraintes déjà en place;
- les ratifications de ces retraits et virements par l'État, soit par la signature de son Ministre des Affaires Étrangères (...) et celle du Gouverneur de la Banque Nationale de Oz (...) sont présentées à intervalles réguliers à notre Organe de révision bancaire suisse;
- ce dernier effectue annuellement un contrôle de la régularité de toutes les opérations conduites sur les comptes de l'État Oz, recherche d'éventuels «faits insolites» – aucun n'a été décelé à ce jour! – et remet à votre Autorité un rapport ad hoc;
- les autres prélèvements en espèces et virements sporadiques sont abandonnés.»

C.c Die EBK verfügte hierauf am 21. Dezember 2004:

- «1. Il est constaté que les comptes portant la dénomination o1, o2, o3, o4 et o5 ainsi que le compte o6 ouverts auprès de la Banque Tochter Ltd., Bahamas, sont pleinement soumis à la législation suisse en matière de surveillance bancaire et anti-blanchiment.
2. Il est fait interdiction à la Banque Mutter SA, pour elle-même ou au sein de son groupe, en particulier pour le compte de la Banque Tochter Ltd., Bahamas, de débiter les comptes cités sous ch. 1 du présent dispositif par des opérations de caisse.

3. Il est fait interdiction à la Banque Mutter SA, pour elle-même ou au sein de son groupe, en particulier pour le compte de la Bank Tochter Ltd., Bahamas, de procéder à des transferts, sur une base récurrente ou portant sur des montants dépassant USD 300 000.– ou sa contre-valeur en une autre devise, montants calculés sur une base mensuelle, entre les comptes cités sous ch. 1 du présent dispositif.
4. [Frais].»

Die EBK nahm an, dass die umstrittenen Konten zur Umgehung der schweizerischen Gesetzgebung bei der Tochter Ltd., Bahamas, eröffnet worden seien und deshalb dem schweizerischen Recht unterlägen. Trotz der von der Bank Mutter SA getroffenen Massnahmen bestehe ein Dunkelbereich in Bezug auf den wirtschaftlichen Hintergrund der verschiedenen Transaktionen (Barabhebungen, gewisse interne Kontenverschiebungen und Abwicklung der Dienstleistungsverträge); die Beziehungen bildeten deshalb ein unkontrollierbares Rechts- und Reputationsrisiko und stellten die einwandfreie Geschäftstätigkeit der Mutter SA in Frage; sie seien angemessen zu beschränken, da auch bei zusätzlichen Abklärungen der wirtschaftliche Hintergrund geldwäschereirechtlich nicht genügend ausgeleuchtet werden könne.

D

D.a Die Bank Mutter SA und Bank Tochter Ltd. haben am 11. Februar 2005 hiergegen beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragen, die Verfügung der Bankenkommission vom 21. Dezember 2004 aufzuheben; in verfahrensrechtlicher Hinsicht sei das Sekretariat der EBK anzuhalten, zu beweisen, dass ihre Stellungnahmen an die Kommission weitergeleitet worden seien; zudem sei die

EBK zu verpflichten, alle Dossiers über Untersuchungen bei anderen Schweizer Banken und ihren ausländischen Tochtergesellschaften in Bezug auf Gelder des Staats Oz offenzulegen.

Die EBK beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 10. Mai 2005, von weiteren Instruktionsmassnahmen abzusehen und auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit sie von der Bank Tochter Ltd., Bahamas, erhoben wird; im Übrigen sei sie abzuweisen. Gleichzeitig informierte sie das Gericht, dass sie am 27. April 2005 bei der Tochter Ltd., Bahamas, eine umfassende ausserordentliche Revision durch eine *Drittrevisorin* angeordnet habe, nachdem Guthaben von angeblich dem Präsidenten eines anderen Staates nahestehenden Personen bei der Bank Mutter SA bzw. der Bank Tochter Ltd. blockiert worden seien.

D.b Die Bank Mutter SA und die Bank Tochter Ltd. hielten am 14. Juli 2005 an ihren Ausführungen und Anträgen fest. Sie wiesen darauf hin, dass ihre externe Revisorin, die Bankrevisorin SA, die Kontenbeziehungen des Staates Oz erneut kontrolliert und ihre Schlussfolgerungen vom 28. November 2003 bestätigt habe (Revue complémentaire des comptes «Oz» ouverts auprès de la filiale Tochter Ltd., Bahamas, vom 30. Juni 2005). Die Bankrevisorin SA habe auch die von der EBK in ihrer Verfügung vom 27. April 2005 aufgeworfenen Fragen geprüft und sei dabei zum Schluss gekommen, dass die Bank Tochter Ltd. grundsätzlich die einschlägigen Bestimmungen des schweizerischen Banken- und Geldwäschereirechts einhalte (Rapport de l'organe de révision relatif au contrôle approfondi de la mise en œuvre de l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent et le respect des dispositions de la CDB 03 par les filiales bahamiennes de la Banque vom 30. Juni 2005).



D.c Der Instruktionsrichter lud am 10. November 2005 die EBK ein, zur Vernehmlassung der Mutter SA und der Tochter Ltd. Stellung zu nehmen und das Gericht über den Ausgang der am 27. April 2005 angeordneten ausserordentlichen Revision bzw. den Stand jenes Verfahrens zu informieren. Sie kam dieser Aufforderung am 1. Dezember 2005 nach. Dabei hielt sie an ihren Anträgen und Ausführungen fest. In Bezug auf die ausserordentliche Revision unterstrich sie, dass die Drittrevisorin am 7. November 2005 einen kritischeren Bericht vorgelegt habe als der von der Mutter-SA-Gruppe ins Recht gelegte. Da das bundesgerichtliche Verfahren indessen in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit den noch hängigen Abklärungen stehe, könne losgelöst hiervon entschieden werden. Die Mutter SA und die Tochter Ltd. hielten am 12. Januar 2006 ihrerseits an den bisherigen Anträgen und Darlegungen fest: Der Bericht von der Drittrevisorin bestätige hinsichtlich der Kontenverbindungen des Staates Oz im Grossen und Ganzen die Resultate der Abklärungen der ordentlichen Bankrevisorin SA. Sie teilten indessen die Ansicht der EBK, dass die beiden Berichte nicht Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildeten und über die Beschwerde ohne deren Berücksichtigung entschieden werden könne.

E

Mit Verfügung vom 10. März 2005 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung beigelegt.

## Das Bundesgericht zieht in Erwägung

1

Urteile des Bundesgerichts werden in der Regel in der Sprache des angefochtenen Entscheids abgefasst (Art. 37 Abs. 3 OG). Da sich die Beschwerdeführerinnen und die EBK damit einverstanden erklärt haben, dass der vorliegende Entscheid statt auf Französisch auf Deutsch ergeht, kann er in dieser Sprache redigiert werden (vgl. BGE 130 II 351 ff.).

2

2.1 In Anwendung des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) ergangene Aufsichtsentscheide sind beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar (Art. 24 Abs. 1 BankG; BGE 131 II 306 E. 1.1; 116 Ib 331 E. 1a). Dies gilt auch, wenn ein solcher – wie hier – zusätzlich gestützt auf das Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0) und die entsprechenden Ausführungsbestimmungen (vgl. Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 41 GwG) ergeht: In diesem Fall richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach den Regeln des jeweiligen aufsichtsrechtlichen Spezialgesetzes (Art. 40 GwG) – hier somit wiederum nach dem Bankengesetz (vgl. DAVE ZOLLINGER, in: Thelesklaf/Wyss/Zollinger, Kommentar zum Geldwäschereigesetz [GwG], Zürich 2003, N. 1 zu Art. 40 GwG; DE CAPITANI, in: Schmid et al., Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, N. 1 zu Art. 40 GwG).

2.2

2.2.1 Die EBK stellt im angefochtenen Entscheid die Einhaltung der geldwäscherei- bzw. bankenrechtlichen Sorgfaltspflichten sowie die

einwandfreie Geschäftsführung (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) der Bank Mutter SA in Frage und untersagt ihr für sich und die von ihr gehaltene Gruppe, zugunsten der Berechtigten der Konten «Oz» gewisse Transaktionen zuzulassen (Barabhebungen und sich wiederholende bzw. USD 300 000.– pro Monat übersteigende interne Transfers zwischen den Konten). Sie wird dadurch unmittelbar in schutzwürdigen eigenen Interessen betroffen (vgl. Art. 103 lit. a OG). Auf ihre frist- und formgerecht (vgl. Art. 106 und Art. 108 OG) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2.2.2 Die EBK bestreitet die Beschwerdebefugnis der Bank Tochter Ltd.; diese werde durch die angefochtene Verfügung als Dritte nicht unmittelbar in eigenen schutzwürdigen Interessen berührt (zur Problematik der Beschwerdebefugnis Dritter: BGE 131 II 587 E. 2–5; 101 Ib 383 E. 1b S. 386). Das Bundesgericht geht in seiner Praxis zwar davon aus, dass eine Muttergesellschaft nicht allein wegen ihrer Stellung als Allein- oder Hauptaktionärin befugt ist, eine ihre Tochtergesellschaft betreffende Anordnung anzufechten (BGE 116 Ib 331 E. 1c; vgl. auch BGE 131 II 306 E. 1.2.2; Frage offen gelassen im Urteil 2A.169/1989 vom 6. März 1990, E. 2b); daraus kann vorliegend jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Tochter Ltd. nicht berechtigt wäre, neben ihrer Muttergesellschaft gegen die Verfügung der EBK vom 21. Dezember 2004 selbständig Beschwerde zu führen: Zumindest formell werden die umstrittenen Konten durch die Tochter Ltd. auf den Bahamas geführt und wirkt sich die Anordnung der Bankenkommission damit nicht auf mehrere Tochtergesellschaften in gleicher Weise aus, sondern direkt und ausschliesslich auf die Geschäftsbeziehungen der Tochter Ltd. zum Staat Oz bzw. zu dessen staatlicher Erdölgesellschaft Ozöl. Die Tochter Ltd. ist ausdrücklich auch Adressatin der umstrittenen Anordnung, wenn der Gruppe – insbesondere namentlich aber gerade ihr (vgl. Zif-

fer 2 und 3 des Dispositivs) – die Zulassung von Barabhebungen (Kassageschäften) und von sich wiederholenden internen Verschiebungen bzw. von solchen über USD 300 000.– pro Monat zwischen den Konten untersagt wird. Die Bankbeziehungen «Oz» machen 32 % ihrer Netto-depots aus und sind somit für sie nicht nur von untergeordneter Bedeutung. Als selbständige, der bahamaischen Bankenaufsicht unterstellte Tochtergesellschaft der Mutter SA hat sie deshalb ein von der Muttergesellschaft losgelöstes, eigenes Interesse daran, dass nicht durch eine allenfalls unzuständige ausländische Aufsichtsbehörde im Rahmen der von dieser in Anspruch genommenen konsolidierten Aufsicht über die Muttergesellschaft in ihre Geschäftstätigkeit eingegriffen wird. Wie es sich mit der Legitimation der Tochter Ltd. verhält, kann letztlich aber dahingestellt bleiben, da auf die Beschwerde, soweit sie von der Mutter SA erhoben wird, so oder anders einzutreten ist, die Tochter Ltd. am Verfahren beteiligt war, so dass ihr Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt wurde (vgl. unten E. 3.2.5), und sich die Eingabe – wie zu zeigen sein wird – in der Sache selber als unbegründet erweist.

(...)

3

3.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen in verschiedener Hinsicht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör: Obwohl sie wiederholt darum ersucht hätten, sei ihnen keine Gelegenheit gegeben worden, um sich zu den rechtlichen Grundlagen des Entscheids der EBK äussern zu können; eine Stellungnahme sei ihnen nur zum Sachverhalt möglich gewesen, wobei nicht nachgewiesen sei, dass die Kommissionsmitglieder von dieser überhaupt Kenntnis erhalten hätten. In wesentlichen Punkten erweise sich der Sachverhalt als falsch bzw.

unvollständig festgestellt; es sei in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf weitere Abklärungen – insbesondere hinsichtlich der schweizerischen oder bahamaischen Natur der Kontenbeziehungen – verzichtet worden. Schliesslich hätte – so die Beschwerdeführerinnen – die EBK die Tochter Ltd. von Amtes wegen in ihr Verfahren einbeziehen müssen.

## 3.2

3.2.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht des Betroffenen, vor Erlass eines in seine Rechtstellung eingreifenden Entscheids zur Sache Stellung nehmen und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitwirken oder sich zum Beweisergebnis äussern zu können, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch bezieht sich in erster Linie auf den Sachverhalt; zu den rechtlichen Fragen müssen die Parteien nur ausnahmsweise angehört werden, (1) wenn die verfügende Behörde sich auf gesetzliche Bestimmungen stützen will, mit deren Anwendung der Betroffene vernünftigerweise nicht rechnen musste, (2) sich die Rechtslage geändert hat oder (3) der Behörde bei ihrem Entscheid ein besonders weiter Ermessensspielraum zukommt. In der Regel besteht kein Anspruch darauf, sich zu einem bereits ausformulierten Verfügungsentwurf äussern zu können (BGE 129 II 497 E. 2.2 mit Hinweisen). Die Behörde hat die Argumente und Verfahrensanträge der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen sowie die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen, es sei denn, diese beträfen eine nicht erhebliche Tatsache oder seien offensichtlich ungeeignet, die strittigen Punkte zu belegen (BGE 117 Ia 262 E. 4b S. 268 f.). Sie kann ihr Untersuchungsverfahren schliessen, wenn sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und in vertretbarer Weise annehmen darf, dass diese auch durch weitere Erhebungen nicht geändert würde (sog.

«antizipierte Beweiswürdigung»; BGE 130 II 351 E. 3.3.3 S. 360 mit Hinweisen).

### 3.2.2

3.2.2.1 Die Beschwerdeführerinnen hatten mehrmals Gelegenheit, mündlich und schriftlich zu den von der Bankenkommision geplanten Massnahmen Stellung zu nehmen. Die Vertreter der Mutter SA, Verwaltungsratspräsident A und Generaldirektor B, erklärten wiederholt, dass auf die umstrittenen Bankbeziehungen das bahamaische Recht anwendbar sei; sowohl die Mutter- wie die Tochtergesellschaft seien ihren geldwäscherei- und bankenrechtlichen Sorgfaltspflichten einzeln wie im Gruppenverband nachgekommen und hätten ihr Überwachungssystem zusehends verbessert (Schreiben der Mutter SA vom 19. April, 25. Mai und 13. September 2005). Die Tragweite der juristischen Problemstellung war ihnen somit bekannt.

3.2.2.2 An der Sitzung vom 13. Juli 2004 wurden sie darüber informiert, dass das Sekretariat der EBK davon ausgehe, dass die umstrittenen Geschäftsbeziehungen als schweizerisch zu gelten hätten, auch wenn sie formell in den Büchern auf den Bahamas geführt würden. Die Vertreter des Sekretariats der EBK legten den Beschwerdeführerinnen nahe, wegen der trotz ihrer Abklärungen fortbestehenden Unsicherheiten und der damit verbundenen Rechts- bzw. Reputationsrisiken ein «exit scénario» ins Auge zu fassen und die weiteren Aktivitäten – unter Verzicht auf die Kassageschäfte und die regelmässigen internen Verschiebungen zwischen den Konten – auf die Vermögensverwaltung zu beschränken. Am 16. Juli 2004 wurden die Beschwerdeführerinnen schriftlich eingeladen, bis zum 16. August 2004 hierzu Stellung zu nehmen. Dabei unterstrich das Sekretariat der EBK noch einmal, dass es davon ausgehe, die Konten würden nur formell auf den Bahamas ge-

führt und seien in Wirklichkeit der Mutter SA zuzurechnen; aufgrund der Verästelungen und der Komplexität des von der Klientschaft geschaffenen Finanzsystems erscheine eine Analyse der wirtschaftlichen Hintergründe der Barabhebungen und der zahlreichen Geldflüsse unter den Konten praktisch unmöglich, weshalb sich geeignete Massnahmen aufdrängten. Der Verfahrensgegenstand war damit erneut klar umrissen und die Beschwerdeführerinnen konnten in Kenntnis der wesentlichen Fakten und rechtlichen Grundlagen zu den geplanten Beschränkungen Stellung nehmen.

3.2.2.3 Zwar gesteht das Bundesgericht der EBK als spezialisierter Aufsichtsbehörde einen technischen Ermessensspielraum zu (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1.2 S. 315, 680 E. 2.3.2–2.3.4), doch gebot dieser vorliegend keine spezifische Anhörung zu den anwendbaren rechtlichen Grundlagen und den möglichen Massnahmen: Aufgrund der verschiedenen Briefwechsel und der Treffen zwischen den Vertretern des Sekretariats der EBK und der Beschwerdeführerinnen war klar, dass Grundlage des geplanten Entscheids das Geldwäschereigesetz bzw. die entsprechende Verordnung der EBK und insbesondere die dort vorgesehenen besonderen Abklärungspflichten sowie die bankenrechtlichen Aufsichtsregeln (Erfordernis einer einwandfreien Geschäftsführung und einer angemessenen Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken auf konsolidierter Basis) bilden würden. Es stand den Beschwerdeführerinnen frei, sich hierzu zu äussern. Das Sekretariat der EBK war nicht gehalten, ihnen die geplante Argumentation zuvor noch im Detail darzulegen. Der Umfang der ins Auge gefassten Massnahmen (Anordnung einer Beschränkung der Geschäftsbeziehung auf die Vermögensverwaltung) war den Beschwerdeführerinnen ebenfalls bekannt, so dass nicht gesagt werden kann, dass (zumindest) in diesem Punkt seitens der EBK ein weiter Beurteilungsspielraum fortbestand,

dessen Wahrnehmung nicht absehbar erschien, was eine sachbezogene Stellungnahme ausschloss.

3.2.3 Bei der Feststellung des Sachverhalts ging die EBK auf die Darlegungen der Beschwerdeführerinnen in ihrer Vernehmlassung ein: Die von ihnen am Entwurf angebrachten Korrekturen wurden, soweit sie relevant und nicht rein stilistischer Natur waren, berücksichtigt; entgegen ihrer Kritik wurde ihren Ausführungen dabei angemessen Rechnung getragen (vgl. auch E. 3.2.4). Der in Art. 10 VwVG enthaltene Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Behörde schliesst nicht aus, dass die EBK – wie bei Kollegialgremien üblich – ihre Meinung aufgrund eines Verfügungsentwurfs des ihr unterstellten Sekretariats bildet. Die Freiheit der Gesamtbehörde, abweichend zu entscheiden, wird dadurch nicht berührt (vgl. 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 2.2.1 mit Hinweisen, in: EBK-Bulletin 43/2003 S. 15 ff.). Nach Art. 51a Abs. 1 BankV (SR 952.02) bereitet das Sekretariat die Geschäfte der EBK vor, stellt ihr Antrag und vollzieht ihre Entscheide (vgl. POLEDNA/MARAZZOTTA, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, N. 18 f. zu Art. 23). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass den Mitgliedern der EBK der Zugang zu den Akten und den verschiedenen Stellungnahmen der Beschwerdeführerinnen verwehrt gewesen wäre. Nachdem der Fall am 25. Februar 2004 durch die Kommission ein erstes Mal (vor)beraten worden war, darf davon ausgegangen werden, dass das Dossier und der Standpunkt der Beschwerdeführerinnen deren Mitgliedern bei ihrem Entscheid am 21. Dezember 2004 bekannt waren. Weitere Abklärungen in diesem Zusammenhang erübrigen sich deshalb.

3.2.4 Soweit die Beschwerdeführerinnen einwenden, der Sachverhalt sei nicht hinreichend abgeklärt und es sei ihren Beweisanträgen zu



Unrecht nicht entsprochen worden, rügen sie in Tat und Wahrheit nicht eine falsche oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts, sondern dessen angeblich falsche rechtliche Würdigung: Umstritten ist die Rechtsfrage, ob und unter welchen Umständen die schweizerische geldwäscherei- und bankenrechtliche Aufsicht eine durch eine Bankengruppe teils im In- und teils im Ausland abgewickelte Geschäftstätigkeit erfasst. Zur Beantwortung dieser Frage bedurfte es keiner zusätzlichen Abklärungen. Die EBK hat sich bei ihrem Entscheid weitgehend auf die Erklärungen und Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zu ihren Aktivitäten selber gestützt, weshalb sie keine weiteren Anhörungen vorzunehmen brauchte und auf eine Einvernahme von Vertretern des Staates Oz bzw. der Tochter Ltd. in antizipierter Beweiswürdigung verzichten durfte. Selbst bei dem von den Beschwerdeführerinnen bezüglich der Kontenführung in ihrer Beschwerde ergänzten Sachverhalt war die EBK im Übrigen – wie zu zeigen sein wird (vgl. unten E. 6) – zu deren aufsichtsrechtlicher Überwachung auf konsolidierter Basis befugt.

3.2.5 Unberechtigt ist schliesslich auch der Einwand, die Tochter Ltd. hätte von Amtes wegen in das Verfahren miteinbezogen werden müssen, weshalb deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Nach Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Die Frage, ob die Tochter Ltd. gestützt hierauf in das Verfahren hätte einbezogen werden müssen, kann offen gelassen werden (vgl. oben E. 2.2); ihr daraus abgeleiteter Einwand ist auf jeden Fall verspätet; im Übrigen hat sie sich am Verfahren tatsächlich voll beteiligen können: A als Verwaltungsratspräsident der Mutter SA und der Tochter Ltd. sowie B als Generaldirektor der Mutter SA und Verwal-

tungsratsmitglied der Tochter Ltd. bzw. Kundenverantwortlicher für die Geschäftsbeziehungen «Oz» waren über das hängige Verfahren informiert und in dieses einbezogen, dennoch stellten sie nie den Antrag, die Tochter Ltd. sei als solche noch separat zu begrüssen. Die entsprechende Rüge verstösst heute gegen den auch im Verfahrensrecht zu beachtenden Grundsatz von Treu und Glauben. Danach ist es unzulässig, formelle Einwände, welche in einem früheren Stadium hätten vorgebracht werden können, erst bei einem ungünstigen Ausgang im Rechtsmittelverfahren zu erheben (BGE 121 I 30 E. 5f S. 38; 124 I 121 E. 2 S. 123). Die Mutter SA war gehalten, die personell und organisatorisch mit ihr eng verbundene ausländische Tochterfirma über das bankenrechtliche Aufsichtsverfahren zu informieren; es gilt praxisgemäss als rechtsmissbräuchlich, wenn eine ausländische, mit einer schweizerischen verflochtene Gesellschaft erst nach Abschluss des Verfahrens eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs damit begründet, die Bankenkommission habe sie zu Unrecht nicht spontan und von Amtes wegen in das Aufsichtsverfahren einbezogen (BGE 126 II 71 E. 4c/bb, publ. in EBK-Bulletin 40/2000 S. 94 ff., dort S. 100 f.). Schliesslich vertraten A und B bei ihren Stellungnahmen tatsächlich jeweils sowohl die Interessen der Mutter- wie der Tochtergesellschaft.

#### 4

4.1 Der Eidgenössischen Bankenkommission ist unter anderem die Aufsicht über das Bankenwesen zur selbständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 BankG). Sie trifft die zum Vollzug des Gesetzes bzw. von dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG). Erhält sie von Verstössen gegen das Gesetz oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ord-

nungsgemässen Zustands. Sie ist befugt, alle hierzu «notwendigen Verfügungen» zu treffen (Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG). Dabei hat die Bankenkommission im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsprinzip, Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits, Rechnung zu tragen (Anleger- und Funktionsschutz; vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1; 126 II 111 E. 3b).

4.2 Zu den Aufgaben der Eidgenössischen Bankenkommission gehört auch der Kampf gegen die Geldwäscherei (POLEDNA/MARAZ-ZOTTA, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, a.a.O., N. 30 zu Art. 23). Dies ergibt sich aus dem von ihr zu überwachenden Bewilligungserfordernis der dauernd einzuhaltenden «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG; WINZELER, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, a.a.O., N. 25 zu Art. 3; DE CAPITANI, a.a.O., § 8 GwG-AT N. 132 ff., insbesondere N. 148 ff.) bzw. den Anforderungen an eine geeignete Organisation der Bank (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG) einerseits und aus dem Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei andererseits. Die EBK ist spezialgesetzliche Aufsichtsbehörde im Sinne dieses Erlasses (Art. 12 GwG; WYSS, a.a.O., N. 1 zu Art. 12 GwG; DE CAPITANI, a.a.O., N. 2 ff. zu Art. 12 GwG; CHRISTOPH GRABER, GwG, Zürich 2003, N. 2 zu Art. 12 GwG) und kann für die ihr unterstellten Finanzintermediäre die dortigen Vorgaben konkretisieren (THELESKLAF, in: Kommentar Geldwäschereigesetz [GwG], a.a.O., N. 2 f. zu Art. 16 GwG; GRABER, a.a.O., N. 1 zu Art. 16 GwG; Botschaft zum GwG in: BBl 1996 III S. 1101 ff., dort S. 1139 und S. 1165). Die Kompetenzen, über welche die EBK aufgrund des Bankengesetzes verfügt, werden durch ihre Befugnisse nach

dem Geldwäschereigesetz nicht berührt (vgl. Art. 16 Abs. 2 GwG). Bei Verletzungen der Sorgfaltspflichten kann sie deshalb Massnahmen nach Art. 20 GwG anordnen oder die entsprechenden Verstösse zum Anlass nehmen, gestützt auf Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 1 bzw. Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG aufsichtsrechtlich einzuschreiten (vgl. PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2004, S. 439 N. 86; GRABER, a.a.O., N. 2 zu Art. 16 GwG; THELESKLAF, a.a.O., N. 4 zu Art. 16 GwG; Botschaft zum GwG in: BBl 1996 III S. 1101 ff., dort S. 1140).

4.3 Die EBK hat mit der Verordnung vom 18. Dezember 2002 zur Verhinderung von Geldwäscherei (EBK Geldwäschereiverordnung, GwV-EBK; SR 955.022), welche an die Stelle ihrer Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei vom 26. März 1998 (EBK-RS 98/1) getreten ist, die sich aus dem Geldwäschereigesetz ergebenden Verpflichtungen präzisiert und den aufsichtsrechtlich relevanten Rahmen zum Erfordernis der einwandfreien Geschäftstätigkeit bzw. der angemessenen Organisation abgesteckt. Die EBK Geldwäschereiverordnung verpflichtet die ihr unterstellten Finanzintermediäre zu einem risikoorientierten Ansatz (EBK-Geldwäschereibericht, Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission zu ihrer Geldwäschereiverordnung vom 18. Dezember 2002, in: EBK-Bulletin 44/2003 S. 95 ff., dort S. 101 f.). Sie sollen Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken in ihrem Tätigkeitsbereich ausmachen und bei diesen «mit angemessenem Aufwand» (Art. 17 Abs. 1 GwV-EBK) jeweils zusätzliche Abklärungen treffen (EBK-Geldwäschereibericht, a.a.O., S. 126). Dabei geht es darum, Informationen über den Kunden und sein Umfeld zu sammeln, die es erlauben, das Risiko der Geschäftsbeziehung genauer abzuschätzen. Ziel ist es, mittels schriftlicher oder mündlicher Auskünfte der Vertragsparteien oder wirtschaftlich Berechtigten, Besuchen am Ort der Geschäftstätigkeit, der Konsultation all-

gemein zugänglicher öffentlicher Quellen und Datenbanken sowie Erkundigungen bei vertrauenswürdigen Dritten (vgl. Art. 18 GwV-EBK) eine tragfähige Grundlage zur Beurteilung der mit der Kundenbeziehung bzw. dem einzelnen Geschäft verbundenen Risiken zu schaffen (WYSS, a.a.O., N. 2 zu Art. 17 GwV-EBK).

5

5.1 Die Bankenkommission ist davon ausgegangen, dass die umstrittenen Geschäftsverbindungen der Mutter SA bzw. der Tochter Ltd. zum Staat Oz, zu den von ihm beherrschten Sitzfirmen und zur staatlichen Erdölgesellschaft Ozöl vollumfänglich dem schweizerischen Geldwäscherei- und Bankenaufsichtsrecht unterlägen. Die Abgrenzung erweise sich zwar als heikel, da die Geschäftsbeziehungen formell auf den Bahamas zwischen einer Kundschaft aus Oz und einer bahamaischen Gesellschaft eröffnet worden seien. Für die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts bedürfe es deshalb einer beachtlichen Beziehung zum hiesigen Finanzplatz. Eine solche liege nicht bereits dann vor, wenn ein Kundenberater in der Schweiz auf die Möglichkeit hinweise, ein Konto bei einer Tochtergesellschaft im Ausland eröffnen zu können, zu diesem Zweck einen Prospekt aushändige, beim Ausfüllen des Eröffnungsformulars helfe oder für die Tochtergesellschaft die Kundenidentifizierung vornehme. Auch regelmässige Kontakte zur hiesigen Direktion, sowie die Tatsache, dass im Mutterhaus über das Computersystem gewisse Zugänge zu den Konten bestünden, vereinzelte Beratungsgespräche in der Schweiz stattfänden und gewisse Zeichnungsberechtigte ihren Wohnsitz hier hätten, genügten für sich allein zur Annahme der schweizerischen Zuständigkeit nicht. Im vorliegenden Fall müsse jedoch gestützt auf die gesamten Umstände davon ausgegangen werden, dass das Schwergewicht der Geschäftsbeziehungen tatsächlich in Genf liege und die Konten bloss formell auf

den Bahamas geführt würden, um die schweizerische Gesetzgebung zu umgehen. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies und machen geltend, die EBK lege das schweizerische Recht ausserhalb aus und bringe dieses zu Unrecht extraterritorial zur Anwendung.

5.2 Das Geldwäschereigesetz äussert sich zu seinem räumlichen Geltungsbereich nicht. Wegen seiner verwaltungsrechtlichen Natur ist jedoch davon auszugehen, dass es dem Territorialitätsprinzip unterliegt. Da Gegenstand der Regelung und Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Unterstellungspflicht die Tätigkeit der Finanzintermediation bildet und mit dem Gesetz zum Schutz des schweizerischen Finanzplatzes deren einwandfreie Abwicklung sichergestellt werden soll, erfasst es die Ausübung entsprechender Aktivitäten in der Schweiz (WYSS, a.a.O., N. 3 zu Art. 2 GwG). Entscheidend ist nicht, wo der Finanzintermediär seinen Wohnsitz oder Sitz hat, wo sein Geschäftspartner domiziliert ist oder wo sich die fraglichen Vermögenswerte befinden, sondern wo der Finanzintermediär die vom Geldwäschereigesetz erfasste Tätigkeit ausübt (GRABER, a.a.O., N. 28 zu Art. 2 GwG; WYSS, a.a.O., N. 3 zu Art. 2 GwG; DE CAPITANI, a.a.O., N. 3 zu Art. 2 GwG; ALOIS RIMLE, *Recht des schweizerischen Finanzmarktes*, Zürich 2004, 12. Kapitel, N. 39, S. 326; ZOBL/KRAMER, *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, Zürich 2004, N. 194). Bei grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen muss dieser Ort im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände bestimmt werden (HUBER/POLLI, *La loi sur le blanchiment d'argent dans le secteur non-bancaire, Qui est soumis à la LBA?*, in: *Expert-comptable suisse* 3/00 S. 198 ff., dort S. 205; Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, *Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor vom 3. Dezember 2003*, in: THÉVENOZ/ZULAUF, *BF Geldwäscherei*, Zürich 2004, 33D-19). Dafür ist jeweils mit Blick auf den Gesetzeszweck (Verhinde-

zung der Umgehung der aufsichtsrechtlichen Kontrolle und Schutz des Finanzplatzes) zu prüfen, ob die ausgeübte Finanzintermediation einen hinreichend engen Bezug zur Schweiz hat, der es rechtfertigt, sie der hiesigen Geldwäschereigesetzgebung zu unterstellen. Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn sie überwiegend hier ausgeübt wird, auch wenn gewisse operationelle oder Backoffice-Aktivitäten im Ausland erfolgen (vgl. BGE 130 II 351 E. 5.3.2). In diesem Sinn sah bereits Ziffer 6 des EBK-RS 98/1 vor, dass die ihr unterstellten Finanzintermediäre ausländische Zweigniederlassungen nicht dazu missbrauchen durften, die Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei zu umgehen (DE CAPITANI, a.a.O., N. 8 f. zu Art. 2 GwG). Hierin liegt keine Verletzung der ausländischen Souveränität, ist die Schweiz doch befugt, die Folgen einer Geschäftstätigkeit, die auf ihrem Territorium ausgeübt wird, von diesem ausgeht oder sich auf dieses in relevanter Weise auswirkt, im Rahmen ihrer schutzwürdigen Interessen zu regeln, auch wenn die entsprechende Aktivität (formell) einer im Ausland inkorporierten Gesellschaft zuzurechnen ist (BGE 130 II 351 E. 6.1; 125 II 450 E. 2c u. d; 108 Ib 513 E. 2b; betreffend die Bahamas im Rahmen der Amtshilfe: Urteil 2A.156/2000 vom 21. August 2000, E. 4b/c; MERKLI/HUGI YAR, Internationales Verwaltungsrecht: Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen, in: Liechtensteinische Juristen-Zeitung 2003, S. 82 ff., insbesondere S. 87 u. 90).

