



Bulletin

47/2005

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

Bulletin

47/2005

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

Internet www.ebk.admin.ch

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

Bestellnummer / Numéro de commande

607.147

8.2005 3500 860137915

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungen	9
Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; internationale Amtshilfe; Übermittlung von falschen Informationen an die EBK; angemessene Organisation; Auskunftspflicht; Sorgfaltspflichten	21
Liquidation und Konkursöffnung; Beschwerdelegitimation; Anwendungsbereich Bankenkonzurs; Übergangsbestimmungen; Überschuldungsanzeige	37
Unterstellungsverfahren und Konkursöffnung; Beschwerdelegitimation; Untersuchungsbeauftragter; superprovisorische Verfügung; rechtliches Gehör; Publikumseinlagen; Anwendungsbereich der Bankinsolvenzbestimmungen.	68
Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors	87
Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors; Weiterverpfändung von Kundendepots bei Effektenhändlern.	101
Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors; Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen auf konsolidierter Basis.	113
Qualifikation als Anlagefonds; Ernennung eines Sachwalters	147
Handel mit nichtkотиerten Effekten; Kursschnitte	157
Marktmissbräuchliches Verhalten im Effektenhandel	182

Inhaltsverzeichnis

Marktmissbräuchliches Verhalten im Effektenhandel	192
Internationale Amtshilfe; Veröffentlichung der Sanktion; von der ausländischen Behörde einverlangte Auskünfte.	205

Zitervorschlag: EBK Bulletin 47

	Page
Abréviations	9
Garantie d'une activité irréprochable; entraide administrative internationale; transmission de fausses informations à la CFB; organisation appropriée à l'activité; obligation de renseignement; obligations de diligence	21
Liquidation et ouverture de la faillite; qualité pour recourir; champ d'application de l'insolvabilité bancaire; dispositions transitoires; avis de surendettement	37
Procédure d'assujettissement et ouverture de la faillite; qualité pour recourir; chargé d'enquête; décision superprovisoire; droit d'être entendu; dépôts du public; champ d'application des dispositions sur l'insolvabilité bancaire	68
Diligence requise d'un réviseur sérieux et qualifié	87
Diligence requise d'un réviseur sérieux et qualifié; sous-nantissement de dépôts de clients auprès de négociants en valeurs mobilières	101
Diligence requise d'un réviseur sérieux et qualifié; observation des prescriptions légales sur une base consolidée	113
Qualification en tant que fonds de placement; nomination d'un gérant	147
Négoce de valeurs mobilières non cotées; cours coupés	157

Sommaire

Comportement abusif dans le négoce de valeurs mobilières	182
Comportement abusif dans le négoce de valeurs mobilières	192
Entraide administrative internationale; publicité de la sanction; renseignements requis par l'autorité étrangère	205

Proposition pour la citation: Bulletin CFB 47

Abbreviazioni	9
Garanzia di un'attività irreprensibile; assistenza amministrativa internazionale; trasmissioni di informazioni false alla CFB; organizzazione appropriata all'attività; obbligo di informazione; obblighi di diligenza	21
Liquidazione e apertura del fallimento; qualità per ricorrere; campo di applicazione del fallimento bancario; disposizioni transitorie; avviso di indebitamento	37
Procedura d'assoggettamento e apertura del fallimento; legittimazione per ricorrere; incaricato dell'inchiesta; decisione superprovvisoria; diritto di essere sentito; depositi del pubblico; campo d'applicazione delle disposizioni sull'insolvenza bancaria.	68
Diligenza richiesta ad un revisore serio e qualificato.	87
Diligenza richiesta ad un revisore serio e qualificato; nuova messa in pegno di depositi dei clienti presso un commerciante di valori mobiliari.	101
Diligenza richiesta ad un revisore serio e qualificato; osservazione delle prescrizioni legali su base consolidata.	113
Definizione di fondo d'investimento; nomina di un gerente	147
Commercio di valori mobiliari non quotati; tagli di corso	157

Sommario

Comportamento abusivo nel commercio di valori mobiliari 182

Comportamento abusivo nel commercio di valori mobiliari 192

Assistenza amministrativa internazionale; pubblicità della sanzione;
informazioni richieste dall'autorità straniera 205

Proposta di citazione: Bollettino CFB 47

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

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

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

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

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101) EMRK/CEDU
CEDU	Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS 0.101) EMRK/CEDH
CFB	Commission fédérale des banques Commissione federale delle banche EBK/SFBC
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (SR 311.0) StGB
DPA	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
DTF	Decisioni del Tribunale federale svizzero BGE/ATF
EBK	Eidgenössische Bankenkommision CFB/SFBC
EBK-GebV	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
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) CEDH/CEDU

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

FBO	Ordinance on Foreign Banks in Switzerland of 21 October 1996 (Foreign Banks Ordinance 1996) ABV/OBE
FF	Feuille fédérale Federal journal Foglio federale BBI
GwG	Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei (SR 955.0) LBA/LRD
GwV EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zur Verhinderung von Geldwäscherei vom 18. Dezember 2002 (SR 955.022) OBA-CFB/ORD-CFB/MLO SFBC
IFA	Federal Act on Investment Funds of 18 March 1994 (Investment Fund Act 1994) AFG/LFP/LFI
IFO	Ordinance of the Federal Council on Investment Funds of 19 October 1994 (Investment Fund Ordinance 1994) AFV/OFP/OFI
IFO-SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission on Investment Funds of 24 January 2001 (Investment Fund Ordinance of the Banking Commission 1994) AFV-EBK/OFP-CFB/OFI-CFB
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, RS 952.0) BankG/LBCR/BA
LBA	Loi sur le blanchiment d'argent (RS 955.0) GwG/LRD

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

LBCR	Legge federale su le banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 (Legge sulle banche, RS 952.0) BankG/LB/BA
LBVM	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
LFI	Legge federale sui fondi d'investimento del 18 marzo 1994 (RS 951.31) AFG/LFP/IFA
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31) AFG/LFI/IFA
LOGA	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
LPers	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
LRD	Legge sul riciclaggio di denaro (RS 955.0) GwG/LBA
LRCF	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
- 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
- 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

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

- 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
- 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
- OFI** Ordinanza sui fondi d'investimento del 19 ottobre 1994 (RS 951.311)
AFV/OFP/IFO
- OFI-CFB** Ordinanza della Commissione federale delle banche sui fondi d'investimento del 24 gennaio 2001 (RS 951.311.1)
AFV-EBK/OFP-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

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

- 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
- O-COPA** Ordinanza commissionale del 21 luglio 1997 sulle offerte pubbliche di acquisto (Ordinanza commissionale OPA, RS 954.195.1)
UEV-UEK/OOPA
- OOPA** 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
- ORD-CFB** Ordinanza CFB sul riciclaggio di denaro del 18 dicembre 2002
(RS 955.022)
GwV EBK/OBA-CFB/MLO SFBC
- PA** 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
- PC** Legge di procedura civile federale del 4 dicembre 1947
(RS 273)
BZP/PCF

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273) BZP/PA
PP	Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934 (RS 312.0) BStP/PPF
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0) BStP/PP
Reg-CFB	Regolamento della Commissione federale delle banche del 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/R-CFB
R-CFB	Règlement de la Commission fédérale des banques du 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/Reg-CFB
R-EBK	Reglement über die Eidgenössische Bankenkommission vom 20. November 1997 (SR 952.721) R-CFB/Reg-CFB
RO	Recueil officiel des lois fédérales Official chronological collection of the federal legislation AS/RU
RS	Recueil systématique du droit fédéral Raccolta sistematica del diritto federale Systematic collection of the federal legislation SR
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali AS/RO/RO
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010) LOGA

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

SESTA	Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 24 March 1995 (Securities Act 1995) BEHG/LBVM
SESTO	Ordinance of the Federal Council to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 2 December 1996 (Securities Ordinance 1996) BEHV/OBVM
SESTO-SFBC	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
SFBC	Swiss Federal Banking Commission EBK/CFB
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts RS
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) CP
UEV-UEK	Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. Juli 1997 (Übernahmeverordnung-UEK, SR 954.195.1) OOPA/O-COPA
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32) LRFC/LResp
VS	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken CDB

Abkürzungen/abrégations/abbreviazioni

VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0) DPA
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021) PA/APA

Décision de la Commission fédérale des banques du 24 novembre 2004 dans la cause banque X

Garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB); entraide administrative internationale; transmission de fausses informations à la CFB; organisation appropriée à l'activité (art. 3 al. 2 let. a LB, art. 9 al. 1 OB); obligation de renseignement (23^{bis} al. 2 LB); obligations de diligence (art. 5 et 6 LBA, ch. 23 Circ.-CFB 98/1)

- 1 Selon l'art. 3 al. 2 let. c LB, les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque doivent jouir d'une bonne réputation et présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Ces personnes doivent non seulement être professionnellement compétentes, mais encore se comporter de manière adéquate dans les affaires (ch. 57).

- 2 La banque qui ne veille pas, sur le plan interne, à une séparation efficace des fonctions entre le négoce, la gestion de fortunes et l'exécution des transactions, selon l'art. 9 al. 1 OB, viole la condition de la garantie d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c LB. Une banque qui est également titulaire d'une autorisation de négociant en valeurs mobilières au sens de la LBVM doit disposer d'une organisation qui lui permette de respecter les obligations découlant de son activité de négociant, en particulier celles envers ses clients découlant de l'art. 11 LBVM (ch. 59, 66 s.).

- 3 Lors de l'établissement puis lors du maintien d'une relation, les banques doivent se soumettre en permanence à diverses obligations de diligence dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent (ch. 60, 62 s.).

Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG); internationale Amtshilfe; Übermittlung von falschen Informationen an die EBK; angemessene Organisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 9 Abs. 1 BankV); Auskunftspflicht (Art. 23^{bis} Abs. 2 BankG); Sorgfaltspflichten (Art. 5 und 6 GwG, Rz 23 EBK-RS 98/1)

- 1 Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Diese Personen müssen nicht nur fachlich kompetent sein, sondern sich auch im Geschäftsverkehr korrekt verhalten (Ziff. 57).
- 2 Die Bank, die sich nicht um eine wirksame betriebsinterne Funktionentrennung zwischen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung nach Art. 9 Abs. 1 BankV sorgt, verletzt die Bedingung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG. Eine Bank mit einer Effekthändlerbewilligung im Sinne des BEHG muss über eine Organisation verfügen, welche es ihr erlaubt, die Pflichten einzuhalten, die sich aus ihrer Händlertätigkeit ergeben, insbesondere die Pflichten gegenüber den Kunden im Sinne von Art. 11 BEHG (Ziff. 59, 66 f.).

- 3 Bei Aufnahme und Weiterführung einer Geschäftsbeziehung müssen die Banken dauernd die verschiedenen Sorgfaltspflichten im Rahmen der Bekämpfung der Geldwäscherei einhalten (Ziff. 60, 62 f.).