### 5.3

5.3.1 Die Geschäftsbeziehung mit Staat Oz wurde der Mutter SA und deren Leitungsorganen durch E vermittelt, der in Genf wohnt und (...) hier eine Beratungsfirma betreibt. Die ersten Kundenkontakte fanden in Genf statt. Obwohl die Vertreter des Staates Oz aus Diskretionsüberlegungen und politischen Gründen wünschten, die künftigen Bankbeziehungen nicht über Europa, sondern einen den USA näher

stehenden Ort abzuwickeln, weshalb die Konten schliesslich auf den Bahamas bei der Tochter Ltd. eingerichtet wurden, trafen sie deren Vertreter dort doch nur ein einziges Mal. Die anderen Kontenbeziehungen eröffnete der Genfer Anwalt C als Vertreter der jeweiligen Offshore-Gesellschaften, ohne dass geltend gemacht wird, dass es dabei zu irgendwelchen persönlichen Kontakten zwischen ihm und Vertretern der Tochter Ltd. auf den Bahamas gekommen wäre.

5.3.2 Die wesentlichen Kundenkontakte wurden auch in der Folge regelmässig in Genf, Paris oder bei Besuchen in Oz gepflegt. B, Generaldirektor der Mutter SA und Verwaltungsrat der Tochter Ltd., der in Genf wohnt und arbeitet, ist (...) in der Mutter-SA-Gruppe für die Kundenbeziehung «Oz» verantwortlich und in das entsprechende operative Geschäft eingebunden. Über die Mutter SA besteht für ihn ein beschränkter Computerzugang zu den Daten der umstrittenen Konten. Dieser erlaubt zwar keinen direkten Zugriff zum Zentralfichier, ermöglicht ihm und gewissen Mitarbeitern jedoch die Konsultation der Geschäftsvorfälle und der verschiedenen Kontenstände, was gestattet, die in der Schweiz wohnhaften Berater des Staats Oz bzw. die jeweiligen Zeichnungsberechtigten in Genf zu informieren. Die Beschwerdeführerinnen sprechen in diesem Zusammenhang davon, dass hier eine «wirtschaftliche Schnittstelle» zwischen gewissen Kunden und der Tochter Ltd. unterhalten werde, welche für die damit verbundenen Kosten aufkomme.

5.3.3 Auch wenn sich die Geschäfts- und Kundendokumentation heute auf den Bahamas befindet, weshalb die verschiedenen Revisionen dort durchgeführt werden mussten, war das entsprechende Hintergrundwissen ursprünglich weitgehend nur bei der Muttergesellschaft in Genf vorhanden: Die Zentralbank der Bahamas wies in einem Schreiben



an die Bankenkommision vom 5. November 2003 darauf hin, dass die Kundendokumentation bei ihrer Kontrolle im Oktober 2001 unvollständig gewesen sei und die Unterlagen nur in Genf vorgelegen hätten. Auch die externe Revisorin bestätigte in ihrem Bericht vom 22. August 2002, dass verschiedene Informationen über die Kontenverbindungen «Oz» vorerst nur in Genf greifbar waren (Contrôle approfondi de Tochter Ltd., Bahamas, et Tochter Trust Company Ltd., Bahamas, Août 2002, Rapport complémentaire, S. 12).

5.3.4 Schliesslich fällt ins Gewicht, dass sämtliche Barabhebungen, welche bis zum Mai 2004 immerhin USD 19 Mio. betrugten, ausschliesslich und im Wesentlichen über Anwalt C in Genf bei der Mutter SA erfolgten. Offenbar wollte die Klientschaft ihre Geschäftsbeziehung formell zwar über die Bahamas abwickeln lassen, gleichzeitig aber von in Genf nicht nur vereinzelt, sondern regelmässig von der Mutter SA auf Rechnung der Tochter Ltd. zu erbringenden Finanzdienstleistungen profitieren. Wenn die EBK unter diesen Umständen zum Schutz des Rufs des Finanzplatzes die schweizerischen Regeln zur Anwendung gebracht hat, ist dies nicht bundesrechtswidrig, selbst wenn – wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen – im Tagesgeschäft auch gewisse telefonische Kontakte oder solche per Fax zwischen den Vertretern der Kundschaft und solchen der Tochter Ltd. auf den Bahamas bestehen.

5.3.5 Nach Angaben von Verwaltungsratspräsident A soll die Klientschaft aus Oz erklärt haben, sich bewusst zu sein, dass für die EBK die umstrittenen Geschäftsbeziehungen als schweizerisch gälten, was die zahlreichen verschiedenen Anfragen dieser Behörde erkläre (Aktennotiz über das Gespräch zwischen Vertretern der Mutter SA/Tochter Ltd. und der EBK vom 13. Juli 2004, S. 2). Die Bahamaische Zentralbank

ihrerseits hat sich den schweizerischen Abklärungen nicht widersetzt und vom Bericht der Bankrevisorin SA vom 28. November 2003 zwar positiv Kenntnis genommen, das Dossier «Oz» jedoch dennoch bis zur Entscheidung der Bankkommission nicht geschlossen (Schreiben vom 15. Dezember 2003 an die Tochter Ltd., S. 3).

5.3.6 Zusammengefasst ergibt sich somit, dass auf den Bahamas für die umstrittenen Konten zwar gewisse Backoffice-Aktivitäten entfaltet, die Kundenbeziehungen im Wesentlichen aber von Genf aus betreut werden. Hier, in Paris oder in Oz kommt es zu den entscheidenden Kontakten der Vertreter dieses Staates mit ihren schweizerischen bzw. französischen Beratern, welche über die Mutter SA in Genf von ihren Zeichnungsbefugnissen bzw. Konsultationsrechten auf den verschiedenen Konten und den damit verbundenen Dienstleistungen (Barabhebungen usw.) Gebrauch machen. Der schweizerische Charakter der Bankbeziehungen überwiegt den bahamaischen; die Kontenführung auf den Bahamas erfolgt vorab in (untergeordneter) verwaltungstechnischer Hinsicht, was sich auch aus den im (...) Luxushotelgeschäft (...) getätigten Investitionen der Klientschaft und der von der Mutter SA Genf dabei übernommenen Rolle ergibt. Es braucht unter diesen Umständen nicht weiter geprüft zu werden, ob und wieweit die bestrittenen Feststellungen der ausserordentlichen Drittrevisorin vom 24. November 2005 zutreffen, dass die Kundendossiers generell entgegen den Erklärungen der Mitarbeiter der Tochter Ltd., wonach sie regelmässig telefonische Kontakte mit ihrer Klientschaft hätten, nur wenige entsprechende Notizen enthielten, dass die meisten Kunden offenbar nie in den Bahamas gewesen und den dortigen Mitarbeitern auch nicht bekannt seien und dass verschiedene Hinweise darauf hindeuteten, dass die Betreuung der Kunden der Tochter Ltd. oft durch die Mutter SA wahrgenommen werde.

6

6.1 Selbst wenn das Geldwäschereigesetz örtlich nicht direkt gälte, wäre die Zuständigkeit der EBK im Übrigen aufsichtsrechtlich gestützt auf das Gebot der konsolidierten Überwachung gegeben (vgl. POLEDNA/MARAZZOTTA, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 23<sup>bis</sup> BankG; vgl. auch die Ziffern 20 und 23 ff. der Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht vom September 1997, in: EBK-Bulletin 33/1997 S. 73 ff.), und die schweizerischen geldwäschereirechtlichen Regeln fänden in diesem Rahmen zumindest sinngemäss Anwendung (vgl. ALOIS RIMLE, a.a.O., 12. Kapitel, N. 40, S. 326, der davon spricht, dass insofern «ausnahmsweise [...] das Territorialitätsprinzip durchbrochen» wird):

6.2

6.2.1 Nach Art. 3 Abs. 1 GwV-EBK muss der Finanzintermediär dafür sorgen, «dass seine Zweigniederlassungen oder im Finanzbereich tätige Gruppengesellschaften im Ausland die grundlegenden Prinzipien dieser Verordnung befolgen». Er hat die EBK zu informieren, wenn lokale Vorschriften dem entgegenstehen oder ihm daraus ein ernsthafter Wettbewerbsnachteil erwächst (Art. 3 Abs. 2 GwV-EBK). Die Meldung verdächtiger Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen und einer allfälligen Vermögenssperre richten sich auf jeden Fall ausschliesslich nach den Vorschriften des Gastlandes (Art. 3 Abs. 3 GwV-EBK). Der Finanzintermediär, der Zweigniederlassungen im Ausland besitzt oder eine Finanzgruppe mit ausländischen Gesellschaften leitet, muss «seine mit Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken global erfassen, begrenzen und überwachen»; er hat für den Zugang zu den hierzu erforderlichen Informationen zu sorgen (vgl. Art. 9 GwV-EBK).

6.2.2 Diese Pflichten können sich neben dem Geldwäschereigesetz – wie vor dessen Inkrafttreten – auf die einschlägigen aufsichtsrechtlichen Regeln des Bankengesetzes und insbesondere die Pflicht zu einer geeigneten Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG; KLEINER/SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Ausgabe April 2005, N. 29 ff. zu Art. 3 BankG) und – soweit es um die Grundprinzipien des Geldwäschereirechts geht (vgl. WYSS, a.a.O., N. 5 zu Art. 3 GwV-EBK) – zur einwandfreien Geschäftstätigkeit als Bewilligungsvoraussetzung stützen (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG). Die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 GwG unterliegen einer umfassenden Finanzmarktaufsicht und nicht – wie jene nach Art. 2 Abs. 3 GwG – bloss einer Aufsicht zur Bekämpfung der Geldwäscherei; es dürfen an sie im Rahmen der Konkretisierung der entsprechenden Pflichten wegen der mit ihrer Aktivität verbundenen spezifischen wirtschaftlichen Risiken deshalb höhere Anforderungen gestellt werden als an die restlichen Finanzintermediäre (Botschaft zum GwG, in: BBl 1996 III 1101 ff., dort S. 1135; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, Rz. 368).

6.2.3 Nach Art. 9 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) hat die Bank die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien zu regeln. Sie muss dabei insbesondere Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken erfassen, begrenzen und überwachen. Die Gefahr, durch eine Mitwirkung an ungewöhnlichen Transaktionen auf Wunsch eines Kunden in straf- und haftungsrechtlich relevante Sachverhalte involviert zu werden, bildet ein Rechts- und Reputationsrisiko (KLEINER/SCHWOB, a.a.O., N. 111 zu Art. 3

BankG), welches in diesem Sinn durch geeignete Massnahmen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen ist. Die mit Geldwäscherei oder dem Auffinden von Potentaten- oder Terroristengeldern verbundenen Risiken haben über nationale Grenzen hinaus Auswirkung auf alle rechtlich miteinander verbundenen Einheiten, weshalb ihre Überwachung – wie bei den Eigenmitteln (Art. 13a BankV; Art. 1 lit. d GwV-EBK) – sowohl einzeln wie auf einer gruppenkonsolidierten Basis zu erfolgen hat (EBK-Geldwäschereibericht, a.a.O., S. 129). Auf der Muttergesellschaft können im Bankkonzern neben den Risiken aus ihrer eigenen Geschäftstätigkeit auch solche aus jener rechtlich von ihr getrennter Unternehmungen lasten, mit denen sie jedoch wirtschaftlich verbunden ist, was eine konsolidierte Betrachtungsweise rechtfertigt (vgl. BGE 116 Ib 331 E. 2).

6.2.4 Der am 1. Januar 2006 in Kraft getretene Art. 3b BankG sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass die Bankenkommission ihre Bewilligung vom Bestehen einer angemessenen konsolidierten Aufsicht durch eine Finanzmarktaufsichtsbehörde abhängig machen kann (vgl. die Botschaft des Bundesrats vom 9. Mai 2003 zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG] und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, in: BBl 2003 S. 3789 ff., dort S. 3844 ff.). Art. 3f Abs. 2 BankG verlangt, dass die Finanzgruppe so organisiert sein muss, dass sie in der Lage ist, alle wesentlichen Risiken global zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen (BBl 2003 S. 3849); hierzu gehören auch Compliance-, Rechts- und Reputationsrisiken im Zusammenhang mit der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (BENEDIKT MAURENBRECHER, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, a.a.O., N. 19 zu Art. 3f; CHRISTIANA SUHR BRUNNER, Globale Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken gemäss Art. 9 der Geldwäscherei-

verordnung der Eidg. Bankenkommission, in: PWC-Flash, Finanzdienstleistungen, Oktober 2005, S. 10). Die verantwortlichen Organe der Gruppe müssen alle wesentlichen Geschäftsbeziehungen kennen, mit denen erhöhte Risiken verbunden sind, und deren Auswirkungen auf konsolidierter Basis abschätzen können, wozu ein Transfer der im Rahmen der geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten (vgl. Art. 3 GwV-EBK) zu erhebenden Informationen erforderlich ist. Art. 4<sup>quinquies</sup> BankG nennt die Voraussetzungen, unter denen sich eine Weiterleitung der für die konsolidierte Aufsicht nötigen Daten an die ausländische Muttergesellschaft als zulässig erweist, und deckt damit implizit umgekehrt auch die in Art. 3 und 9 GwV-EBK den mit Gruppengesellschaften im Ausland tätigen Finanzintermediären auferlegten Pflichten ab; diese stützen sich damit auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage (vgl. WYSS, a.a.O., N. 2 zu Art. 3 GwV-EBK; EBK-Geldwäschereibericht, a.a.O., S. 108; BGE 108 Ib 513 E. 2b S. 519 hinsichtlich der Pflicht, den Konzern so zu organisieren, dass das ausländische Recht der Ausübung der Aufsichtsfunktion nicht entgegensteht).

7

7.1 Bei den umstrittenen Geschäftsbeziehungen handelt es sich – was die Beschwerdeführerinnen nicht ernsthaft in Abrede stellen – um solche mit gesteigerten Risiken im Sinne der Geldwäschereiverordnung der EBK: Der Staat Oz verfügt über grosse Öl- und Mineralreserven und befindet sich nach jahrzehntelangem Bürgerkrieg heute in einem Demokratisierungsprozess. Gemäss der Liste von Transparency International verfügt er bei einer möglichen Bestnote von 10 über einen Korruptionsindex von 2 Punkten; bei Resultaten unter 3 Punkten gilt die Korruption als endemisch. Nach den internen Richtlinien haben Beziehungen zu Geschäftspartnern in Ländern, welche in der Liste von Transparency International vier oder weniger Punkte erreichen, als mit

einem erhöhten Risiko belastet zu gelten (Directive en vue de l'application de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 03] et Ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent [OBA-CFB] vom 30. Juni 2004, S. 10 f. 2.4.2 und 2.4.2.1). Die entsprechenden Geschäftsbeziehungen unterliegen damit hinsichtlich der Herkunft und dem Verwendungszweck der Mittel sowie ihrem wirtschaftlichen Hintergrund einer besonderen Abklärungspflicht (vgl. Art. 17 GwV-EBK, Art. 6 GwG); dies gilt umso mehr, als auch verschiedene Transaktionen im Hinblick auf ihre Höhe, auf den Verwendungszweck der Mittel und auf den internen Geldfluss mit einem gesteigerten Rechts- und Reputationsrisiko belastet sind (vgl. Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und Abs. 3 lit. b in Verbindung mit Art. 3, 17, 20 GwV-EBK, vgl. auch 4.2 und 4.3 der Mutter-SA-eigenen Richtlinie).

## 7.2

7.2.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, den geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten nachgekommen zu sein und ihre Abklärungen des wirtschaftlichen Hintergrunds der Beziehungen und der einzelnen Transaktionen jeweils den Empfehlungen der externen Revisorin angepasst zu haben. Sie überblickten und beherrschten die mit der Kundenbeziehung «Oz» verbundenen Risiken; aufgrund der vorliegenden Unterlagen (Vorfinanzierungsverträge für das Öl aus Free-donia; Ölverkaufsvertrag zwischen Ozöl und Zeta Ltd.; Fiduziarischer Darlehensvertrag und Mandatsvertrag im Zusammenhang mit dem Geschäft (...); Dienstleistungsverträge zwischen Ozöl und Delta Ltd. bzw. Delta Ltd. und Zeta SA) seien die verschiedenen Geldflüsse plausibel und für sie bzw. – wie sich aus deren Berichten vom 28. November 2003 bzw. 30. Juni 2005 ergebe – ihre externe Revisorin nachvollziehbar. Der Staat Oz habe durch seinen Präsidenten, den Finanz- und Aussenminister sowie den Gouverneur der Nationalbank wiederholt

den Ursprung der Mittel und deren korrekte Verwendung bestätigt und die verschiedenen Transaktionen – insbesondere die Barabhebungen – ratifiziert; dieses System werde weitergeführt und die jeweiligen Verwendungszwecke der Barabhebungen überprüft. Es sei in erster Linie an ihnen – den Beschwerdeführerinnen – festzulegen, welches Risiko sie bereit seien einzugehen. Geschäftsbeziehungen mit gesteigerten Risiken seien nicht an sich verboten, sondern unterlägen lediglich besonderen Sorgfaltspflichten, welche vorliegend erfüllt würden, weshalb der angeordnete Eingriff der EBK in ihre Geschäftstätigkeit zu weit gehe und sich als unverhältnismässig erweise.

7.2.2 Die Bankenkommission vertritt die Auffassung, dass trotz der verschiedenen Abklärungen durch die Mutter-SA-Gruppe zahlreiche Grauzonen fortbeständen. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen bestehe zwar kein begründeter Verdacht, dass die Geschäftsbeziehungen «Oz» unmittelbar geldwäscherechtlichen Zwecken dienten oder mit der Finanzierung einer kriminellen Organisation im Sinne von Art. 5 GwV-EBK im Zusammenhang stünden. Trotz der plausiblen Erklärungen erlaube die komplexe Struktur der Konten, Transaktionen, Geschäftsabwicklungen und der Finanzflüsse zwischen den Konten der Kundschaft jedoch, ihre Geschäfte undurchsichtig zu gestalten. Die Mutter-SA-Gruppe sei selbst bei weiteren Abklärungen nicht in der Lage, eine Klärung des wirtschaftlichen Hintergrunds der Geschäftsbeziehung zu erreichen, welche eine korrekte Abschätzung der damit verbundenen Risiken erlaube. Die Möglichkeit, dass die Mittel zu privaten oder illegalen Zwecken (Korruption) verwendet würden, sei real und durch die Gruppe praktisch nicht kontrollierbar, solange sie Barabhebungen auf Mitteln zulasse, welche aufgrund fragwürdiger Dienstleistungsverträge von einem Konto auf ein anderes verschoben würden.



### 7.3

7.3.1 Nach Art. 17 GwV-EBK sind bei erhöhten Risiken zusätzliche Abklärungen erforderlich; diese sollen es erlauben, weitere Informationen über den Kunden und sein Umfeld zu sammeln, so dass das mit der Geschäftsbeziehung verbundene Risiko genauer beurteilt werden kann. Dabei geht es um eine Plausibilitätskontrolle. Die Abklärungen sind so zu gestalten, dass der Finanzintermediär mit gutem Grund annehmen darf, dass keine Rechts- und Reputationsrisiken bestehen, oder er, falls solche nicht auszuschliessen sind, im Hinblick auf seine Meldepflichten (Art. 9 GwG und 24 ff. GwV-EBK) zumindest in der Lage ist, eine angemessene Entscheidung zu treffen und die damit verbundenen Risiken zu beurteilen bzw. zu beschränken (WYSS, a.a.O., N. 2 zu Art. 17 GwV-EBK). Die umstrittenen Bankbeziehungen bzw. Geschäftsabwicklungen erweisen sich in verschiedener Hinsicht tatsächlich als wenig klar: Bezüglich des Öls aus Freedonia gewährt die Gamma Ltd. über das Konto o4 oder o5 einer durch einen Staatsangehörigen aus Freedonia gehaltenen Offshore-Gesellschaft (Bermuda) kurzfristige Darlehen, wobei die entsprechenden Gelder (inkl. Zins) über die Zeta Ltd., welche die Lieferungen offenbar verwertet, wieder an den Staat Oz zurückfliessen. Trotz der Erklärungen der Beschwerdeführerinnen ist nicht ersichtlich, welchen Sinn und Zweck das Zwischenschalten der Offshore-Gesellschaft bzw. die entsprechende wirtschaftliche Konstruktion hat. Diesbezüglich und betreffend die «Operation (...)» erachtet die EBK die Dokumentationspflicht in ihrer Vernehmlassung indessen als erfüllt, weshalb sich insofern weitere Ausführungen erübrigen; anders verhält es sich in Bezug auf die Barabhebungen und den diese ermöglichenden internen Geldfluss vom Konto o6 auf das Konto o5 aufgrund des Dienstleistungsvertrags zwischen der Ozöl und der Delta Ltd.:

7.3.2 Zwischen November 1998 und Mai 2004 wurden am Schalter der Mutter SA in Genf auf den umstrittenen Konten insgesamt USD 19 Mio. in bar abgehoben. Diese Kassageschäfte sind geldwäscherei-rechtlich mit Blick auf ihre Höhe und Regelmässigkeit besonders sensibel. Bei den entsprechenden Mitteln soll es sich zumindest zum Teil um Gelder eines der Regierung vorbehaltenen «Spezialfonds» handeln, dessen gesetzliche Regelung ursprünglich in Aussicht gestellt worden war, bisher jedoch nicht erfolgt ist. Die Mittel für diesen werden über Zahlungen – 4 % der Erdölverkäufe zwischen Ozöl und deren Tochter Zeta Ltd. Nassau – gestützt auf einen Dienstleistungsvertrag ohne reellen wirtschaftlichen Hintergrund geäufnet, was Verwaltungsratpräsident A an der Sitzung vom 13. Juli 2004 insofern zugestanden hat, als er festhielt, dass es sich dabei um die Quelle handle, welche letztlich die geheimen bzw. reservierten Fonds bildeten. Am 13. September 2004 bestätigte die Mutter SA in einem Schreiben an die EBK, dass die Delta Ltd. Ozöl keine Dienstleistung im wirtschaftlichen Sinn erbringe. Die Überweisung der Gelder vom Konto o6 auf das Konto o5 erfolgt somit aufgrund eines fiktiven Vertrags, was geldwäscherei- und aufsichtsrechtlich problematisch erscheint. Es ist nicht einzusehen, warum die entsprechenden Mittel aufgrund eines Vertrags ohne wirtschaftlichen Hintergrund über mehrere Stationen (...) unter Zwischenschaltung von Offshore-Gesellschaften auf das Konto o5 verschoben werden, wenn es nur darum geht, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die Gelder buchhalterisch dem Wunsch der Klientschaft entsprechend intern zu verteilen. Der Finanzfluss zwischen den Konten erweist sich – wie die EBK zu Recht festgestellt hat – auch aufgrund des zweiten Dienstleistungsvertrags zwischen der Delta Ltd. und der Zeta SA als problematisch: Das Konto o5, an dem der Staat Oz wirtschaftlich berechtigt ist, wird über das Konto o6 (wirtschaftliche Berechtigung: Ozöl) alimentiert, wobei von diesem wiederum Leistungen

an die zur Ozöl-Gruppe gehörende Zeta SA erbracht werden; dass Gelder aufgrund eines weiteren sehr offen abgefassten Dienstleistungsvertrags über den Staat Oz von der Zeta Ltd. zur Zeta SA fließen, ist ungewöhnlich und die ganze Konstruktion wenig transparent.

7.3.3 Zwar haben die Behörden des Staates Oz wiederholt bestätigt, dass die Gelder für staatliche Bedürfnisse verwendet würden; die entsprechenden Angaben können aber praktisch kaum überprüft und der konkrete Verwendungszweck der Mittel nicht erstellt werden. Trotz der wiederholten Nachfragen der Mutter-SA-Gruppe sind die Erklärungen der Behörden des Staates Oz wenig präzise. Am 22. Dezember 2004 hielten der Finanzminister und der Gouverneur der Nationalbank fest:

«Nous vous confirmons par la présente que les comptes de Oz auprès de votre établissement désigné ci-dessus sont utilisés pour les besoins de Oz uniquement, notamment pour régler les frais de déplacements, de représentation d'organes de l'État à l'étranger, certaines dépenses à l'étranger des membres du Gouvernement et de l'Administration ou de la Présidence et, de façon générale, pour assurer certains engagements de l'État à caractère souvent confidentiel émis par voie de transfert ou de prélèvements.

Ces comptes sont sous le contrôle de notre Ministère qui en supervise l'activité et les mouvements qui nous sont tous connus dans le détail.»

Hinsichtlich der Verwendung der in Genf in bar abgehobenen Gelder erklärten sie:

- «1. Les sommes que le Gouvernement de Oz fait prélever ou transférer, par les agents ou par leurs intermédiaires, sont toutes destinées à l'exclusion de tout enrichissement personnel illégitime de quiconque. Il est rendu compte de l'utilisation intégrale de ces sommes aux autorités compétentes de Oz, ainsi qu'elles vous ont confirmé à plusieurs reprises.
2. Certains retraits sont effectués en espèce, et non pas par virements, pour une ou plusieurs des raisons suivantes:
- (1) Leurs destinataires ne disposent pas de comptes bancaires ou ne souhaitent pas en avoir (c'est le cas d'une partie du personnel de nos ambassades et représentations à l'étranger).
- (2) L'État ne souhaite pas apparaître en tant que donneur d'ordre des mouvements (c'est le cas pour certaines dépenses à l'étranger des membres du Gouvernement et de l'Administration ou de la Présidence).
- (3) L'État souhaite maintenir le caractère souvent confidentiel des engagements qu'il honore.»

Der Staat Oz benützt die in bar abgehobenen Gelder somit für Geschäfte, bei denen er die Vertraulichkeit wahren bzw. keine Spuren schaffen will, die allenfalls bis zu ihm verfolgt werden können («paper trail»). Damit ist aber die Annahme der Bankenkommission, dass der wirtschaftliche Hintergrund der Transaktionen und die Verwendung der entsprechenden Mittel bereits von der Sache her nicht genügend ausgeleuchtet werden können, vertretbar, selbst wenn einzelne Ereignisse, für welche die Mittel teilweise verwendet worden sein sollen

(...), als solche durch die Bank erstellt und dokumentiert worden sind. Im Rahmen der zusätzlichen Abklärungen bei erhöhten Risiken darf sich der Finanzintermediär nicht mit vagen Erklärungen des Kunden zufriedengeben; er muss deren Inhalt nötigenfalls anderweitig erhärten, was den Beschwerdeführerinnen trotz ihrer Bemühungen nur ungenügend gelungen und wegen des spezifischen Verwendungszwecks der Gelder («Spezialfonds») praktisch auch kaum möglich ist. Dass die externe Revisorin dies anders sieht, ändert hieran nichts: Deren Einschätzung vermag die Bankenkommision nicht zu binden; diese entscheidet in eigener Verantwortung (BGE 130 II 351 E. 3.3.2 S. 359, mit Hinweisen; POLEDNA/MARAZZOTTA, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, a.a.O., N. 16 zu Art. 23<sup>bis</sup>).

#### 7.4

7.4.1 Zwar obliegt es in erster Linie dem Finanzintermediär, seine Rechts- und Reputationsrisiken abzuschätzen, und dürfen unter genauer Überwachung zweifelhafte Geschäftsbeziehungen weitergeführt werden (vgl. Art. 29 GwV-EBK); dies gilt jedoch nur, soweit sich die entsprechende Beurteilung als sachgerecht erweist. Es ist nicht an den Banken, im Rahmen ihrer Aktivitäten quasi Polizeifunktionen im Markt wahrzunehmen und Geschäfte der Kunden zu überwachen oder zu verhindern, die gestützt auf die ihnen zumutbaren Abklärungen weder als gesetzwidrig noch als unsittlich gelten können (vgl. KLEINER/SCHWOB, a.a.O., N. 170 u. 191 ff. zu Art. 3 BankG); allein die Tatsache, dass eine potentielle Gefahr eines unlauteren Handelns seitens der Kundschaft nicht absolut ausgeschlossen werden kann, genügt für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten zum Schutz der Bank und des Bankenplatzes wegen der damit verbundenen Risiken nicht. Ein solches rechtfertigt sich – im Hinblick auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) – erst, wenn ein bei objektiver Betrachtung realistisches, vom

beaufsichtigten Institut indessen unterschätztes Rechts- oder Reputationsrisiko besteht. Hierbei hat das Bundesgericht sein Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der für die kohärente Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes primär verantwortlichen Fachinstanz zu stellen (vgl. BGE 131 II 680 E. 2.3.3 S. 684 f. mit Hinweisen); es greift in die Beurteilung der EBK deshalb nur ein, wenn sie nicht alle berührten Interessen berücksichtigt oder die erforderlichen Abklärungen nicht sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (vgl. BGE 131 II 680 E. 2.3.2).

7.4.2 Davon kann hier nicht die Rede sein: Die Haltung der EBK mag streng erscheinen, hält sich aber im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse zur aufsichtsrechtlichen Beseitigung eines im Sinne von Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG festgestellten Missstands (zur Auslegung des entsprechenden unbestimmten Rechtsbegriffs und zu dem der EBK dabei zustehenden Beurteilungsspielraum: BGE 108 Ib 196 E. 3b). Der wirtschaftliche Hintergrund der von ihr beschränkten Transaktionen ist – wie dargelegt – trotz der Bemühungen der Beschwerdeführerinnen nicht hinreichend erstellt und aufgrund der Natur der Geschäfte (vertrauliche Regierungsaktivitäten) praktisch nicht belegbar. Bei den umstrittenen Konten handelt es sich weitgehend um der Regierung des Staates Oz vorbehaltene geheime Mittel, welche – bisher offenbar ohne entsprechende gesetzliche Grundlage im Heimatrecht – über bahamaische Offshore-Gesellschaften aus den Erlösen von Erdölgeschäften abgezweigt und zu einem wesentlichen Teil in bar zu nur sehr beschränkt kontrollierbaren Zwecken verwendet werden. Das System von verschiedenen Gesellschaften, Konten und Verschiebungen der Mittel unter diesen erlaubt es der Kundschaft, ihre Aktivitäten wenig transparent zu gestalten, und bildet im Hinblick auf die in Oz verbreitete, endemische Korruption für die Mutter-SA-Gruppe damit ein beträchtliches Rechts- und Reputationsrisiko; dies umso mehr, als die

Geschäftsbeziehungen der Tochter Ltd. allgemein stark mit erhöhten Risiken belastet sind; rund die Hälfte machen betragsmässig dabei die vorliegend umstrittenen Konten aus. Die Bankenkommission hat schliesslich nicht die Fortführung der Kundenbeziehung als solche untersagt, sondern nur die Vornahme der nicht hinreichend plausibel dokumentierten bzw. dokumentierbaren und deshalb mit einem überdurchschnittlichen Rechts- bzw. Reputationsrisiko für die Mutter-SA-Gruppe verbundenen Transaktionen auf den umstrittenen Konten bzw. die entsprechenden internen Geldflüsse.

7.4.3 Die von den Beschwerdeführerinnen vorgeschlagene Lösung wäre nicht geeignet, die mit den Barbezügen und deren Finanzierung verbundenen Risiken massgebend zu beschränken, sollen jene Geschäfte doch, im Rahmen der bisherigen Modalitäten, gerade aufrechterhalten werden. Im Übrigen ist aufgrund der Erklärungen der Klientenschaft über den Verwendungszweck der in bar abgehobenen Mittel (Botschafts- und Repräsentationskosten) nicht zu erkennen, warum diese nicht durch Überweisungen auf entsprechende Botschaftskonten oder den Einsatz von Kreditkarten deutlich reduziert werden könnten, was es allenfalls erlauben würde, das von der EBK verfügte Verbot der Kassageschäfte bei hinreichender Dokumentation der jeweiligen Transaktionen (Bestätigung der Barzahlungen durch die Empfänger, Rechnungen usw.) angemessen zu lockern.

7.4.4 Soweit die Beschwerdeführerinnen kritisieren, sie würden gegenüber anderen Banken rechtsungleich behandelt, belegen sie diesen Vorwurf nicht weiter, weshalb sich zusätzliche Abklärungen nicht rechtfertigen. Mit Blick auf die unterschiedlichen Charakteristika der einzelnen Bankinstitute (Typ, Kundenzusammensetzung, Risikobereitschaft, interne Organisation usw.) sind die verschiedenen denkbaren

Situationen zum Vornherein kaum miteinander vergleichbar, weshalb der Bankenkommission beim Entscheid, welche aufsichtsrechtlichen Massnahmen sie im Einzelfall ergreift, ein grosser Ermessensspielraum zukommt und eine rechtswidrige Ungleichbehandlung nicht leichthin angenommen werden kann (vgl. Urteil 2A.169/1989 vom 6. März 1990, E. 6). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sie bei Geschäften mit ähnlichen Risiken anderer Banken mit gleichem Profil nicht gehandelt hätte oder nicht bereit wäre einzugreifen.

7.4.5 Unbegründet ist schliesslich auch der Einwand, die Bankenkommission wende ihre Geldwäschereiverordnung in unzulässiger Weise rückwirkend an: Die entsprechende Verordnung ist am 1. Juli 2003 in Kraft getreten (Art. 33 GwV-EBK) und sah eine Übergangsfrist bis zum 30. Juni 2004 vor (Art. 32 GwV-EBK); analoge aufsichtsrechtliche Sorgfalts- und Meldepflichten galten indessen bereits zuvor in Anwendung der Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei vom 26. März 1998 (EBK-RS 98/1). Die EBK beurteilte die Frage, ob die Mutter-SA-Gruppe aufgrund der vorliegenden Abklärungen und Unterlagen das mit den umstrittenen Geschäften verbundene Rechts- und Reputationsrisiko künftig global hinreichend zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen vermag, aufgrund der zum Zeitpunkt ihrer Verfügung getroffenen Vorkehrungen und nicht aufgrund allenfalls früherer, ungenügender Verhältnisse.