Garanzia di un'attività irreprensibile (art. 3 cpv. 2 let. c LBCR); assistenza amministrativa internazionale; trasmissioni di informazioni false alla CFB; organizzazione appropriata all'attività (art. 3 cpv. 2 let. a LBCR, art. 9 cpv. 1 OBCR); obbligo di informazione (art. 23^{bis} cpv. 2 LBCR); obblighi di diligenza (art. 5 e 6 LRD, cifra 23 Circ.-CFB 98/1)

- 1 Secondo l'art. 3 cpv. 2 let. c LBCR, le persone incaricate di amministrare e di gestire la banca devono godere di buona reputazione e presentare tutte le garanzie di un'attività irreprensibile. Queste persone devono non solo essere professionalmente competenti, ma anche comportarsi in maniera adeguata negli affari (cifra 57).
- 2 La banca che non provvede al suo interno ad una separazione efficace delle funzioni tra il commercio, la gestione patrimoniale e l'esecuzione delle transazioni, giusta l'art. 9 cpv. 1 OBCR, viola la condizione di un'attività irreprensibile ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 let. c LBCR. Una banca che è anche titolare di un'autorizzazione di commerciante di valori mobiliari ai sensi della LBVM deve disporre di un'organizzazione che gli permetta di rispettare gli obblighi conseguenti alla sua attività di commerciante, in particolare quelli nei confronti dei suoi clienti derivanti dall'art. 11 LBVM (cifre 59, 66 s.).

- 3 Al momento dell'avvio e poi durante il mantenimento di una relazione, le banche devono sottomettersi in permanenza a diversi obblighi di diligenza nel quadro della lotta contro il riciclaggio di denaro (cifre 60, 62 s.).

Résumé des faits

Entre 1999 et 2001, la Commission des opérations de bourse (COB, aujourd'hui, Autorité des marchés financiers française) a successivement adressé à la CFB quatre demandes d'entraide administrative relatives à l'acquisition par la banque X des titres A, B, C puis D. Dans chaque cas, la COB menait une enquête pour délit d'initié. La CFB a transmis chaque demande pour prise de position à la banque X.

La banque X a répondu, à chaque fois, que la décision d'acquisition des titres avait été prise par le client et ayant droit économique K, sur conseil de la banque. Sur la base des informations fournies par la banque X, l'identité du client K n'a pas été transmise à la COB.

Fin 2003, un juge d'instruction a notifié à la banque X une ordonnance d'admissibilité et d'exécution d'une demande d'entraide judiciaire d'un juge parisien concernant une enquête pour délit d'initié portant sur l'acquisition des titres B.

Après enquête interne, la banque X a spontanément informé la CFB qu'il apparaissait que le client K n'était pas le véritable ayant droit économique du compte k mais qu'il s'agissait en fait d'un certain L, partant que des informations erronées avaient été transmises à la CFB dans le cadre des procédures d'entraide relatives aux titres A, B, C et D.

En effet, une grande partie des ordres pour le compte avait été faxée depuis la société pour laquelle L travaillait et plusieurs ordres concernaient le paiement de factures personnelles de L ou de sa famille. En outre, les signatures des ordres pour le compte k avaient été découpées à l'aide d'une paire de ciseaux par des collaborateurs de la banque X. Selon cette dernière, deux anciens directeurs généraux étaient impliqués de sorte que ceux-ci auraient été informés de l'identité du véritable ayant droit économique L, identité qu'ils auraient sciemment cachée à la CFB. Au vu de ces éléments, la banque X a déposé une plainte pénale, mais uniquement contre l'un des anciens directeurs généraux Y.

Selon les constatations de la CFB, un autre collaborateur Z, toujours employé de la banque X, était également fortement impliqué. Toutefois, la banque n'avait pris aucune mesure à son encontre.

La CFB a alors pris la décision d'ordonner une révision extraordinaire de la banque X¹. Celle-ci a permis de confirmer que L était bien le réel ayant droit économique du compte k et que Y, l'ancien directeur général de la banque, ne pouvait l'ignorer. Par ailleurs, de faux documents établis par Z, qui avait entre-temps quitté la banque, avaient été transmis à la CFB dans le but de tromper celle-ci sur le processus d'acquisition des titres faisant l'objet de l'enquête française. Une mauvaise organisation, en particulier de ses services de la bourse et du fichier central ainsi qu'une activité *compliance* insuffisante expliquaient, en partie, les graves manquements de la banque X. Cette dernière avait toutefois, entre-temps, été rachetée et profondément réorganisée. En outre, les personnes responsables des manquements reprochés avaient toutes quitté la banque.

¹ Voir Bulletin CFB 46, p. 46; siehe EBK Bulletin 46, S. 46; vedi Bollettino CFB 46, pag. 46.

Par ailleurs, la CFB a constaté que l'Etude d'avocats M avait, à plusieurs reprises, dans le cadre des procédures d'entraide entre 1999 et 2001 indiqué à la CFB intervenir pour le compte de clients de la banque alors que ceux-ci n'étaient en fait même pas informés de la procédure d'entraide les concernant, l'Etude M ayant été directement mandatée par la banque.

Extraits des considérants

1 Dispositions légales applicables

(56) L'exploitation d'une banque nécessite une autorisation préalable de la Commission fédérale des banques, conformément à l'art. 3 de la loi sur les banques (LB; RS 952.0). L'art. 3 al. 2 LB fixe les conditions de cette autorisation, conditions qui doivent être respectées en permanence.

1.1 Garantie d'une activité irréprochable

(57) Selon l'art. 3 al. 2 let. c LB, les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque doivent jouir d'une bonne réputation et présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Ces personnes doivent non seulement être professionnellement compétentes, mais encore se comporter de manière adéquate dans les affaires (cf. Bulletin CFB 23, p. 25). Par comportement adéquat, il faut comprendre en premier lieu le respect de l'ordre juridique, c'est-à-dire des lois et des ordonnances, des directives et de la pratique de l'autorité de surveillance ainsi que des usages de la profession et des directives internes. Ce qui est valable pour les personnes chargées d'administrer et de gérer la

banque s'applique aussi à cette dernière. En sa qualité d'entreprise, elle doit également respecter la condition de la garantie d'une activité irréprochable (cf. Bulletin CFB 41, p. 20).

1.2 Devoir de renseignements

(58) Selon l'art. 23^{bis} al. 2 LB, la CFB peut exiger des organes de révision et des banques tous les renseignements dont elle a besoin dans l'exécution de sa tâche. Il en découle pour la banque une obligation de renseignements à l'égard de la CFB, obligation sanctionnée notamment par l'art. 46 al. 1 let. i LB.

1.3 Organisation

(59) Aux termes de l'art. 3 al. 2 let. a LB, la banque doit également disposer d'une organisation appropriée à son activité. Selon l'art. 9 al. 1 de l'ordonnance sur les banques (OB; RS 952.02), la banque doit ainsi veiller sur le plan interne à une séparation efficace des fonctions entre le négoce, la gestion de fortunes et l'exécution des transactions. Une banque qui est également titulaire d'une autorisation de négociant en valeurs mobilières au sens de la loi sur les bourses (LBVM; RS 954.1) doit en outre disposer d'une organisation qui lui permette de respecter les obligations découlant de son activité de négociant, en particulier celles envers ses clients découlant de l'art. 11 LBVM.

1.4 Devoirs de diligence en matière de lutte contre le blanchiment

(60) Lors de l'établissement puis lors du maintien d'une relation d'affaires, les banques doivent se soumettre en permanence à diverses obligations de diligence dans le cadre de la lutte contre le blanchiment

d'argent. Pour la plupart, ces devoirs de diligence découlent des textes législatifs, comme la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (LBA; RS 955.0) ou les articles 305^{bis} et 305^{ter} du Code pénal (CP; RS 311.0). Une banque doit en outre suivre les obligations découlant des directives et de la pratique de la CFB. Il convient dans ce contexte de mentionner la Circ.-CFB 98/1 (applicable au moment des faits), remplacée le 1^{er} juillet 2003 par l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment (OBA-CFB; RS 955.022). Depuis 1977, les banques elles-mêmes ont réglementé la procédure d'identification des clients par le biais de plusieurs conventions relatives à l'obligation de diligence des banques, comme la CDB 98 (en vigueur au moment des faits), remplacée le 1^{er} juillet 2003 par la CDB 03.

1.5 Compétence de la CFB

(61) La CFB prend les décisions nécessaires à l'application de la loi et veille au respect des prescriptions légales (art. 23^{bis} al. 1 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^{ter} al. 1 LB). Dans le cadre de ces mesures, la CFB jouit d'un large pouvoir d'appréciation (Arrêt du TF du 22 mai 2002 [2A.65/2002, consid. 3.2 in fine] et ATF II 111, consid. 3b). Par ailleurs, la CFB est tenue, en vertu de l'art. 23^{ter} al. 4 LB, d'informer les autorités de poursuites pénales compétentes des infractions dont elle a connaissance.

2 Respect des dispositions légales par la banque X

2.1 Devoirs de diligence en matière de lutte contre le blanchiment

(62) Le formulaire A (selon l'art. 3 CDB 98) établi par Y, alors membre du directoire de la banque, à l'occasion de l'ouverture de la relation k indique faussement que K en était l'ayant droit économique. Compte tenu des relations privilégiées entre L et Y (...), il ne fait aucun doute que Y a rempli en toute connaissance de cause le formulaire A en cachant sciemment l'identité du véritable ayant droit économique de la relation, L.

(63) Par la suite, l'arrivée des ordres exclusivement par et pour L, qui ne bénéficiait au demeurant d'aucune procuration écrite sur le compte k, l'activité et le rendement extraordinaire du compte, comme l'arrivée successive des demandes d'entraide françaises où la relation k était, à chaque fois, concernée aurait dû amener la banque à procéder à une clarification de la relation. Elle aurait ainsi, comme cela a été le cas après la notification de l'ordonnance du juge d'instruction genevois du 13 novembre 2003, immédiatement découvert l'inadéquation entre les informations contenues sur le formulaire A, et transmises à la CFB, et la réalité de la relation. Il est incompréhensible que devant tant d'éléments inhabituels, la banque X n'ait pas une seule fois procédé à un tel examen.

(...)

2.2 Transmission de fausses indications à la CFB

(65) Dans le cadre des procédures d'entraide françaises, la CFB a demandé à réitérées reprises des informations sur la relation k et sur les circonstances dans lesquelles les titres faisant l'objet des enquêtes en France avaient été acquis. Il apparaît que non seulement les informations sur l'ayant droit économique étaient fausses mais qu'en outre, le processus de décisions d'acquisition des titres ne correspondait pas à ce qui avait été indiqué par la banque X. Ces fausses informations ont été étayées par la banque au moyen de notes établies après coup et présentées comme prises lors de séances qui, pour part, n'avaient pas eu lieu.

2.3 Organisation de la banque

(66) La transmission d'informations erronées à la CFB a été fortement facilitée par une organisation déficiente de la banque. Le *compliance officer* ne disposait pas du temps nécessaire pour mener à bien sa tâche dans la mesure où il était également responsable des finances. Enfin, il faut également relever que, nonobstant la Circ.-CFB 98/1, la banque n'a disposé d'aucune directive interne tendant à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent avant mars 2001. Le fichier central a été passif, de façon inacceptable, au moment du scannage des documents lorsqu'il a constaté que des signatures avaient été découpées. (...) Ainsi, l'organisation des services du *compliance* et du fichier central n'ont jamais été à même d'empêcher, ni même de découvrir les actes de dissimulation commis par Y. Ces services n'ont pas rempli les fonctions auxquelles ils sont destinés.

(67) Les manquements constatés au niveau de la bourse en général et pour ce qui a trait à l'allocation des titres en particulier, qui se faisaient «au feeling» et sans réel contrôle, même s'ils n'ont apparemment pas donné lieu à des plaintes de clients, sont inacceptables dans la mesure où certains comptes ont pu être privilégiés au détriment des autres. En outre, l'absence de séparation effective entre la fonction de trader et celle de gérant, notamment parce que les gérants pouvaient passer directement des ordres à l'extérieur sans passer par le département bourse de la banque, est un risque pour la banque qu'elle doit éviter notamment par l'émission de directives internes délimitant clairement les fonctions de chacun. Enfin, il a été constaté qu'au niveau contrôle des risques et *compliance*, Z n'a pris aucune initiative ni mesure, si bien que seul l'aspect commercial a semblé faire partie des préoccupations de la bourse, l'aspect réglementaire et risques étant laissé totalement de côté.

2.4 Responsabilité des personnes impliquées

(68) Y est le principal responsable des manquements constatés. Il apparaît qu'il a, en toute connaissance de cause, établi un faux formulaire A pour la relation k. Il a également participé au découpage des signatures des ordres adressés par L à la banque dans le but de cacher l'identité du réel ayant droit économique. En outre, il a transmis dans le cadre des demandes d'entraide des fausses informations ainsi que des fausses notes à la CFB. Par ailleurs, il n'a effectué aucun contrôle de la bourse, pourtant sous sa responsabilité, en laissant Z s'organiser seul, nonobstant le manque de prédispositions de ce dernier pour les aspects organisationnels et administratifs. Ces faits sont graves. Y n'exerce toutefois aujourd'hui plus d'activité tombant dans le domaine de surveillance de la CFB.

(...)

(70) Z a non seulement transmis des informations fausses à la CFB mais il a également établi des notes antidatées adressées par la banque à la CFB dans le but de convaincre cette dernière de l'exactitude des informations qu'elle lui transmettait. Par ailleurs, au niveau organisationnel, il n'a pas été en mesure de mettre en place une organisation de la bourse qui satisfasse aux exigences légales. A la connaissance de la CFB, il n'exerce pas aujourd'hui de fonction dirigeante au sein d'un établissement soumis à sa surveillance.

(...)

(75) Dans le cadre des procédures d'entraide, l'Etude M a répondu «en qualité de mandataire» des clients de la banque, quand bien même il appert que lesdits clients n'avaient pas été informés de la procédure en cours ni par l'étude, ni par la banque et que c'était cette dernière qui avait directement mandaté l'étude. Il convient de souligner ici que, lorsque la CFB demande à une banque de transmettre son pli à un client, elle entend que cela soit fait et que le mandataire qui intervient ensuite pour ce client, par exemple pour donner sa prise de position, ait effectivement été en contact avec lui. En effet, il importe pour la CFB, par exemple dans le cadre d'une procédure d'entraide comme dans la présente affaire, qu'elle reçoive la prise de position du client lorsqu'elle la demande et non pas deux fois la même, celle de la banque. A tout le moins, lorsque la banque n'a pas été en mesure de contacter son client, elle doit en informer l'autorité de surveillance. Pour ce qui concerne l'Etude M, (...) son comportement relèverait, le cas échéant, de la Commission de surveillance des avocats, dans la mesure où elle n'est pas soumise à la surveillance de la CFB.

(...)

3 Conclusions de la CFB

(76) Les manquements constatés ci-dessus permettent de conclure que la banque X a gravement violé ses obligations découlant de l'exigence d'une organisation correspondant à son activité au sens de l'art. 3 al. 2 let. a LB ainsi que de la garantie d'une activité irréprochable aux termes de l'art. 3 al. 2 let. c LB.

(77) Ainsi, la banque X n'a pas été en mesure, nonobstant les autorisations bancaire et de négociant délivrées, de mettre en place, jusqu'à il y a peu, une organisation conforme aux dispositions légales, que ce soit de la LB ou de la LBVM. Les services du *compliance* et du fichier central n'ont pas rempli leur fonction. L'organisation de la bourse ne remplissait pas les conditions de l'art. 9 OB ni ne permettait de satisfaire aux règles de conduite de l'art. 11 LBVM.

(78) La banque X, en ne procédant pas à des clarifications complémentaires de la relation malgré les très nombreux signes qu'elle aurait dû percevoir, n'a pas été à même de découvrir le réel ayant droit économique d'une relation. Elle a violé les art. 5 et 6 LBA ainsi que le chiffre marginal 23 de la Circ.-CFB 98/1. Elle n'a ensuite su ni empêcher ni découvrir le découpage systématique des signatures des ordres de paiement. En outre, la banque a transmis de faux documents et informations à la CFB dans le cadre de procédure d'entraide administrative, violant ainsi son obligation de renseignement découlant de l'art. 23^{bis} al. 2 LB.

(79) Toutefois, depuis (...), l'organisation de la banque s'est profondément modifiée. Le tournus du personnel a également été très important. Ainsi, Y, Z (...), soit les personnes les plus impliquées dans les manquements reprochés à la banque l'ont quittée. (...) Un nouveau *compliance officer* ainsi qu'un nouveau chef du fichier central ont été engagés. Par ailleurs, un nouveau système de traitement informatique des transactions boursières a été mis en place. Des mesures ont été prises pour éviter, comme par le passé, une concentration de la clientèle en trop peu de mains. Enfin, des directives ont été édictées dans plusieurs domaines, et en particulier dans celui de la bourse et du *compliance*. En d'autres termes, il apparaît que la banque X a énormément évolué et que, telle qu'elle est organisée aujourd'hui et compte tenu également de la claire volonté du nouvel actionnaire de satisfaire tant aux impératifs légaux qu'économiques, elle remplit toutes les garanties d'une activité irréprochable.

(80) Par ailleurs, il faut souligner le fait que c'est la banque X qui a spontanément annoncé ses propres manquements à la CFB. Enfin, tout au long de la présente procédure, la banque X a adopté un comportement transparent et a décidé de collaborer entièrement aux enquêtes, ce qui a contribué à ce que la lumière soit faite dans une large mesure.

(81) Au vu de ce qui précède, compte tenu du fait que la CFB n'a pas la compétence de rendre de sanctions pécuniaires, il apparaît qu'un retrait de l'autorisation de pratiquer serait disproportionné au vu des progrès effectués par la banque. Ainsi, la CFB, nonobstant les graves manquements qu'elle a constatés, prononcera uniquement un blâme contre la banque.

(82) Y, Z (...) ont quitté la banque et n'exercent pas aujourd'hui de fonction dirigeante au sein d'un établissement soumis à la surveillance de la CFB. Si à l'avenir toutefois, l'un ou l'autre devait occuper une telle position, la CFB devrait alors examiner s'il est en mesure de présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c LB.

(...)

(83) La CFB se sent lésée par le comportement de l'Etude M à son égard dans la mesure où, notamment, l'étude est intervenue auprès d'elle en agissant pour les clients de la banque alors que ceux-ci n'étaient pas informés de la procédure en cours les concernant (...). Ces faits ne relevant toutefois pas de la compétence de la CFB, il sera procédé à une dénonciation auprès de la Commission de surveillance des avocats à Genève².

(...)

(85) Les faits évoqués dans la présente procédure constituent également de graves infractions pénales, tant du droit bancaire (art. 46 al. 1 let. i LB) que du droit commun (not. art. 251 CP). La CFB procédera donc, vu l'art. 23^{ter} al. 4 LB, aux dénonciations pénales idoines à l'encontre des personnes concernées.

² Par décision du 6 juin 2005, la Commission de surveillance des avocats compétente a procédé au classement de la dénonciation de la CFB.

4 Coûts de la procédure

(86) Les coûts de la présente procédure (...) sont à supporter par la banque X (...). Un émolument de CHF 114 600.– sera perçu.

(...)

**Entscheid der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Bundesgerichts vom 24. März 2005 i. S. Klaro GmbH
(2A.399/2004 und 2A.466/2004)¹**

**Liquidation (Art. 23^{quinquies} BankG) und Konkurseröffnung (Art. 33 ff. BankG);
Beschwerdelegitimation; Anwendungsbereich Bankenkonzurs; Übergangs-
bestimmungen (Abs. 2 der Schlussbestimmungen BankG vom 3. 10. 2003);
Überschuldungsanzeige**

- 1 Der Verwalter oder Vertreter der Gesellschaft, dem durch den angefochtenen Entscheid die Zeichnungsberechtigung entzogen wird, ist hierdurch nicht in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen; es handelt sich dabei bloss um eine Nebenfolge der umstrittenen Liquidation (E. 1.2.2).
- 2 Die EBK ist nicht verpflichtet, nur einzelne Geschäftsbereiche zu liquidieren, wenn keine hinreichende Trennung besteht (E. 3.3).
- 3 Die Sonderregelung des Bankenkonzurses gilt auch für Unternehmen, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-) Tätigkeit nachgegangen sind (E. 4.1.2). Erweist sich die Gesellschaft als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, ist die Liquidation analog den Art. 33 ff. BankG anzuordnen und durchzuführen (E. 4.1.3).

¹ Die Regesten wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

- 4 Soweit gegen eine Gesellschaft vor dem Übergang vom alten zum neuen Recht noch kein Konkursverfahren nach dem SchKG eröffnet worden ist, gilt für sie unmittelbar das neue Recht (E. 4.2).
- 5 Ein hängiges Verfahren bezüglich der aufsichtsrechtlichen Liquidation steht der Konkurseröffnung nicht entgegen; die beiden Massnahmen gehorchen je eigenen Regeln und schliessen sich bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen im zeitlichen Ablauf nicht aus (E. 4.3.4).
- 6 Bei der Überschuldungsanzeige durch die Liquidatorin im Rahmen von Art. 33 BankG handelt es sich nicht um eine Liquidationshandlung, sondern um eine sichernde und werterhaltende Massnahme, die dazu dient, den Gläubigerschutz zu verstärken (E. 4.3.4).

Liquidation (art. 23^{quinquies} LB) et ouverture de la faillite (art. 33 ss LB); qualité pour recourir; champ d'application de l'insolvabilité bancaire; dispositions transitoires (al. 2 des dispositions finales LB du 3.10.2003); avis de surendettement

- 1 L'administrateur ou le représentant de la société qui se voit retirer son pouvoir de représenter la société par la décision attaquée n'est pas touché dans ses intérêts propres dignes de protection; il ne s'agit en fait que d'une conséquence indirecte de la liquidation contestée (consid. 1.2.2).