8

8.1 Die Beschwerde ist unbegründet und deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.



## **Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 28. September 2005**

---

### **Verletzung der Informations- bzw. Sorgfaltspflicht des Effekthändlers (Art. 11 BEHG); mangelhafte Organisation (Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG i.V.m. Art. 19 BEHV und Art. 4 der SBVg-Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge)**

- 1 Die Anforderungen an den Umfang der Informationspflicht und Abklärungspflichten des Effekthändlers zum Wissensstand des Kunden steigen mit der Komplexität und dem Risikopotenzial der gehandelten Effekten (Ziff. 21 ff.).
- 2 Die Verletzung der Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der schweizerischen Bankiervereinigung kann als Verletzung der aufsichtsrechtlichen Sorgfaltspflicht des Effekthändlers gewertet werden (Ziff. 29).
- 3 Ein Effekthändler muss das Risiko von Produkten, die er seinen Kunden anbietet oder aufgrund eines Vermögensverwaltungsvertrags ins Depot legt, kennen und überwachen, ob Kundenberater die internen Richtlinien und vertraglichen Abmachungen einhalten (Ziff. 39).

**Violation du devoir d'information resp. du devoir de diligence du négociant en valeurs mobilières (art. 11 LBVM); organisation déficiente (art. 10 al. 2 let. a LBVM en relation avec art. 19 OBVM et art. 4 des directives de l'ASB concernant le mandat de gestion de fortune)**

- 1 Les exigences relatives à l'ampleur des devoirs d'information et de clarification du négociant en valeurs mobilières quant à l'état des connaissances du client augmentent avec la complexité et le potentiel de risque des valeurs mobilières négociées (ch. 21 ss).
- 2 La violation des directives de l'Association suisse des banquiers concernant le mandat de gestion de fortune peut être considéré comme une violation du devoir prudentiel de diligence du négociant en valeurs mobilières (ch. 29).
- 3 Un négociant en valeurs mobilières doit connaître le risque des produits qu'il propose à ses clients ou qu'il met dans leur dépôt sur la base d'un contrat de gestion de fortune et surveiller que les conseillers à la clientèle respectent les directives internes et les dispositions contractuelles (ch. 39).

**Violazione dell'obbligo d'informazione, risp. dell'obbligo di diligenza (art. 11 LBVM); organizzazione insufficiente (art. 10 cpv. 2 lit. a LBVM in relazione all'art. 19 OBVM e all'art. 4 delle direttive dell'ASB relative ai mandati di gestione patrimoniale)**

- 1 Le esigenze relative all'ampiezza agli obblighi d'informazione e di chiarificazione delle conoscenze del cliente da parte del commerciante di valori mobiliari aumentano con la complessità ed il rischio potenziale dei valori mobiliari negoziati (cifre 21 ss).
- 2 La violazione delle direttive dell'Associazione svizzera dei banchieri sui mandati di gestione patrimoniale può essere considerata come una violazione dell'obbligo di diligenza di cui alla LBVM spettante al commerciante di valori mobiliari (cifra 29).
- 3 Un negoziante di valori mobiliari deve conoscere il rischio legato ai prodotti ch'egli propone ai propri clienti o ch'egli inserisce nel loro deposito sulla base di un contratto di gestione patrimoniale e deve vigilare a che i consulenti alla clientela rispettino le direttive interne e le disposizioni contrattuali (cifra 39).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die Kundenberater des Effekthändlers *Alpha* stellten im Frühling 2003 ein Bedürfnis eines Teils der Kundschaft nach ertragreicheren Anlageprodukten als traditionelle Anlagen in Obligationen und Aktien fest. Mit dem Anliegen, solche Produkte für die Kunden zu kaufen, gelangten diese an die Geschäftsleitung. Der im Frühjahr 2003 zur *Alpha* gestossene Vorsitzende der Geschäftsleitung A, der aufgrund der Um-

setzung eines umfangreichen Aktionsplans absorbiert war, beauftragte die Produktverantwortliche B, ein entsprechendes Produkt zu suchen. Nachdem A und B einer Präsentation von Dieter Behring beigewohnt hatten, stellte B an einer Geschäftsleitungssitzung das Produkt *X Fund* vor, welches das Anlagesystem von Dieter Behring benutzte. B stützte sich dabei auf ein «Offering Memorandum», eine «General Description and Summary of the Trading System» und ein «Fact Sheet» mit einigen Finanzkennzahlen.

Die Anlagekommission der Alpha, bestehend aus A und B und drei weiteren Mitarbeitern, fällte in der Folge den Entscheid, Anteile am X Fund unter den Voraussetzungen zu erwerben, dass dieses Produkt nur nach Rücksprache mit den Kunden und nur in kleinen Beständen, maximal 2,5% des jeweiligen Kundenvermögens ausmachend, zu kaufen sei. B sammelte und koordinierte in der Folge die Kaufaufträge der Kunden für Anteile des X Fund und kaufte die entsprechenden Anteile über verschiedene Banken. Bei der Auswahl der Kunden, für welche Anteile am X Fund gekauft wurden, bestand keine Systematik. Sie war zudem wesentlich von der Person des jeweiligen Kundenberaters abhängig.

Der Effekthändler kaufte für insgesamt 19 Kunden Anteile am X Fund:

- Von diesen 19 Kunden hatten im Zeitpunkt des Kaufes elf das Anlageprofil «ausgewogen», zwei «einkommensorientiert», einer «kapitalgewinnorientiert». Bei fünf Kunden waren gar keine Anlageprofile festgelegt.

- Alle 19 Kunden hatten einen Vermögensverwaltungsvertrag unterzeichnet, wobei dieses Vertragswerk keine Unterscheidung zwischen einem echten Vermögensverwaltungs- und einem blossen Beratungsmandat machte. Nach Angaben der Alpha handelte es sich bei zehn dieser Mandate um Beratungsmandate.
- Bei drei Kunden mit Beratungsmandaten fehlte eine ausdrückliche Zustimmung zum Kauf von Anteilen am X Fund.
- Die intern beschlossene Risikobegrenzungsklausel (2,5%-Klausel) wurde in 13 Fällen nicht beachtet – was zum Teil auf Wunsch der Kunden geschah. Acht Kunden hielten einen prozentualen Anteil im Vergleich zum übrigen Vermögen von über 10 %.
- Zu 80 % wurden die Kunden von B betreut.

Im Frühling 2004 bemerkte A, die fehlenden Zustimmungen von Kunden und die Verletzung der 2,5%-Klausel und leitete in einzelnen Fällen die Kündigung der Produkte auf den nächstmöglichen Zeitpunkt ein. Nachdem Ende Juni 2004 die Alpha aufgrund von Presseberichten über Dieter Behring auf die besonderen Risiken des X Fund aufmerksam wurde, kündigte sie umgehend auch die restlichen gekauften Anteile. Zu einer Rückzahlung kam es indessen nicht mehr, da die Kündigung erst per Ende September 2004 möglich war und zu diesem Zeitpunkt das System von Dieter Behring völlig zum Erliegen gekommen war.

## Aus den Erwägungen

### 1 Verletzung der Informations- bzw. Sorgfaltspflicht

#### 1.1 Allgemeines

(18) Effekthändler müssen die in Art. 11 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG; SR 954.1) aufgeführten Verhaltensregeln einhalten. Gemäss Art. 11 Abs. 1 BEHG hat der Effekthändler gegenüber seinen Kunden eine Informationspflicht (er weist sie insbesondere auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hin, vgl. BGE 126 II 71), eine Sorgfaltspflicht (er stellt insbesondere sicher, dass die Aufträge seiner Kunden bestmöglich erfüllt werden und diese die Abwicklung seiner Geschäfte nachvollziehen können) und eine Treuepflicht (er stellt unter anderem sicher, dass allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligen). Art. 11 BEHG kommt im Zusammenhang mit dem Zweck des Gesetzes eine zentrale Bedeutung zu, weshalb dessen Beachtung mit grosser Strenge zu prüfen ist (vgl. die Botschaft zum BEHG BBl 1993 I S. 1114 ff.). In aufsichtsrechtlicher Hinsicht stellen die Verhaltenspflichten von Art. 11 BEHG eine Konkretisierung der in Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG enthaltenen Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftsführung dar. Die Verletzung der Verhaltensregeln zieht in der Regel aufsichtsrechtliche Konsequenzen nach sich, wobei insbesondere wiederholte und/oder gravierende Verletzungen regelmässig zur Überprüfung der Gewähr einer einwandfreien Geschäftsführung führen.

(19) Die Verhaltensregeln sind in Art. 11 BEHG nur in ihren Grundzügen festgehalten. Da das Börsengesetz als Rahmengesetz ausgestaltet ist und der Gesetzgeber der Selbstregulierung eine wichtige Funktion zudachte (vgl. BBl 1993 S. 1378 f.), wurde u. a. auch auf die Konkreti-

sierung von Art. 11 BEHG durch den Ordnungsgeber bewusst verzichtet. Stattdessen überliess man diese Aufgabe der «kontrollierten Selbstregulierung», sprich, die EBK beschränkte sich darauf, von der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) verabschiedete Verhaltenspflichten zu genehmigen und für Effekthändler als Mindeststandard festzulegen (vgl. Franz Stirnimann, in: Peter Nobel (Hrsg.): Aktuelle Rechtsprobleme des Finanzplatzes, 5/1996, S. 109). Die EBK hat in diesem Kontext bislang zwei Regelwerke der SBVg als Minimalstandards für verbindlich erklärt: Einmal die «Verhaltensregeln für Effekthändler bei der Durchführung des Effekthändlergeschäftes» (SBVg-Verhaltensregeln) vom 22. Januar 1997 (EBK-RS 04/2, Anhang I, Ziff. I.5, vormals EBK-RS 96/3, Rz 24) sowie die «Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge» (SBVg-Richtlinien) vom 18. September 2003 bzw. 24. Juli 2000 (EBK-RS 04/2, Anhang, Ziff. I.12, vormals EBK-RS 96/3 Rz. 24). Die EBK (und erst recht der Zivilrichter) sind allerdings an die Selbstregulierungen nicht gebunden. Sie kann im Einzelfall strengere Anforderungen festlegen. Sie wird dies aber nur mit grosser Zurückhaltung und in krassen Fällen tun, die durch die Selbstregulierungen nicht abgedeckt sind.

## 1.2 Informationspflicht

(20) Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG verpflichtet jeden Effekthändler, seine Kunden zu informieren, insbesondere auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hinzuweisen. Das Ausmass der Informationspflicht richtet sich gemäss Art. 11 Abs. 2 BEHG nach der Geschäftserfahrung und den fachlichen Kenntnissen des Kunden.

(21) Grundsätzlich darf der Effektenhändler davon ausgehen, dass jeder Kunde die Risiken kennt, die üblicherweise mit dem Kauf, Verkauf und Halten von Effekten verbunden sind. Dazu gehören insbesondere die Bonitäts- und Kursrisiken von Aktien, Obligationen und Anlagefondsanteilen (Art. 3 Abs. 2 SBVg-Verhaltensregeln). Die Informationspflicht bezieht sich dabei auf die besondere Risikostruktur bestimmter Geschäftsarten und nicht auf die spezifischen Risiken einzelner Effektenhandelstransaktionen (Art. 3 Abs. 3 SBVg-Verhaltensregeln). Wünscht etwa ein Kunde eine Effektenhandelstransaktion an einem ausländischen Markt in einer Geschäftsart zu tätigen, deren Risikostruktur über den üblichen Rahmen hinausgeht, und verfügt der Effektenhändler weder über genügende eigene Kenntnisse über die Risikostruktur der betreffenden Geschäftsart noch über eine standardisierte Information darüber, so weist er den Kunden auf diesen Umstand hin (N. 12 SBVg-Verhaltensregeln).

(22) Soweit Geschäftsarten betroffen sind, deren Risikopotenzial über das für Kauf, Verkauf und Halten von Effekten übliche Mass hinausgeht, kann der einzelne Effektenhändler seine Informationspflicht standardisiert oder individualisiert wahrnehmen. Erfüllt er sie standardisiert, hat die Information in allgemein verständlicher Form und für alle Kunden gleich zu erfolgen. Eine standardisierte Informationspflicht kann in der Regel dadurch erfüllt werden, dass der Effektenhändler dem Kunden die für bestimmte Effektenarten und Märkte ausgearbeiteten Risikoinformationsschriften (Risk Disclosure Statements, vgl. insbesondere die Risiko-Informationsschrift der Schweizerischen Bankiervereinigung: Besondere Risiken im Effektenhandel) zur Verfügung stellt (N. 9 SBVg-Verhaltensregeln). Da diese Texte jedoch für den Retail-Kunden in der Regel nicht einfach zu verstehen sind, kann es beim Handel mit komplexen und hochspekulativen Produkten



angezeigt sein, dem Kunden zusätzliche produktespezifische Informationen zukommen zu lassen (vgl. Hertig/Schuppisser, BEHG-Kommentar, N. 65 zu Art. 11 BEHG). Jedenfalls ist der Effektenhändler mit der Abgabe einer Informationsbroschüre nicht davon befreit, sich zu versichern, dass der Kunde den Inhalt der Broschüre auch tatsächlich in den Grundzügen verstanden hat (Chappuis/Werro, AJP/PJA 5/2005, S. 570). Erfüllt der Effektenhändler die Informationspflicht individualisiert, soll er den Grad der Geschäftserfahrenheit und die fachlichen Kenntnisse des einzelnen Kunden mit der nach den Umständen zumutbaren Sorgfalt feststellen und seiner Information zu Grunde legen (Art. 3 Abs. 4 der Verhaltensregeln für Effektenhändler). Keinesfalls genügt ein genereller Hinweis auf die Möglichkeit eines Totalverlusts (vgl. EBK Bulletin 35, S. 13 ff.).

(23) Der Effektenhändler hat seine Informationspflicht aktiv wahrzunehmen und den Kunden rechtzeitig vor Ausführung des Effektengeschäfts vollständig und materiell korrekt über die wesentlichen Risiken der Geschäftsart zu informieren (Art. 4 SBVg-Verhaltensregeln). Zum Zeitpunkt der Information ist insbesondere zu berücksichtigen, was für einen Vertrag der Effektenhändler mit dem jeweiligen Kunden abgeschlossen hat: Erteilt der Kunde dem Effektenhändler einen Vermögensverwaltungsauftrag, so hat der Effektenhändler den Kunden zu Beginn des Auftrags über die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken aufzuklären. Eine weitere Aufklärung erübrigt sich in der Regel; die Information muss höchstens dann aufdatiert werden, wenn der Kunde neue Effektingeschäfte mit wesentlich veränderter Risikostruktur tätigen will (N. 13 SBVg-Verhaltensregeln). Bei autonom handelnden Kunden und bei Beratungskunden ist dagegen möglich, dass eine zusätzliche Risikoaufklärung während der Geschäftsbeziehung erforderlich wird. Dies etwa dann, wenn für den Effektenhändler

erkennbar ist, dass ein Kunde eine neue Geschäftsart betreibt, deren Risiken er nicht kennt, oder wenn der Effektenhändler einem Beratungskunden solche Geschäfte aktiv empfiehlt oder dafür Werbung macht (vgl. insbesondere Hertig/Schuppisser, BEHG-Kommentar, N. 55 ff. zu Art. 11 BEHG und Urs Roth, BEHG-Kommentar, N. 58 ff. zu Art. 11 BEHG).

(24) Nach den Verhaltensregeln für Effektenhändler (N. 11) beinhaltet die Informationspflicht nach Art. 11 BEHG grundsätzlich auch die Verpflichtung des Effektenhändlers und von dessen Mitarbeitenden, die Erfüllung der Informationspflicht gegenüber dem Kunden zu dokumentieren, damit sie im Streitfall die korrekte Aufklärung nachweisen können. Der Kundenbetreuer bzw. der Effektenhändler muss somit auf geeignete Weise festhalten, wie er den Kunden informiert hat. Diese Pflicht liegt im ureigenen Interesse des Effektenhändlers, erlaubt dies ihm doch im Streitfall darlegen zu können, dass er die Vorgaben von Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG eingehalten hat.

(25) In den damals verwendeten Vermögensverwaltungsverträgen des Effektenhändlers war betreffend Risikoaufklärung unter Ziffer 15 festgehalten: «Der Auftraggeber bestätigt mit der Unterzeichnung dieser Vereinbarung, die Broschüre Merkmale und Risiken von Börsengeschäften erhalten zu haben.» Diese im Jahr 1999 verfasste Broschüre behandelt ohne Anspruch auf Vollständigkeit Merkmale und Risiken einiger Geschäftsarten, deren Risikopotenzial oder Risikostruktur über das übliche Mass hinausgehen. Beschrieben werden Optionsgeschäfte, Termingeschäfte und Hybriden. Nichts wird dagegen zu Hedge Funds gesagt, wie dies etwa die SBVg in ihrer Musterbroschüre «Besondere Risiken im Effektenhandel» vom 3. September 2001 den Effektenhändlern nahe legt.

(26) Die Alpha hat in keiner Weise dargetan, dass sie diejenigen Kunden, denen sie Anteile am hochspekulativen X Fund, einem Hedge Fund, ins Depot legte oder denen sie den Kauf dieser Anteile empfahl, über die besonderen Risiken, die mit dem Kauf von Anteilen an Hedge Funds verbunden sind, aufgeklärt hätte. In Bezug auf den X Fund hält die Alpha fest, «als Basis für die Information der Kunden diene die General Description and Summary of the Trading System, das Offering Memorandum und die monatlich publizierten Fact Sheets mit den Finanzkennzahlen des X Fund». Die in diesen Unterlagen befindlichen Angaben sind nicht aussagekräftig und erlauben es – wie es bei Hedge Funds häufig vorkommt – nicht, sich ein zuverlässiges Bild über die Funktionsweise des Produkts zu machen. Zudem hielt die Alpha fest, «[es] sind keine Angaben dokumentiert, welche Unterlagen den einzelnen Kunden zugestellt oder im Gespräch gezeigt oder abgegeben worden sind. Wir weisen darauf hin, dass die meisten betroffenen Kunden diese Unterlagen nicht gesehen haben.» Dem geschäftsunerfahrenen Kunden ist es nicht möglich, gestützt auf die rudimentären Angaben sich ein genügendes Bild über die mit dem Kauf von Anteilen des X Fund verbundenen Risiken zu machen. Die Alpha hat somit die Informationspflicht gemäss Art. 11 BEHG verletzt.

(27) Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass in sechs Fällen Kunden einen Risikorevers betreffend Geschäfte mit besonderen Risiken unterzeichnet hatten. In diesem Revers bestätigte der Kunde ausdrücklich, er sei damit einverstanden, dass im Rahmen der Vermögensverwaltung Anlagen mit besonderen Risiken getätigt werden und er die Broschüre «Besondere Risiken im Effektenhandel» der SBVg von der Alpha erhalten und die spezifischen Risiken dieser Geschäfte verstanden hat. Mindestens bei vier dieser Kunden wurde der Risikorevers

vom jeweiligen Kunden allerdings erst nach der Investition in X-Fund-Anteilen unterzeichnet.

### 1.3 Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit Vermögensverwaltungsaufträgen

(28) Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. b BEHG trifft einen Effekthändler gegenüber seinen Kunden eine Sorgfaltspflicht und hat er insbesondere sicherzustellen, dass die Aufträge seiner Kunden bestmöglich erfüllt werden und diese die Abwicklung seiner Geschäfte nachvollziehen können.

(29) Auch unter die aufsichtsrechtliche Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 11 BEHG zu subsumieren ist die Verpflichtung eines Effekthändlers, einen ihm erteilten Vermögensverwaltungsauftrag sorgfältig, d. h. unter Einhaltung der vertraglichen Bestimmungen und der festgelegten Anlagestrategie zu erfüllen. Der Gehalt der aufsichtsrechtlichen Sorgfaltspflicht deckt sich diesbezüglich weitgehend mit der zivilrechtlichen Sorgfaltspflicht nach Art. 394 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220). Die SBVg hat «Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge» erlassen (vgl. [19]). Die SBVg-Richtlinien vom 18. September 2003 sind in ihrer geänderten Fassung am 1. November 2003 in Kraft getreten. Sie ersetzen diejenigen vom 24. Juli 2000. Die Anteile des X Fund wurden mehrheitlich vor, teilweise aber auch nach dem 1. November 2003 gekauft, so dass vorliegend beide Fassungen zur Anwendung gelangen. Die konkret anwendbaren Bestimmungen sind jedoch praktisch identisch. Erteilt ein Kunde einem Effekthändler einen Vermögensverwaltungsauftrag im Sinne der Richtlinien, wird dieser ermächtigt, alle Handlungen auszuführen, die

er im Rahmen der üblichen bankmässigen Vermögensverwaltung als zweckmässig erachtet.

(30) Die Richtlinien machen klare Vorgaben: Ein Effektenhändler ist verpflichtet, die ins Depot des Kunden aufzunehmenden Anlagen mit Sorgfalt auszuwählen (Art. 7). Bei der Wahl der Anlagen hat er sich auf zuverlässige Informationsquellen zu stützen (Art. 7). Der Effektenhändler hat dafür zu sorgen, dass der ihm erteilte Vermögensverwaltungsauftrag durch die zuständigen Mitarbeiter (1) im Rahmen der jeweils gewählten Anlagepolitik sowie (2) gemäss den allfälligen internen Weisungen ausgeübt wird (Art. 3). Zur Diversifikation des Gesamtportfolios können nicht-traditionelle Anlagen eingesetzt werden, wenn sie nach dem Fund-of-Funds-Prinzip strukturiert sind oder sonst für eine gleichwertige Diversifikation Gewähr bieten und die leichte Handelbarkeit gewährleistet ist (Art. 12). Zu den Pflichten eines Effektenhändlers gehört auch, mit dem Vermögensverwaltungskunden im direkten Kontakt dessen Anlageziele zu erörtern und festzuhalten. Es ist dann Sache des Effektenhändlers, zur Erreichung des Kundenziels die Anlagepolitik festzulegen. Der Effektenhändler kann die Anlagepolitik entweder für alle Kunden einheitlich, nach bestimmten Kundengruppen oder für jeden Kunden individuell ausrichten (vgl. Kommentar zu Art. 1).

(31) Die Unterlagen, welche den Kundenberatern über das Anlageprodukt X Fund zur Verfügung standen, um dieses und damit dessen Risiken richtig einschätzen zu können, sind rudimentär. Das «Offering Memorandum», die «General Description and Summary of the Trading System» und das «Fact Sheet» mit den Finanzkennzahlen geben jedenfalls nur ungenügend Auskunft über das Anlageprodukt. Die Alpha räumt denn auch selber ein, das Produkt sei durch sie zu wenig seriös

überprüft worden. Die Effektenhändlerin hat es somit unterlassen, sich über die Beschaffenheit des Produkts X Fund und dessen Risiken hinreichend zu informieren. Von den 19 Kunden mit X-Fund-Anteilen hatten elf das Anlageprofil «ausgewogen», zwei «einkommensorientiert», einer «kapitalgewinnorientiert» vereinbart. Da es sich bei der erwähnten Anlage um ein höchst spekulatives Produkt handelte, ist davon auszugehen, dass die Alpha in mindestens 13 Fällen (Profile: «ausgewogen» und «einkommensorientiert») die Anlageprofile und somit die vertraglichen Vereinbarungen nicht einhielt. Inwiefern die zuständigen Kundenberater auf Ersuchen eines Kunden das jeweilige Anlageprofil ausser Acht liessen, ist nicht dokumentiert und somit nicht mehr nachvollziehbar. In 13 Fällen missachteten die jeweiligen Kundenberater die interne Weisung des Direktors, wonach das Produkt nur in kleinen Beständen bis zu 2,5 % des jeweiligen Kundenvermögens gekauft werden sollte. Das Anlageprodukt X Fund genügte den Anforderungen an die gemäss SBVg-Richtlinie zugelassenen nicht-traditionellen Anlagen nicht, da es weder nach dem Fund-of-Funds-Prinzip strukturiert noch leicht handelbar war. Zudem hat die Alpha in fünf der 19 Fälle gar keine Anlageziele schriftlich vereinbart. Der Alpha ist schliesslich vorzuwerfen, dass sie über ein Standardvertragswerk verfügte, das keine klare Unterscheidung zwischen Vermögensverwaltungs- und Beratungsmandaten zulies. So bestand zwischen 10 Kunden und der Alpha offiziell zwar ein Vermögensverwaltungsmandat, der gelebte Charakter war aber ein Beratungsmandat. Zudem unterliess sie es bei drei Beratungskunden, deren ausdrückliche Zustimmung zum Kauf von Anteilen des X Fund einzuholen.

(32) Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass die Alpha bei der Wahl, beim Andienen und beim Kauf des Anlageproduktes X Fund

für ihre Vermögens- und Beratungskunden in Missachtung von Art. 11 BEHG unsorgfältig vorging.

(...)

### 3 Mangelhafte Organisation

(37) Das Börsengesetz schreibt als Bewilligungsvoraussetzung vor, dass ein Effektenhändler über eine seiner Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügen muss (Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG i. V. m. Art. 19 BEHV und Art. 4 der SBVg-Richtlinien). Er hat zudem nach Art. 20 BEHV für ein wirksames internes Kontrollsystem zu sorgen. Zudem haben Effektenhändler nach der Präambel der SBVg-Richtlinien eine ihrer Struktur und Geschäftstätigkeit entsprechende zweckmässige Betriebsorganisation, Ausbildung und Kontrolle (Compliance) zu gewährleisten.

(38) Weder die Geschäftsleitung noch das Back Office bemerkten die verschiedenen Verfehlungen wie namentlich die unzulässigen Kompensationsgeschäfte, die unsorgfältige Auswahl des Anlageprodukts X Fund, die Überschreitung der 2,5%-Klausel, die Vermischung von Vermögensverwaltungs- und Beratungsmandaten, die fehlende Dokumentation der Einhaltung der Informationspflicht, das Fehlen von Anlageprofilen sowie die Nichtübereinstimmung des Produkts mit den entsprechenden Anlageprofilen. Erst als der Direktor A die Betreuung der Kunden von B übernahm, wurden die Verfehlungen entdeckt und Massnahmen eingeleitet. Dies lässt darauf schliessen, dass die Kontrollprozesse durch die Geschäftsleitung und die übrigen Führungsverantwortlichen zur Verhinderung und Aufdeckung von Fehlern und

Unregelmässigkeiten ungenügend waren. Das interne Kontrollsystem der Alpha war insgesamt mangelhaft.

(39) Die Tatsache, dass die im EBK-RS 03/1 konkretisierten Vorgaben betreffend bewilligungsfreien Vertrieb von Anlagefonds in keiner Weise in die Entscheid- und Überwachungsabläufe der Alpha eingeflossen sind bzw. dass die Effekthändlerin dieses Rundschreiben schlicht nicht wahrgenommen hat, stellt für sich allein schon ein schweres Organisationsversagen dar. Damit war die Alpha der Möglichkeit beraubt, sich den aus der Missachtung der Anlagefondsgesetzgebung ergebenden Reputations- und Rechtsrisiken überhaupt bewusst zu werden. Die Alpha hat sich somit im Zusammenhang mit dem Verkauf von Anteilen am X Fund ein schweres Organisationsdefizit und damit eine Verletzung von Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG vorwerfen zu lassen.

(...)

*Massnahmen der EBK: Es wird festgestellt, dass der Effekthändler die börsengesetzliche Informations- und Sorgfaltspflicht grob verletzt hat und ungenügend organisiert war.*



## **Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 27. September 2005**

---

### **Verstoss gegen Art. 20 Abs. 3 AFG**

- 1 Das Verbot des Art. 20 Abs. 3 AFG gilt absolut, weder die Depotbank noch die Revisionsstelle oder die Aufsichtsbehörde können Ausnahmen gestatten (Ziff. 6b).
- 2 Es ist der Fondsleitung bzw. den für sie handelnden natürlichen oder juristischen Personen untersagt, als Vertragspartei an einem nicht erlaubten Rechtsgeschäft gemäss Art. 20 Abs 3 AFG mitzuwirken (Ziff. 6a).
- 3 Transaktionen unter Missachtung von Art. 20 Abs. 3 AFG sind rückabzuwickeln und der Fonds schadlos zu halten (Ziff. 6e).

### **Violation de l'art. 20 al. 3 LFP**

- 1 L'interdiction de l'art. 20 al. 3 LFP s'applique de manière absolue. Ni la banque dépositaire, ni la société de révision, ni l'autorité de surveillance ne peuvent autoriser des exceptions (ch. 6b).
- 2 Il est interdit à la direction du fonds, respectivement aux personnes physiques ou morales qui agissent en son nom, de participer à un acte juridique qui n'est pas autorisé selon l'art. 20 al. 3 LFP (ch. 6a).
- 3 Les transactions violant l'art. 20 al. 3 LFP doivent être annulées sans dommage pour le fonds (ch. 6e).

### **Violazione dell'art. 20 cpv. 3 LFI**

- 1 Il divieto di cui all'art. 20 cpv. 3 LFI ha valore assoluto. Delle eccezioni non possono essere autorizzate né dalla banca depositaria, né dalla società di revisione, né dall'autorità di sorveglianza (cifra 6b).
- 2 Alla direzione del fondo, rispettivamente alle persone fisiche e morali che agiscono in suo nome, è fatto divieto di contribuire in quanto parte ad un atto giuridico che non è autorizzato dall'art. 20 cpv. 3 LFI (cifra 6a).
- 3 Le transazioni effettuate in violazione dell'art. 20 al. 3 LFI devono essere annullate senza danno per il fondo (cifra 6e).

### Sachverhalt (Zusammenfassung)

Der *Fonds* ist ein Immobilienfonds im Sinne von Art. 2 i.V.m. Art. 36 AFG, welcher von der *Fondsleitung* verwaltet wird. Die Aufbewahrung des Fondsvermögens ist der *Depotbank* übertragen.

Die zu 100 % vom Fonds gehaltene *Immobilien-gesellschaft* erwarb für den Fonds die *Liegenschaft* von der Depotbank mit Wirkung per 1. Januar 2005.

Sowohl die Fondsleitung als auch die Depotbank meldeten in der Folge den geschilderten Vorgang bzw. den damit einhergehenden Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 AFG der Aufsichtsbehörde.

Aus den Erwägungen

(6) a) Gemäss Art. 20 Abs. 3 AFG dürfen die Depotbank und die für sie handelnden sowie die ihr nahestehenden natürlichen und juristischen Personen vom Fonds Anlagen auf eigene Rechnung nur zum Marktpreis übernehmen und ihm Anlagen aus eigenen Beständen nur zum Marktpreis abtreten, wobei die Übernahme oder Abtretung von Immobilienwerten untersagt ist.

Auch wenn in der zitierten Gesetzesvorschrift nur die Depotbank ausdrücklich erwähnt wird, ist es der Fondsleitung bzw. den für sie handelnden natürlichen oder juristischen Personen selbstredend ebenso untersagt, als Vertragspartei an einem in dieser Konstellation nicht erlaubten Rechtsgeschäft mitzuwirken und die Immobilien für den Fonds zu erwerben. Ist es der Depotbank verboten, dem Fonds Immobilienwerte abzutreten, so darf auf der anderen Seite der Fonds – bzw. die für ihn handelnde Fondsleitung bzw. Immobiliengesellschaft – genauso wenig Immobilienwerte von der Depotbank übernehmen.

Dass das Handeln der Immobiliengesellschaft für den Fonds (Abschluss des Kaufvertrages) der Fondsleitung zugerechnet werden muss, ist unbestritten (...). Die Anlageentscheide sind denn auch bei diesem Fonds nicht an Dritte delegiert, sondern werden durch die Fondsleitung selbst getroffen. Unterzeichnet haben den Grundstückkaufvertrag für die Immobiliengesellschaft der *VR-Präsident* und der *Geschäftsführer*, welche auch bei der Fondsleitung (...) in identischer Funktion tätig sind.

Es kann daher an dieser Stelle festgehalten werden, dass Depotbank und Fondsleitung mit dem Kauf bzw. Verkauf gegen die zitierte Ge-

setzesbestimmung verstossen haben. Diese Tatsache ist eindeutig und unbestritten und bedarf deshalb keiner weiteren Ausführungen.

b) In der Botschaft zum revidierten Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 14. Dezember 1992 wird im Kommentar zu Art. 20 AFG auf denjenigen zu Art. 12 AFG verwiesen, da die Treuepflichten von Fondsleitung und Depotbank identisch geregelt sind. Bezüglich Letztgenanntem wird festgehalten, dass dieser inhaltlich dem bisherigen Art. 14 AFG entspricht (vgl. BBl 1993 I 266 ff.).