- 2 La CFB n'a pas l'obligation de liquider uniquement certains domaines d'activités lorsqu'il n'existe aucune séparation suffisante entre ceux-ci (consid. 3.3).
- 3 Les dispositions spéciales de la faillite bancaire s'appliquent également aux entreprises qui exercent une activité bancaire sans autorisation (consid. 4.1.2). Si une telle société se révèle surendettée ou insolvable de manière durable, la liquidation selon les art. 33ss LB doit être prononcée et conduite (consid. 4.1.3).
- 4 Dans la mesure où aucune procédure de faillite au sens de la LP n'a été ouverte contre une société avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, celui-ci lui est applicable dès ladite entrée en vigueur (consid. 4.2).
- 5 Une procédure de liquidation découlant du droit de la surveillance bancaire n'empêche pas ensuite l'ouverture de la faillite; les deux procédures ont leurs propres règles et ne s'excluent pas dans le temps si leurs conditions respectives sont données (consid. 4.3.4).
- 6 L'avis de surendettement effectué par le liquidateur dans le cadre des art. 33ss LB n'est pas une mesure de liquidation mais une mesure de sûreté et de conservation des valeurs dans le but de renforcer la protection des créanciers (consid. 4.3.4).

Liquidazione (art. 23^{quinquies} LBCR) e apertura del fallimento (art. 33 ss LBCR); qualità per ricorrere; campo di applicazione del fallimento bancario; disposizioni transitorie (cpv. 2 delle disposizioni finali della LBCR del 3.10.2003); avviso di indebitamento

- 1 L'amministratore o il rappresentante della società che si vede ritirare il suo diritto di firma con la decisione impugnata non è toccato nei suoi interessi personali degni di protezione; il ritiro del diritto di firma non è che una conseguenza indiretta della liquidazione contestata (consid. 1.2.2).
- 2 La CFB non ha l'obbligo di liquidare unicamente certi settori di attività allorquando non esiste nessuna separazione sufficiente fra di loro (consid. 3.3).
- 3 Le disposizioni speciali del fallimento bancario si applicano anche alle ditte che esercitano un'attività bancaria senza autorizzazione (consid. 4.1.2). Se una società risulta indebitata o insolvente in modo permanente, la liquidazione deve essere pronunciata ed eseguita secondo agli art. 33 ss LBCR (consid. 4.1.3).
- 4 Nella misura in cui nessuna procedura di fallimento ai sensi della LEF è stata aperta contro una società prima dell'entrata in vigore del nuovo diritto, quest'ultimo è applicabile dalla sua entrata in vigore (consid. 4.2).
- 5 Una procedura di liquidazione pendente nell'ambito del diritto della sorveglianza bancaria non impedisce l'apertura del falli-

mento; le due procedure hanno delle regole proprie e non si escludono a vicenda se le rispettive condizioni sono adempiute (consid. 4.3.4).

- 6 L'avviso di indebitamento effettuato dal liquidatore nel quadro degli art. 33 ss LBCR non è una misura di liquidazione ma un provvedimento di garanzia e di conservazione dei valori allo scopo di rafforzare la protezione dei creditori (consid. 4.3.4).

Sachverhalt (Auszug)

A. Die Klaro GmbH mit Sitz in Sennwald wurde am 27. Juli 2001 im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Sie bezweckt unter anderem den Handel mit Waren aller Art, die Planung, Entwicklung, Realisierung und den Betrieb bzw. Verkauf von Hardware, Software und Kommunikationstechnologien sowie das Erbringen von Dienstleistungen im Bereich Internet, Multimedia und Public-Relations; überdies kann sie Finanzgeschäfte auf eigene oder fremde Rechnung tätigen. Ihre Stammeinlage von Fr. 20 000.- wird seit dem 8. Juli 2003 durch die Trans-American Investment Banking Institute Incorporation, Carmichael (USA), gestellt; an dieser soll X. _____ als Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer (mit Einzelzeichnungsbefugnis) der Klaro GmbH wirtschaftlich berechtigt sein. Als weiterer Geschäftsführer (mit Kollektivunterschrift zu zweien) amtiert Y. _____. Neben den Tätigkeiten im EDV-Bereich betreibt die Klaro GmbH in Buchs ein Geschäftszentrum, in dem sie verschiedene Dienstleistungen für Firmen und Private anbietet (Klaro Business [Business Center, Domizilservice]; Klaro Online [Dienstleistungen rund ums Internet]; Klaro Treff [Internetcafé und Bar]).

B.

B. a) Seit November 2003 vertrieb die Klaro GmbH im Finanzsektor unter dem Namen «AmoFin» ein Produkt, bei dem sie gegen die Leistung einer «Prämie» von 8 bis 10 % der einem Dritten bezahlten Investition die Refinanzierung der entsprechenden Summe (inkl. der hierfür geleisteten «Prämie») innerhalb von zwei Jahren zusicherte. Zur Finanzierung dieser Aktivität spekulierte sie mit einem Teil der einbezahlten Gelder über die Internetplattform «www.gaincapital.com» («Gain»-Konti) am Devisenmarkt. Mit Verfügung vom 7. Juni 2004 stellte die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) fest, dass die Klaro GmbH in diesem Zusammenhang gegen das Verbot der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumsgeldern verstossen habe (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]; Ziff. 1 des Dispositivs). Sie ordnete gestützt hierauf deren Auflösung und sofortige Liquidation an (Ziff. 2 des Dispositivs), wobei sie die Transliq AG, Zürich, als Liquidatorin einsetzte (Ziff. 3 des Dispositivs). Gleichzeitig blockierte die EBK sämtliche im In- und Ausland liegenden Vermögenswerte, Kontoverbindungen und Depots der Klaro GmbH (Ziff. 4 und 5 des Dispositivs), entzog ihren bisherigen Organen, namentlich X. _____ und Y. _____, die Vertretungsbefugnis, untersagte ihnen weitere Rechtshandlungen für die Klaro GmbH und hielt sie an, der Liquidatorin sämtliche Informationen und Unterlagen zur Geschäftstätigkeit zur Verfügung zu stellen und ihr den Zugang zu den Räumlichkeiten der Klaro GmbH zu ermöglichen (Ziff. 6, 7 und 8 des Dispositivs). Die Bankenkommision übertrug ihrem Sekretariat die Befugnis, den Inhalt des Liquidationsmandates nötigenfalls zu präzisieren (Ziff. 9 des Dispositivs), wies das Handelsregisteramt St. Gallen an, die erforderlichen Ergänzungen im Handelsregister vor-

zunehmen (Ziff. 10 des Dispositivs), und ermächtigte die Liquidatorin, von der Klaro GmbH für ihre Aktivitäten einen Kostenvorschuss zu erheben (Ziff. 11 des Dispositivs). Die Ziffern 1–11 des Dispositivs erklärte sie für sofort vollstreckbar, wies die Liquidatorin indessen an, bis zur Rechtskraft der Verfügung ihre Tätigkeit «auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland zu beschränken» (Ziff. 12 des Dispositivs); im Übrigen auferlegte die EBK der Klaro GmbH die Liquidations- (Ziff. 13 des Dispositivs) sowie die Verfahrenskosten von Fr. 10 000.– (Ziff. 14 des Dispositivs).

B. b) X. _____ und die Klaro GmbH haben hiergegen am 9. Juli 2004 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde (2A.399/2004) eingereicht. (...) X. _____ und die Klaro GmbH machen geltend, keine Publikumseinlagen entgegengenommen, sondern sich nur im Rahmen eines Auftrags zur Erwirtschaftung der versprochenen Leistung verpflichtet zu haben. Die umstrittenen Gelder wiesen keinen Anlagecharakter auf, seien nicht als Darlehen oder Hinterlegungen erfolgt und würden nicht verzinst. Gegebenenfalls seien nur der Bereich «Klaro Finance» zu schliessen und die «AmoFin»-Verträge unter Bezug der bisherigen Geschäftsführer rückabzuwickeln. Die angeordnete Totalliquidation erweise sich als unverhältnismässig. Die Transliq AG sei auf jeden Fall als Liquidatorin auszuwechseln, da sie durch ihr «unprofessionelles Verhalten» beim Schliessen der verschiedenen Devisenhandelsposten einen erheblichen Schaden verursacht habe.

B. c) Am 15. Juli 2004 wies der Abteilungspräsident das mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde verbundene Gesuch um aufschiebende Wirkung bzw. um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Sinne der Erwägungen ab (keine Liquidationshandlungen, indessen sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland ge-

mäss Ziff. 12 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids); gleichzeitig erklärte er, dass über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung später entschieden und vorerst von der Erhebung eines Kostenvorschusses abgesehen werde.

C.

C. a) Am 19. August 2004 eröffnete die Eidgenössische Bankenkommision in Anwendung der am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Bestimmungen über die Massnahmen bei Insolvenzgefahr und die Liquidation insolventer Banken (Änderung des Bankengesetzes vom 3. Oktober 2003 [AS 2004 2767 ff.]) über die Klaro GmbH ab Freitag, 20. August 2004, 08.00 Uhr, den Konkurs (Ziff. 1 des Dispositivs). Mit der Konkurseröffnung erklärte sie die Wirkungen der Verfügung vom 7. Juni 2004 sowie des damit erteilten Liquidationsmandats für beendet (Ziff. 2 des Dispositivs). Sie setzte die Transliq AG als Konkursliquidatorin ein (Ziff. 3 des Dispositivs) und regelte verschiedene weitere konkursrechtliche Aspekte. Die EBK ging davon aus, die Klaro GmbH habe gestützt auf die von der Liquidatorin erstellte Zwischenbilanz sowohl zu Liquidations- als auch zu Fortführungswerten als überschuldet zu gelten und sei deshalb in Anwendung von Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) zu liquidieren.

C. b) Mit Fax und Postzustellung vom 24. August 2004 haben X. _____ und die Klaro GmbH hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht; sie ergänzten diese am 22. September 2004. X. _____ und die Klaro GmbH beantragen, die Verfügung der Bankenkommision vom 19. August 2004 aufzuheben, zumindest aber deren Ziffer 3 zu annullieren und eine andere Konkursliquidatorin als die dort genannte Transliq AG einzusetzen. Entgegen der Annahme der Bankenkommision sei die Klaro GmbH nicht überschuldet. Erst auf-

grund der «unprofessionellen und überstürzten Schliessungsaktion» der Transliq AG bzw. der EBK sei auf den «Gain»-Konti ein Verlust (von Fr. 961 091.07) entstanden, weshalb ein entsprechender Schadenersatzanspruch bestehe. Die Liquidatorin habe zu Unrecht weitere Aktiven nicht zugunsten der Klaro GmbH berücksichtigt und in der Liquidationsbilanz verschiedene Posten mit Fr. 0.– bewertet.

C. c) Der Abteilungspräsident entsprach am 25. August 2004 supervisorisch dem mit der Beschwerde verbundenen Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung insofern, als er die eingesetzte Konkursliquidatorin anhielt, ihre Handlungen auf sichernde und wertsichernde Massnahmen bzw. auf die hierzu erforderlichen Verfahren zu beschränken und von Liquidations- und Verwertungshandlungen noch abzusehen; im Übrigen wies er das Gesuch ab. Am 14. September 2004 bestätigte er diese Anordnung; hinsichtlich des Verfahrens 2A.399/2004 verwies er auf die Verfügung vom 15. Juli 2004, soweit diese nicht gegenstandslos geworden sei.