Der massgebliche Abs. 3 des Art. 14 aAFG vom 1. Juli 1966 lautet wie folgt: *«Die Fondsleitung darf weder vom Anlagefonds Anlagen auf eigene Rechnung übernehmen, noch ihm Anlagen aus eigenen Beständen abtreten, ausgenommen Wertpapiere zum geltenden Börsenpreis.»*

Dieses Verbot – welches selbstredend auch Immobilien umfasst, da für diese keine Börsenpreise, sondern immer nur Schätzwerte vorliegen – gilt absolut. Weder die Depotbank, die Revisionsstelle noch die Aufsichtsbehörde können Ausnahmen gestatten. Die Bestimmung will von vornherein jeden möglichen Interessenskonflikt ausschliessen; ob das Geschäft im Interesse der Anleger liegen könnte, braucht nicht abgeklärt zu werden (vgl. J.B. Schuster, Kommentar zum Anlagefondsgesetz, 2. Auflage, Zürich 1975, S. 48; ebenso Hans Tschäni in: Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Zürich 1997, N. 28 zu Art. 20 AFG). Bereits anlässlich der Beratung des Gesetzesentwurfes von 1965 wurde ein Antrag abgelehnt, wonach die im wohlverstandenen Interesse des Anlegers liegenden Rechtsgeschäfte, zu welchen die Depotbank ausdrücklich ihre Zustimmung erteilt hat, von der Regelung in den Abs. 2 bis 4 dieses Artikels ausgenommen gewesen wären (vgl. Protokoll über die Verhandlungen der Kommission des Stände-

rates zur Beratung des Gesetzesentwurfes über die Anlagefonds, Session vom 27. und 28. Mai 1966, S. 23 ff.). In Art. 20 Abs. 3 AFG wird das – bereits unter altem Recht geltende – Verbot der Übernahme und Abtretung von Immobilienwerten an den Fonds durch die Depotbank ausdrücklich erwähnt.

Die Vertreter der Fondsleitung führen in ihrer Stellungnahme (...) in diesem Zusammenhang (...) u.a. Folgendes an: *«Das AFG dient dem Anlegerschutz (AFG Art. 1). Kaufgeschäfte zulasten des Anlegers sollen verhindert werden. Das vorliegende Kaufgeschäft geschah aber zugunsten des Anlegers, so dass Sinn und Zweck die Rückabwicklung nicht gebieten.»* Diesbezüglich ist anzumerken, dass eben genau aus Gründen des Anlegerschutzes die Bestimmung des Art. 20 Abs. 3 AFG Eingang ins Gesetz gefunden hat, d.h. um potentiell nachteilige Geschäfte für den Anlagefonds bzw. den Anleger von vornherein zu unterbinden. Wie vorstehend dargelegt, gilt dieses Verbot absolut, und es ist nicht abzuklären, ob das Geschäft allenfalls im Interesse des Anlegers liegen könnte oder nicht.

(...)

d) Unzutreffend ist auch das von der Fondsleitung in ihrer Eingabe (...) vorgebrachte Argument, wonach die verletzte Norm, d.h. Art. 20 Abs. 3 AFG, auf den Fall zugeschnitten sei, in welchem die Fondsleitung der Depotbank gehöre, also Interessenskonflikte möglich seien. Entgegen der Auffassung der Fondsleitung besteht bei der Abtretung von Immobilienwerten an den Fonds durch die Depotbank schlechthin ein Interessenskonflikt, denn einerseits ist sie als Verkäuferin bestrebt, einen möglichst hohen Preis zu lösen, andererseits ist sie in ihrer Funktion als Depotbank und damit als Vertragspartei des Kollektivanlagevertra-

ges von Gesetzes wegen verpflichtet, ausschliesslich die Interessen der Anleger zu wahren (Art. 20 Abs. 1 AFG) und somit dem Fonds die Immobilienwerte zum günstigstmöglichen Verkaufspreis abzutreten. Ob die Depotbank an der Fondsleitung eine Beteiligung hält oder nicht, ist somit in diesem Zusammenhang irrelevant.

e) Stellt die Aufsichtsbehörde Verletzungen des Gesetzes, des Fondsreglementes oder Missstände fest, so erlässt sie die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes notwendigen Verfügungen (Art. 58 Abs. 1 AFG).

Die Entstehungsgeschichte, der klare Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 20 Abs. 3 AFG lassen nur einen Schluss zu: Das statuierte Verbot der Übernahme oder Abtretung von Immobilienwerten ist absoluter Natur. In Anbetracht dessen ist es gerechtfertigt und angemessen, die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes vor Abschluss des Grundstückkauf- bzw. -verkaufsvertrages anzuordnen. Eine Nichtrückabwicklung des Rechtsgeschäftes bzw. eventualiter ein freihändiger Verkauf der Liegenschaft durch die Fondsleitung an Dritte (...) ist ausgeschlossen, würde dies doch in der Konsequenz letztlich nichts anderes als die Duldung rechtswidrigen Verhaltens bzw. die faktische Ausserkraftsetzung des gesetzlich angeordneten Verbotes bedeuten. Die Aufsichtsbehörde hat auch nicht abzuklären, ob das Geschäft allenfalls im Interesse der Anleger liegen könnte oder nicht.

Dementsprechend sind Depotbank und Fondsleitung zu verpflichten, den Grundstückkauf- bzw. -verkaufsvertrag rückabzuwickeln. Dies hat unter Schadloshaltung des Fonds zu geschehen, d.h. einerseits sind sämtliche in diesem Zusammenhang anfallenden Aufwendungen von der Depotbank und der Fondsleitung zu tragen und andererseits ist der

dem Fonds entgangene Ertrag, welcher durch eine vorschriftskonforme Investition des entsprechenden Teils des Fondsvermögens hätte erzielt werden können, von der Depotbank und der Fondsleitung einzuwerfen.

Schliesslich ist die Revisionsgesellschaft des Fonds (...) anzuweisen, die Ordnungsmässigkeit der Rückabwicklung zu prüfen und der Aufsichtsbehörde darüber Bericht zu erstatten.

Aufgrund der Tatsache, dass die Depotbank und die Fondsleitung durch den groben Verstoss gegen Art. 20 Abs. 3 AFG das vorliegende Verfahren und die damit einhergehende Notwendigkeit der Wiederherstellung des ursprünglichen, ordnungsgemässen Zustandes verursacht haben, sind sämtliche in diesem Zusammenhang anfallenden Kosten den beiden Parteien unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

f) Im Übrigen stellt sich die Frage, ob aus Sinn und Zweck von Art. 20 Abs. 3 AFG zivilrechtlich nicht auch die Nichtigkeit des gegen diese Bestimmung verstossenden Grundstückkauf- bzw. -verkaufsvertrages resultiert. Dies kann jedoch offengelassen werden, da die Rückabwicklung des besagten Vertrages schon gestützt auf das Anlagefondsgesetz zwingend anzuordnen ist.

(7) Auch wenn es vorliegend um einen ebenso eindeutigen wie groben Gesetzesverstoss geht, erscheint es aufgrund der Tatsache, dass einerseits weder die Depotbank noch die Fondsleitung (...) bisher zu Klagen Anlass gegeben hat (einmaliger Vorfall) und andererseits der Fonds bzw. die Anleger nicht zu Schaden kommen werden, als verhältnismässig, Depotbank und Fondsleitung zu rügen, auf weitergehende Sanktionen aber zu verzichten. Bei einem weiteren Zwischenfall wird

jedoch zu prüfen sein, ob Depotbank und Fondsleitung bzw. die betreffenden Personen die notwendige Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit noch bieten.

(8) Nach Art. 72 Abs. 1 des Kotierungsreglementes der SWX Swiss Exchange informiert der Emittent den Markt über kursrelevante Tatsachen, welche in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten und nicht öffentlich bekannt sind. Als kursrelevant gelten Tatsachen, die geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen. Die Fondsleitung ist zu verpflichten, bei der SWX Swiss Exchange abzuklären, ob vorliegend eine Bekanntgabepflicht im Sinne der zitierten Bestimmung besteht, und dieser gegebenenfalls nachzukommen.

(9) Gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. g AFG hat die Fondsleitung im Jahresbericht für einen von ihr verwalteten Anlagefonds u. a. Auskünfte über Angelegenheiten von besonderer wirtschaftlicher oder rechtlicher Bedeutung, mit denen sie sich im Berichtsjahr befasste, zu veröffentlichen. Die Fondsleitung ist demgemäss zu verpflichten, im Jahresbericht des Fonds (...) einlässlich über diesen Vorfall zu berichten.

*Massnahmen der EBK: Anordnung der Rückabwicklung des Kaufvertrages (Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes vor Vertragsabschluss) unter Schadloshaltung des Anlagefonds. Rüge an die Fondsleitung und die Depotbank.*



**Entscheid der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 8. Mai 2006 i.S. internationale Amtshilfe für die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) im Fall Walter AG (2A.170/2006)<sup>1</sup>**

---

**Neues Amtshilferecht im Börsengesetz; Vertraulichkeitsprinzip und Prinzip der langen Hand; spontane Amtshilfe (Art. 38 BEHG)**

- 1 Das am 1. Februar 2006 in Kraft getretene neue Amtshilferecht im Börsengesetz (Art. 38 BEHG) findet auf die von der EBK nach diesem Datum erlassenen Verfügungen Anwendung (E. 2.1.1).
- 2 Die EBK kann ein ausländisches Amtshilfeersuchen spontan mit sinnvoll erscheinenden Auskünften ergänzen, soweit diese für das ausländische Verfahren dienlich erscheinen und damit in einem sachlichen Zusammenhang stehen (E. 2.3.1).

**Nouveau droit de l'entraide administrative boursière; principe de la confidentialité et principe du long bras; entraide administrative spontanée (Art. 38 LBVM)**

- 1 Le nouveau droit de l'entraide administrative boursière entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2006 s'applique aux décisions de la CFB prises après cette date (consid. 2.1.1).

<sup>1</sup> Die Regesten wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

- 2 La CFB peut spontanément compléter une requête d'entraide administrative étrangère avec des informations apparaissant comme judicieuses, dans la mesure où elles semblent utiles à la procédure étrangère et qu'elles demeurent dans un rapport de connexité avec celle-ci (consid. 2.3.1).

**Nuovo diritto relativo all'assistenza amministrativa nella legge sulle borse; principio della confidenzialità e principio della lunga mano; assistenza amministrativa spontanea (Art. 38 LBVM)**

- 1 Il nuovo diritto relativo all'assistenza amministrativa contenuto nella legge sulle borse, entrato in vigore il 1° febbraio 2006, si applica alle decisioni della CFB posteriori a tale data (consid. 2.1.1).
- 2 La CFB può completare spontaneamente una richiesta di assistenza amministrativa dall'estero con informazioni supplementari, nella misura in cui esse appaiano utili alla procedura estera e siano in relazione con questa (consid. 2.3.1).

Das Bundesgericht stellt fest und zieht in Erwägung

1.1 Am 20. April 2005 veröffentlichte die in Deutschland börsennotierte Walter AG eine Ad-hoc-Mitteilung, wonach ihre Hauptaktionärin, die Sandvik Holding GmbH, im Rahmen eines Auskaufs («Squeeze out») bereit sei, den Minderheitsaktionären eine Barabfindung von EUR 75.50 pro Titel zu bezahlen; bis zu diesem Zeitpunkt war lediglich bekannt geworden, dass es zu einem «Squeeze Out» kommen könnte, in dessen nicht zu welchen Bedingungen. Die X. \_\_\_\_\_ Bank (Schweiz)

hat im Vorfeld dieser Mitteilung 1050 Titel der Walter AG zu EUR 55.– gekauft. Am 21. November 2005 ersuchte die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) im Zusammenhang hiermit wegen eines allfälligen Insiderhandels um Amtshilfe (vgl. Art. 38 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel; Börsengesetz, BEHG; SR 951.1).

1.2 Am 13. März 2006 verfügte die Bankenkommision, dass dem Gesuch entsprochen und der BaFin mitgeteilt werde, dass es sich bei den Kunden, die am 18. April 2005 900 Titel, am 19. April 2005 100 Titel und am 20. April 2005 50 Titel über die X. \_\_\_\_\_ Bank (Schweiz) kauften, um die deutschen Staatsbürger A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ handle (Ziff. 1a des Dispositivs). Die Konteninhaber hätten bereits 2003 insgesamt 800 Titel der Walter AG gekauft und im Jahr 2004 deren 400 verkauft (Ziff. 1b des Dispositivs); nach dem 20. April 2005 sei es zu keinen weiteren Transaktionen mehr gekommen (Ziff. 1c des Dispositivs). Die Bankenkommision wies die Bundesanstalt darauf hin, dass die übermittelten Informationen und Dokumente ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet bzw. nur zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden dürften (Ziff. 2 des Dispositivs). Jegliche Verwendung oder Weiterleitung der übermittelten Informationen zu einem anderen Zweck als der Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effekthändler setze ihre vorgängig einzuholende Zustimmung voraus (Ziff. 3 des Dispositivs).

1.3 A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ haben hiergegen am 24. März 2006 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragen, den Entscheid der Bankenkommision

insofern aufzuheben, als der BaFin mitgeteilt werden soll, dass sie im Jahr 2003 insgesamt 800 Titel der Walter AG gekauft und im Jahr darauf deren 400 verkauft hätten (Ziff. 1b des Dispositivs); eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Bankenkommission beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Mit Verfügung vom 28. April 2006 hat der Abteilungspräsident dieser antragsgemäss aufschiebende Wirkung beigelegt.

2

Die Eingabe ist offensichtlich unbegründet und kann im vereinfachten Verfahren nach Art. 36a OG erledigt werden:

2.1

2.1.1 Nach der seit dem 1. Februar 2006 in Kraft stehenden Fassung von Art. 38 BEHG (vom 7. Oktober 2005; AS 2006 S. 197), die als neue Verfahrensbestimmung im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung Anwendung fand (vgl. Urteil 2A.213/1998 vom 29. Oktober 1998, E. 5b, in: EBK-Bulletin 37/1999, S. 21 ff.), darf die Bankenkommission ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln, sofern die Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden (Abs. 2 lit. a). Die ersuchenden Behörden müssen an ein Amts- und Berufsgeheimnis gebunden sein, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche vorbehalten bleiben (Abs. 2 lit. b).

2.1.2 Die neue Regelung unterscheidet sich von der bisherigen im Wesentlichen dadurch, dass das Vertraulichkeitsprinzip nur noch ab-

geschwächt gilt (vgl. BBl 2004 S. 6754 und 6765; Philippe Jacquemoud, Revision der internationalen Amtshilfe gemäss dem Gesetz über die Börsen und den Effektenhandel [BEHG], in: SZW 2005 S. 221 ff., dort S. 232; Bovet/Richa, Règles de conduite, audit, entraide et autres développements de la surveillance bancaire et financière, in: Thévenoz/Bovet [Hrsg.], Journée 2005 de droit bancaire et financier, Zürich/Basel 2006, S. 135 ff., dort S. 149); zudem entfallen im Rahmen des Spezialitätsgrundsatzes das Prinzip der langen Hand sowie das Verbot der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden bzw. der in diesem Zusammenhang bisher nötige Zusatzverdacht und das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit (vgl. BBl 2004 S. 6764; Jacquemoud, a.a.O., S. 231; Bovet/Richa, a.a.O., S.148 f.).

2.1.3 Im Übrigen gelten die bisherige Regelung und Rechtsprechung fort, insbesondere soweit Informationen unter Durchbrechung des Spezialitätsgrundsatzes weitergegeben werden sollen: In diesem Fall muss die Bankenkommission im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz die Zustellung an die Strafbehörden vorgängig genehmigen; dabei hat sie die Rechtshilfenvoraussetzungen und insbesondere das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit zu beachten (Art. 38 Abs. 6 BEHG in der Fassung vom 7. Oktober 2005; BBl 2004 S. 6764 f.; Bovet/Richa, a.a.O., S. 149).

## 2.2

Zu Recht bestreiten die Beschwerdeführer die Zulässigkeit der Amtshilfe in ihrem Fall grundsätzlich nicht:

2.2.1 Die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ist eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde, welcher die Bankenkommission Amtshilfe leisten kann (Urteil 2A.50/2005 vom 16. März

2005, E. 2.1, mit zahlreichen Hinweisen). Sie hat zugesichert, die übermittelten Angaben nur im Zusammenhang mit den in ihrem Gesuch genannten Vorkommnissen und ausschliesslich zur Überwachung des Effektenhandels zu verwenden. Der angefochtene Entscheid enthält diesbezüglich die zum Schutz des Spezialitätsprinzips erforderlichen Vorbehalte (Ziff. 2 und 3 des Dispositivs). Bis zum Beweis des Gegenteils darf davon ausgegangen werden, dass sich die BaFin im Interesse einer funktionierenden Zusammenarbeit hieran halten und falls nötig die bereits bisher in Aussicht gestellten «best efforts» üben wird (Urteile 2A.50/2005 vom 16. März 2005, E. 2.1; BGE 127 II 142 E. 6b S. 147 f.).

2.2.2 Die Beschwerdeführer haben kurz vor der Bekanntgabe einer kursrelevanten Information bei erhöhten Kursen und Handelsvolumen über die X. \_\_\_\_\_ Bank (Schweiz) 1050 Aktien der Walter AG gekauft, was praxismässig als Anfangsverdacht genügt (BGE 129 II 484 E. 4.2 S. 495; 126 II 409 E. 5b/aa S. 414, 126 E. 6a/bb S. 137). Sie machen nicht geltend, mit den umstrittenen Geschäften etwa wegen eines umfassenden Vermögensverwaltungsauftrags offensichtlich und unzweideutig nichts zu tun zu haben (vgl. BGE 127 II 323 E. 6b/aa S. 332 f.; Urteil 2A.519/2003 vom 5. Dezember 2003, E. 2.1; in: EBK-Bulletin 46/2004 S. 147 ff.). Ob die Beschwerdeführer tatsächlich von Insiderinformationen profitiert haben, bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens (BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419). Es wird an der Bundesanstalt liegen, abzuklären, ob börsenrechtliche Bestimmungen verletzt worden sind und Anlass besteht, im Rahmen des Spezialitätsprinzips die Informationen allenfalls an andere Behörden weiterzuleiten (BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419 mit Hinweisen).

2.2.3 Nachdem es sich bei der Bankbeziehung, in deren Rahmen die umstrittenen Transaktionen abgewickelt wurden, um ein Gemeinschaftskonto handelt, können B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nicht als unbeteiligte Dritte im Sinne von Art. 38 Abs. 4 BEHG (Fassung vom 7. Oktober 2005) gelten (BGE 126 II 126 E. 6a/bb S. 137, 409 E. 5b/bb S. 415), selbst wenn am Konto allein A.\_\_\_\_\_ wirtschaftlich berechtigt sein sollte; auch ihre Personalien dürfen deshalb gegenüber der BaFin offen gelegt werden.

## 2.3

Die Beschwerdeführer kritisieren, die angefochtene Verfügung sei unverhältnismässig, soweit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht mitgeteilt werden soll, dass sie bereits im Jahr 2003 insgesamt 800 Titel der Walter AG gekauft und im Jahr darauf deren 400 verkauft hätten; die Amtshilfe gehe insofern über das Ersuchen hinaus. Der Einwand überzeugt nicht:

2.3.1 Nach Art. 38 Abs. 4 BEHG (in der Fassung vom 7. Oktober 2005) hat die Aufsichtsbehörde bei ihrer Entscheidung den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; mit der entsprechenden Regelung wurde diesbezüglich die bestehende «differenzierte bundesgerichtliche Praxis» in das neue Recht übernommen (BBl 2004 S. 6766). Danach konnte die Bankenkommission bereits bisher ein Ersuchen spontan mit ihr aufsichtsrechtlich sinnvoll erscheinenden Auskünften ergänzen, soweit diese für das ausländische Verfahren dienlich erschienen und damit in einem sachlichen Zusammenhang standen (BGE 126 II 409 E. 6c/aa S. 421; 125 II 65 E. 7 S. 74; Urteile 2A.567/2001 vom 15. April 2002, E. 7; 2A.162/2001 vom 10. Juli 2001, E. 4c, in: EBK-Bulletin 42/2002 S. 97 ff.; 2A.324/2004 vom 24. Juni 2004, E. 2.5). Vorliegend beziehen sich die umstrittenen zusätzlichen Auskünfte ausschliesslich auf die

zur Diskussion stehenden Aktien der Walter AG; dass die Beschwerdeführer bereits in den Jahren 2003 und 2004 gewisse Transaktionen in diesem Titel getätigt haben, lässt Rückschlüsse auf ihr Anlegerprofil zu und kann damit den deutschen (Vor-)Abklärungen dienen; die Übermittlung (auch) dieser Informationen ist deshalb nicht zu beanstanden. Ein Anfangsverdacht war diesbezüglich nicht erforderlich, da es dabei nur darum geht, der BaFin zu ermöglichen, die sie interessierenden Käufe aus dem Jahr 2005 im Lichte der bereits früher getätigten Transaktionen zu würdigen.

2.3.2 Soweit die Beschwerdeführer einwenden, die entsprechenden Informationen dürften wegen des Übermassverbots rechtshilferechtlich nicht übermittelt werden (BGE 115 Ib 373 ff.), verkennen sie, dass das Verfahren der Amtshilfe eigenen Regeln folgt (BGE 125 II 65 E. 7 S. 74 f.; 126 II 409 E. 6c/aa S. 421). Im Übrigen kennt auch das Rechtshilferecht heute unter gewissen Kautelen die Möglichkeit der spontanen Übermittlung von Informationen (Art. 67a IRSG [SR 351.1]; BGE 125 II 356 E. 12a und b S. 366 f.; 129 II 544 E. 3.1 und 3.2 S. 546 f.; 130 II 236 E. 6.1 S. 244 f.). Rechtlich steht der Leistung der Amtshilfe, ob mit oder ohne Ersuchen, die Bindung an das Amtsgeheimnis entgegen; dieses tritt zurück, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung der Amtshilfe erfüllt sind (BGE 125 II 65 E. 7 S. 75). Da die Bankenkommission, soweit es sich um kundenbezogene Angaben handelt, über die von ihr spontan gewährte Amtshilfe im Rahmen von Art. 38 Abs. 3 BEHG (in der Fassung vom 7. Oktober 2005) verfügen muss, bleibt der Rechtsschutz gewahrt und besteht keine Gefahr, dass die amtshilferechtlichen Regeln umgangen werden könnten (vgl. Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2. Aufl., Bern 2001, S. 148 ff.). Die Tatsache, dass für die Amtshilfe ein «Anfangsverdacht» erforderlich ist, rückt diese nicht in die Nähe der Rechtshilfe: Es entspricht einer sinn-



vollen Aufgabenteilung zwischen den sachnäheren Aufsichtsorganen und den Strafverfolgungsbehörden, dass im Vorfeld strafrechtlicher Ahndung zunächst aufsichtsrechtliche Abklärungen getroffen werden, um zu prüfen, ob überhaupt ein strafrechtlich relevanter Verdacht besteht (BGE 125 II 65 E. 5b S. 73); ist dies nicht der Fall, bleibt das Amtshilfeverfahren für den Betroffenen ohne Konsequenzen (vgl. 2A.50/2005 vom 16. März 2005, E. 2.3).

(...)

*Erkenntnis des Bundesgerichts: Die Beschwerde ist unbegründet und deshalb abzuweisen. Dem Verfahrensausgang entsprechend werden die unterliegenden Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Parteienschädigungen sind nicht geschuldet (vgl. Art. 159 OG).*

## **Decisione della Commissione federale delle banche del 23 novembre 2005**

---

### **Condizioni per l'esecuzione di un controllo sul posto (art. 23<sup>septies</sup> LBCR); informazioni necessarie alla sorveglianza consolidata (art. 23<sup>septies</sup> cpv. 3 LBCR)**

- 1 Condizioni che un'autorità estera deve adempiere per poter effettuare un controllo sul posto presso una filiale del gruppo estero (cifre 10 ss).
- 2 Tramite una verifica sul posto l'autorità estera può acquisire unicamente le informazioni necessarie alla vigilanza su base consolidata (cifra 19). Queste informazioni possono riguardare sia il singolo istituto bancario che i singoli clienti (cifra 20).
- 3 Portata della clausola denominata del «private banking carve-out» (cifre 25 ss).
- 4 Delle informazioni anonime sui rischi di credito non sono necessariamente sufficienti per garantire una corretta sorveglianza consolidata (cifra 74).

**Voraussetzungen für die Durchführung einer Vor-Ort-Kontrolle (Art. 23<sup>septies</sup> BankG); notwendige Angaben der konsolidierten Aufsicht (Art. 23<sup>septies</sup> Abs. 3 BankG)**

- 1 Voraussetzungen, die eine ausländische Aufsichtsbehörde erfüllen muss, um eine Vor-Ort-Kontrolle bei einer Tochtergesellschaft der ausländischen Gruppe durchzuführen (Ziff. 10 ff.).
- 2 Im Rahmen einer Vor-Ort-Kontrolle erhält die ausländische Behörde nur die für eine konsolidierte Aufsicht notwendigen Angaben (Ziff. 19). Diese Angaben können sowohl die Bank als auch die einzelnen Kunden betreffen (Ziff. 20).
- 3 Tragweite der sogenannten «private banking carve-out»-Klausel (Ziff. 25 ff.).
- 4 Anonymisierte Angaben über Kreditrisiken genügen nicht unbedingt, um eine korrekte konsolidierte Aufsicht zu gewährleisten (Ziff. 74).

**Conditions pour l'exécution d'un contrôle sur place (art. 23<sup>septies</sup> LB); informations nécessaires à la surveillance consolidée (art. 23<sup>septies</sup> al. 3 LB)**

- 1 Conditions qu'une autorité étrangère doit remplir pour pouvoir effectuer un contrôle sur place auprès d'une filiale d'un groupe étranger (ch. 10 ss).
- 2 Dans le cadre d'un contrôle sur place, l'autorité étrangère peut obtenir uniquement les informations nécessaires à une sur-

veillance sur base consolidée (ch. 19). Ces informations peuvent concerner aussi bien l'établissement bancaire que les clients individuels (ch. 20).

- 3 Portée de la clause dite du «private banking carve-out» (ch. 25 ss).
- 4 Des informations anonymisées sur les risques de crédit peuvent ne pas être suffisantes pour garantir une surveillance consolidée correcte (ch. 74).

## Riassunto della fattispecie

A seguito della vicenda legata all'acquisizione della Banca Antoniana Popolare Veneta (in seguito Antonveneta), la Banca d'Italia ha chiesto alla Commissione federale delle banche (CFB) l'autorizzazione per l'avvio di una verifica ispettiva presso Banca *Figlia SA*.

## Estratto dei considerandi

- 1 Condizioni legali della verifica sul posto da parte di un'autorità estera

(10) L'art. 23<sup>septies</sup> cpv. 2 della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (LBCR) permette alla CFB di autorizzare le autorità estere di vigilanza sulle banche o sui mercati finanziari ad effettuare verifiche dirette presso succursali svizzere di banche estere, se sono adempite determinate condizioni. Ai sensi dell'art. 23<sup>septies</sup>

cpv. 6 LBCR, sono considerate succursali di banche anche le filiali di istituti bancari esteri.

#### 1.1 Qualità dell'autorità estera (art. 23<sup>septies</sup> cpv. 2 lett. a LBCR)

(11) Solo le autorità di vigilanza estere dei Paesi di origine responsabili della vigilanza consolidata possono procedere a delle verifiche sul posto presso succursali e filiali svizzere di banche estere (FF 1998 pag. 3054). Banca Figlia SA è una filiale al 100% di *Banca Madre SA*. Banca Madre SA è un istituto bancario italiano sottoposto alla sorveglianza di Banca d'Italia, autorità responsabile non soltanto della sorveglianza della banca italiana, ma di tutto il gruppo finanziario a livello consolidato.

#### 1.2 Principio della specialità (art. 23<sup>septies</sup> cpv. 2 lett. b LBCR).

(12) Per poter effettuare una verifica sul posto, Banca d'Italia deve rispettare il principio della specialità, stabilito dall'art. 23<sup>septies</sup> cpv. 2 lett. b LBCR, ai sensi del quale Banca d'Italia dovrà utilizzare le informazioni ricevute esclusivamente per la vigilanza su base consolidata di banche e di altri intermediari finanziari sottoposti al regime dell'autorizzazione. Nella sua richiesta del 10 settembre 2005 Banca d'Italia ha dichiarato che le informazioni raccolte dai suoi ispettori saranno utilizzate esclusivamente ai fini di vigilanza consolidata. Il principio della specialità è così salvaguardato.

### 1.3 Principio di confidenzialità (23<sup>septies</sup> cpv. 2 lett. c LBCR)

(13) L'autorità straniera di vigilanza deve essere «vincolata al segreto d'ufficio o al segreto professionale» (art. 23<sup>septies</sup> cpv. 2 lett. c LBCR). Non è tuttavia necessario che le prescrizioni straniere di segretezza siano identiche a quelle svizzere. La trasmissione d'informazioni a terzi è comunque sottoposta al consenso della CFB. Nella sua richiesta del 10 settembre 2005 Banca d'Italia ha pure garantito alla CFB che le informazioni raccolte saranno coperte dal segreto d'ufficio. Questo obbligo è anche iscritto all'art. 7 del Testo Unico Bancario.

### 1.4 Trasmissione dei dati a terzi (23<sup>septies</sup> cpv. 2 lett. d LBCR)

(14) L'autorità estera di vigilanza deve garantire che le informazioni ottenute non vengano trasmesse ad altre «autorità competenti e a organismi incaricati di compiti di vigilanza nell'interesse pubblico senza il consenso della CFB» (principio della lunga mano). La trasmissione d'informazioni alle autorità penali non è ammessa quando l'assistenza giudiziaria in materia penale è esclusa. La CFB decide d'intesa con l'Ufficio federale di giustizia (art. 23<sup>septies</sup> cpv. 2 lett. d LBCR).

(15) Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, le autorità di vigilanza devono rispettare obblighi di denuncia o possono essere costrette a comunicare informazioni confidenziali. Lo stesso vale per la CFB (art. 23<sup>ter</sup> cpv. 4 LBCR; decisione della Camera d'accusa del Tribunale federale del 20 ottobre 1997 nella causa Giudice istruttore X. c. CFB, in Bollettino CFB 33, p. 47 e DTF 123 IV 157). L'esigenza del consenso preliminare della CFB non può prevalere sulle prescrizioni giuridiche nazionali che le autorità straniere devono rispettare. Ci si aspetta quindi

da queste autorità che facciano tutto quello che è possibile per opporsi ad una trasmissione o una divulgazione, in caso di opposizione da parte della CFB. Un tale impegno di «best efforts» da parte dell'autorità richiedente basta per quanto essa rispetti in modo effettivo il principio di specialità e non esista nessun indizio secondo il quale essa non sarebbe in grado di rispettare il suo impegno in un caso concreto. Non è però necessario che l'autorità richiedente faccia una dichiarazione obbligatoria secondo il diritto internazionale pubblico (Bollettino CFB 45, pag. 33 e giurisprudenza ivi citata).

(16) Nella sua richiesta del 10 settembre 2005 Banca d'Italia ha assicurato che le informazioni ottenute nel corso della verifica sul posto non verranno trasmesse ad altre autorità senza il previo consenso della CFB. (...) Nel caso in esame, la dichiarazione di best efforts rilasciata da Banca d'Italia è sufficiente per realizzare la condizione del previo consenso della CFB prima della ritrasmissione delle informazioni ricevute. Questa dichiarazione è inoltre sopportata dalla normativa italiana, ovvero l'art. 4 del Testo Unico della Finanza, ai sensi del quale le informazioni ricevute da «Banca d'Italia (...) non possono essere trasmesse a terzi né ad altre autorità italiane, ivi incluso il Ministro dell'economia e delle finanze, senza il consenso dell'autorità che le ha fornite».

(...)

## 2 Acquisizione di informazioni (art. 23<sup>septies</sup> cpv. 3 LBCR)

(18) Tramite la verifica sul posto l'autorità estera potrà acquisire le informazioni necessarie alla vigilanza su base consolidata di banche o intermediari finanziari.

(19) L'art. 23<sup>septies</sup> cpv. 3 LBCR descrive in modo non esaustivo quali sono le informazioni necessarie ai fini di una vigilanza su base consolidata che possono essere raccolte dall'autorità estera. Si tratta in particolare delle informazioni intese a chiarire se una banca o un intermediario finanziario, considerando tutto il gruppo, sia organizzato in maniera adeguata (lett. a), rilevi, limiti e sorvegli debitamente i rischi connessi alla sua attività (lett. b), sia diretto da persone che garantiscono un'attività irreprensibile (lett. c), rispetti su base consolidata le prescrizioni relative ai fondi propri e alla ripartizione dei rischi (lett. d) e adempia in modo corretto gli obblighi di riferire alle autorità di vigilanza (lett. e).

(20) Le informazioni necessarie per svolgere l'esame consolidato di un gruppo finanziario non concernono unicamente il singolo istituto bancario, ma anche i singoli clienti. Solo identificando le principali esposizioni della banca a livello individuale è possibile stabilire la loro influenza a livello di gruppo. Informazioni quali i dieci più grandi debitori di un istituto bancario e le poste rischio ai sensi dell'art. 21 OBCR devono essere necessariamente identificate non soltanto a livello individuale, ma anche consolidato (vedi in particolare allegato 4 alla Circolare CFB 05/2 Rapporto di revisione). Per la determinazione a livello consolidato dei grossi debitori e delle poste rischio occorre che le informazioni concernenti i singoli clienti dei singoli istituti bancari siano centralizzate presso la banca madre. Solo in questo modo infatti



il gruppo è in grado di stabilire se due o più persone fisiche o giuridiche devono essere considerate come un gruppo di controparti associate e trattate come singola unità a livello di gruppo (art. 21c OBCR).

(21) La necessità di controllare i rischi a livello di gruppo va oltre il rischio di credito e si estende anche ai rischi giuridici e di reputazione (vedi ad esempio l'art. 9 ORD-CFB, così come la pubblicazione del Basel Committee On Banking Supervision, Consolidated KYC Risk Management, Ottobre 2004, pubblicato su <http://www.bis.org/publ/bcbs110.pdf>).

(...)

3 Limitazione all'accesso alle informazioni (art. 23<sup>septies</sup> cpv. 4 LBCR)

(24) All'autorità estera di vigilanza non è riconosciuto un accesso diretto alle informazioni direttamente o indirettamente legate ad operazioni relative all'amministrazione di beni o ai depositi di singoli clienti della banca Svizzera. In questo caso le informazioni necessarie ai fini della sorveglianza consolidata devono essere rilevate dalla CFB, la quale decide sulla loro trasmissione all'autorità estera in applicazione della legge federale sulla procedura amministrativa (art. 23<sup>septies</sup> cpv. 4 LBCR, meglio conosciuto come clausola del «private banking carve out»).

(25) La clausola del «private banking carve out» esclude l'accesso diretto dell'autorità estera a tutte quelle informazioni legate alla gestione patrimoniale. Al contrario, tutte quelle operazioni che non riguardano prettamente l'amministrazione dei propri beni non possono bene-

ficiare di questa eccezione. La gestione patrimoniale si identifica nell'esistenza di una relazione duratura tra il cliente e la banca, che ha quale scopo la gestione del patrimonio personale del cliente. La clausola del «private banking carve out» ha per scopo la protezione della sfera privata degli investitori, ritenuto che di regola gli investimenti dei singoli clienti non fanno correre un rischio particolare all'istituto bancario sul piano finanziario. Per questo motivo anche i crediti su pegno (come i crediti lombard) o altri crediti legati al settore dell'amministrazione di beni, anche se concessi senza contratto di pegno formale ma sulla base di un deposito esistente, non possono essere visionati dall'autorità estera (FF 1998 pag. 3058). In principio rientrano sotto questa definizione i crediti garantiti con il pegno di un portafoglio di proprietà del cliente bancario, diversificato e composto di valori patrimoniali mobili, usuali nel settore bancario e negoziati in una borsa riconosciuta o su un mercato rappresentativo (art. 12a cpv. 1 let. 4.3 OBCR; Boll. CFB 30, pag. 144 e Boll. CFB 27, pag. 170). Solo questo tipo di crediti riducono sensibilmente il rischio di credito dell'istituto bancario e del suo gruppo.

(26) Non ricadono invece nell'eccezione del «private banking carve out» i crediti ottenuti grazie a garanzie offerte da altri istituti bancari, in particolare se appartenenti allo stesso gruppo della banca creditrice. La consistenza di queste garanzie deve infatti essere esaminata dalle autorità di sorveglianza. Inoltre, se le garanzie sono state concesse dalla banca madre estera di una filiale svizzera, con conseguente ribaltamento del rischio di credito sulla prima (art. 21° cpv. 2 OBCR; consid. [34]), non si tratta più di un'amministrazione di beni privati, ma di un investimento ordinario contro garanzia. In questo caso l'interesse all'accesso dell'informazione dell'autorità estera competente per la sorveglianza consolidata è ancora più grande. In caso contrario non

esisterebbe nessun mezzo per sorvegliare il rispetto delle norme bancarie da parte delle società del gruppo.

(27) Un elevato rischio di credito per l'istituto bancario e per il gruppo nel suo insieme sussiste pure allorquando il cliente è uno dei grandi debitori della banca (consid. [20]). In questo caso l'autorità estera potrà avere accesso alle informazioni concernenti i debitori della banca, tranne per quei clienti che possono usufruire della clausola di «private banking carve out». Occorre tuttavia sottolineare che di regola i maggiori debitori di un'istituto bancario sono clienti di tipo commerciale e non legati alla gestione patrimoniale.

(28) I dati relativi alla clientela che non sono legati alle operazioni inerenti all'amministrazione di beni sono soggetti all'accesso diretto da parte delle autorità estere di vigilanza. Rientrano in questa categoria le relazioni di tipo commerciale, come quelle di corporate finance, business banking o investment banking (FF 1998 pag. 3059).

### 3.1 Informazioni sui clienti che hanno acquistato titoli Antonveneta

(...)

(33) Nelle sue osservazioni del 23 settembre 2005 Banca Figlia SA si è opposta alla concessione dell'accesso ai nominativi di questi clienti a Banca d'Italia. La banca svizzera ha dichiarato che non sussiste una necessità ai fini della sorveglianza consolidata per conoscere l'identità di questi clienti.

(34) Questa argomentazione non è corretta. Come si vedrà in seguito l'acquisto di titoli Antonvenuta è stato possibile unicamente grazie ai finanziamenti per EUR 330 mio concessi da Banca Figlia SA. In considerazione del fatto che la banca svizzera dispone di fondi propri per soli CHF 75 mio essa non sarebbe stata in grado di concedere questi crediti a causa del limite del 25%, pari a CHF 18,8 mio, imposto dalle norme sulla ripartizione dei rischi (art. 21 OBCR). Tuttavia, grazie alla presenza di garanzie da parte della società madre, Banca Figlia SA ha potuto ribaltare il rischio di credito dal cliente alla sua capogruppo ed usufruire dell'eccezione stabilita all'art. 21° cpv. 2 OBCR, che permette di escludere dal limite massimo dei grandi rischi le poste rischio nei confronti delle società del gruppo. Il rischio di credito è stato pertanto ribaltato da Banca Figlia SA a Banca Madre SA, la quale tuttavia deve a sua volta detenere le garanzie necessarie per coprire questo prestito. Queste garanzie consistono nei depositi presso Banca Madre SA dei clienti che hanno ottenuto le linee di credito da Banca Figlia SA. L'esistenza di queste garanzie è indicata unicamente nelle lettere della capogruppo alla figlia. Un controllo da parte dell'autorità di vigilanza competente, ovvero Banca d'Italia, non è pertanto possibile senza essere a conoscenza dei nominativi di questi clienti. Solo in questo modo Banca d'Italia può assicurarsi che Banca Madre SA deteneva le garanzie sufficienti per coprire le garanzie che a sua volta aveva dato a Banca Figlia SA.

(35) Le informazioni inviate da Banca Figlia SA alla suo capogruppo sono anonime e non permettono a Banca d'Italia di effettuare questa verifica. L'accesso a Banca d'Italia dei nominativi dei clienti di Banca Figlia SA che hanno ottenuto linee di credito garantite da Banca Madre SA è pertanto indispensabile ai fini della sorveglianza consolidata.

(36) Benché le operazioni in valori mobiliari siano per definizione operazioni legate all'amministrazione di beni (FF 1998 pag. 3059, art. 38° cpv. 4 LBVM), la particolarità e la non usualità delle operazioni effettuate da questi 5 clienti sul titolo Antonveneta lascia adito ad alcuni dubbi sul carattere di gestione patrimoniale delle transazioni effettuate.

### 3.1.1 Conto Società SA e (...)

(...)

(41) L'attività svolta da Società SA tramite Banca Figlia SA può essere così riassunta: la Società SA è stata creata pochi mesi prima dell'acquisto dei titoli Antonveneta. La prima operazione in azioni svolta dalla Società SA è stata sui titoli Antonveneta. La società ha investito la quasi totalità dei suoi averi in gestione su questo unico titolo. Questo investimento è stato possibile unicamente grazie all'intervento di Banca Madre SA e il conto non risulta più attivo dal mese di giugno 2005.

(42) Questo modo di operare non ha niente a che fare con una gestione patrimoniale tradizionale e pertanto non ricade nell'eccezione della clausola di private banking stabilita all'art. 23<sup>septies</sup> cpv. 4 LBCR.

(...)

### 3.1.2 Conto Società Inc.

(...)

(47) Anche in questo caso, il legame tra Banca Madre SA e l'acquisto dei titoli Antonveneta appare più che evidente. Società Inc., che al momento dell'apertura della sua relazione con Banca Figlia SA disponeva di una semplice linea di credito di EUR 10 mio garantita da titoli presenti nel proprio deposito, riesce in breve tempo a decuplicare i suoi affidamenti, grazie alle garanzie offerte da Banca Madre SA e, con questi averi, acquista unicamente titoli Antonveneta. Appare evidente che senza il coinvolgimento della capogruppo il cliente non avrebbe mai effettuato delle operazioni di questo tipo.

(48) La CFB ritiene pertanto che le operazioni sui titoli Antonveneta effettuati per il tramite del conto presso Banca Figlia SA siano state effettuate per conto di Banca Madre SA e non coinvolge il patrimonio personale di Società Inc. L'esame di queste operazioni da parte di Banca d'Italia deve pertanto essere autorizzato.

### 3.1.3 Conto Arturo

(...)

(52) Il legame tra le operazioni effettuate da Arturo e Banca Madre SA appare più che evidente. Il cliente ha potuto effettuare le operazioni sui titoli Antonveneta unicamente grazie al credito concesso dalla capogruppo di Banca Figlia SA. Imbarazzante è la velocità con la quale il credito è stato concesso, tanto che nessuno in banca, nonostante i severi sistemi di controlli richiesti per la concessione di crediti, si è accorto che la garanzia concessa dalla casa madre era inferiore alle aspettative. Anche in questo caso dunque appare evidente che senza il

coinvolgimento di Banca Madre SA il cliente non avrebbe mai effettuato delle operazioni di questo tipo.

(53) La CFB ritiene pertanto che le operazioni sui titoli Antonveneta effettuate per il tramite del conto presso Banca Figlia SA siano state effettuate per conto di Banca Madre SA e non coinvolge il patrimonio personale di Arturo. L'esame di queste operazioni da parte di Banca d'Italia rientra nella necessità della sorveglianza consolidata e deve pertanto essere autorizzato.

#### 3.1.4 Conto cifrato 1 e conto Società Corp.

(...)

(56) Le due relazioni intestate a Ludovico non rientrano nella definizione di amministrazione di beni stabilita nell'art. 23<sup>septies</sup> cpv. 4 LBCR. La relazione cifrato 1 è stata aperta unicamente per permettere l'acquisto dei titoli Antonveneta. L'acquisto è stato possibile unicamente grazie alla garanzia offerta da Banca Madre SA. Non vi è stato alcun versamento di averi privati di Ludovico sulla relazione cifrato 1. L'operazione Antonveneta consiste nell'unica operazione effettuata su questo conto, salvo due investimenti fiduciari effettuati con i ricavi della vendita dei titoli Antonveneta. In pratica, tutte le operazioni effettuate sulle relazioni cifrato 1 e Società Corp. sono state possibili grazie al pegno del deposito titoli di Banca Madre SA. Si può pertanto affermare che queste operazioni sono state effettuate per conto di Banca Madre SA.

(57) Anche in questo caso dunque, la CFB deve concludere l'assenza del carattere tipico del private banking delle operazioni sui titoli Antonveneta.

### 3.1.5 Conto cifrato 2 e conto Società Ltd.

(...)

(61) Le due relazioni intestate a Enzo non rientrano nella definizione di amministrazione di beni stabilita nell'art. 23<sup>septies</sup> cpv. 4 LBCR. La relazione cifrato 2 è stata aperta per permettere l'acquisto dei titoli Antonveneta. L'acquisto è stato possibile unicamente grazie alla garanzia offerta da Banca Madre SA. Non vi è stato alcun versamento di averi privati di Enzo per permettere l'acquisto dei titoli Antonveneta.

(62) Anche in questo caso dunque, la CFB deve concludere l'assenza del carattere tipico del private banking delle operazioni sui titoli Antonveneta. Ritenuta l'assenza di altre operazioni non legate all'acquisto di titoli Antonveneta sulle relazioni cifrato 2 e Società Ltd, l'autorità di vigilanza italiana viene così autorizzata alla visione di tutta la documentazione concernente questi conti.

(...)

### 3.1.7 Conto Fondo

(...)



(69) Questa relazione è detenuta da Banca Madre SA per conto della sua clientela. Il conto non indica i nominativi dei clienti, che sarebbero in ogni caso clienti di Banca Madre SA e non della banca svizzera. La relazione Fondo non concerne pertanto l'amministrazione di beni e i depositi di clienti di una banca svizzera ma di un fondo interno di una banca estera. In questo caso la clausola di «private banking carve out» non trova applicazione (FF 1998, pag. 3058). L'accesso all'autorità di vigilanza ad un conto presso la filiale svizzera intestato alla banca madre sottoposta alla sua sorveglianza a livello consolidato risulta necessario ai fini della sorveglianza consolidata e deve essere autorizzato.

(...)

### 3.1.9 Informazioni per le quali è concesso a Banca d'Italia un accesso diretto

(71) All'autorità di vigilanza italiana non può venire concesso un accesso completo a tutte le transazioni effettuate sulle relazioni sopra indicate. Il principio di proporzionalità esige una limitazione della visione a quei documenti che contengono informazioni necessarie ai fini della sorveglianza consolidata. Banca d'Italia viene così autorizzata unicamente alla visione della documentazione di apertura delle relazioni (ivi compresa l'identificazione dell'avente diritto economico), delle operazioni effettuate su titoli Antonveneta e del dossier dei crediti utilizzati per effettuare queste operazioni.

### 3.2 Informazioni concernenti le 20 esposizioni individuali di rischio al 30 giugno 2005

(72) Nella sua richiesta del 21 ottobre 2005, Banca d'Italia chiede di avere accesso alle 20 esposizioni individuali di rischio al 30 giugno 2005.

(73) In merito a questa richiesta Banca Figlia SA, nella sua determinazione del 23 settembre 2005, ha dichiarato di aver già inviato a Banca Madre SA, e di riflesso dunque anche a Banca d'Italia, tutte le informazioni necessarie, in forma anonima, così che non esisterebbe alcun interesse ai fini della sorveglianza consolidata che renda necessario svelare l'identità dei suoi clienti all'autorità di vigilanza italiana.

(74) Questa valutazione è incorretta. Come già indicato (consid. [20] e [27]), l'osservanza delle prescrizioni relative ai fondi propri e alla ripartizione dei rischi è uno dei maggiori obblighi di verifica da parte dell'autorità di vigilanza che esercita la sorveglianza su base consolidata. Se due istituti bancari, facenti parte dello stesso gruppo, concedono allo stesso cliente un credito, ogni banca dovrà rispettare individualmente i limiti di rischio stabiliti dalla legge. A livello consolidato tuttavia, per stabilire il rispetto dei limiti massimi applicabili al rischio i due crediti dovranno essere aggregati (art. 21m OBCR). Il rispetto del limite dei rischi su base individuale non significa pertanto che a livello consolidato lo stesso rischio, in questo caso di credito, rientri nei limiti stabiliti dalla legge. Il mancato esame a livello consolidato di un rischio di credito può avere importanti conseguenze per il gruppo (si veda Boll. CFB 47, pag. 113, in particolare consid. 96 e ss, dove un commerciante di valori mobiliari è fallito anche a causa di due rischi di credito

dello stesso debitore che non erano stati trattati come singola unità, consid. 108).

(75) Nel quadro della verifica del rispetto di tali prescrizioni vi è un interesse giustificato ai fini della vigilanza da parte dell'autorità del paese d'origine per avere accesso ai dati relativi alla clientela, allo scopo di verificare, se in seno all'intero gruppo esistano rischi di grande entità (FF 1998 pag. 3058). La trasmissione di queste informazioni, compresi i nominativi, alle autorità estere è così stata espressamente presa in considerazione dal legislatore. Questo accesso è possibile anche per i clienti attivi nell'amministrazione dei propri fondi, ma in questo caso le informazioni devono essere acquisite dalla CFB tramite una procedura formale (consid. [24]).

(...)

### 3.3 Informazioni sugli 8 clienti che hanno chiesto un affidamento a Banca Figlia SA utilizzato per l'aumento di capitale di Banca Madre SA

(80) Banca d'Italia chiede di poter verificare i crediti concessi da Banca Figlia SA ai suoi clienti per la sottoscrizione dell'aumento del capitale di Banca Madre SA.

(81) Come sopra descritto (consid. [32]), Banca Figlia SA è in misura di ribaltare il rischio di credito sulla sua capogruppo se coperto da garanzie o anche solo da titoli di Banca Madre SA (art. 21a cpv. 2 OBCR). In questo caso il rispetto delle esigenze sulla ripartizione dei rischi non possono essere verificate dall'autorità svizzera, ma da quella della

capogruppo. Dal punto di vista della sorveglianza infatti, questi crediti non sono stati concessi da Banca Figlia SA ma dalla casa madre. All'autorità di sorveglianza estera deve pertanto essere concesso l'esame consolidato dei crediti concessi dalla figlia ma per la quale la madre sopporta il rischio di credito. La clausola del «private banking carve out» non può pertanto trovare applicazione in questo caso.

(82) Occorre inoltre osservare come la concessione di un credito da parte della figlia per la sottoscrizione del capitale della madre è comparabile alla sottoscrizione diretta da parte della figlia, nel caso in cui le garanzie offerte non si rivelano sufficienti. In questo caso ci si troverebbe confrontati ad un acquisto di una partecipazione della madre da parte della figlia, costruzione che soggiace in ogni ordinamento giuridico a determinate limitazioni (per la Svizzera vedi art. 659b CO). Vi è dunque sicuramente un interesse legato alla sorveglianza consolidata dalla parte di Banca d'Italia per esaminare queste posizioni.

*Misure prese dalla CFB: Concessione dell'autorizzazione del controllo sul posto con accompagnamento della CFB conformemente all'art. 23<sup>septies</sup> cpv. 5 LBCR.*

## **Decisione della Commissione federale delle banche del 31 marzo 2006**

---

**Qualità di parte (art. 6 PA); influsso di un azionista qualificato a danno di una gestione sana e prudente (art. 3 cpv. 2 let. c<sup>bis</sup> LBCR); garanzia di un'attività irrepreensibile (art. 3 cpv. 2 let. c LBCR)**

- 1 La qualità procedurale della persona implicata in una procedura amministrativa può modificarsi fino al rilascio della decisione finale da parte dell'autorità (cifre 41 s.).
- 2 Una gestione sana e prudente di una banca richiede un esame dei rischi, in particolare dei rischi giuridici e di reputazione delle operazioni inusuali effettuate dalla banca (cifra 49).
- 3 Una banca estera non può utilizzare la sua filiale in Svizzera per aggirare in modo sistematico le norme estere sul diritto finanziario che rispecchino le regole svizzere (cifra 50).
- 4 Influsso di un azionista qualificato estero a danno di una gestione sana e prudente della banca svizzera (cifre 54 ss).
- 5 In assenza di una procedura di controllo dei rischi giuridici e di reputazione, il consiglio di amministrazione non garantisce più un'attività irrepreensibile (cifra 59).

**Parteistellung (Art. 6 VwVG); Einfluss des qualifizierten Aktionärs zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c<sup>bis</sup> BankG); Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG)**

- 1 Die verfahrensrechtliche Stellung einer in ein Verwaltungsverfahren einbezogenen Person kann sich bis zum Erlass der Endverfügung durch die Behörde verändern (Ziff. 41 f.).
- 2 Eine umsichtige und solide Geschäftstätigkeit einer Bank beinhaltet die Prüfung der Risiken, insbesondere der Rechts- und Reputationsrisiken bei unüblichen Geschäften der Bank (Ziff. 49).
- 3 Eine ausländische Bank darf ihre Tochtergesellschaft in der Schweiz nicht benutzen, um systematisch ausländisches Finanzmarktrecht zu umgehen, welches schweizerischen Regeln entspricht (Ziff. 50).
- 4 Einfluss des qualifizierten Aktionärs zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit (Ziff. 54 ff.).
- 5 Fehlt ein Prozess zur Überwachung der Rechts und Reputationsrisiken, bietet der Verwaltungsrat keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Ziff. 59).

**Qualité de partie (art. 6 PA); influence de l'actionnaire qualifié au détriment d'une gestion saine et prudente (art. 3 al. 2 let. c<sup>bis</sup> LB); garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB)**

- 1 La qualité procédurale d'une personne impliquée dans une procédure administrative peut se modifier jusqu'à la prise de décision finale par l'autorité (ch. 41 s.).
- 2 Une gestion saine et prudente d'une banque implique un examen des risques, notamment des risques légaux et de réputation liés aux opérations inusuelles effectuées par la banque (ch. 49).
- 3 Une banque étrangère ne peut utiliser sa filiale en Suisse pour éluder de manière systématique les normes étrangères de droit financier qui correspondent aux règles suisses (ch. 50).
- 4 Influence de l'actionnaire qualifié étranger au détriment d'une gestion saine et prudente de la banque suisse (ch. 54 ss).
- 5 En l'absence d'une procédure de contrôle des risques juridiques et de réputation, le conseil d'administration ne présente pas la garantie d'une activité irréprochable (ch. 59).

Riassunto della fattispecie

A L'affare Antonveneta

Nel corso dell'ultimo trimestre per l'anno 2004 la stampa italiana ha riportato la notizia di un possibile acquisto della Banca Antonveneta

(Antonveneta) da parte della Banca *Madre SA* o della banca olandese ABN/AMRO.

Già dal 2 novembre 2004 Banca Madre SA aveva messo in atto una serie di acquisizioni che l'avevano portata a superare, in data 14 gennaio 2005, la soglia del 2% del capitale di Antonveneta. Banca Madre SA non è stata l'unica acquirente dei titoli Antonveneta. Come stabilito dalla CONSOB, tra dicembre 2004 e febbraio 2005 trentasei clienti di Banca Madre SA hanno acquistato titoli Antonveneta, trentaquattro dei quali grazie a finanziamenti concessi da Banca Madre SA per importi tra un minimo di EUR 10 mio e un massimo di EUR 50 mio per le persone fisiche. Nella maggioranza dei casi le motivazioni adottate per l'affidamento dei crediti erano generiche, quali ad es. «operazioni mobiliari» (Bollettino CONSOB XXII, no. 5.1, pag. 21).

Con delibera del 10 maggio 2005 (Bollettino CONSOB XXII, no. 5.1, pag. 19) la CONSOB ha accertato l'avvenuta stipulazione di un patto parasociale avente per oggetto l'acquisto concertato di azioni Antonveneta tra Banca Madre SA e 7 clienti di Banca Madre SA allo scopo di bloccare la possibile ripresa di Antonveneta da parte di ABN/AMRO. Nella sua decisione la CONSOB rileva come Banca Madre SA non disponeva, all'inizio della sua scalata, dunque prima del mese di febbraio 2005, di partecipazioni rilevanti in Antonveneta e non si trovava in una posizione di parità. Inoltre Banca Madre SA non disponeva di risorse proprie che le consentivano di lanciare un'OPA sul 100% del capitale di Antonveneta. ABN/AMRO aveva invece manifestato da tempo la disponibilità ad incrementare la propria partecipazione nel capitale Antonveneta. La CONSOB ha stabilito che «(i)n questa situazione (Banca Madre SA) è costretta ad una fase di attesa, di definizione del progetto e ricerca di partner, ma nel frattempo deve preoccuparsi, per



poter trattare su posizioni di parità e per anticipare possibili mosse di altri soggetti interessati, che potrebbero rendere il suo progetto troppo costoso, di raccogliere, anche indirettamente, una provvista di titoli che potrebbero mancare, o essere troppo costosa, nel momento in cui il patto scade, quando fra l'altro ABN/AMRO potrebbe incrementare la propria partecipazione.» (Bollettino CONSOB XXII, no. 5.1, pag. 26). Per ovviare a questi problemi, Banca Madre SA ha proceduto al finanziamento di propri clienti che hanno acquistato titoli Antonveneta in seguito rivenduti alla stessa Banca Madre SA. In data 22 luglio 2005 la CONSOB accertava l'esistenza di un nuovo patto parasociale non comunicato tra Banca Madre SA e la Società SpA (Bollettino CONSOB XXII, no. 7.2, pag. 17 e ss).

## B Banca Figlia SA

Banca *Figlia SA*, Lugano, è una banca svizzera controllata da un azionista di maggioranza, la Figlia International Holding SA, Lugano, che a sua volta fa capo a Banca Madre SA. Il consiglio di amministrazione della banca si riunisce 3-4 volte all'anno. Negli intervalli tra una riunione del consiglio di amministrazione e l'altra si riunisce un comitato esecutivo, composto dal presidente e da altri due membri del consiglio di amministrazione.

Le competenze per l'erogazione di un credito presso Banca Figlia SA è suddivisa tra la direzione crediti, la direzione generale, il comitato crediti (composto dai membri della direzione crediti, del private banking e della direzione generale), il comitato esecutivo e il consiglio di amministrazione. Per crediti assistiti da garanzie superiori ai CHF 10 mio la competenza ricade sul consiglio di amministrazione. La procedura per la concessione di un credito è disciplinata dal regolamento di am-

ministrazione e di gestione. Essa ha inizio con la richiesta del cliente al suo consulente, il quale redige la richiesta di erogazione del credito e la inoltra al personale della direzione crediti, dove viene compilato un formulario denominato «proposta di credito», nel quale vengono riportate le informazioni sul cliente, sul credito richiesto, sullo scopo del credito, sul tempo di rimborso e altri apprezzamenti utili. Dopo la compilazione, la proposta viene firmata e sottoposta per approvazione al direttore crediti. Egli esamina la proposta in relazione con le griglie di credito che danno la situazione patrimoniale del cliente. Una volta approvata dal direttore crediti, la proposta viene vistata dal consulente private banking e dal suo superiore. Dopo aver ottenuto le firme richieste la proposta viene discussa nel comitato crediti. In seguito la proposta torna alla direzione crediti, che la trasmette, per il tramite della segreteria generale, al comitato esecutivo e successivamente al consiglio di amministrazione. Per decidere sui crediti di sua competenza il consiglio di amministrazione ha a disposizione le proposte di credito. Queste non vengono inoltrate in anticipo ai membri del consiglio di amministrazione, ma sono consegnate il giorno della seduta.

### C Le operazioni su titoli Antonveneta presso Banca Figlia SA

Banca Figlia SA ha concesso crediti per l'acquisto di titoli Antonveneta in due periodi di tempo distinti. I primi crediti sono stati proposti in data 2 dicembre 2004 per i seguenti clienti:

Società Inc.	EUR 50 mio
Arturo	EUR 35 mio
Cifrato 1	EUR 10 mio
Cifrato 2	EUR 10 mio

Tutti questi crediti, di competenza del consiglio di amministrazione, sono stati presentati al comitato esecutivo del 2 dicembre 2004 e autorizzati dal consiglio di amministrazione in data 9 dicembre 2004.

Il secondo gruppo di crediti è stato proposto dalla banca in data 1° marzo 2005 e interessava i seguenti clienti:

Società SA	EUR 100 mio
Società SpA	EUR 5 mio
Società Inc.	EUR 50 mio

Questi crediti sono stati presentati al comitato esecutivo e autorizzati dal consiglio di amministrazione di Banca Figlia SA in data 10 marzo 2005.

I crediti ai clienti Società SA e Società Inc. sono i maggiori mai concessi da Banca Figlia SA. Presso Banca Figlia SA vengono usualmente concessi crediti tra i CHF 100 000.– e CHF 2 mio, ma anche fino a CHF 30 mio. La concessione di crediti garantiti da Banca Madre SA in un singolo giorno per un totale di EUR 105 mio (2/9 dicembre 2004) e EUR 150 mio (1/10 marzo 2005) è da considerarsi non ordinaria. Per il direttore crediti si trattava di operazioni ordinarie per il tipo di cliente ma straordinarie in quanto ad importo per Banca Figlia SA.

I crediti sopra descritti (ad eccezione del credito di EUR 5 mio per il cliente Società SpA) erano stati assicurati dalla Banca Madre SA con il rilascio di formali garanzie. Vi sono stati anche altri casi in cui dei crediti sono stati garantiti dal gruppo, con garanzie varianti tra i CHF 300 000.– e EUR 15 mio. Al 31 dicembre 2003 il totale delle garanzie prestate da Banca Madre SA era di CHF 270 mio, mentre al 31 dicem-

bre 2004 il totale delle garanzie prestate da Banca Madre SA ammontava a CHF 392 mio. Le garanzie concesse per l'erogazione di crediti legati all'acquisto di titoli Antonveneta hanno superato per importanza quelle concesse fino a quel momento. Tra i mesi di ottobre 2004 e giugno 2005, oltre alle garanzie concesse per l'erogazione dei crediti sopra descritti, Banca Madre SA ha concesso altre due garanzie, per un importo rispettivamente di EUR 7,5 mio e EUR 10 mio.

Le proposte di concessione del credito indicavano quale scopo del credito l'acquisto di titoli alla borsa di Milano. Tutti i dipendenti della banca coinvolti nella procedura di concessione di credito sentiti dalla CFB erano a conoscenza del fatto che i crediti sarebbero stati utilizzati per l'acquisto di titoli Antonveneta. Nella seduta di dicembre 2004 del consiglio di amministrazione non si è tuttavia più discusso sullo scopo dei crediti, così che i due membri esclusi dal comitato esecutivo non erano a conoscenza che tali crediti sarebbero stati concessi per l'acquisto di titoli Antonveneta. I due membri esclusi dal comitato esecutivo hanno tuttavia dichiarato che tale informazione non era necessaria per permettere al consiglio di amministrazione di prendere una decisione sul credito da erogare o che anche con questa informazione non avrebbero modificato la loro decisione. Nella seduta del consiglio di amministrazione di marzo 2005 lo scopo dei crediti concessi, ovvero l'acquisto dei titoli Antonveneta, era stata portata a conoscenza dei membri presenti.

Tutte le istanze della banca che hanno esaminato i crediti si sono assicurate della presenza di adeguate coperture. I crediti concessi per l'acquisto di titoli Antonveneta risultano ampiamente coperti. All'epoca non si è invece discusso di eventuali rischi legali connessi con le operazioni Antonveneta. La valutazione dei rischi legali compete alla

struttura legale e compliance e al comitato crediti a livello collegiale nel suo insieme. Il compliance officer non si è occupato di esaminare i problemi legati alla concessione dei crediti per l'acquisto di titoli Antonveneta. Il responsabile private banking ha pensato per la prima volta alla possibile esistenza di rischi d'immagine nel corso dell'interrogatorio presso la CFB. Il vice direttore generale ha dichiarato che il rischio di reputazione in relazione con la concessione dei crediti per l'acquisto di titoli Antonveneta era stato giudicato in quel momento inesistente. I membri del consiglio di amministrazione non hanno rilevato alcun rischio particolare nella concessione dei crediti, neppure quello di reputazione. Essi hanno anche dichiarato che all'epoca non hanno visto nessun tipo di rischio per la banca nell'esecuzione di queste operazioni, ritenuto che si trattava di clienti primari introdotti dalla casa madre, primaria banca sottoposta a vigilanza, di finanziamenti garantiti dalla casa madre, di operazioni di cui la casa madre veniva regolarmente informata dalla direzione e che venivano discusse nel consiglio di amministrazione in presenza del vice presidente della Banca Madre SA.

Né le relazioni interessate né le singole operazioni sui titoli Antonveneta sono state riconosciute a rischio elevato, e questo nonostante la direttiva della banca sulla lotta al riciclaggio di denaro preveda quale parametro per le operazioni a rischio elevato la ricezione di una garanzia interna per un importo maggiore di CHF 25 000.-. Questo fatto è dovuto ad un errore nell'installazione del sistema di verifica delle transazioni inusuali, che prevedeva questo parametro unicamente per le relazioni catalogate a rischio superiore.

## Estratto dei Considerandi

### 1 Procedura

(40) Ai sensi dell'art. 6 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021), sono considerate parti le persone i cui diritti od obblighi potrebbero essere toccati dalla decisione.

(41) Nelle procedure condotte dalla CFB possono essere considerate parti tutte le persone per le quali viene esaminata l'esistenza della garanzia di un'attività irreprensibile (art. 3 cpv. 2 lett. c della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio, LBCR, RS 952.0), vale a dire la banca (Boll CFB 41, pag. 15 e ss, consid. C), i membri del consiglio di amministrazione, i direttori generali e i singoli direttori (Boll CFB 45, pag. 164, consid. 3a), così come gli azionisti che detengono una partecipazione qualificata nella banca (art. 3 cpv. 2 lett. c<sup>bis</sup> LBCR). Soltanto alla fine della procedura tuttavia la CFB potrà determinare contro quali parti essa prenderà delle misure, così che la posizione processuale delle singole persone interessate potrà modificarsi nel corso dell'inchiesta della CFB.

(42) Nel caso in esame la CFB ha aperto una procedura contro tutti i membri del consiglio di amministrazione ancora attivi, la direzione generale e i singoli direttori implicati nell'affare (direzione crediti e private banking). Non sono invece stati considerati come parti quei direttori che non risultano coinvolti nella vicenda. Con la presente decisione la CFB prende delle misure nei confronti dell'azionista qualificato, del consiglio di amministrazione e della direzione generale, che devono pertanto essere qualificati come parti alla procedura (Banca

Madre SA indirettamente per il tramite di Banca Figlia SA). Non sono invece più da considerare come parti le altre persone coinvolte nella procedura della CFB ma che non vengono toccate nei loro obblighi o diritti in questa decisione, vale a dire i direttori crediti e private banking.

(...)

### 3 Qualifica delle operazioni Antonveneta effettuate in Svizzera

(47) Le operazioni di credito legate all'acquisto di titoli Antonveneta eseguite presso Banca Figlia SA devono essere considerate eccezionali, sia nel loro importo che nella loro esecuzione. Si trattava dei maggiori crediti mai concessi dalla banca, tutti coperti da una garanzia concessa dalla capogruppo e tutti utilizzati per l'acquisto di titoli di un'unica società. La concessione di questi crediti è avvenuta in un periodo in cui già era conosciuto l'interesse mostrato da Banca Madre SA per Antonveneta. Se nel mese di dicembre 2004 questo interesse non era ancora stato ufficializzato, nel mese di marzo 2005, allorquando è stata concessa la seconda tranche di crediti legati alle operazioni Antonveneta, l'intenzione di Banca Madre SA di riprendere Antonveneta era pubblica. Queste informazioni erano conosciute sia ai dipendenti della banca, sia ai membri del consiglio di amministrazione. La banca inoltre era a conoscenza degli stretti legami esistenti tra i clienti che hanno ottenuto i crediti garantiti da Banca Madre SA e la capogruppo.