(...)

Das Bundesgericht zieht in Erwägung

1.

1.1 In Anwendung des Bankengesetzes ergangene Aufsichtsentscheide der Eidgenössischen Bankenkommision können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 24 Abs. 1 BankG). In den Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt des Gesetzes sind die Gläubiger und die Eigner einer Bank bloss befugt, gegen die Genehmigung des Sanierungsplans und gegen

Verwertungshandlungen Beschwerde zu führen; der Rechtsweg nach Art. 17 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) ist ausgeschlossen (Art. 24 Abs. 2 BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003). Die Gläubiger und die Eigner einer Bank sollen unter dem neuen Bankensanierungs- und -konkursrecht im Wesentlichen gleich gestellt sein wie in den Verfahren nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (BBl 2002 S. 8077). Es steht ihnen kein Beschwerderecht gegen den Entscheid der EBK zu, auf ein Sanierungsverfahren zu verzichten und eine Bank zu liquidieren bzw. gegebenenfalls den Konkurs über sie zu eröffnen (BBl 2002 S. 8078; vgl. Roger Giroud, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Rz. 10 und 14 zu Art. 174). Die Beschwerdelegitimation der betroffenen Bank wird dadurch nicht tangiert. Auch die Befugnisse zu den gerichtlichen Klagen im Liquidationsverfahren (Kollokations-, Aussonderungsklage usw.) bleiben von der Neuregelung unberührt (BBl 2002 S. 8077 f.; Eva Hüpkes, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht – die Bankenkommission als Konkursbehörde, Teil 1, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 4/2002, S. 125 ff., dort S. 136 f.).

1.2

1.2.1 Die Klaro GmbH ist von der Eidgenössischen Bankenkommission am 7. Juni 2004 in analoger Anwendung von Art. 23^{quinquies} BankG wegen unerlaubter Entgegennahme von Publikumsgeldern aufsichtsrechtlich in Liquidation versetzt worden; am 19. August 2004 wurde über sie in Anwendung von Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) der Konkurs eröffnet. Durch beide Entscheide wird die Klaro GmbH in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen (vgl. Art. 103 lit. a OG). Nach der Rechtsprechung sind die Organe einer in Liquidation versetzten Gesellschaft – trotz Entzugs der Vertretungsbefugnis –

berechtigt, den entsprechenden Entscheid für diese anzufechten (vgl. Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.1; unveröffentlichte E. 2b/bb von BGE 126 II 71 ff.; BGE 98 Ib 269 E. 1 S. 271; EGMR-Urteil vom 21. Oktober 2003 i.S. Credit and Industrial Bank gegen Tschechien, Rz. 48–52 und 64–73). X. _____ war für die Klaro GmbH einzelzeichnungsberechtigt; soweit er die Beschwerden in deren Namen erhebt, ist deshalb darauf einzutreten.

1.2.2 Der Allein- oder Mehrheitsaktionär und der wirtschaftlich Berechtigte an einer Gesellschaft sind zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht befugt, da und soweit sie – wie hier – über die beherrschte Gesellschaft selber an das Bundesgericht gelangen können (vgl. Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.1; unveröffentlichte E. 1.2 von BGE 129 II 484 ff.; BGE 127 II 323 E. 3b/cc S. 330; 125 II 65 E. 1; 116 Ib 331 E. 1c S. 335; Urteil 2A.137/1995 vom 25. September 1996, E. 1b). Der Verwalter oder Vertreter der Gesellschaft, dem durch den angefochtenen Entscheid die Zeichnungsberechtigung entzogen wird, ist hierdurch nicht in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen; es handelt sich dabei bloss um eine Nebenfolge der umstrittenen Liquidation (Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.1, und unveröffentlichte E. 2b/aa von BGE 126 II 71 ff.). Auch ein allfälliges Haftungs- oder Strafverfahren verschafft den Organen der Gesellschaft kein eigenes Interesse daran, dass der bankenrechtliche Unterstellungs- und Liquidationsentscheid hiervon unabhängig geprüft wird (Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.3). Auf die Beschwerden ist deshalb nicht einzutreten, soweit sie von X. _____ in seinem Namen erhoben werden.

1.2.3 Fraglich erscheint, ob mit der Konkursanordnung vom 19. August 2004 die Liquidationsverfügung vom 7. Juni 2004 dahingefallen und

das entsprechende Verfahren damit gegenstandslos geworden ist (vgl. das Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 1; BGE 128 II 34 E. 1b; 118 Ib 356 E. 1a; 111 Ib 56 E. 2a). Hiervon ist die Bankenkommission ausgegangen, wenn sie in Ziffer 2 des Dispositivs vom 19. August 2004 festhielt, dass mit der Konkurseröffnung die Wirkungen ihrer ersten Verfügung und des damit erteilten Liquidationsmandats beendet seien. Das Bundesgericht hat bisher angenommen, dass mit der Konkursöffnung – unter Vorbehalt eines möglichen Konkurswiderrufs (Art. 195 SchKG) – das gegen die vorgängige aufsichtsrechtliche Liquidation hängige Beschwerdeverfahren gegenstandslos wird (Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.2; vgl. auch die unveröffentlichte E. 2b/cc von BGE 126 II 71 ff.). Es erübrigt sich, der Frage nachzugehen, ob und wieweit dies auch unter dem neuen Recht gilt: Die in der Beschwerde 2A.399/2004 aufgeworfenen Probleme müssen zumindest vorfrageweise im Verfahren 2A.466/2004 geprüft werden, da die EBK im Entscheid vom 19. August 2004 auf ihre Verfügung vom 7. Juni 2004 Bezug genommen und diese als rechtmässig vorausgesetzt hat. Anders als nach dem bisherigen ist nach dem neuen Recht bei Banken sowohl für die finanzmarktrechtliche Aufsicht als auch für ein allfälliges Sanierungs- oder Konkursverfahren ausschliesslich die EBK zuständig (vgl. BBl 2002 S. 8061; Karl Spühler, Bankenkonzurs – Bankennachlassstundung – Bankensanierung – gestern und morgen, in: Peter Nobel [Hrsg.], Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2004, S. 79 ff., dort S. 84 f.; Ulrich Kobelt, Zur Revision des Bankengesetzes, in: Der Schweizer Treuhänder, 77/2003 S. 819 ff.). Ihre sachliche Kompetenz zur Anordnung der Liquidation nach Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) hängt davon ab, dass die Geschäftstätigkeit der betroffenen Gesellschaft überhaupt in den Anwendungsbereich der Bankengesetzgebung fällt; nur in diesem Fall können die konkursrechtlichen Sonderregeln des Bankenrechts

allenfalls an die Stelle der ordentlichen Verfahren und Zuständigkeiten gemäss SchKG treten (vgl. hierzu E. 4). Die Unterstellungsfrage ist deshalb so oder anders zu prüfen. Ein aktuelles Interesse an der Behandlung der Beschwerde 2A.399/2004 besteht im Übrigen zumindest insofern fort, als die Beschwerdeführerin den Kostenentscheid und die Bevorschussungspflicht der aufsichtsrechtlichen Liquidation beanstandet; diese haben nicht mehr Gegenstand des späteren Verfahrens gebildet.

(...)

3

3.1

3.1.1 Der Eidgenössischen Bankenkommission ist unter anderem die Aufsicht über das Bankenwesen zur selbständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 BankG [in der Fassung vom 24. März 1995]). Sie trifft die zum Vollzug des Gesetzes bzw. von dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 23^{bis} Abs. 1 BankG). Erhält sie von Verstössen gegen das Gesetz oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands. Sie ist befugt, hierzu alle «notwendigen Verfügungen» zu treffen (Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG). Da die Bankenkommission allgemein über die Einhaltung der «gesetzlichen Vorschriften» zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr formell unterstellten Betriebe (Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört auch 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 die im Gesetz vor-

gesehenen Mittel bereits gegenüber Instituten (oder Personen) einsetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewilligungspflicht (noch) umstritten ist (vgl. BGE 130 II 351 E. 2.1 S. 354 mit Hinweisen).

3.1.2 Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden 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. gegen das Verbot der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verstossen hat (BGE 130 II 351 E. 2.2. S. 355; 126 II 111 E. 3a S. 115, 71 E. 6e; Urteile 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000, E. 3a, und 2A.168/1999 vom 17. Juni 1999, E. 3; Dina Balleyguier, Reichweite der Finanzmarktaufsicht – Liquidation von Marktteilnehmern, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], *Neuere Entwicklungen im Kapitalmarktrecht*, Zürich 2000, S. 235 ff.). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Bankenkommission im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, 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; BGE 130 II 351 E. 2.2 S. 355; 126 II 111 E. 3b S. 115; 121 II 147 E. 3a S. 149). Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem «technischen Ermessen» anheim gestellt. Das Bundesgericht greift in dieses nur bei Ermessensfehlern, d. h. Rechtsverletzungen

gen, korrigierend ein (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b S. 115 mit Hinweisen; Urteil 2A.137/1995 vom 25. September 1996, E. 1d/e).

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, nicht in den Anwendungsbereich des Bankengesetzes zu fallen und nicht unbefugt Publikums-einlagen entgegengenommen zu haben. Zu Unrecht:

3.2.1 Natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, dürfen nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist (Art. 1 Abs. 2 BankG [in der Fassung vom 18. März 1994]). Er hat dies in Art. 3a der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen getan. Nicht als Einlagen gelten danach (unter anderem) «Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden» (Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV) bzw. «Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten-, Devisen- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird» (Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV). Keine Einlagen aus dem Publikum im Sinne des Gesetzes sind Verbindlichkeiten von «Aktionären oder Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung am Schuldner und mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen» (Art. 3a Abs. 4 lit. b BankV) oder solche von institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie (Art. 3a Abs. 4 lit. c BankV). Gewerbsmässig im Sinne des Gesetzes handelt, wer dauernd mehr als zwanzig Publikumseinlagen hält (Art. 3a Abs. 2 BankV) oder in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die Entgegennahme von Geldern wirbt (vgl. Art. 3 Abs. 1 BankV).