(48) L'acquisto di titoli Antonveneta è stato possibile unicamente grazie alle garanzie concesse da Banca Madre SA. In considerazione del fatto che Banca Figlia SA dispone di fondi propri per soli CHF 75 mio

essa non sarebbe stata in grado di concedere i crediti per l'acquisto dei titoli Antonveneta a causa del limite del 25 %, pari a CHF 18,8 mio, imposto dalle norme sulla ripartizione dei rischi (art. 21 OBCR). Grazie alle garanzie fornite da Banca Madre SA la banca svizzera ha potuto usufruire dell'eccezione stabilita all'art. 21a cpv. 2 OBCR e ribaltare il rischio di credito del cliente alla sua capogruppo.

(49) In considerazione di questi elementi e dell'eccezionalità delle operazioni di credito, la CFB ritiene che gli organi della banca avrebbero dovuto intuire la possibilità che questi crediti venissero utilizzati allo scopo di favorire Banca Madre SA nella lotta per la ripresa di Antonveneta. In particolare questo fatto doveva essere sicuramente conosciuto all'organo della Banca Figlia SA legato alla capogruppo, ovvero il presidente del consiglio di amministrazione. Anche gli altri organi della banca dovevano tuttavia rilevare questo rischio. Se per la concessione dei crediti di dicembre 2004 poteva ancora sussistere qualche dubbio sulle reali intenzioni di Banca Madre SA nei confronti di Antonveneta, durante la concessione dei crediti di marzo 2005 non soltanto tutti i dubbi erano stati dissipati, ma l'importanza dei crediti concessi non poteva sfuggire agli organi della banca. In presenza di operazioni così inusuali, una gestione sana e prudente della banca richiedeva l'esame dei rischi ad essa legati, ed in particolare del rischio giuridico e di reputazione. Stante le dichiarazioni degli organi di Banca Figlia SA invece, la banca si è limitata ad esaminare il rischio di credito di un'operazione che ha riportato alla banca un ricavo eccezionale, senza chiedere alla capogruppo alcuna informazione sulle di lei intenzioni nei confronti di Antonveneta e dei doveri legali del gruppo in relazione a questa acquisizione.



(50) Anche se nel compito della banca svizzera o della CFB non rientra l'esame dettagliato del rispetto delle norme estere sui mercati finanziari, è escluso che una banca estera possa utilizzare la sua filiale svizzera per aggirare in modo sistematico e così vasto tali norme, che sono identiche a quelle svizzere. I crediti concessi dalla capogruppo per acquistare dei titoli Antonveneta risultano manifestamente inusuali, straordinari e, ritenuto il retroscena dell'operazione, ambigui. Nel caso in esame la banca svizzera avrebbe dovuto assicurare che tali operazioni rispettassero le norme italiane sulle offerte pubbliche di acquisto, tanto più che queste norme, come già esposto, non hanno un carattere eccezionale, ma corrispondono agli standard internazionali e alla legge svizzera (vedi art. 31 della legge federale del 24 marzo 1995 sulle borse e il commercio di valori mobiliari, RS 954.1, LBVM) che prevede anche una multa in caso di omissione (art. 41 LBVM). La concessione di crediti di tale entità garantiti dalla madre per acquistare titoli di una società sulla quale si sapeva (almeno a marzo 2005) che la capogruppo deteneva un interesse per un'eventuale acquisto comporta per la banca figlia dei rischi legali di difficile gestione, in quanto essa avrebbe dovuto assicurarsi che le disposizioni italiane sulle OPA non sarebbero state lese. A nulla valgono le dichiarazioni dei clienti di Banca Figlia SA, ai sensi delle quali un'eventuale segnalazione inerente a partecipazioni rilevanti presso la CONSOB sarebbe stata di loro responsabilità. Questo dovere non è infatti stato leso unicamente dai clienti di Banca Figlia SA (per Società SpA vedi il Bollettino CONSOB XXII, no. 7.2, pag. 17 e ss) ma anche e soprattutto dalla stessa Banca Madre SA.

(51) Al contrario, le operazioni effettuate da clienti di Banca Figlia SA sul titolo Antonveneta con i loro averi, dunque senza alcuna garanzia da parte di Banca Madre SA, risultano sicuramente usuali e tipiche

nella prassi bancaria. Anche nel caso in cui i crediti per l'acquisto dei titoli Antonveneta fossero stati garantiti da una banca terza, non legata al gruppo, non vi sarebbero stati motivi per opporsi all'operazione.

#### 4 Rispetto delle condizioni di autorizzazione da parte di Banca Figlia SA

(52) La CFB vuole in primo luogo osservare che gli elementi principali di tutta la vicenda si sono compiuti presso la capogruppo italiana. Le operazioni effettuate in Svizzera sono solo una minima parte rispetto a quelle effettuate in Italia. Inoltre in Svizzera non vi sono state operazioni mai contabilizzate nei bilanci della banca, come successo presso Banca Madre SA. La maggiore responsabilità per quanto accaduto è dunque da imputare alla banca italiana e al fallimento dei sistemi di controllo della stessa.

(53) Banca Madre SA ha pertanto utilizzato in modo abusivo e in contravvenzione con le norme borsistiche italiane la sua filiale svizzera nel tentativo di ottenere il controllo su Antonveneta. Occorre pertanto esaminare se le operazioni effettuate in Svizzera sono tali da mettere in discussione la garanzia di un'attività irreprensibile dell'azionista qualificato (in seguito 4.1), del consiglio di amministrazione della banca (in seguito 4.2) e della sua direzione generale (in seguito 4.3).

#### 4.1 La posizione dell'azionista qualificato

(54) La CFB, quale autorità di sorveglianza svizzera, non può esprimersi sul rispetto delle condizioni di autorizzazione di Banca Madre SA

quale banca italiana. Banca Madre SA è tuttavia anche azionista di Banca Figlia SA e, in questa sua veste, deve garantire di non influenzare in modo negativo la gestione dell'attività della banca svizzera (art. 3 cpv. 2 lett. c<sup>bis</sup> LBCR).

(...)

(56) A mente della CFB, il modo in cui Banca Madre SA ha utilizzato la sua filiale per eseguire le operazioni Antonveneta non lascia alcun dubbio sul fatto che la banca italiana abbia sfruttato la filiale svizzera per eseguire delle operazioni illegali. Le modalità degli acquisti di titoli Antonveneta in Svizzera sono identiche a quelle accertate nelle decisioni della CONSOB sull'esistenza di un patto parasociale avente per oggetto l'acquisto concertato di titoli Antonveneta (Bollettino CONSOB XXII, no. 5.1, pag. 19 e ss). In entrambi i casi, le azioni sono state acquistate da clienti vicini a Banca Madre SA tramite crediti interamente garantiti da Banca Madre SA. Anche i tempi di esecuzione stabiliti dalla CONSOB (con una prima fase in dicembre 2004 [acquisto dei titoli], e una seconda nell'aprile 2004 [vendita dei titoli a Banca Madre SA tramite operazioni preconcordate]) sono parzialmente riscontrabili in Svizzera (acquisti in dicembre 2004 e vendita dei titoli del cliente Arturo in aprile). Tale fatto risulta ancora più palese per le operazioni effettuate da SR, la cui partecipazione al patto parasociale è stata accertata dalla CONSOB (Bollettino CONSOB XXII, no. 7.2, pag. 17 e ss).

(57) Per questi motivi la CFB deve constatare che Banca Madre SA, quale azionista qualificato di Banca Figlia SA, ha abusato della sua posizione dominante esercitando un influsso a danno di una gestione sana e prudente della banca svizzera, ciò che si configura come una

crassa violazione dell'obbligo degli azionisti (con partecipazione qualificata) di garantire che la propria influenza non sia esercitata a detrimento della banca (art. 3 cpv. 2 lett. c<sup>bis</sup> LBCR e art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM).

#### 4.2 La posizione del consiglio di amministrazione

(58) Durante le sue sedute il consiglio di amministrazione non ha mai discusso sulla possibile esistenza di un rischio giuridico e di reputazione collegato con la concessione dei crediti per l'acquisto di titoli Antonveneta.

(59) Il fatto che non tutti i membri del consiglio di amministrazione avessero ottenuto delle informazioni complete riguardanti le operazioni Antonveneta non è tale da obbligare una singola valutazione per ogni membro dell'organo di vigilanza. Nel suo complesso infatti tutti i membri del consiglio di amministrazione hanno riconosciuto il carattere eccezionale dei crediti concessi. In questo caso i membri devono svolgere la loro funzione di sorveglianza richiedendo le informazioni necessarie per poter limitare e sorvegliare tutti i rischi legati all'attività bancaria. Se queste informazioni non sono fornite spontaneamente il consiglio di amministrazione le deve richiedere.

(60) Nel caso in esame, nessun membro del consiglio di amministrazione ha rilevato l'esistenza di un rischio giuridico o di reputazione, nonostante gli indizi presenti. Come sopra esposto (considerando [49] e ss), l'assenza di un qualsiasi esame di questi rischi non è compatibile con la garanzia di un'attività irreprensibile. Nel corso della concessione dei crediti per l'acquisto di titoli Antonveneta i membri del consiglio di

amministrazione di Banca Figlia SA hanno pertanto violato l'obbligo di una garanzia irreprensibile sancito dagli art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR e art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM.

*Misure prese dalla CFB: concessione, sotto comminatoria del ritiro dell'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria, di un termine di 6 mesi a Banca Figlia SA entro il quale la banca dovrà dimostrare Banca Madre SA non userà la sua posizione a danno di una gestione sana e prudente della banca svizzera oppure ha diminuito la sua partecipazione nella banca sotto la soglia del 10%. Allontanamento dei membri del consiglio di amministrazione dalla banca poiché essi non garantiscono un'attività irreprensibile. Ammonimento nei confronti della direzione generale della banca.*

## **Decisione del Tribunale federale del 14 febbraio 2006 nell'affare A SA (2A.35/2005 e 2A.286/2005)<sup>1</sup>**

---

### **Accettazione di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR); liquidazione e apertura del fallimento (art. 33 LBCR)**

Le conclusioni espresse dalla Corte civile del Tribunale federale, che risulta vincolata dai fatti constatati dalla Corte cantonale, non vincola l'esame della Corte di diritto pubblico, che esamina il caso sia l'accertamento dei fatti sia l'applicazione del diritto con piena cognizione (consid. 7.2).

### **Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG); Liquidation und Konkurseröffnung (Art. 33 BankG)**

Die Erwägungen der Zivilabteilung des Bundesgerichts, welche an den von der kantonalen Vorinstanz festgestellten Sachverhalt gebunden ist, sind für die öffentlichrechtliche Abteilung, welche sowohl die Feststellung des Sachverhalt als auch die Rechtsanwendung mit freier Kognition prüft, nicht bindend (E. 7.2).

<sup>1</sup> Die Regesten und die Anonymisierung wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

**Acceptation de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB); liquidation et ouverture de la faillite (art. 33 LB)**

Les conclusions prises par la Cour civile du Tribunal fédéral, qui est liée aux faits constatés par la Cour cantonale, ne lient pas la Cour de droit public qui examine tant l'établissement des faits que le droit avec un plein pouvoir d'examen (consid. 7.2).

Riassunto della fattispecie

La A. SA, Lugano, costituita nel 1972, ha quale scopo sociale l'assunzione e l'esecuzione di mandati fiduciari di ogni genere, in particolare la gestione di patrimoni mobiliari e immobiliari, l'amministrazione, la contabilità e la stesura di bilanci di società, l'attuazione di depositi fiduciari, la domiciliazione di società; l'assistenza, la consulenza per operazioni di finanziamento per conto di terzi; la partecipazione a società e imprese commerciali, industriali e finanziarie; la promozione immobiliare, la consulenza tecnica immobiliare, la direzione lavori, la progettazione, le perizie immobiliari nonché la consulenza assicurativa.

Il 20 febbraio 2004 l'Autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro (in seguito: Autorità di controllo LRD) ha segnalato alla CFB che dall'esame della domanda di autorizzazione per esercitare l'attività d'intermediario finanziario sottopostale dalla A. SA, emergeva la possibilità che la società svolgesse un'attività soggetta ad autorizzazione della CFB.

Con decisione del 24 novembre 2004 la CFB, lasciato indeciso il quesito di sapere se la A. SA avesse accettato, senza esservi stata autorizzata, depositi del pubblico ai sensi della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (Legge sulle banche, LBCR; RS 952.0), ha constatato che la medesima esercitava senza la dovuta autorizzazione l'attività di commerciante di valori mobiliari ai sensi della legge sulle borse (n. 1 del dispositivo) e ha risolto di scioglierla e di porla in liquidazione (n. 2 del dispositivo).

Il 19 gennaio 2005 la A SA ha impugnato con un ricorso di diritto amministrativo la suddetta decisione (causa 2A.35/2005), chiedendone l'annullamento. In via subordinata ne ha postulato la modifica, nel senso che le sia concesso un termine sufficiente per poter cambiare la propria organizzazione ed attività di modo che non ricadano nel campo di applicazione della legge sulle borse, rispettivamente della legge sulle banche o della legge federale del 18 marzo 1994 sui fondi d'investimento (LFI; RS 951.31).

Il 24 febbraio 2005 la CFB ha comunicato alla A SA che, a suo avviso, la società era indebitata e presentava dei problemi di liquidità tali da indurla ad esaminare se andava aperto il fallimento nei suoi confronti giusta gli art. 25 e 33 LBCR. Ne è seguito un fitto scambio di corrispondenza tra la società e l'autorità federale. Con decisione del 27 aprile 2005 la CFB ha quindi confermato l'esercizio non autorizzato dell'attività di commerciante di valori mobiliari, ha considerato inoltre che la società aveva accettato, in violazione della legge sulle banche, dei depositi del pubblico a titolo professionale nonché è giunta alla conclusione che vi era un indebitamento eccessivo della stessa, in quanto le mancavano le liquidità necessarie per far fronte ai debiti scaduti. La CFR ha quindi pronunciato il fallimento della A SA, il quale è



stato aperto il giovedì 28 aprile 2005 alle ore 12.00 (n. 1 del dispositivo).

Il 2 maggio 2005 la A SA ha presentato al Tribunale federale una dichiarazione di ricorso di diritto amministrativo contro la citata decisione. Con il proprio gravame domanda che la decisione della CFB sia annullata, rispettivamente venga dichiarata nulla. In sostanza ripropone le medesime censure che quelle formulate nel ricorso del 19 gennaio 2005, precisando e completando alcuni argomenti.

#### Estratto dei considerandi

7.1 Come emerge dagli atti di causa, segnatamente dalla decisione del 27 aprile 2005 nonché dalle risposte del 28 febbraio 2005 e del 9 giugno 2005, la CFB ha constatato che la ricorrente aveva aperto relazioni d'affari con circa 75 clienti e deteneva tuttora liquidità di clienti per circa fr. 7200 000.-. Al riguardo ha precisato che l'ammontare doveva verosimilmente essere stato più elevato nel passato dato che, nelle settimane antecedenti la decisione del 24 novembre 2004, erano stati effettuati dei prelievi in contanti da parte di clienti. Ha poi considerato che l'attività principale della ricorrente consisteva nell'utilizzare gli averi versati dai clienti per costituire delle società panamensi, le quali a loro volta detenevano in Ticino delle proprietà immobiliari, amministrare dalla ricorrente stessa. Quest'ultima avrebbe pertanto finanziato le proprie attività immobiliari con gli averi depositati presso di essa dai suoi clienti: i finanziamenti ottenuti dai clienti andavano di conseguenza considerati come depositi del pubblico.

7.2 La ricorrente obietta di avere avuto in deposito solo carte-valori, segnatamente azioni di società immobiliari e cartelle ipotecarie, per un valore attuale di complessivi fr. 8 383 631.–. Precisa che eventuali depositi in danaro avvenivano unicamente su conti terzi presso banche della piazza, detti «conti di raccolta», e servivano solo a finanziare operazioni disposte dai clienti; trattasi quindi di conti di esecuzione (art. 3a cpv. 3 lett. c OBCR), che non necessitano di autorizzazioni. Nega poi che i suoi clienti possano vantare nei suoi confronti crediti per fr. 7 200 000.– e sostiene che i pretesi estratti da cui sarebbe stata dedotta l'esistenza di questi valori liquidi sarebbero in realtà dei documenti contabili interni, frutto di errori operativi interni ed improprio utilizzo delle applicazioni informatiche, i quali in ogni caso non renderebbero conto di situazioni effettive. Essa adduce pertanto di aver sempre svolto una normale attività di fiduciaria, la quale sarebbe peraltro stata confermata da cinque sentenze emesse dalla I Corte civile del Tribunale federale in data 25 febbraio 2005, di cui una pubblicata in DTF 131 III 377 segg. Questa argomentazione non può essere condivisa. È vero che nelle cinque sentenze emesse il 25 febbraio 2005 dalla I Corte civile del Tribunale federale (cause 4C.357/2004, 4C.359/2004, 4C.361/2004, 4C.363/2004 e 4C.365/2004) è stato deciso che la ricorrente, benché la sua attività fosse equiparata a quella di una banca, aveva agito a titolo fiduciario nei confronti dei clienti in questione. Sennonché quest'ultima conclusione non è determinante in concreto. Nelle soprammenzionate sentenze la I Corte civile si è pronunciata infatti nell'ambito di ricorsi per riforma, ove è vincolata dai fatti constatati dalla Corte cantonale: essa ha pertanto limitato il suo esame al caso precipuo, senza poter tener conto dell'insieme delle attività della ricorrente. Ciò che non è il caso della presente Corte, la quale come già rammentato, esamina con piena cognizione sia l'accertamento dei fatti sia l'applicazione del diritto (art. 104 lett. a e b, art. 105 e 114 cpv. 1

ultima frase OG): essa può quindi tener conto dell'insieme delle attività svolte dalla società, le quali – valutate globalmente – vanno oltre i semplici rapporti fiduciari.

Nella presente fattispecie risulta chiaro, in base agli elementi forniti dalla CFB e figuranti negli atti, a cui si rimanda, che le relazioni dei clienti della ricorrente non erano unicamente composte da titoli, ma anche da liquidità (cfr., ad esempio, atti 01 225 A02 837 fino a 01 225 A02 835; 01 225 A03 099 fino a 01 225 A03 087); risulta altresì evidente che l'interessata ha accettato su un lungo periodo più di 20 depositi del pubblico (cfr. atti 01 225 A03 396 fino a 01 225 A03 161). Le obiezioni da lei sollevate, secondo cui gli estratti rinvenuti (e comprovanti gli averi liquidi) sarebbero in realtà dei documenti contabili interni, frutto di errori operativi interni ed improprio utilizzo delle applicazioni informatiche avveratisi nel 2000 (cfr. lettera del 26 aprile 2005 della ricorrente alla Commissione federale delle banche) appaiono poco convincenti, se non addirittura fuorvianti. Al riguardo ci si limita ad osservare che detti pretesi errori constatati a metà 2000, secondo quanto dichiarato dalla ricorrente stessa, non erano ancora stati corretti nell'aprile del 2005. Inoltre la ricorrente non ha mai fornito, come più volte richiestole e come da lei stessa promesso (cfr. lettera appena citata), delle dichiarazioni scritte dei propri clienti ove questi riconoscevano di non vantare alcun deposito nei suoi confronti. Allo stesso modo, l'obiezione della ricorrente, secondo cui ha accettato depositi del pubblico soltanto per effettuare delle operazioni di carattere prettamente fiduciario, quale l'acquisto di titoli di società panamensi di carattere immobiliare, viene smentita dal fatto che, come rilevato dalla CFB nella propria risposta del 9 giugno 2005, i clienti disponevano di averi liquidi presso la società, i quali non sono stati utilizzati per operazioni in loro favore, ma che potevano essere prelevati in contanti ciò

che, come emerge dagli atti, è avvenuto (cfr. atti 01 225 A03 167 e 01 225 A03 342). Infine, come precisato dalla CFB nella già citata risposta del 9 giugno 2005, ai cui pertinenti considerandi si rinvia, questi conti non possono ricadere né sotto l'eccezione di cui all'art. 3a cpv. 3 lett. c OBCR (conti di esecuzione), dato che la ricorrente non è riuscita a dimostrare che erano stati utilizzati per effettuare operazioni a favore dei loro titolari né che era stata ossequiata l'esigenza di una rapida circolazione degli averi dei clienti, né sotto quella dell'art. 3a cpv. 3 lett. b OBCR (averi di terzi raccolti per il proprio finanziamento) non essendo realizzate in concreto le condizioni poste da tale norma (tra l'altro, informazione dei creditori). Da quanto testé esposto emerge pertanto che è a giusto titolo che la CFB ha ritenuto che la ricorrente si era dedicata senza permesso ad un'attività bancaria soggetta ad autorizzazione.

(...)

10.1 In quanto non diventato privo d'oggetto e nella misura in cui è ammissibile, il ricorso di diritto amministrativo nella procedura 2A.35/2005 va respinto. In quanto ammissibile il ricorso di diritto amministrativo nella procedura 2A.286/2005 va respinto.

**Entscheid der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 25. April 2006 i. S. WIN+WEG Genossenschaft (2A.749/2005 publ. in BGE 132 II 382)<sup>1</sup>**

---

**Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG); Bezeichnung als «Bank» (Art. 1 Abs. 4 BankG); Liquidation (Art. 24<sup>quinquies</sup> BankG); Konkurseröffnung (Art. 33 ff. BankG)**

- 1 Das Bundesgericht prüft keine Gegenstände, über welche die EBK nicht befunden hat und die sie im Zeitpunkt ihres Entscheids auch nicht beurteilen musste (E. 1.2.3).
- 2 Das Verfahren vor Bundesgericht genügt den Anforderungen von Art. 6 EMRK, auch wenn eine Kontrolle der Angemessenheit des Entscheids der EBK ausgeschlossen ist (E. 2.1)
- 3 Die Konkursliquidatoren können nicht als befangen gelten, nur weil sie bereits als Untersuchungsbeauftragte tätig geworden sind. Es entspricht dem Gebot der Effizienz, dass in der Regel der Untersuchungsbeauftragte auch mit der Liquidation betraut wird, sollte sich eine solche als notwendig erweisen (E. 3.4).
- 4 Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht; es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend geklärt werden kann (E. 4.2).

<sup>1</sup> Die Regesten wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

- 5 Präzisionen der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen (E. 6.3).
- 6 Technisches Ermessen der EBK bei der Beurteilung der Überschuldung und der Liquidität eines Unternehmens aufgrund der Unterlagen. Ist ein Unternehmen durch die Bankenkommission zu liquidieren, ist dessen eventuelle Überschuldung nach Liquidationswert zu beurteilen (E. 7.3).

**Acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB); terme de «banque» (art. 1 al. 4 LB); liquidation (art. 24<sup>quinquies</sup> LB); ouverture de la faillite (art. 33 ss LB)**

- 1 Le Tribunal fédéral ne vérifie pas les objets que la CFB n'a pas examinés et sur lesquels elle ne devait pas non plus se prononcer au moment de sa décision (consid. 1.2.3).
- 2 La procédure devant le Tribunal fédéral remplit les exigences de l'art. 6 CEDH, même si un contrôle de l'opportunité de la décision de la CFB est exclu (consid. 2.1).
- 3 Les liquidateurs de la faillite ne peuvent pas être considérés comme partiels, uniquement parce qu'ils ont déjà été actifs en tant que chargés d'enquête. Le fait que le chargé d'enquête s'occupe ensuite, si nécessaire, également de la liquidation est conforme à l'obligation d'efficacité (consid. 3.4).
- 4 Il n'est pas nécessaire qu'une violation de la loi soit établie pour nommer un chargé d'enquête; il suffit que des indices objectifs

d'une telle violation existent et que seul un contrôle sur place permettra d'établir complètement l'état de fait (consid. 4.2).

- 5 Précisions sur l'acceptation de dépôts du public à titre professionnel (consid. 6.3).
- 6 Pouvoir d'appréciation de la CFB lorsqu'elle juge le surendettement et les liquidités d'une entreprise sur la base des documents à sa disposition. Si une entreprise doit être liquidée par la Commission des banques, son éventuel surendettement doit être évalué aux valeurs de liquidation (consid. 7.3).

**Accettazione illecita di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR); definizione di «banca» (art. 1 cpv. 4 LBCR); liquidazione (art. 24<sup>quinquies</sup> LBCR); apertura di fallimento (art. 33 ss LBCR)**

- 1 Il Tribunale federale non verifica gli oggetti che la CFB non ha esaminato e sui quali essa non doveva nemmeno pronunciarsi al momento della sua decisione (consid. 1.2.3).
- 2 La procedura davanti al Tribunale federale adempie le esigenze dell'art. 6 CEDU anche se un controllo dell'opportunità della decisione della CFB è escluso (consid. 2.1).
- 3 I liquidatori del fallimento non possono essere considerati come parziali, unicamente perché già hanno svolto la mansione di incaricati dell'inchiesta. Il fatto che l'incaricato dell'inchiesta si occupi in seguito, se necessario, anche della liquidazione è conforme all'esigenza di efficienza (consid. 3.4).

- 4 La nomina di un incaricato d'inchiesta non presuppone l'accertamento di una violazione della legge, essendo sufficiente che esistano elementi oggettivi di una tale violazione e che solo un controllo sul posto permetta di stabilire gli elementi fattuali (consid. 4.2).
- 5 Precisazioni sull'accettazione di depositi del pubblico a titolo professionale (consid. 6.3).
- 6 Potere di apprezzamento della CFB quando valuta l'eccedenza dei debiti e la liquidità di una ditta sulla base dei documenti a sua disposizione. Se una ditta deve essere liquidata dalla CFB, la sua eventuale eccedenza di debiti deve essere valutata in funzione dei valori di liquidazione (consid. 7.3).

## Sachverhalt (Auszug)

A

Die WIN+WEG Genossenschaft (WWG) (...) bezweckt unter anderem, ihren Mitgliedern eine bargeld- und zinslose Leistungsverrechnungsplattform (EUROWEG) zur Verfügung zu stellen, Immobilienprojekte (Kinder-, Pflege- und Seniorenheime usw.) zu finanzieren und allgemein die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gesellschafter auf den Grundlagen des von ihrem Präsidenten und Geschäftsführer X. entwickelten «ethischen Wirtschaftssystems» der «HuMan-Wirtschaft» zu fördern. Die Genossenschaft soll rund 330 Mitglieder zählen; auf der Internet-Leistungsverrechnungsplattform EUROWEG sind etwa 750 Personen registriert. Die WWG eröffnet ihren Genossenschaf tern auf dieser ein Verrechnungskonto in der Fantasiewährung WEG-Euro



(WEUR), worin sie ihre wechselseitigen Leistungen tauschartig fortlaufend verrechnen können, sowie ein Depotkonto in echten Euro (EUR), worauf (unter anderem) die ihr geschuldeten Transaktionsgebühren abgebucht werden. Die WWG bezeichnete sich teilweise als Schweizer Repräsentantin der Yesilada Bank Ltd. Nikosia, Nord-Zypern. Im Hinblick auf Immobiliengeschäfte (Behinderten- und Kinderheime in Österreich) hat sie rückzahl- und verzinsbares «zusätzliches Genossenschaftskapital» im Umfang von rund CHF 2,6 Mio. aufgenommen.

## B

Gestützt auf einen Hinweis der Kantonspolizei Zürich klärte die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) ab Juli 2005 ab, ob die Aktivitäten der WIN+WEG Genossenschaft banken-, börsen- oder anlagefondsrechtlich bewilligungspflichtig sein könnten. Sie setzte zu diesem Zweck am 26. September 2005 zwei Anwälte als Untersuchungsbeauftragte ein und untersagte der WWG, in der Schweiz oder von der Schweiz aus gewerbmässig Publikumsgelder entgegenzunehmen bzw. hier als Zweigniederlassung, Vertretung oder Agentur der Yesilada Bank, Nord-Zypern, tätig zu werden. Sie entzog den Organen der WIN+WEG Genossenschaft die Vertretungsbefugnis für diese und sperrte sämtliche Kontenverbindungen und Depots, die auf die WIN+WEG Genossenschaft lauteten oder an denen diese wirtschaftlich berechtigt war.

## C

Am 21. Oktober 2005 legten die Untersuchungsbeauftragten ihren Schlussbericht vor. Gestützt hierauf stellte die Eidgenössische Bankenkommission am 24. November 2005 fest, dass die WIN+WEG Genossenschaft, Biel, gegen das Verbot der gewerbmässigen Entgegen-

nahme von Publikumseinlagen verstossen (Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [BankG; SR 952.0]; Art. 3a der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen [BankV; SR 952.02]) und zu Unrecht in ihrer Geschäftsreklame die Bezeichnung «Bank» verwendet habe (Ziff. 1 des Dispositivs). Sie eröffnete ab Freitag, 25. November 2005, 08.00 Uhr, den (bankrechtlichen) Konkurs über sie (Ziff. 2 des Dispositivs). Als Konkursliquidatoren setzte die EBK die Untersuchungsbeauftragten ein (Ziff. 3 des Dispositivs); zudem regelte sie verschiedene weitere konkursrechtliche Aspekte (Konkursort, Publikation, Handelsregistereintrag usw.). Die Bankenkommission erklärte ihre Verfügung als sofort vollstreckbar (Ziff. 10 des Dispositivs), hielt in den Erwägungen jedoch fest, dass die Konkursliquidatoren bis zur Rechtskraft des Entscheids ihre «Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland zu beschränken» hätten.

D

Die WIN+WEG Genossenschaft hat hiergegen am 24. Dezember 2005 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. (...)

(...)

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.2.3 Nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden die von der Beschwerdeführerin in ihrer abschliessenden Stellungnahme gegen die Konkursliquidatoren erhobenen Vorwürfe betreffend deren Honorarvorschüsse und die Verwendung der nach der Verfügung der Bankenkommission eingegangenen Gelder: Die bankenkonkursrechtliche

Liquidation erfolgt unter Aufsicht der EBK (Eva Hüpkes, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Basler Kommentar, Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, S. 524, N. 3 der Vorbemerkungen zum 11. bis 13. Abschnitt). Wer durch eine Handlung, einen Entscheid oder ein Unterlassen des Liquidators in seinen Interessen verletzt wird, kann ihr dies anzeigen (vgl. Art. 6 Abs. 2 der Verordnung vom 30. Juni 2005 der Eidgenössischen Bankenkommission zum Konkurs von Banken und Effekthändlern; Bankenkursverordnung, BKV; SR 952.812.32). Die Bankenkommission hat angeordnet, dass sämtliche zugunsten von Kunden der WIN+WEG Genossenschaft eingehenden Zahlungen, welche zu einer Vergrösserung der Passiven führen, mit Valuta ab Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht mehr anzunehmen und gesonderten Konti gutzuschreiben bzw. den Zahlenden unverzüglich zurückzuerstatten seien, sofern keine anderen Weisungen des begünstigten Kunden eingeholt werden könnten (Ziff. 6 des Dispositivs ihrer Verfügung vom 24. November 2005). Ob und wieweit diese Vorgaben eingehalten wurden und die Kostenvorschüsse bzw. -abrechnungen der Liquidatoren seit der Konkurseröffnung inhaltlich gerechtfertigt waren, hat das Bundesgericht nicht erstinstanzlich zu prüfen. Gegenstände, über welche die EBK nicht befunden hat und die sie im Zeitpunkt ihres Entscheids auch nicht beurteilen musste, können aus Gründen der funktionellen Zuständigkeit nicht im Rahmen des Streits um die Konkurseröffnung geprüft werden (BGE 117 Ib 114 E. 5b S. 118 f.; Urteil 2A.121/2004 vom 16. März 2005, E. 2.1; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 149, Rz. 404). Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren An-

fechtungsgegenstand. Es fehlt an einem solchen und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und soweit keine Verfügung ergangen ist (BGE 124 II 361 E. 1c S. 364 mit Hinweisen). Ein allfälliger Haftungsanspruch gegenüber der Bankenkommission wäre im Staatshaftungsverfahren geltend zu machen; die Liquidatoren haften ihrerseits gegebenenfalls nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 752 ff. OR in Verbindung mit Art. 39 Abs. 2 lit. a BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]; vgl. BGE 131 II 306 E. 4.3.3 S. 324).

2

2.1 Die Auseinandersetzung um die bankenrechtliche Liquidation einer juristischen Person fällt als zivilrechtliche Streitigkeit in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK (SR 0.101; BGE 131 II 306 E. 2.1; Urteil des EGMR i.S. Capital Bank AD gegen Bulgarien vom 24. November 2005 [49429/99], Ziff. 86 ff., insbesondere Ziff. 88). Danach ist über solche Ansprüche in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist durch ein unabhängiges und unparteiisches, auf dem Gesetz beruhendes Gericht zu entscheiden. Das vorliegende Verfahren, in dessen Rahmen die Sachverhaltsfeststellung und die Rechtsanwendung der Bankenkommission frei überprüft werden (Art. 104 lit. a und b, Art. 105 und Art. 114 Abs. 1 letzter Halbsatz OG), genügt diesen Anforderungen, auch wenn eine Kontrolle der Angemessenheit ihres Entscheids ausgeschlossen ist (BGE 131 II 306 E. 2.1 mit Hinweisen).