3.2.2 Die Klaro GmbH hat gemäss dem Revisionsbericht der Kontrollstelle GwG vom 26. April 2004 zum Teil direkt, zum Teil über das von ihr aufgebaute Vermittlernetz rund 280 «AmoFin»-Verträge abgeschlossen, wobei der Grossteil ihrer Kundschaft weder mit ihr oder ihrem Gesellschafter verbunden war, noch als institutionelle Anleger mit professioneller Tresorerie gelten konnte. Aufgrund dieser Verträge sind ihr bis zum 10. April 2004 insgesamt Fr. 1,42 Mio. zugeflossen. Die Klaro GmbH verpflichtete sich dabei, gegen die Überweisung einer «Prämie» von 8–10% der bei einem Dritten getätigten Investition innert zwei Jahren diesen Betrag und die als Ausgangssumme geleistete «Prämie» zurückzuzahlen. Mit Vertragsabschluss übernahm sie die Verpflichtung und das Risiko, diese Leistung zu erwirtschaften, wozu eine Jahresrendite von über 500% nötig gewesen wäre. Die entsprechenden Gelder haben als Einlagen zu gelten: Zwar stehen sie im Zusammenhang mit einem Vertrag auf Eigentumsübertragung bzw. mit einem Dienstleistungsvertrag, doch besteht dieser jeweils nicht mit der Klaro GmbH, sondern mit einem Dritten; die Klaro GmbH nimmt eine auf der Basis des entsprechenden Vertrags berechnete Ausgangssumme entgegen und verspricht deren Rückzahlung binnen zwei Jahren mit einer die ursprüngliche Investition deckenden Rendite. Sie erhielt damit fremde Mittel zur Verfügung gestellt und versuchte mit diesen, ihre Kosten, einen Gewinn und die vertraglich versprochenen Leistungen zu erwirtschaften. Wohl erbrachte die Klaro GmbH, wie sie geltend macht, mit ihren – gewagten – Spekulationen am Devisenmarkt eine Dienstleistung, doch bildete die vom Kunden bezahlte Prämie nicht Gegenleistung hierfür, wurde die ursprüngliche Einlage nach Ablauf des Vertrags doch zurückerstattet; es liegt somit kein Ausnahmefall gemäss Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV vor (vgl. das Urteil 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000, E. 3b/cc). Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV nimmt die Abwicklungskonti von Effekten-, Devisen- oder Edelmetallhändlern von der

Unterstellung aus, soweit damit die notwendige Liquidität zur Abwicklung des im Vordergrund stehenden Hauptgeschäfts zur Verfügung gehalten und dafür kein Zins bezahlt wird (vgl. Rz. 15 f. des Rundschreibens der Bankenkommission 96/4: Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes, in: Thévenoz/Zulauf, Banken- und Finanzmarktrecht 2003, 31A–15); die Klaro GmbH versprach einen Zins (Rendite), wobei es ihre Sache war, wie sie ihn erwirtschaftete; sie trug das entsprechende Risiko, nicht der Kunde. Die Beschwerdeführerin kann sich für die Rechtmässigkeit ihrer Tätigkeit deshalb auch nicht auf Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV berufen. Die Klaro GmbH hat damit in Verletzung von Art. 1 Abs. 2 BankG Publikumseinlagen entgegengenommen, und die Bankenkommission war gehalten, diese Tätigkeit zu unterbinden bzw. den gesetzmässigen Zustand unter grösstmöglichem Schutz der Gläubigerinteressen wiederherzustellen (Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG).

3.3 Die Bankenkommission hat hierzu in analoger Anwendung von Art. 23^{quinqies} BankG die (aufsichtsrechtliche) Liquidation der Klaro GmbH angeordnet. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin war dies nicht unverhältnismässig: Die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung fiel mangels des bankenrechtlich vorgeschriebenen Minimalkapitals (Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG [in der Fassung vom 18. März 1994]) und einer adäquaten Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG) zum Vornherein ausser Betracht. Die Organe der Klaro GmbH waren durch die von ihnen geschaffenen Strukturen und Rechtsbeziehungen offensichtlich überfordert, womit eine freiwillige Liquidation – allenfalls auch unter Aufsicht der EBK bzw. eines von ihr ernannten Untersuchungsbeauftragten – nicht in Frage kam. Zwar verfügte die Klaro GmbH neben dem Finanzbereich über andere, nicht bewilli-

gungspflichtige Aktivitäten («Business», «Online», «Treff»; vgl. das Urteil 2A.324/1993 vom 2. März 1994, E. 4 in fine), diese waren jedoch erst im Aufbau begriffen und machten nur einen geringen Teil ihrer Geschäftstätigkeit aus. Die Arbeitszeit der Mitarbeiter lag in erster Linie im Bereich «Finance»; aus diesem stammte überdies der Grossteil der erwirtschafteten Mittel. Die einzelnen Teilbereiche waren buchhalterisch nicht getrennt; zudem wurde der Aufbau der Geschäftszweige in Buchs auch mit Kundengeldern aus dem (illegalen) Geschäft mit Publikumseinlagen finanziert (vgl. den Revisionsbericht der Kontrollstelle GwG vom 14./26. April 2004, S. 5). Unter diesen Umständen war die EBK nicht verpflichtet, nur das Finanzgeschäft zu liquidieren; dies umso weniger, als den Organen der Klaro GmbH das für ihre Aktivitäten erforderliche finanzmarktrechtliche Wissen fehlte und es zu verhindern galt, dass über sie weitere «Participation»-Verträge (Mindestanlagesumme Fr. 25 000.-; Auszahlung des 3,4-fachen des Einlagebetrags nach «90 Banktagen») für die Klaro-Gesellschafterin Trans-American Investment Banking Institute Incorporation abgeschlossen wurden und es damit allenfalls zu neuen Verstössen gegen die schweizerische Gesetzgebung kam.

3.4 Die weiteren Einwände gegen die Verfügung vom 7. Juni 2004 überzeugen ebenfalls nicht:

3.4.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert das Vorgehen der Liquidatorin; diese sei auszuwechseln, da sie durch ihr «unprofessionelles» Vorgehen bei der Schliessung der einzelnen Devisenhandelsposten Vermögenswerte zerstört habe. Sie verkennt, dass dies nach dem Erlass des angefochtenen Entscheids geschehen sein soll und deshalb nicht geeignet ist, die Bezeichnung der Liquidatorin in der angefochtenen Verfügung in Frage zu stellen. Wen die EBK mit einer Liquidation beauftragt, be-

schlägt weitgehend die Angemessenheit ihres Entscheids, die das Bundesgericht nicht überprüft (Art. 104 lit. c OG; Urteil 2A.324/1993 vom 2. März 1994, E. 5; BGE 115 Ib 55 E. 2b S. 57); es kann auch in diesem Bereich nur eine allenfalls rechtswidrige Handhabung des technischen Ermessens sanktionieren. Eine solche liegt nicht vor: Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Transliq AG bei ihrer Ernennung am 7. Juni 2004 nicht in der Lage gewesen sein sollte, die angeordnete Liquidation sachgerecht und gesetzeskonform durchzuführen. Auf ihr anschliessendes, angeblich fehlerhaftes Verhalten im Liquidationsverfahren selber wird im Zusammenhang mit der bestrittenen Überschuldung zurückzukommen sein.

3.4.2 Nicht zu beanstanden ist auch die nicht weiter spezifizierte Ermächtigung der Liquidatorin, für ihre Tätigkeit von der Klaro GmbH Kostenvorschüsse zu erheben: Deren Höhe richtet sich jeweils nach dem Stand der tatsächlichen Aufwendungen, wobei die effektiven Kosten durch die EBK zu genehmigen sind. Die Liquidatorin ist gehalten, auf Ende jeden Monats Zwischenabrechnungen zuhanden der EBK und der zu liquidierenden Gesellschaft zu erstellen, worin sie die vorgenommenen Handlungen, deren Datum, die damit betrauten Personen, den für diese verrechneten Betrag sowie die Auslagen und Spesen auszuweisen hat (vgl. den Liquidationsauftrag vom 9. Juni 2004, Ziff. 1 und 2). Sind einzelne Posten oder die Endabrechnung umstritten, muss die Bankenkommission gegebenenfalls im Rahmen einer Feststellungsverfügung entscheiden (vgl. auch BGE 121 II 147 E. 4). Es erübrigt sich deshalb, den Kostenvorschuss bereits in der Liquidationsverfügung zu beziffern, zumal zu diesem Zeitpunkt der erforderliche Aufwand meist noch gar nicht absehbar ist. Die von der EBK genehmigten Honoraransätze entsprechen jenen in vergleichbaren Fällen;

die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass und inwiefern die bewilligten Abrechnungen im Einzelnen unzutreffend oder nicht marktüblich wären.

3.4.3 Ebenfalls unberechtigt ist die Kritik an den von der Bankenkommision erhobenen Verfahrenskosten von Fr. 10 000.–: Nach Art. 23 Abs. 4 BankG (seit dem 1. Juli 2004 ersetzt durch Art. 23^{octies} BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]; BBl 2002 S. 8076) werden die Kosten der Kommission und ihres Sekretariats durch Gebühren gedeckt; der Bundesrat regelt die Einzelheiten. Gemäss dessen Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidgenössische Bankenkommision (EBK-Gebührenverordnung, EBK-GebV; SR 611.014) kann die EBK für den Entscheid über eine Zwangsunterstellung von natürlichen oder juristischen Personen eine Abgabe von bis zu Fr. 30 000.– verlangen (Art. 12 Abs. 1 lit. h). Die vorliegend auferlegte Gebühr liegt im unteren Bereich dieses Rahmens und trägt dem Aufwand und der Grösse der betroffenen Gesellschaft damit angemessen Rechnung.

4 Die Eidgenössische Bankenkommision hat am 19. August 2004 dem Gesuch der Transliq AG vom 19. Juli 2004 entsprochen und über die Klaro GmbH (in [aufsichtsrechtlicher] Liquidation) den Konkurs eröffnet. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die EBK sei hierzu nicht befugt gewesen; zudem könne die Klaro GmbH (in Liquidation) nicht als überschuldet gelten.

4.1

4.1.1 Seit dem 1. Juli 2004 steht das neue Bankensanierungs- und -konkursrecht in Kraft. Danach ist für das Aufsichts-, Sanierungs- und Liquidationsverfahren von Banken nunmehr ausschliesslich die

Bankenkommission zuständig (zum bisherigen Recht und den damit verbundenen Schwierigkeiten: Urs Zulauf, *Recht und Realität der Sanierung und Liquidation von Banken in der Schweiz*, in: *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht*, Festgabe für Jean-Paul Chapuis, Zürich 1998, S. 217 ff.; derselbe, *Zur Revision der schweizerischen Rechtsvorschriften über Banksanierung und Bankliquidation*, in: Peter Nobel [Hrsg.], *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Bern 1999, S. 25 ff.; Barbara Schaerer, *Bankeninsolvenzrecht und Einlegerschutz in Revision*, in: Peter Nobel [Hrsg.], *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Bern 2001, S. 55 f.). Besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert, so entzieht die EBK der Bank die Bewilligung, ordnet deren Liquidation an und macht diese öffentlich bekannt (Art. 33 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]). Ihre Anordnung wirkt wie eine Konkursöffnung (Art. 34 Abs. 1 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003] in Verbindung mit Art. 197–220 SchKG); unter Vorbehalt abweichender bankenrechtlicher Bestimmungen (Art. 35–37g BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]; Art. 30 Abs. 2 SchKG) erfolgt die Liquidation nach den Art. 221–270 SchKG (Art. 34 Abs. 2 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]).