3

Die Beschwerdeführerin rügt in verschiedener Hinsicht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. zu dessen Inhalt: BGE 129 II 497 E. 2.2; 126 I 15 E. 2a/aa mit Hinweisen). Ihre entsprechenden Einwendungen sind unbegründet:

### 3.1

3.2 Dass die Beschwerdeführerin das Schreiben der Kantonspolizei Zürich vom 30. Juni 2005 nicht kannte, hat sie selber zu verantworten, nachdem sie bzw. ihr Rechtsvertreter die EBK nicht um Akteneinsicht ersucht hatten, obwohl von diesem Brief bereits in der Verfügung vom 26. September 2005 die Rede war. Wenn ihr Anwalt meinte, mit dem Untersuchungsbericht und den entsprechenden Beilagen über alle Akten zu verfügen, und deshalb von einem entsprechenden Antrag absah, kann dies nicht der EBK vorgeworfen werden. Entgegen ihren Ausführungen verlangte ihr Anwalt in seinen Anträgen vom 10. November 2005 keinen Aktenzugang bei der EBK, sondern bloss, dass dem Präsidenten der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben werde, «am Hauptcomputer und den andern Computern/Laptop/Notebook der WIN+WEG Genossenschaft zu arbeiten, um unterstützt von der dafür zuständigen Sachbearbeiterin ohne Zeitverzug die Buchhaltung aufarbeiten und einen zuverlässigen Zwischenabschluss mit Finanzstatus ausfertigen zu können». Hierin lag kein Antrag auf Konsultation der Akten. Auf sein Begehren hin erhielt er im bundesgerichtlichen Verfahren Einsicht in alle Unterlagen; er konnte sich zudem in seiner abschliessenden Stellungnahme zu sämtlichen Punkten noch einmal umfassend äussern, womit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt zu gelten hätte (BGE 124 II 132 E. 2d S. 138; 117 Ib 64 E. 4 S. 87; 116 Ia 94 E. 2 S. 95; bezüglich der Bankenkommision: Urteil 2A.162/2001 vom 10. Juli 2001, E. 5a/bb, publ. in EBK-Bulletin 42/2002 S. 97 ff.).

### 3.3

3.4 Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, die EBK habe sie nicht darauf aufmerksam gemacht, dass die Gerichtsferien in Schuldbetreibungs- und Konkursachen nicht gälten, bzw. es unterlassen, die

Anweisung an die Konkursliquidatoren, ihre Tätigkeiten vorerst auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken, in das Dispositiv ihres Entscheids aufzunehmen, ist nicht ersichtlich, inwiefern ihr hieraus irgendein Nachteil erwachsen sein könnte: Ihre Beschwerde ist rechtzeitig eingereicht worden, und die Konkursliquidatoren haben sich tatsächlich an die Anordnungen der EBK gehalten. Diese bzw. ihre einzelnen Mitglieder erscheinen nicht bereits deshalb als befangen, weil sie am 25. März 1999 die WEG-Genossenschaften Biel, St. Gallen und Luzern wegen unerlaubter gewerbmässiger Entgegennahmen von Publikumsgeldern liquidiert haben (vgl. BGE 114 Ia 278 E. 1); das Bundesgericht beurteilte ihr damaliges Vorgehen am 5. Januar 2000 (2A.218/219/1999) als bundesrechtskonform. Die Konkursliquidatoren können – entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin – ihrerseits nicht als befangen gelten, nur weil sie bereits als Untersuchungsbeauftragte tätig geworden sind und in diesem Zusammenhang Kontakte zur Bankenkommission bzw. zu deren Sekretariat unterhielten. Es entspricht dem Gebot der Effizienz, dass in der Regel der fachkundige Untersuchungsbeauftragte (vgl. Art. 23<sup>quater</sup> BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]; vgl. zu dessen Rolle und Verhältnis zur EBK: BGE 130 II 351 E. 3.3 S. 357 ff.), der die Verhältnisse der betroffenen Gesellschaft gestützt auf seine Abklärungen bereits kennt, auch mit deren Liquidation betraut wird, sollte sich eine solche als notwendig erweisen (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.4.1 S. 318 mit Hinweisen; Thomas Bauer, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 25 zu Art. 33 BankG). Es ist im Übrigen nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt, weshalb die beiden Untersuchungsbeauftragten (zur gemeinsamen Einsetzung mehrerer Liquidatoren: Thomas Bauer, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 24 zu Art. 33 BankG) nicht in der Lage sein sollten, die angeordnete Liquidation sachgerecht und gesetzeskonform durchzuführen.

4.1 Die Eidgenössische Bankenkommission ist zur Beseitigung von Missständen und zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands befugt, alle «notwendigen Verfügungen» zu treffen (Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG). Da sie allgemein über die Einhaltung der «gesetzlichen Vorschriften» zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die formell unterstellten Betriebe (Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört ebenso die Abklärung der banken- oder finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft (Art. 1 und 3 ff. BankG; Art. 3 und 10 BEHG [SR 954.1]; Art. 10, 18 und 22 AFG [SR 951.31]). Dabei kann sie praxisgemäss die im Gesetz vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten (oder Personen) einsetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewilligungspflicht (noch) umstritten ist (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.1.1 S. 314; 130 II 351 E. 2.1 S. 354 mit Hinweisen). Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem «technischen Ermessen» anheimgestellt. Das Bundesgericht greift in dieses nur bei Ermessensfehlern, d. h. Rechtsverletzungen, korrigierend ein (BGE 131 II 306 E. 3.1.2 S. 315; 130 II 351 E. 2.2 S. 355; 126 II 111 E. 3b S. 115).

4.2 Bestehen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit vorliegen könnte, ist die Bankenkommission befugt und verpflichtet (vgl. BGE 115 Ib 55 E. 3 S. 58; 105 Ib 406 E. 2 S. 408 f.), die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Diese können bis zur Auflösung und Liquidation eines Unternehmens reichen, das unerlaubt einer zum Vornherein nicht bewilligungsfähigen Tätigkeit nachgeht bzw. das gegen das Verbot der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verstösst (BGE 131 II 306 E. 3.1.2; 130 II 351 E. 2.2 S. 355, je mit Hinweisen). Be-

steht eine Überschuldung, ist die EBK gehalten, die Liquidation nach den Sonderregeln des Bankenkurses (Art. 33 ff. BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003) anzuordnen; diese gelten auch für Betriebe, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-)Tätigkeit nachgehen (BGE 131 II 306 E. 4 S. 319 ff.; Thomas Bauer, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 13 zu Art. 33 BankG). Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten (vgl. Art. 23<sup>quater</sup> Abs. 1 BankG [Fassung vom 3. Oktober 2003]) ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht; es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend geklärt werden kann. Der zu beseitigende Missstand liegt in diesem Fall in der unklaren Ausgangslage, die es über die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten zu bereinigen gilt (BGE 130 II 351 E. 2.2 S. 355; 126 II 111 E. 4c S. 118, je mit Hinweisen).

5

Der Bankenkommission lagen ab Juli 2005 verschiedene Hinweise dafür vor, dass die Beschwerdeführerin einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen könnte: Die WWG bot über die Internetplattform EUROWEG ähnliche Leistungen an, wie sie im Entscheid des Bundesgerichts vom 5. Januar 2000 (2A.218/219/1999) zu beurteilen waren; hinter diesen Aktivitäten stand mit X. als Geschäftsführer und Präsident der WIN+WEG Genossenschaft die gleiche Person wie bei den damaligen WEG-Genossenschaften. Auf ihrer Internet-Plattform bezeichnete sich die WWG als Repräsentantin der Yesilada Bank, Nord-Zypern, womit nicht auszuschliessen war, dass sie als deren Zweigstelle, Vertretung und/oder Agentur in der Schweiz tätig geworden sein könnte, ohne über die hierzu erforderliche Bewilligung zu verfügen. Mit Blick auf die den Benutzern zur Verfügung gestellten verschiede-



nen Konten (Verrechnungskonto in WEG-Euro/Depotkonto in Euro) und das von den Genossenschaf tern über zusätzliche Anteilsscheine aufgenommene, auf Kündigung hin rückzahlbare «Genossenschaftskapital» bestand der begründete Verdacht, dass die WWG (wiederum) unerlaubt gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen könnte. Die EBK war deshalb befugt bzw. gehalten, einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen, da der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle an Ort und Stelle abschliessend geklärt werden konnte. Die Beschwerdeführerin hat – entgegen ihren Einwendungen – die damit verbundenen Kosten zu tragen (vgl. Art. 23<sup>quater</sup> Abs. 4 BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003; BGE 130 II 351 E. 4, 126 II 111 E. 4d S. 118 f.; Poledna/Marazzotta, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 16 zu Art. 23<sup>quater</sup> BankG). Sie kritisiert zwar deren Höhe, legt aber nicht dar, dass und inwiefern die Abrechnungen unzutreffend oder nicht marktüblich wären (vgl. hierzu Poledna/Marazzotta, a.a.O., N. 15 zu Art. 23<sup>quater</sup> BankG), weshalb auf ihre Einwendungen nicht weiter einzugehen ist; diese hätten im Übrigen praxisgemäss erst Gegenstand eines separaten Verfahrens vor der Bankenkommission bilden müssen (vgl. BGE 131 II 306 E. 3.4.2 S. 318; Urteil 2A.575/2004 vom 13. April 2005, E. 4.2; oben E. 1.2.3).

6

6.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen; sie sei ausschliesslich – wie etwa die Post – im nicht bewilligungspflichtigen Zahlungsverkehrsgeschäft tätig. Mit ihren Investitionen im Immobilienbereich für Kinder- und Behindertenheime verfolge sie einen von ihren Genossenschaf tern mitgetragenen ideellen bzw. sozialen Zweck; das entsprechende separate darlehensähnliche Zusatzkapital könne nicht als Publikumseinlage im bankenrechtlichen Sinn gelten. Beim Hinweis auf die Yesilada Bank

handle es sich um ein «offenkundiges Versehen»; eine Zusammenarbeit mit dieser sei geplant gewesen, jedoch nie zustande gekommen; sie unterhalte keinerlei geschäftliche Beziehungen zu dieser Bank. Gewisse von der Bankenkommission «wohl zu Recht» gerügte Mängel an ihrem Betriebssystem könnten mit wenig Aufwand innert kurzer Frist korrigiert werden, weshalb die verfügte (Konkurs-)Liquidation unverhältnismässig erscheine; im Übrigen sei sie gar nicht überschuldet und bestehe auch kein Liquiditätsengpass. Diese Ausführungen überzeugen nicht:

## 6.2

6.2.1 Die Beschwerdeführerin stellt ihren Mitgliedern eine bargeld- und zinslose Leistungsverrechnungsplattform zur Verfügung, wofür die einzelnen Genossenschafter einen Grundbeitrag von CHF 1150.– (EUR 750) zu entrichten haben; dieser setzt sich aus einem nicht rückzahlbaren Genossenschaftsanteil von CHF 500.– (EUR 350), einer Softwarezugang-/Lizenz-Gebühr von CHF 380.– (EUR 250), einer Jahresgebühr von CHF 150.– (EUR 100) sowie einer Einlage zugunsten des Depotkontos des Genossenschafters von CHF 120.– (EUR 80) zusammen. Als Gegenleistung eröffnet die WIN+WEG Genossenschaft dem Teilnehmer ein Verrechnungs- und ein Depotkonto. Das Verrechnungskonto, auf dem die Kontoinhaber ihre gegenseitigen Leistungen fortlaufend verbuchen können, wird in fiktiven WEG-EURO (WEUR), das Depotkonto, von dem unter anderem die Transaktionsgebühren bezogen werden, in (reellen) Euro geführt. Jeder Teilnehmer verfügt ab Beginn seiner Mitgliedschaft auf dem Verrechnungskonto über eine Kreditlimite von WEUR 20 000.–. Für jede Verrechnung wird der WWG 2% des Umsatzes zu Lasten des Anbieters in WEUR und 2% des Umsatzes zu Lasten des Depotkontos des Kunden in EUR gutgeschrieben. Die Guthaben auf den Verrechnungskonten können nicht in Geld oder

in Genossenschaftsanteile umgetauscht werden. Ein Minussaldo auf dem Depotkonto ist nicht möglich; ein solcher auf dem Verrechnungskonto muss unter Anleitung des WEG-Beraters durch eigene Leistungen in einem vernünftigen Rahmen gehalten und bei einem Austritt ausgeglichen werden.

6.2.2 Neben dem Grundbeitrag haben rund 80 Genossenschafter (nach Angaben der Beschwerdeführerin 91) der WWG zusätzliches «Genossenschaftskapital» überwiesen bzw. ihr «Darlehen» im Umfang von rund CHF 2,6 Mio. zur Verfügung gestellt, auf denen die WWG eine jährliche Kapitalrendite von 25 % verspricht, die vorerst in neuen Anteilscheinen ausgehändigt und am Ende der Laufzeit in bar ausbezahlt werden soll; darüber hinaus stellt sie einen jährlich in bar auszuzahlenden Bonus von voraussichtlich 7–10 % in Aussicht, falls sie einen Gewinn erzielt. Rund 50 Genossenschafter, die nicht über die nötigen Gelder für solche zusätzliche Leistungen verfügten, nahmen unter Vermittlung eines Mitglieds des «Kernteams» der WWG bei einer Bank Kleinkredite auf, um zusätzliches «Genossenschaftskapital» zeichnen zu können. Die WWG verpflichtet sich dabei, als Anzahlung an den versprochenen Zins von 25 % p. a. die monatlichen Zinsen und Amortisationen an die Bank zu begleichen, so dass das Darlehen nach 60 Monatsraten vollständig getilgt ist; nach Bezahlen der 60 Monatsraten sollen dem Einzahler 100 % der Darlehens-Summe zur freien Verfügung stehen; diese kann er nach drei Monaten auf sechs Monate hin kündigen.

### 6.3

6.3.1 Die Entgegennahme von Publikumseinlagen, das bankenmässige Passivgeschäft, besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d. h. selber zum Rückzah-

lungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (Urteil 2A.218/219/1999 vom 5. Januar 2000, E. 3b/bb; Kleiner/Schwob, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 30 zu Art. 1 [Ausgabe April 2004]). Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen (EBK-Rundschreiben 96/4: Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes [EBK-RS 96/4], Rz. 10). Ausgenommen hiervon sind unter gewissen, eng umschriebenen Voraussetzungen lediglich fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter (Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV), Anleiensobligationen (Art. 3a Abs. 3 lit. b BankV), Abwicklungskonti (Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV), Gelder für Lebensversicherungen und die berufliche Vorsorge (Art. 3a Abs. 3 lit. d BankV) sowie Zahlungsmittel und Zahlungssysteme (Rz. 18<sup>bis</sup> EBK-RS 96/4; vgl. zum Ganzen: BGE 131 II 306 E. 3.2.1 sowie Bahar/Stupp, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 11 ff. zu Art. 1 BankG; Zobl/Kramer, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, N. 596). Keine Publikumseinlagen bilden Einlagen von Banken oder anderen staatlich beaufsichtigten Unternehmen (Art. 3a Abs. 4 lit. a BankV), Aktionären oder Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung am Schuldner (Art. 3a Abs. 4 lit. b BankV), von institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie (Art. 3a Abs. 4 lit. c BankV), von Einlegern bei Vereinen, Stiftungen und Genossenschaften, sofern diese «in keiner Weise im Finanzbereich tätig sind» (Art. 3a Abs. 4 lit. d BankV), sowie von Arbeitnehmern bei ihrem Arbeitgeber (Art. 3a Abs. 4 lit. e BankV; Bahar/Stupp, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 21 ff. zu Art. 1 BankG). Gewerbsmässig im Sinne des Bankengesetzes handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen hält (Art. 3a Abs. 2 BankV) oder in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (vgl. Art. 3 Abs. 1 BankV; BGE 131 II 306 E. 3.2.1).

6.3.2 Wie das Bundesgericht in seinem Urteil vom 5. Januar 2000 festgehalten hat (2A.218/219/1999, E. 3b/bb), ist es durchaus denkbar, ein Verrechnungssystem so zu führen, dass eine Buchungszentrale sich darauf beschränkt, die von den Teilnehmern beantragten Umbuchungen vorzunehmen und Barauszahlungen auszuschliessen, womit die Zentrale weder Gläubigerin noch Schuldnerin der auf den Teilnehmerkonten verbuchten Guthaben wird (vgl. BGE 95 II 176 E. 3 S. 179 [zum WIR-Genossenschaftsring]). Die Beschwerdeführerin lässt Verrechnungen von Leistungen zwischen ihren Genossenschaftern auf deren Verrechnungskonten in WEUR zu, wobei sie eine Barauszahlung entsprechender Guthaben grundsätzlich ausschliesst; ihre Aktivität ist insofern – unter Vorbehalt von Art. 1<sup>bis</sup> BankG, wonach die Bankenkommision auch Systeme zur Abrechnung und Abwicklung von Zahlungen dem Bankengesetz unterstellen kann – nicht bewilligungspflichtig. Anders verhält es sich indessen – wie die Bankenkommision zu Recht festgestellt hat – hinsichtlich ihrer weiteren Geschäftstätigkeit:

6.3.3 Zwar handelt es sich bei der erstmaligen Leistung von CHF 120.– auf das Depotkonto um Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Dienstleistungsvertrag bzw. eine Sicherheitsleistung in diesem Zusammenhang darstellen, da darauf in einem Pre-Paid-System die Umsatzgebühren für die Benutzung der Plattform erhoben werden (vgl. Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV). Praxisgemäss haben Gelder keinen Einlagecharakter, welche einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem wie beispielsweise Bezahlkarten, Internetbezahlungsmöglichkeiten oder Mobiltelefonbezahlssystemen zugeführt werden, sofern sie einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen, das maximale Guthaben pro Kunde je Herausgeber nie mehr als CHF 3000.– beträgt und kein Zins geleistet wird (Rz. 18<sup>bis</sup> EBK-RS 96/4;

Bahar/Stupp, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 16 zu Art. 1 BankG). Die von der Beschwerdeführerin angebotenen Möglichkeiten sprengen indessen diese Ausnahmeregelung: Über das Depotkonto können Leistungen von anderen Teilnehmern des EUROWEG-Systems direkt bezahlt und eigene Rechnungen von diesen mittels Überweisung beglichen werden; zudem richtet die WWG die Provisionen für das Akquirieren neuer Verrechnungsteilnehmer und zusätzlicher Geldgeber auf diese Konten aus. Sie propagiert mittels Aufbau eines eigenen EUROWEG-Promotions-Teams, der Umsatzprovisionen und der Teamprovisionen (bis zu EUR 2070.– pro Woche) sowie der «Dividenden» aus den Genossenschaftsanteilen ein «lebenslanges Einkommen mit WIN+WEG». Auf Begehren hin kann sich der Kontoinhaber sein Guthaben auszahlen lassen. Sind somit aber unter Renditeversprechungen Ein- und Auszahlungen auf das Depotkonto möglich, wobei die Beschwerdeführerin zu deren Schuldnerin wird, ist es wie ein Kontokorrentkonto einer Bank zu behandeln. Es fällt gesamthaft nicht unter die Ausnahmen von Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV bzw. Rz. 18<sup>bis</sup> EBK-RS 96/4, zumal sich darauf regelmässig auch Guthaben von über CHF 3000.– befunden haben.

6.3.4 Die WWG hat von mehr als 20 Personen – nach eigenen Angaben sollen es 91 sein – zusätzliches rückzahlbares «Genossenschaftskapital» bzw. Darlehen im Umfang von rund CHF 2,6 Mio. aufgenommen und auf diesen Renditen von 25 % p.a. sowie allfällige jährliche Bonuszahlungen von 7–10 % versprochen. Sie ist in Bezug auf diese Gelder Rückzahlungsschuldnerin geworden, ohne dass eine Ausnahmeregelung im Sinne von Art. 3a Abs. 3 oder 4 BankV bestünde: Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die entsprechenden Darlehen dienten in erster Linie zur Sicherung bzw. Bereitstellung von Eigenmitteln in Österreich, um dort zugunsten der zu 91 % von ihr gehaltenen

nen Profin Projektfinanzierung Management Controlling GesmbH und deren Immobilienprojekten Bankkredite für Kinder- und Behindertenheime auszulösen, ändert diese Zielsetzung nichts daran, dass es sich dabei um fremde Mittel mit Darlehens- bzw. Hinterlegungscharakter handelt; was die Beschwerdeführerin ihrerseits mit den Geldern macht, ist nicht entscheidend; es geht dabei nicht, worauf es ankäme, um eine Gegenleistung aus einer Abmachung auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag zwischen den Anlegern und ihr selber (Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV; BGE 131 II 306 E. 3.2.2 S. 316; Urteil 2A.218/219/1999 vom 5. Januar 2000, E. 3b/cc). Die Beschwerdeführerin beruft sich auch vergeblich auf Art. 3a Abs. 4 lit. b und lit. d BankV: Die Gesellschafter, die ihr die entsprechenden zusätzlichen Mittel zur Verfügung gestellt haben, sind an ihr nicht qualifiziert beteiligt, was mit der Natur als Genossenschaft auch kaum vereinbar wäre (vgl. Art. 885 OR). Da sie – wie bereits im Urteil vom 5. Januar 2000 hinsichtlich der WEG Biel und St. Gallen festgestellt wurde (dort E. 3b/cc) – mit ihrem Zahlungsverkehrssystem und den dieses ergänzenden Darlehen (mit Renditeversprechungen von 25 % pro Jahr und allfälligen jährlichen Gewinnboni von 7–10 %) zur Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeit im Finanzbereich tätig ist, kann sie nichts für sich aus Art. 3a Abs. 4 lit. d BankV ableiten (vgl. Bahar/Stupp, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 32 zu Art. 1 BankG).

6.3.5 Was die Beschwerdeführerin in ihrer abschliessenden Stellungnahme einwendet, ändert hieran nichts: Das EUROWEG-System wird von ihr betrieben und den Genossenschaf tern von ihr zur Verfügung gestellt, auch wenn es auf einem Server von Dritten läuft; es handelt sich dabei – entgegen ihren Einwänden – um kein «eigenständiges Gebilde»: Die Eröffnung des Verrechnungskontos und dessen volle Einsatzmöglichkeit ist an die Mitgliedschaft bei ihr gebun-

den (das EUROWEG-System erstellt automatisch die Rechnung über CHF 1150.–, welche den Genossenschafter-Grundbeitrag mitumfasst), die einzelnen Transaktionsgebühren werden ihr gutgeschrieben und der Gerichtsstand für EUROWEG-Streitigkeiten befindet sich an ihrem Sitz in Biel. Gemäss Ziff. XX der von der Beschwerdeführerin redigierten Benutzungsbedingungen und -erläuterungen handelt es sich bei EUROWEG lediglich um einen Internet-Domain-Namen und ein Softwareprogramm und «keine be- oder anklagbare Rechtsperson». Die Aktivitäten von EUROWEG sind deshalb ihr zuzurechnen. Das zusätzliche «Genossenschaftskapital» ist seinerseits entgegen den Erklärungsversuchen der Beschwerdeführerin kein Eigen-, sondern Fremdkapital: In ihrer Beschwerde hat sie selber zugestanden, dass es sich dabei um «darlehensähnliches Zusatzkapital» und damit um «Fremdgelder» handle («Darlehensähnliches Zusatzkapital stellt Fremdkapital, nicht Eigenkapital dar»). Die den nicht rückzahlbaren Genossenschafter-Grundbeitrag von CHF 500.– übersteigenden höheren Kapitaleinlagen sind statutengemäss nach fristgerechter Kündigung – grundsätzlich unabhängig von der Geschäftslage – innert sechs bis 24 Monaten rückzahlbar (vgl. § 5 Ziff. 4 und § 7 Ziff. 1 der Statuten); die Absprachen mit den einzelnen Einlegern sehen überdies konkrete Renditevereinbarungen vor («Die WIN+WEG bezahlt dem Einzahler eine Brutto-Rendite von vertraglich vereinbarten 25 % pro Jahr»). Es handelt sich somit nicht um Eigenmittel, sondern Publikumseinlagen im bankenrechtlichen Sinn, da – wie dargelegt – als solche alle Verbindlichkeiten gelten, die nicht unter eine der Ausnahmen von Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV fallen. Die Beschwerdeführerin legt 75 Vollmachten von Genossenschaf tern vor, worin diese erklären, dass ihre Forderungen aus bislang rückzahlbaren Genossenschaftsanteilen «neu nicht mehr als von der WIN+WEG Genossenschaft rückzahlbare Genossenschaftsanteile, sondern als für den sozialen Heimbau be-



stimmte unverzinsliche Darlehen gelten» sollen; dies unterstreicht – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin – zusätzlich den Charakter dieser Gelder als Fremdkapital.

6.3.6 Die Beschwerdeführerin hat somit in Verletzung von Art. 1 Abs. 2 BankG gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen; ihre Aktivitäten können nicht mit jener der Post verglichen werden, die unter die Ausnahmereglung von Art. 3a Abs. 1 BankV fällt (Bahar/ Stupp, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 67 zu Art. 1 BankG). Soweit sie auf die Betriebssparkasse der Swissair verweist, welche bewilligungslos betrieben worden sei und ebenfalls Gelder entgegengenommen habe, verkennt sie, dass dies gestützt auf die Ausnahmereglung von Art. 3a Abs. 4 lit. e BankV geschah (vgl. EBK-Rundschreiben 96/4, Rz. 28 ff.). Sie hat sich in ihrer Geschäftsreklame schliesslich auch zu Unrecht als Bank bezeichnet: Wohl arbeitete sie, wie sich aus einer Bestätigung der Yesilada Bank vom 6. Januar 2006 ergibt, offenbar tatsächlich nicht mit dieser zusammen und ist sie für sie in der Schweiz auch nicht tätig geworden; das ändert jedoch nichts daran, dass sie sich im Internet als deren schweizerische Repräsentantin bezeichnet und damit gegen Art. 1 Abs. 4 BankG verstossen hat, wonach nur Institute, die eine Bewilligung der EBK als Bank erhalten haben, den Ausdruck «Bank» oder «Bankier» allein oder in Wortverbindungen in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszwecks oder in der Geschäftsreklame verwenden dürfen. Warum die Beschwerdeführerin dies getan hat («Versehen»), spielt keine Rolle.

7

Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin ist es weder unverhältnismässig noch anderweitig bundesrechtswidrig, wenn die Bankenkommission gestützt auf diese Verstösse bzw. die festgestellte

Finanzlage die Liquidation angeordnet und über sie den Konkurs eröffnet hat:

7.1 Die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung fiel mangels des bankenrechtlich vorgeschriebenen Mindestkapitals, einer adäquaten Organisation sowie der Garantie einer einwandfreien Geschäftsführung (Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG) zum Vornherein ausser Betracht. Zwar übt die Beschwerdeführerin teilweise auch eine nicht bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit aus (vgl. hierzu BGE 131 II 306 E. 3.3; Urteil 2A.324/1993 vom 2. März 1994, E. 4 in fine), doch kommt dieser keine eigenständige Bedeutung zu; sie ist derart mit der unzulässigen gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumsgeldern verbunden, dass sie hiervon nicht getrennt werden kann, zumal der Aufbau des entsprechenden Geschäftszweigs teilweise auch mit Kundengeldern aus dem (illegalen) Geschäft finanziert wurde. Die EBK war deshalb nicht gehalten, nur das illegale Finanzgeschäft zu liquidieren oder der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, ihre Aktivitäten den gesetzlichen Vorgaben anzupassen; dies umso weniger, als ihren Organen das für ihre Aktivitäten erforderliche banken- und finanzmarktrechtliche Fachwissen fehlt und die EBK bereits früher gegen von ihnen betreute Gesellschaften ermitteln und vorgehen musste (vgl. das Urteil 2A.218/219/1999 vom 5. Januar 2000). Bei einem Fortbestehen der Beschwerdeführerin könnte nicht davon ausgegangen werden, dass es künftig zu keinen weiteren Verstössen gegen das Bankengesetz kommt; dies wäre zum Schutz aller Gläubiger (und nicht nur der Genossenschafter) für einen auf die zulässige Geschäftstätigkeit beschränkten Weiterbetrieb indessen unabdingbar. Dass ein grosser Teil der Genossenschafter nach Angaben der Beschwerdeführerin hinter ihr stehen und bereit sein soll, auf einen Teil der Ansprüche zu verzichten, ändert hieran nichts: Wird ein illegales (Bank-)Geschäft

betrieben, hat die Bankenkommission auch dann aufsichtsrechtlich einzugreifen, wenn ein Teil der Gläubiger dies nicht wünscht und sich mit der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zufrieden erklärt (vgl. Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 5.3.2 und 5.3.3, publ. in EBK-Bulletin 43/2003 S. 15 ff.).

7.2 Das Bundesgericht hat entschieden, dass ein Unternehmen, das unbewilligt einer Bankentätigkeit nachgeht und sich als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig erweist, in analoger Anwendung der Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) bankenkursrechtlich zu liquidieren ist. Das allgemeine Schuldbetreibungs- und Konkursrecht kommt in diesem Fall bloss in einem entsprechend modifizierten Umfang zur Anwendung (BGE 131 II 306 E. 4); so gilt etwa der von der Beschwerdeführerin angerufene Art. 172 Ziff. 3 SchKG (Abweisung des Konkursbegehrens bei Tilgung oder Stundung) nicht, da die Fortsetzung der (illegalen) Geschäftstätigkeit so oder anders ausgeschlossen ist. Die Sanierungsfähigkeit des unbewilligt tätigen Finanzintermediärs braucht in der Regel nicht mehr gesondert geprüft zu werden; mit der nachträglichen Bewilligungsverweigerung und der Anordnung der Liquidation steht fest, dass eine Fortführung als bewilligter Betrieb nicht möglich ist (BGE 131 II 306 E. 4.1.3; Thomas Bauer, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 16 zu Art. 33 BankG). Im Übrigen sind die von der Beschwerdeführerin genannten 75 Genossenschafter nicht vorbehaltlos bereit, im Falle des Konkurses auf ihre Forderungen zu verzichten, sondern nur bei einer Schuldübernahme durch einen Dritten.

7.3 Wenn die Bankenkommission aufgrund der vorliegenden Unterlagen und der im Interesse der Gläubiger vorsichtig vorzunehmenden Einschätzung der einzelnen Forderungen und Werte (vgl. BGE 131 II

306 E. 4.3.1 S. 323) zum Schluss kam, es bestehe die begründete Besorgnis, dass die Beschwerdeführerin überschuldet sei (vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. c BankG [Fassung vom 3. Oktober 2003]) bzw. es ihr an Liquidität mangle (vgl. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), hielt sie sich im Rahmen ihres technischen Ermessens:

7.3.1 Die Buchhaltung der Beschwerdeführerin ist ungeordnet und seit dem 30. April 2005 nicht nachgeführt. Da sie in der vorliegenden Form nicht aussagekräftig war und zahlreiche Pendenzen und Falschbuchungen bestanden, konnte sie am 29. Juli 2005 nicht revidiert werden. Der von den Untersuchungsbeauftragten beigezogene diplomierte Finanzbuchhalter kam aufgrund der Liquiditätsflüsse und der mündlichen Angaben von X. zum Schluss, dass zu Fortführungswerten eine geschätzte Unterdeckung von rund CHF 770 000.– (Fremdkapital von rund CHF 2,6 Mio. und Aktiven von ca. CHF 1,9 Mio.) und zu Liquidationswerten eine solche von annähernd CHF 3 975 000.– besteht bzw. dass die Aktiven der Beschwerdeführerin das gesamte Fremdkapital in diesem Umfang jeweils nicht mehr zu decken vermögen (zum Begriff der Überschuldung: Christian Haas, in: Basler Kommentar, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 25 BankG). Selbst nach der von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren eingereichten Bilanz mit Aktiven von CHF 2,6 Mio. und einem Fremdkapital von CHF 3,1 Mio. wäre eine Unterdeckung gegeben. Aufgrund einer Gegenüberstellung der flüssigen Mittel und der Zahlungsverpflichtungen der Beschwerdeführerin hat auch der Liquiditätsmangel als ausgewiesen zu gelten.

7.3.2 Was die Beschwerdeführerin hiergegen vorbringt, überzeugt nicht: Soweit sie geltend macht, das zusätzliche Genossenschaftskapital, welches über Kleinkredite finanziert wurde, sei bei den Passiven zu Liquidationswerten zweimal berücksichtigt worden, verkennt sie, dass

es dabei um die von ihr vertraglich übernommenen Finanzierungskosten (Zinsen und Amortisation) einerseits und die entsprechende nach Abschluss des Kleinkredits fortbestehende Forderung des jeweiligen Genossenschafters gegen sie andererseits geht (vgl. E. 6.2.2 in fine und die entsprechende Kleinkredit-Einzahler-Vereinbarung Ziffern 5a, c und f). Die Beteiligung an der Profin GmbH wurde mit CHF 625 000.– bewertet; diese Einschätzung ist zwar sehr vorsichtig, aber vertretbar, nachdem die Profin für den Erwerb ihres massgeblichen Aktivums, der «Residenz Stockerau», in der Zwangssteigerung gegen die WEG Betriebs- und Vermögensverwaltungsges.m.b.H. und den WEG Genossenschaftsbund als Meistbietende hierfür EUR 622 500.– bezahlt hat, obwohl der Schätzwert für die Liegenschaft EUR 1 245 000.– betrug; auch wenn vom tatsächlich bezahlten Preis (rund CHF 930 000.–) ausgegangen würde (vgl. Art. 665 OR), erwies sich die Beschwerdeführerin zu Fortführungswerten – wobei eine Fortsetzung ihrer Tätigkeit nach dem bereits Dargelegten aber nicht möglich ist – als überschuldet; zu Liquidationswerten ist die Überschuldung selbst dann gegeben, wenn der Schätzwert der Liegenschaft von EUR 1 245 000.– (rund CHF 1,9 Mio.) eingesetzt wird; im Übrigen durfte auch gewissen Wertberichtigungen für noch ausstehende Grunderwerbssteuern und Reparaturen für Wasserschäden Rechnung getragen werden. Der veranschlagte Wert entspricht schliesslich dem von der Beschwerdeführerin in ihren Finanzübersichten vom 14. bzw. 30. September 2005 ausgewiesenen Geldeinsatz. Soweit die Beschwerdeführerin auf künftige Erträge aus den Bauprojekten in Österreich (Rückerstattung von Mehrwertsteuervorabzügen) und Mieteinnahmen von EUR 10 000.– pro Monat aus der «Residenz Stockerau» verweist, übersieht sie, dass diese nicht bei ihr, sondern bei der Profin anfallen und dort wiederum in neue Bauprojekte fliessen sollen. Zurzeit weigert sich die Mieterin zudem, irgendeinen Mietzins zu bezahlen. Schliesslich ist es nicht zu

beanstanden, wenn der von der Beschwerdeführerin angenommene Wert der «WIN+WEG Verrechnungssoftware» und der Beteiligung an der T5.AG/Softwarefirma im Hinblick auf die beschränkte Einsatzmöglichkeit des Programms bezweifelt und berichtigt wurde.