4.1.2 Diese Sonderregelung gilt auch für Unternehmen, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-)Tätigkeit nachgegangen sind. Zwar spricht das Gesetz ausdrücklich nur von den (eigentlichen, bewilligten) Banken und war auch in den parlamentarischen Beratungen nur von diesen die Rede (vgl. AB 2003 N 1209 f.; S. 768 f.), aus der Entstehungsgeschichte sowie dem Sinn und Zweck der Revision ergibt sich jedoch, dass sie auch auf unbewilligte Finanzintermediäre Anwendung finden muss (zu den verschiedenen Auslegungselementen: BGE 130 II 65 E. 4.2; 125 II 192 E. 3): Das Bundesgericht hat wiederholt

erklärt, dass die EBK befugt sei, die ihr zustehenden Aufsichtsinstrumente auch gegen unterstellungspflichtige, nicht bewilligungsfähige Unternehmen oder Personen einzusetzen (letztmals BGE 130 II 351 E. 2.1 mit Hinweisen). Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Revision des elften und zwölften Abschnitts des Bankengesetzes hierauf ausdrücklich Bezug genommen (BBl 2002 S. 8096). Nach Art. 37b Abs. 2 BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) gelten Einlagen bei Unternehmen, welche ohne Bewilligung als Bank tätig sind, nicht als privilegiert im Sinne der Neuregelung (Art. 37b Abs. 1 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]). Fände das Bankenkonzursrecht auf solche Betriebe zumVornherein keine Anwendung, erübrigte sich diese Präzisierung. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auch die unbewilligten Finanzintermediäre vom ordentlichen Konkursrecht ausnehmen und neu den Sonderbestimmungen des Bankenkonzurses unterstellen wollte (so auch Eva Hüpkes, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht – die Bankenkommision als Konkursbehörde, Teil 2, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 1/2003 S. 1 ff., dort S. 8). Die Bankenkommision verfügt über das nötige Fachwissen, um Gesellschaften, welche bewilligungslos einer normalerweise von ihr überwachten Geschäftstätigkeit nachgegangen sind, analog einer nicht sanierungsfähigen Bank effizient und sachgerecht zu liquidieren (BBl 2002 S. 8093); der Rechtsschutz bleibt mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht und den Klagemöglichkeiten nach SchKG bei den örtlich und sachlich zuständigen kantonalen Gerichten gewahrt (vgl. Hüpkes, Teil 2, a. a. O., S. 8).

4.1.3 Geht eine Gesellschaft unbewilligt einer Bankentätigkeit nach und ist eine nachträgliche Erteilung der hierfür erforderlichen Bewilligung ausgeschlossen, kann sie – soweit dies verhältnismässig erscheint – in analoger Anwendung von Art. 23^{quinquies} BankG aufsichts-

rechtlich liquidiert werden. Falls eine freiwillige Total- oder Teilauf-
lösung nicht in Frage kommt, wird die Gesellschaft unter der Aufsicht
der Bankenkommission grundsätzlich nach den gesellschaftsrecht-
lichen Regeln liquidiert (vgl. Art. 739 ff. OR). Erweist sich die Gesell-
schaft als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, ist die Liquida-
tion analog den Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003;
Bankenkonkurs) anzuordnen und durchzuführen; das allgemeine
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht kommt in diesem Fall bloss im
entsprechend modifizierten Umfang zur Anwendung (vgl. Hüpkes,
Teil 2, a. a. O., S. 8). Dabei braucht die Sanierungsfähigkeit (Art. 28 ff.
BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]) des unbewilligt tätigen
Finanzintermediärs in der Regel jeweils nicht mehr gesondert geprüft
zu werden; mit der nachträglichen Bewilligungsverweigerung und der
Anordnung der Liquidation steht fest, dass eine Fortführung als bewil-
ligter Betrieb ausgeschlossen ist. Nach Art. 31 lit. e BankG (in der Fas-
sung vom 3. Oktober 2003) kann ein Sanierungsplan nur genehmigt
werden, wenn er die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen ge-
setzlichen Vorschriften auch künftig sicherstellt; dies ist bei einem
nachträglich nicht bewilligungsfähigen, illegal tätigen Finanzinterme-
diär zum Vornherein nicht möglich (vgl. Hüpkes, Teil 2, a. a. O., S. 2).

4.2 Fraglich erscheint, ob die Bankenkommission auch mit Blick auf die
Schlussbestimmungen der Änderung vom 3. Oktober 2003 (Absatz 2)
befugt war, vorliegend bereits das neue Recht anzuwenden. Danach ist
für die Liquidation sowie eine Banken- oder Nachlassstundung das
bisherige Recht massgebend, falls die Bankenkommission vor Inkraft-
treten des neuen Bankensanierungs- und -konkursrechts die Liquida-
tion einer Bank verfügt hat. Die EBK hat am 7. Juni 2004 die Liquida-
tion der Klaro GmbH in analoger Anwendung von Art. 25^{quinquies} BankG
angeordnet und erst am 19. August 2004 über sie den Konkurs eröffnet;

das neue Recht ist seinerseits am 1. Juli 2004 in Kraft getreten. Die Schlussbestimmung vom 3. Oktober 2003 muss aber im Zusammenhang mit dem Anlass zur Revision des Bankensanierungs- und -konkursrechts gesehen werden. Ziel der Neuregelung war es, im Nachgang zum Fall der Spar- und Leihkasse Thun das Sanierungs- und Liquidationsverfahren bei bewilligten Banken zu erleichtern und die nach dem bisherigen Recht für diese bestehenden Doppelspurigkeiten von Konkurs-, Nachlass- und Aufsichtsrecht zu beseitigen. Der Bundesrat wies in seiner Botschaft darauf hin, dass es mit der Übergangsregelung darum gehe, die neuen Bestimmungen nicht auf laufende Liquidations- oder Banken- bzw. Nachlassstundungsverfahren anwenden zu müssen, «mit denen sie nicht durchwegs kompatibel» seien (BBl 2002 S. 8108). Bei unbewilligten Finanzintermediären stellt sich dieses Problem kaum, da die für die Banken bisher geltenden Regeln auf sie keine Anwendung fanden und bei einer Überschuldung ausschliesslich die allgemeinen gesellschafts- und konkursrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kamen. Absatz 2 der Schlussbestimmung will somit in erster Linie den Übergang vom alten zum neuen Recht für die bewilligten Banken regeln, für die sich ohne ihn Zuständigkeitsprobleme ergeben könnten; er berührt indessen die Neuregelung der konkursrechtlichen Liquidation von Gesellschaften nicht, die ohne Bewilligung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sind, soweit gegen sie noch kein Konkursverfahren nach dem SchKG eröffnet worden ist (vgl. auch Art. 173b SchKG in der Fassung vom 3. Oktober 2003); für sie gilt unmittelbar das neue Recht.

4.3

4.3.1 Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind. Die Bankenkom-

mission hat angenommen, die Klaro GmbH sei überschuldet bzw. dauernd zahlungsunfähig (vgl. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) und deshalb gestützt auf Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) zu liquidieren. Dies ist aufgrund der vorliegenden Unterlagen und der im Interesse der Gläubiger vorsichtig vorzunehmenden Einschätzungen der einzelnen Forderungen und Werte nicht zu beanstanden: Bereits gemäss der Bilanz per 31. Dezember 2003 wies die Klaro GmbH eine Überschuldung auf. Der Zwischenabschluss per 31. März 2004 ging bei einer Bilanzsumme von Fr. 1 479 961.54 von einer Überschuldung von Fr. 308 561.85 aus, wobei den mit den Anlegern vereinbarten Rückzahlungsverpflichtungen (Amortisationszahlungen) noch keine Rechnung getragen worden war. Nach der Zwischenbilanz der Liquidatorin per 9. Juni 2004 besteht bei der Beurteilung zu Fortführungswerten eine Überschuldung von Fr. 896 447.42; die per 19. Juli 2004 erstellte Bilanz zu Liquidationswerten weist eine Überschuldung von Fr. 1 847 080.78 aus. Auch bei diesen Zahlen sind die mit den Kunden vereinbarten Amortisationen nicht berücksichtigt; es fehlt damit auf jeden Fall die Liquidität, um die zur Rückzahlung fällig werdenden bzw. bereits fällig gewordenen Zahlungsverpflichtungen vollständig honorieren zu können.

4.3.2 Was die Beschwerdeführerin hiergegen einwendet, stellt die Beurteilung der EBK nicht in Frage: Zwar ist theoretisch nicht ausgeschlossen, dass mit der offenbar ohne fachmännische Analyse innert weniger Minuten erfolgten Schliessung sämtlicher offener Devisenhandelsposten am 9. Juni 2004 ein Schaden entstanden sein könnte – die Beschwerdeführerin spricht von maximal Fr. 961 091.07 –, für den die Liquidatorin bzw. die Bankenkommission möglicherweise einzustehen hätten; dies ändert jedoch nichts an der schon vorher bestehenden Überschuldung bzw. dauernden Zahlungsunfähigkeit der Klaro

GmbH (in Liquidation), namentlich wenn den vereinbarten Rückzahlungsverpflichtungen (bzw. den zu deren Deckung an sich erforderlichen sukzessiven Rückstellungen) Rechnung getragen wird. In diesem Fall ergibt sich eine zusätzliche Überschuldung von rund 49 Mio. Franken. Der Einwand, die entsprechenden Forderungen seien unbeachtlich, da nach den einzelnen Verträgen jeweils nur die einbezahlte Summe mit einem banküblichen Zins geschuldet werde, überzeugt nicht: Gemäss den «AmoFin»-Verträgen zahlt die Klaro GmbH dem Auftraggeber bzw. Einleger «nach einem weltweiten Zusammenbruch der Finanzmärkte» bloss seine «Prämie» samt einem bankenüblichen Zins zurück, wenn «unvorhergesehene wirtschaftliche oder weltbörsenbelastende Einflüsse die Erfüllung der AmoFin-Ziele vor der ersten Zahlung» verhindern; eine Intervention der Aufsichtsbehörde gegen die dem Vertragsverhältnis zugrunde liegende bewilligungspflichtige Tätigkeit der Klaro GmbH wird davon nicht erfasst. Nichts anderes gilt hinsichtlich der «*clausula rebus sic stantibus*», nachdem die Klaro GmbH und ihre Organe wissen mussten, dass sie mit ihrer Tätigkeit unbefugterweise gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennahmen. Die Voraussetzungen für eine Liquidation nach Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) waren somit erfüllt.

(...)

4.3.3 Der behauptete Haftungsanspruch gegenüber der Bankenkommission müsste im Staatshaftungsverfahren geltend gemacht werden; die Liquidatorin ihrerseits haftet allenfalls 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]). Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger befugt, den Ersatz eines entsprechenden Schadens an die Gesellschaft zu ver-

langen; verzichtet die Konkursverwaltung darauf, diesen geltend zu machen, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt (vgl. Art. 757 Abs. 1 und Abs. 2 OR). Es erübrigt sich deshalb, der Haftungsproblematik im vorliegenden Verfahren weiter nachzugehen oder die bankenrechtliche Liquidatorin, die im Bankenkurs an Stelle der Konkursverwaltung amtiert, auszuwechseln, zumal nicht dargetan wird, dass ihre weitere Tätigkeit zu einer Vergrößerung des Schadens führen könnte. Wem die Gelder auf den Konten «Ushiba» und «Taibi» von Fr. 351 250.– zustehen, ist umstritten, weshalb nicht zu beanstanden ist, wenn sie bei der Beurteilung der Finanzlage von der Liquidatorin bzw. der EBK nicht weiter berücksichtigt wurden. Die Konti lauten nicht auf die Konkursitin; trotz der Anstrengungen der Liquidatorin war die Gaincapital dementsprechend bisher nicht bereit, diese Gelder in die Schweiz zu transferieren (vgl. den Zwischenbericht der Transliq AG vom 10. November 2004).