(...)

*Erkenntnis des Bundesgerichts: Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist.*

## **Décision de la Commission fédérale des banques du 23 février 2006 dans la cause Fondation**

---

### **Acceptation de dépôts du public à titre professionnel (art. 3a OB)**

L'acceptation de dépôts du public peut être qualifiée de professionnelle si celui qui accepte de tels dépôts démontre clairement l'intention d'accepter plus de 20 dépôts sur une longue période alors qu'en l'état il n'a pas dépassé ce chiffre (ch. 20 ss).

### **Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 3a BankV)**

Die Entgegennahme von Publikumseinlagen gilt als gewerbsmässig, wenn derjenige, der solche Einlagen entgegennimmt, deutlich die Absicht erkennen lässt, über eine längere Zeitperiode mehr als 20 Publikumseinlagen entgegenzunehmen zu wollen, auch wenn diese Anzahl tatsächlich noch nicht überschritten wurde (Ziff. 20 ff.).

### **Accettazione di depositi del pubblico a titolo professionale (art. 3a OBCR)**

L'accettazione di depositi del pubblico può essere considerata svolta a titolo professionale se colui che accetta tali depositi dimostra chiaramente l'intenzione di accettarne più di 20 su di un lungo periodo, ancorché, in realtà, egli non abbia superato tale quota (cifre 20 ss).

## Résumé des faits

La *Fondation* est inscrite au registre du commerce comme fondation à but idéal depuis 1998. Durant l'été 2005, la Fondation a commencé à faire appel à des dépôts du public pour financer ses activités, l'idée étant de partager par moitié les rendements obtenus avec les investisseurs. Les fonds reçus des investisseurs ont été versés sur un compte de la Fondation auprès d'un établissement financier en Suisse. Ces fonds ont été investis au nom de la Fondation pour partie dans un produit structuré proposé par une société londonienne.

Entre septembre 2005 et février 2006, CHF 4 209 401.45 ont été versés par 18 investisseurs différents à la Fondation. La Fondation ayant ouvert, pour certains investisseurs, plusieurs comptes, il y avait 20 dépôts ouverts dans ses livres. Sept conventions signées avec autant de clients qui n'avaient pas (encore) versé de fonds ont été annulées après l'intervention des chargés d'enquête mandatés par la Commission fédérale des banques (CFB). D'autres conventions de placement devaient également être signées avec de nouveaux investisseurs au moment de l'intervention de la CFB.

## Extrait des considérants

### 1 Acceptation illicite de dépôts du public

(19) La CFB est l'autorité administrative fédérale chargée de la surveillance des banques, des fonds de placement, des bourses et des négociants en valeurs mobilières (art. 23 al. 1 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne; LB). Lorsque la



CFB apprend que des infractions aux prescriptions légales ou d'autres irrégularités ont été commises, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités (art. 23<sup>ter</sup> al. 1 LB). Ces mesures peuvent être prises contre des établissements qui lui sont assujettis mais également contre des personnes physiques ou morales qui pratiquent une activité bancaire sans autorisation (ATF 121 II 148).

(20) Les personnes physiques ou morales qui ne sont pas assujetties à la loi sur les banques ne peuvent accepter des dépôts du public à titre professionnel (art. 1 LB et 3a de l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972; OB). Agit à titre professionnel au sens de la loi sur les banques, celui qui sur une longue période accepte plus de 20 dépôts du public (art. 3a al. 2 OB). Ainsi, dans le sens d'une présomption légale, celui qui accepte de l'argent de plus de 20 déposants agit-il toujours à titre professionnel (Circ.-CFB 96/4, N. 9). La qualification de «professionnel» peut également être donnée lorsque la personne concernée montre clairement la volonté de vouloir recevoir de tels dépôts ou prend des dispositions afin de toucher par son action un nombre indéterminé de personnes. C'est pour cette raison que l'appel au public pour obtenir de tels dépôts est expressément interdit par l'art. 3a OB (Bulletin CFB 32, p. 58; Commentaire bâlois, Loi sur les banques, ad art. 1, N. 10).

(21) En l'espèce, 25 investisseurs ont signé des conventions pour la participation au système de placement de la Fondation. Après l'intervention des chargés d'enquête, sept conventions ont été annulées par la Fondation et celles qui attendaient d'être signées ne l'ont finalement pas été. Il apparaît ainsi qu'il n'était nullement dans l'intention de la Fondation de s'arrêter à l'acceptation de 20 dépôts (...) mais qu'elle

avait, de fait, déjà accepté le principe de l'acceptation de l'argent d'au moins 25 clients. L'essence même du système mis en place par la Fondation impliquait que le nombre maximal de dépôts soit ouvert sur une longue période auprès d'elle afin de générer le maximum de profit. Ainsi, la Fondation, par la signature même de ces conventions, a clairement démontré son intention d'accepter des fonds du public à titre professionnel. Le fait que l'intervention de la CFB ait finalement permis de stopper l'acceptation de dépôts à 20 n'y change rien. La vitesse avec laquelle la Fondation a reçu la somme de CHF 4 209 401.45 des 18 premiers clients est un élément supplémentaire qui permet d'affirmer que la Fondation n'avait aucunement l'intention de se limiter elle-même. Force est ainsi de conclure que la Fondation a accepté des dépôts du public à titre professionnel au sens de la loi sur les banques. Elle en a même fait son activité principale, voire unique.

(22) Il ressort par principe de l'ordonnance sur les banques que tous les passifs ont le caractère de dépôts (Circ.-CFB 96/4, N. 10). L'art. 3a al. 3 let. a à d OB énumère exhaustivement les exceptions. La Fondation a (faussement) promis à ses clients le remboursement sous huit jours de l'entier de leur investissement (voir ci-dessus chiffre 16). En outre, tous les dépôts des clients ont été comptabilisés dans les comptes de la Fondation en tant que passifs (pièce B01 297). Enfin, aucune des exceptions de l'art. 3a al. 3 et 4 OB ne s'applique dans le cas présent. Il ne fait donc aucun doute que les comptes ouverts auprès de la Fondation ont le caractère de dépôts au sens de la loi sur les banques.

(...)

*Mesures prises par la CFB: Constatation de l'acceptation illicite de dépôts du public à titre professionnel ainsi que du surendettement de la Fondation; ouverture de la faillite.*

## **Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 23. Februar 2006 i. S. R, S, T und Iota AG**

---

### **Anwendbarkeit des Anlagefondsgesetzes auf im Ausland inkorporierte Anlagegesellschaften (Art. 2 und 44 AFG)**

Anwendung des Anlagefondsgesetzes auf eine im Ausland inkorporierte Anlagegesellschaft, deren Hauptverwaltung in der Schweiz erfolgt (Ziff. 12 ff.).

### **Application de la loi sur les fonds de placement sur les sociétés d'investissement incorporées à l'étranger (art. 2 et 44 LFP)**

Application de la loi sur les fonds de placement sur une société d'investissement incorporée à l'étranger, dont l'administration principale se situe en Suisse (ch. 12 ss).

### **Applicazione della legge sui fondi di investimento alle società d'investimento costituite all'estero (art. 2 e 44 LFI)**

Applicazione della Legge sui fondi di investimento per una società d'investimento, la cui amministrazione principale si trova in Svizzera (cifre 12 ss).

## Sachverhalt (Zusammenfassung)

*Panama SA* ist eine panamesische Gesellschaft mit dem Zweck, verschiedene Finanzgeschäfte zu tätigen. Namentlich kann sie Aktivitäten als Anlagefonds ausüben, jedoch nur ausserhalb der Republik Panama. Der Sitz der *Panama SA* wurde am Domizil der Einzelfirma von *R* in der Schweiz festgelegt. Als «Resident Agent» wurde eine Anwaltskanzlei in Panama bestimmt. Das oberste Organ der *Panama SA* ist die Generalversammlung, welche in Panama oder einem anderen Land tagen kann. Als Mitglieder des Verwaltungsrats wurden *R*, *S* und *T* bestimmt. In dieser Funktion kommt ihnen die volle Verantwortung und Kontrolle über die Verwaltung und die Leitung der Gesellschaft zu. Ebenso ernennen sie die Geschäftsleitungsmitglieder und wählen neue Verwaltungsratsmitglieder. Ihre Sitzungen können sie in Panama oder anderswo abhalten. Zu Geschäftsleitungsmitgliedern wurden dieselben drei Personen ernannt.

Später wurde das Aktienkapital der *Panama SA* im Zuge von zwei Aktienkapitalerhöhungen erhöht und in verschiedene Aktienkategorien aufgeteilt. Einerseits gab es 100 Aktien der Klasse A (A-Aktien) zu nominal CHF 1.–, welche ein Stimmrecht, aber kein Anrecht auf Gewinnbeteiligung oder Dividenden vermittelten. Andererseits wurden 5 Mio. Aktien der Klasse B (B-Aktien) und je 2,5 Mio. Aktien der Klassen C und D (C-Aktien bzw. D-Aktien) geschaffen, alle zu nominal je CHF 0.01. Die B-, die C- und die D-Aktien vermitteln kein Stimmrecht, aber Rechte an Vermögensanteilen und an Dividenden. Zur Realisierung ihres Vermögensanteils hatten die Aktionäre, bei rechtzeitiger Ankündigung, ein Recht auf Rückgabe ihrer Aktien zum Net Asset Value (NAV).

Die A-Aktien wurden von R gehalten. Die B-, die C- und die D-Aktien setzten R und S, die beide über ihre jeweiligen Unternehmen als unabhängige Vermögensverwalter tätig waren, bei ihren Vermögensverwaltungskunden ein.

Die Gelder der Anleger wurden für jede Aktienkategorie auf separate Konten einbezahlt und bilden getrennte Vermögensmassen. Die durch die Ausgabe der B-Aktien geäußerte Vermögensmasse wurde dabei als Panama Equity Fund bezeichnet, die durch die Ausgabe der C-Aktien geäußerte Vermögensmasse als Panama Solid Growth Fund und die durch die Ausgabe der D-Aktien geäußerte Vermögensmasse als Panama Private Equity Fund. Für jeden dieser Funds existierte ein Private Offering Memorandum.

Als Manager der drei Funds amtierte jeweils ein Unternehmen, das von S beherrscht wurde. Diese trafen die Anlageentscheidungen für die drei Funds. Als Administrator aller drei Funds amtierte die Gesellschaft *Alpha* in den Niederlanden. In dieser Funktion war sie unter anderem zuständig für die Führung des Aktienbuches, die administrative Abwicklung der Zeichnung und Rückgabe von Aktien, das Vorbereiten und Führen der Buchhaltung und der Buchhaltungsabschlüsse und die Berechnung des NAV.

Die Gelder der B- und der C-Aktien wurden massgeblich in Anteile eines von der Panama SA unabhängigen Fonds investiert. Als dessen Wert ungewiss wurde, beschloss der Verwaltungsrat der Panama SA am 20. Oktober 2004 die Berechnung des NAV der Aktien der Panama SA sowie allfällige Rückzahlungen derselben auszusetzen. Am 29. April 2005 entschied die Generalversammlung der Panama SA sodann, die Gesellschaft aufzulösen, und setzte die *Iota AG* als Liquidatorin ein.

## Aus den Erwägungen

### 1 Unerlaubte Fondstätigkeit in der Schweiz

(12) Ein schweizerischer Anlagefonds ist ein Vermögen, das aufgrund öffentlicher Werbung von den Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und von einer Fondsleitung für Rechnung der Anleger verwaltet wird (Art. 2 Abs. 1 AFG). Erfüllt ein Kollektivvermögen sämtliche Definitionsmerkmale eines Anlagefonds und befindet sich nur entweder die Hauptverwaltung oder der formelle Sitz in der Schweiz, ist das Anlagefondsgesetz grundsätzlich anwendbar (Steiner Hans Rudolf, in: Basler Kommentar, Art. 3 AFG N. 4 m.w.H.).

(13) Ausländische Anlagefonds, deren Anteile in der Schweiz vertrieben werden, unterstehen gemäss Art. 3 Abs. 3 AFG unabhängig ihrer rechtlichen Ausgestaltung den einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes. Nach Art. 44 Abs. 1 Bst. b AFG gelten als ausländische Anlagefonds unter anderem Gesellschaften mit Sitz und Hauptverwaltung im Ausland, deren Zweck die kollektive Kapitalanlage ist und bei denen der Anleger insbesondere gegenüber der Gesellschaft selbst das Recht auf Auszahlung seines Anteils hat.

(14) Eine kollektive Kapitalanlage ist gegeben, wenn eine grosse oder unbestimmte Zahl von Anlegern zu gleichen Bedingungen Gelder zu einem Vermögen beisteuert, das in der Folge einheitlich investiert wird (Watter Rolf/Truffer Roland, in: Basler Kommentar, Art. 44 AFG N. 14 m.w.H.). S und R investierten als Vermögensverwalter für insgesamt 41 Kunden in den Panama Equity Fund, für 32 Kunden in den Panama Solid Growth Fund und für 5 Anleger in den Panama Private Equity Fund. Die entsprechenden Aktien hätten, angesichts ihrer Stückzah-

len, jedoch noch an wesentlich mehr Anleger ausgegeben werden können. Die Gelder daraus wurden für jeden Fund separat auf einem Konto zusammengefasst und investiert. Die B-, die C- und D-Aktien dienten somit zweifelsfrei der kollektiven Kapitalanlage.

(15) Für die B-, die C- und die D-Aktien hatten die Anleger zudem ein Recht auf Rückgabe der Aktien gegen Rückerstattung des NAV.

(16) Die Gesellschaft muss für ihre Qualifikation als ausländischer Anlagefonds grundsätzlich sowohl Sitz als auch Hauptverwaltung im Ausland haben. Befindet sich die Hauptverwaltung in der Schweiz, der formelle Sitz dagegen im Ausland, ist die Zuständigkeit der EBK zur Anordnung der notwendigen Massnahmen ebenfalls gegeben (vgl. Forstmoser Peter, in: Forstmoser Peter [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Art. 2 AFG N. 102 und Art. 3 AFG N. 16 sowie Buttschardt Alfred, in: Forstmoser Peter [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Art. 9 AFG N. 21, jeweils m.w.H.).

(17) Die Hauptverwaltung liegt dabei insbesondere in der Schweiz, wenn die Buchhaltung in der Schweiz geführt wird, die Inhalte des Prospektes, des Jahres- bzw. Halbjahresberichtes und anderer für den Anleger bestimmter Publikationen in der Schweiz festgelegt werden sowie, unter Vorbehalt der gesetzlich zugelassenen Delegation (Art. 11 Abs. 2 AFG), die in Art. 11 Abs. 1 AFG statuierten Aufgaben in der Schweiz erfüllt werden, wie dies nach Art. 9 der Verordnung vom 19. Oktober 1994 über die Anlagefonds (AFV; SR 951.311) für die Hauptverwaltung eines schweizerischen Anlagefonds erforderlich ist. Vorliegend waren alle Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder der Panama SA in der Schweiz wohnhaft und die Liquidatorin der



Gesellschaft hat ihren Sitz in der Schweiz. Gemäss den Statuten der Panama SA oblag dem Verwaltungsrat die Verwaltung und Leitung der Gesellschaft, mithin die strategischen und geschäftspolitischen Entscheide. Zwar delegierte er einige Aufgaben an den Administrator, ihm verblieben aber weiterhin die wichtigsten Aufgaben. Er blieb zuständig für die Festlegung der Anlagepolitik, die Entscheide betreffend Dividenden und die Ausgabe von Anteilen. Auch wählt er den Administrator, die Revisionsstelle, die Depotstellen und die Geschäftsleitungsmitglieder sowie andere Personen mit Verwaltungsaufgaben. Der wesentliche Teil der Hauptverwaltung wird im vorliegenden Fall somit von den Verwaltungsratsmitgliedern wahrgenommen, welche gleichzeitig die Geschäftsleitungsmitglieder waren. Alle Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder haben ihren Wohnsitz in der Schweiz und die Statuten sehen explizit die Möglichkeit vor, Sitzungen des Verwaltungsrats auch ausserhalb von Panama abzuhalten. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die tatsächliche Hauptverwaltung der Panama SA in der Schweiz wahrgenommen wurde. Heute ist die Verwaltung einer Liquidatorin übertragen, die ihren Sitz ebenfalls in der Schweiz hat.

(18) Formell wurde bei der zur Anlage gewählten Konstruktion die Gesellschaft zwar im Ausland inkorporiert. Materiell aber handelt es sich um schweizerische Anlagefonds, denn die im Ausland zufällig gewählte Rechtsform ist für die Frage der Unterstellung nicht relevant. Damit handelt es sich beim Panama Equity Fund, beim Panama Solid Growth Fund und beim Panama Private Equity Fund um drei Anlagefonds, die dem AFG unterstehen (vgl. Ziff. 13).

(19) Die Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder der Panama SA bzw. deren Liquidatorin sind für die Verwaltung und Kontrolle der

drei Anlagefonds zuständig und treffen die massgeblichen Entscheide für diese. Sie bilden folglich die Fondsleitung dieser Fonds (vgl. Art. 11 AFG).

(20) Gemäss Art 9 Abs. 1 AFG muss die Fondsleitung eines (schweizerischen) Anlagefonds als (schweizerische) Aktiengesellschaft organisiert sein. Die Panama SA kann folglich als ausländische Gesellschaft nicht als Fondsleitung des Panama Equity Fund, des Panama Solid Growth Fund oder des Panama Private Equity Fund zugelassen werden. Die Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder der Panama SA hatten sich in der Schweiz keine besondere Gesellschaftsform gegeben. Da die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft in der Folge nicht erfüllt sind, muss der Zusammenschluss von R, S und T als einfache Gesellschaft qualifiziert werden (Art. 530 Abs. 3 des Obligationenrechts [OR; SR 220]). Damit erfüllen sie auch die an eine Fondsleitung gestellten Anforderungen nicht.

(21) Heute nimmt die Liquidatorin der Panama SA, die Iota AG, die Tätigkeiten der Fondsleitung für die drei Anlagefonds wahr. Sie ist zwar eine (schweizerische) Aktiengesellschaft. Trotzdem erfüllt sie die gesetzlichen Anforderungen an eine Fondsleitung nicht. Einerseits verfügt die Iota AG nur über ein Aktienkapital von CHF 50 000.– und nicht von CHF 1 Mio. gemäss Art. 11 AFV. Andererseits verfügt sie nur über ein und nicht über die erforderlichen drei Verwaltungsratsmitglieder (Art. 12 Abs. 1 AFV). Es kann deshalb offen bleiben, inwiefern sie die Organisationsanforderungen gemäss Art. 12 Abs. 2 AFV erfüllt. Sie kann bereits aus den vorgenannten Gründen nicht als Fondsleitung zugelassen werden.

## 2 Ernennung eines Sachwalters

(22) Stellt die EBK Verletzungen des Gesetzes oder andere Misstände fest, so erlässt sie die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands notwendigen Verfügungen (Art. 58 Abs. 1 AFG). Gemäss Art. 60 Abs. 1 AFG ernennt die EBK für die geschäftsunfähige Fondsleitung einen Sachwalter und veröffentlicht die Ernennung in den Publikationsorganen des Anlagefonds.

(23) Weder die einfache Gesellschaft aus R, S und T noch die Iota AG erfüllen die gesetzlichen Anforderungen an eine Fondsleitung. Damit sind R, S und T sowie die Iota AG als Fondsleitung geschäftsunfähig im Sinne von Art. 60 Abs. 1 AFG (vgl. Taisch Franco, in: Basler Kommentar, Art. 60 AFG N. 6; EBK-Bulletin 47 S. 156). In der Folge hat die EBK einen Sachwalter zu ernennen.

(24) Die *Beta* ist als Sachwalter hinreichend qualifiziert und bietet Gewähr, dass die damit verbundenen Aufgaben mit der erforderlichen Unabhängigkeit, Sorgfalt und Fachkenntnis ausgeführt werden. Die *Beta* ist somit als Sachwalter einzusetzen. Als Publikationsorgane des Anlagefonds sind das Schweizerische Handelsamtsblatt (SHAB) sowie die Neue Zürcher Zeitung (NZZ) zu bezeichnen.

(25) Dem Sachwalter kommen grundsätzlich die in Art. 84 AFV aufgeführten Aufgaben zu. Da die Liquidation der Panama SA und damit auch ihrer Anlagefonds bereits beschlossen wurde, erübrigt sich ein Antrag gemäss Art. 60 Abs. 2 AFG i.V.m. Art. 84 Abs. 1 Bst. d AFV. Vielmehr hat der Sachwalter insbesondere die bereits freiwillig beschlossene Liquidation durchzuführen (vgl. Art. 84 Abs. 1 Bst. e AFV). Um eine gewisse Flexibilität und ein zeitlich adäquates Handeln zu

gewährleisten, wird an das Sekretariat der EBK die Befugnis delegiert, die im Zusammenhang mit der Abwicklung der Liquidation notwendigen Verfügungen zu treffen und Anweisungen zu deren Ablauf zu geben.

(26) Bis der Sachwalter seine Tätigkeit aufnehmen kann, ist es zum Schutz der Anlegerinteressen notwendig, die bekannten Kontobeziehungen (...) zu sperren. Weiter zu sperren ist das übrige Vermögen des Panama Equity Fund, des Panama Solid Growth Fund und des Panama Private Equity Fund.

(27) In Anwendung von Art. 60 Abs. 3 AFG kann die EBK die geschäftsunfähige Fondsleitung verpflichten, dem Anlagefonds die Vergütung des Sachwalters zurückzuerstatten, wenn die Kosten in erster Linie durch sie verursacht wurden (vgl. Taisch Franco, in: Basler Kommentar, Art. 60 AFG N. 38 m.w.H.). Im vorliegenden Fall setzt die EBK einen Sachwalter ein, weil die Fondsleitung nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen lag in der alleinigen Verantwortung der Fondsleitung. Die Mitglieder der einfachen Gesellschaft bestehend aus R, S und T sowie die Iota AG werden deshalb unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Panama Equity Fund, dem Panama Solid Growth Fund und dem Panama Private Equity Fund die Vergütung an den Sachwalter zurückzuerstatten.

(...)

*Massnahmen der EBK: Feststellung, dass es beim durch die Ausgabe der Aktien der Klasse B, der Klasse C und der Klasse D der Panama Fund S.A. geäußerten Kollektivvermögen um je einen Anlagefonds handelt, die dem Anlagefondsgesetz unterstehen. Feststellung, dass R, S und T sowie die Iota*

*AG in der Schweiz unerlaubt als Fondsleitung der Anlagefonds tätig sind. Ernennung der Beta als Sachwalter der Anlagefonds. Sperrung der Vermögenswerte der Anlagefonds. Sofortige Vollstreckung der vorgenannten Massnahmen. Auferlegung der Kosten des Sachwalters an die Anlagefonds mit solidarischer Rückerstattungspflicht von R, S und T sowie Iota AG. Solidarische Auferlegung der Verfahrenskosten an S, R und T sowie Iota AG.*

## **Entscheidung der Eidgenössischen Rekurskommission für die Staatshaftung vom 2. November 2005 i. S. A (HRK 2004-010)<sup>1</sup>**

---

### **Publikation eines Werbeverbots (Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 3 BankG); Widerrechtlichkeit im Rahmen der Staatshaftung (Art. 3 Abs. 1 VG)**

Soweit die EBK die in einer rechtskräftigen Verfügung enthaltenen Anordnungen vollzieht, ist im Staatshaftungsverfahren lediglich zu prüfen, ob die Vollzugsmassnahmen nicht über den Rahmen der zu vollziehenden Verfügung hinausgehen und nicht gegen Normen verstossen, die den Betroffenen vor einer Vermögensschädigung schützen (E. 3b).

### **Publication d'une interdiction de faire de la publicité (art. 23<sup>ter</sup> al. 3 LB); illicéité dans le cadre de la responsabilité de l'État (art. 3 al. 1 LRFC)**

Lorsque la CFB met en œuvre des mesures prévues par une décision entrée en force, il faut uniquement vérifier dans une procédure en responsabilité contre l'État que la mise en œuvre ne va pas au-delà des mesures prévues et ne viole pas des dispositions qui protègent la personne concernée contre une atteinte à ses intérêts pécuniaires (consid. 3b).

<sup>1</sup> Die Regeste und der Sachverhalt wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

**Pubblicazione del divieto di fare pubblicità (art. 23<sup>ter</sup> cpv. 3 LBCR); illiceità nell'ambito della responsabilità dello Stato (art. 3 cpv. 1 LResp)**

Se la CFB esegue delle misure previste da una decisione cresciuta in giudicato, occorre, nell'ambito di una procedura di responsabilità dello Stato, unicamente verificare che tale esecuzione non si spinga al di là di quanto previsto dalla decisione e che non violi disposizioni che proteggono la persona interessata contro eventuali danni patrimoniali (consid. 3b).

**Sachverhalt (Zusammenfassung)**

A suchte auf seiner Internet-Seite «Investoren» für verschiedene Projekte seiner *Alpha Group* (Alpha) und garantierte ihnen für Fremdkapital, das zur Verfügung gestellt würde, Jahresrenditen bis zu 37 Prozent. Als A der Aufforderung der Bankenkommision, die Seite im Einklang mit der Bankengesetzgebung zu gestalten, wiederholt nicht nachkam, sah sich die Bankenkommision gezwungen, gegen A am 22. August 2002 zu verfügen und von ihm als Betreiber der Seite deren Abschaltung zu verlangen. A focht diese Verfügung nicht an.

Nachdem A die Seite umfassend geändert hatte, verpflichtete ihn die Bankenkommision nur noch, einzelne Passagen abzuschalten. Da A dieser Verpflichtung nur teilweise folgte, sah sich die Bankenkommision nach erneuter Mahnung zum Schutz der Gläubiger und gestützt auf Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 3 BankG am 7. November 2002 veranlasst, das Dispositiv der Verfügung, welches ein Werbeverbot für die Entgegennahme von Publikumseinlagen beinhaltete, auf ihrer Internet-Seite zu veröffentlichen.

Am 26. Mai 2003 machte A beim Finanzdepartement eine Schadenersatzforderung geltend. Dieses wies das Begehren mit Verfügung vom 8. Oktober 2004 ab. Gegen diese Verfügung erhob A am 26. Oktober 2004 Beschwerde bei der Rekurskommission für die Staatshaftung, welche die Beschwerde abweist.

### Aus den Erwägungen

3

a) Gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist. Die entsprechenden Einzelheiten sind in der Bankenverordnung geregelt. Gemäss Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG trifft die EBK die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften. Der EBK steht dabei ein weiter Spielraum des Ermessens zu (BGE 116 Ib 197 E. 2d mit Hinweisen). Die entsprechenden Bestimmungen des Bankengesetzes dienen dem Gläubigerschutz (BGE 116 Ib 196 E. 2b). Da im vorliegenden Falle ein reiner Vermögensschaden geltend gemacht wird, kann der Schadenersatzanspruch einer Person, die nicht Gläubiger ist, nicht damit begründet werden, dass entsprechende Bestimmungen der Bankengesetzgebung unrichtig angewendet worden seien. Ein Staatshaftungsanspruch kann nur bestehen, wenn bei der Anwendung dieser Vorschriften gegen Amtspflichten verstossen worden ist, welche allgemein die Interessen der am Verfahren beteiligten Personen schützen wollen. Wie es sich damit verhält, ist im vorliegenden Fall indes nicht umfassend zu prüfen.



b) Die EBK stellte mit Verfügung vom 22. August 2002 fest, dass die öffentliche Empfehlung zur Entgegennahme von Fremdkapital auf der Internetseite der Alpha gegen Art. 3 Abs. 1 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 verstosse. Sie verpflichtete den Beschwerdeführer, die Internetseite A innert fünf Tagen abschalten zu lassen und vor einer neuen Aufschaltung die Zustimmung des Sekretariats der EBK einzuholen, soweit der dannzumal beabsichtigte Werbeauftritt den Finanzbereich betreffe. Dem Beschwerdeführer wurde generell verboten, in eigenem Namen oder unter der Bezeichnung «Alpha Group» oder jeglicher anderer Bezeichnung Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben, elektronischen oder anderen Medien Werbung zu betreiben. Dem Beschwerdeführer wurde sodann angedroht, dass das Dispositiv der Verfügung vom 22. August 2002 veröffentlicht werde (insbesondere auf der Internet-Seite der EBK), soweit der Beschwerdeführer seinen Verpflichtungen nicht nachkomme. Diese Verfügung wurde nicht angefochten und erwuchs damit in formelle Rechtskraft. Die Rechtmässigkeit der Verfügung der EBK vom 22. August 2002 ist deshalb im vorliegenden Verantwortlichkeitsverfahren nicht zu überprüfen. Eine Ausnahme, bei welcher nach der Rechtsprechung eine formell rechtmässige Verfügung noch im Verantwortlichkeitsverfahren überprüft werden kann, liegt nicht vor.

Soweit der Beschwerdeführer beanstandet, dass die EBK auf Grund der Internetseite der Alpha tätig geworden sei und die in der Verfügung vom 22. August 2002 enthaltenen Anordnungen getroffen habe, ist auf die vorgebrachten Rügen nicht einzugehen. Das Schadenersatzbegehren kann lediglich auf ein Verhalten der EBK gestützt werden, das nicht von der Verfügung vom 22. August 2002 umfasst wird. Soweit die EBK die in dieser Verfügung enthaltenen Anordnungen vollzogen hat, ist

lediglich zu prüfen, ob die Vollzugsmassnahmen über den Rahmen der zu vollziehenden Verfügung hinausgegangen seien und die EBK gegen Normen verstossen habe, die den Beschwerdeführer vor einer Vermögensschädigung schützen. Es geht nicht an, über den Weg der Beanstandung von Vollzugsmassnahmen die rechtskräftig gewordene Sachverfügung nachträglich in Frage zu stellen.

c) Solches widerrechtliches Verhalten der EBK liegt nicht vor. Die EBK hatte dem Beschwerdeführer in der rechtskräftigen Verfügung vom 22. August 2002 angedroht, dass das Dispositiv der Verfügung veröffentlicht werde, insbesondere auf der Internet-Seite der EBK, wenn der Beschwerdeführer seinen Verpflichtungen aus dieser Verfügung nicht nachkomme, d.h. die Internetseite abschalten zu lassen und vor einer erneuten Aufschaltung die Zustimmung des Sekretariats der EBK einzuholen, soweit der dazumal beabsichtigte Werbeauftritt den Finanzbereich betreffen würde, oder wenn der Beschwerdeführer für die Entgegennahme von Publikumseinlagen u.a. in elektronischen Medien weiterhin Werbung betreibe. Als die EBK am 7. November 2002 das Dispositiv der Verfügung publizierte und ihre Warnung veröffentlichte, war die Internetseite der Alpha immer noch aufgeschaltet; der Beschwerdeführer bot immer noch «Hochrendite-Jahresinvestments ohne Risiko» und «externe Garantiegeschäfte» an. Damit ging die EBK bei der Veröffentlichung des Dispositivs der Verfügung vom 22. August 2002 und der Warnung vor der Geschäftstätigkeit der Alpha und des Beschwerdeführers nicht über die rechtskräftige Androhung hinaus. Soweit mit ihrem Vorgehen lediglich die rechtskräftige Verfügung vom 22. August 2002 vollzogen wurde, ist dessen Rechtmässigkeit im Staatshaftungsverfahren ebenso wenig zu überprüfen wie die Rechtmässigkeit der Sachverfügung selber. Die Warnung vor der Geschäftstätigkeit der Alpha und des Beschwerdeführers würde sich im Übrigen

selbst bei einer vollumfänglichen Prüfung nicht als widerrechtlich erweisen und es könnte keine Rede von einer wesentlichen Amtspflichtverletzung der EBK sein, wie das EFD in der angefochtenen Verfügung zutreffend ausgeführt hat.

(...)

Es ergibt sich somit, dass der EBK kein haftungsrechtlich relevantes widerrechtliches Verhalten vorgeworfen werden kann.

*Hinweis der Redaktion: Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil vom 14. Dezember 2005 (2A.665/2005) mangels sachbezogener Begründung der Beschwerde nicht eingetreten.*

E B K C F B