4.3.4 Die Bankenkommission durfte somit die Klaro GmbH (in aufsichtsrechtlicher Liquidation) wegen der begründeten Besorgnis einer Überschuldung bzw. wegen fehlender flüssiger Mittel zum Schutz der Gläubiger in Anwendung der Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) liquidieren. Dem stand das hängige Verfahren bezüglich der aufsichtsrechtlichen Liquidation nicht entgegen; die beiden Massnahmen gehorchen je eigenen Regeln und schliessen sich bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen im zeitlichen Ablauf nicht aus (vgl. oben E. 1.2.3; BBl 2002 S. 8069 f.; Hüpkes, Teil 2, a. a. O., S. 1 f.; Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2004, S. 691, Fn. 67). Der entsprechende Antrag der Liquidatorin an die Bankenkommission bildete keine Missachtung der im Verfahren 2A.399/2004 am 15. Juli 2004 verfügten vorsorglichen Massnahme; darin waren lediglich Liquidationshandlungen untersagt, sichernde und werterhal-

tende Massnahmen jedoch vorbehalten worden. Die Überschuldungsanzeige durch die Liquidatorin im Rahmen von Art. 33 BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) fiel hierunter, diente sie doch dazu, den Gläubigerschutz zu verstärken (vgl. Art. 34 Abs. 1 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]).

4.3.5 Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Liquidatorin und die EBK hätten die im Verfahren 2A.466/2004 angeordnete aufschiebende Wirkung insofern verletzt, als sie bereits zu Liquidationshandlungen geschritten seien. Richtig ist, dass der Abteilungspräsident am 25. August 2004 die Eidgenössische Bankenkommission und die von ihr eingesetzte Konkursliquidatorin angehalten hat, «ihre Handlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen bzw. die hierfür erforderlichen Verfahren zu beschränken und von Liquidations- und Verwertungshandlungen vorerst abzusehen». Die Liquidatorin ging davon aus, bei dem inzwischen verwerteten Inventar (vorab beim EDV-Material) habe es sich um Posten gehandelt, die einem raschen Wertzerfall ausgesetzt gewesen und deshalb nicht in den Anwendungsbereich der bundesgerichtlichen Verfügung gefallen seien (vgl. Art. 243 Abs. 2 SchKG). Ob dem so ist, braucht nicht weiter geprüft zu werden: Die Transliq AG hat am 16. Dezember 2004 die Gläubiger darüber informiert, dass sie beabsichtige, das Inventar der Klaro GmbH (Büroeinrichtung inkl. EDV-Hardware) für Fr. 43 000.– freihändig zu verkaufen; gleichzeitig setzte sie allen Interessierten unter Verwirkungsfolge Frist bis zum 28. Dezember 2004, um gegebenenfalls bei der Eidgenössischen Bankenkommission eine entsprechende anfechtbare Verfügung zu erwirken (vgl. BBl 2002 S. 8079). Die Beschwerdeführerin bzw. ihre Organe hätten die Möglichkeit gehabt, die in Aussicht genommene Verwertungshandlung auf diesem Weg überprüfen zu lassen; ihre Rüge ist im vorliegenden Zusammenhang deshalb unbeachtlich.

5

5.1 Die Beschwerde 2A.399/2004 ist somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird und sie nicht gegenstandslos geworden ist; die Beschwerde 2A.466/2004 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

5.2

5.2.1 Dem Verfahrensausgang entsprechend werden die unterliegenden Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Sie ersuchen für diesen Fall, ihnen die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren. Hierfür darf der Prozess nicht aussichtslos gewesen sein; zudem muss die ersuchende Partei bedürftig erscheinen und ihre anwaltliche Verbeiständung sich als notwendig erweisen (vgl. Art. 152 OG). Die Regelung ist auf natürliche Personen zugeschnitten; juristische Personen können grundsätzlich weder die unentgeltliche Prozessführung noch eine Verbeiständung beanspruchen (vgl. BGE 119 Ia 337 E. 4b; 116 II 651 E. 2; Nichtzulassungsentscheid des EKMR i. S. Edilstudio SA gegen Schweiz vom 2. September 1998, in: VPB 63/1999 Nr. 106 S. 975 ff.); sie sind nicht arm oder bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und haben in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen (BGE 119 Ia 339 E. 4b; Beschluss 5C.1/2002 vom 20. Februar 2002; Urteile 2A.310/2001 vom 12. Juli 2001, E. 2; 4C.395/1999 vom 1. Februar 2000, E. 3a, und H 298/98 vom 22. Januar 1999, E. 2; Alfred Bühler, Die neuere Rechtsprechung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege, in: SJZ 94/1998 S. 225 ff., dort S. 228 f.). Juristische Personen verfügen deshalb – wie grundsätzlich auch die Konkurs- oder Nachlassmasse (BGE 61 III 170; 116 II 651 E. 2d S. 656) – über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung (Thomas Geiser, Grundlagen, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel 1998,

Rz. 1.37; vgl. auch Ammon/Walther, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, Bern 2003, § 13 Rz. 21; Flavio Cometta, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Rz. 15 zu Art. 20a).

5.2.2 Das Beschwerdeverfahren 2A.399/2004 gegen die aufsichtsrechtliche Liquidationsanordnung vom 7. Juni 2004 war gestützt auf die veröffentlichte und über Internet zugängliche bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Vornherein aussichtslos. Das entsprechende Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist bereits aus diesem Grund abzuweisen. Auch im Verfahren 2A.466/2004 bezüglich der Liquidation nach Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) kann ihm nicht entsprochen werden: Das Bundesgericht hat festgestellt, dass für eine juristische Person ausnahmsweise dann ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bestehen kann, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (vgl. BGE 119 Ia 337 E. 4c und 4e S. 340; vgl. auch BGE 126 V 42 E. 4 S. 47 und Bühler, a. a. O., S. 228 f.); dabei ist der Begriff der «wirtschaftlich Beteiligten» weit zu verstehen; er umfasst neben den Gesellschaftern auch die Organe der juristischen Person oder gegebenenfalls interessierte Gläubiger (vgl. den Beschluss 5C.1/2002 vom 20. Februar 2002 und das Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 6.2). Die Stammeinlage der Klaro GmbH (in Liquidation) wird durch die Trans American Investment Banking Institute Incorporation gehalten; dass diese, Y. _____ (als Geschäftsführer der Klaro GmbH) oder interessierte Gläubiger nicht in der Lage gewesen wären, für die Kosten der Verfahren aufzukommen, ist nicht dargetan (vgl. Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 6.2). Soweit X. _____ die Beschwerde in eigenem Namen geführt hat, war seine Eingabe mangels

der erforderlichen Legitimation (vgl. E. 1.2.2) zum Vornherein aussichtslos, weshalb insofern eine unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ebenfalls nicht in Frage kommt.

Entscheid der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 13. April 2005 i. S. PWM AG (2A. 575/2004)¹

Unterstellungsverfahren und Konkurseröffnung; Beschwerdelegitimation (Art. 103 OG); Untersuchungsbeauftragter (Art. 23^{quater} Abs. 1 BankG); superprovisorische Verfügung; rechtliches Gehör (Art. 29 ff. VwVG); Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG; Art. 3a BankV); Anwendungsbereich der Bankinsolvenzbestimmungen (Art. 33 ff. BankG)

- 1 Die Organe einer durch die Bankenkommission in Liquidation gesetzten Gesellschaft sind befugt, die entsprechende Verfügung in deren Namen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzufechten. Der Allein- oder Mehrheitsaktionär und der wirtschaftlich Berechtigte sind zur Beschwerde praxisgemäss nicht legitimiert, da und soweit sie über die von ihnen beherrschte Gesellschaft selber an das Bundesgericht gelangen können (E. 1.2.1).
- 2 Konkrete Anhaltspunkte für eine Gesetzesverletzung genügen, um einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen (E. 3.2).
- 3 Superprovisorische Verfügungen der Bankenkommission sind als solche beim Bundesgericht nicht direkt anfechtbar und müssen deshalb nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden. Wer von einer superprovisorischen Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten betroffen ist, muss sich in zumutbarer Weise um den Erlass eines anfechtbaren Entscheids bemühen (E. 4.3.1).

¹ Die Regesten wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

- 4 Die Bankenkommission muss in ihrem Entscheid nicht auf jede Ausführung einer Partei im Einzelnen eingehen, sondern darf sich auf die für den Entscheid wesentlichen Überlegungen beschränken (E. 4.3.2).
- 5 Publikumseinlagen im Sinne des Bankengesetzes (E. 5.2.2).
- 6 Die Bestimmungen über das Bankensanierungs- und -konkursrecht finden auch Anwendung auf Unternehmen, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-) Tätigkeit nachgehen (E. 5.3).

Procédure d'assujettissement et ouverture de la faillite; qualité pour recourir (art. 103 OJ); chargé d'enquête (art. 23^{quater} al. 1 LB); décision superprovisoire; droit d'être entendu (art. 29 ss PA); dépôts du public (art. 1 al. 2 LB; art. 3a OB); champ d'application des dispositions sur l'insolvabilité bancaire (art. 33 ss LB)

- 1 Les organes d'une société dont la faillite a été prononcée par la Commission des banques sont autorisés à contester la décision de mise en faillite au nom de ladite société par la voie du recours de droit administratif. L'actionnaire unique ou majoritaire ainsi que l'ayant droit économique ne sont en revanche, conformément à la pratique, pas légitimés à recourir, dans la mesure où ils ont la possibilité d'accéder au Tribunal fédéral par la société qu'ils maîtrisent (consid. 1.2.1).
- 2 Des indices concrets d'une violation de la loi sont suffisants pour nommer un chargé d'enquête (consid. 3.2).

- 3 Les décisions superprovisaires de la Commission des banques ne sont en tant que telles pas directement attaquables auprès du Tribunal fédéral et ne doivent dès lors pas indiquer les voies de droit qui sont ouvertes. Celui qui est touché par la nomination superprovisoire d'un chargé d'enquête doit, d'une manière raisonnable, s'efforcer d'obtenir une décision attaquable (consid. 4.3.1).
- 4 La Commission des banques ne doit pas, dans sa décision, se prononcer sur chaque argument soulevé par la partie mais peut se limiter aux points pertinents (consid. 4.3.2).
- 5 Dépôts du public au sens de la loi sur les banques (consid. 5.2.2).
- 6 Les dispositions sur l'assainissement et la faillite bancaires s'appliquent également aux entreprises qui pratiquent de manière illicite une activité (bancaire) soumise à autorisation (consid. 5.3).

**Procedura d'assoggettamento e apertura del fallimento (art. 103 OG);
legittimazione per ricorrere; incaricato dell'inchiesta (art. 23^{quater} cpv. 1
LBCR); decisione superprovvisoria; diritto di essere sentito (art. 29
seg. PA); depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR; art. 3a OBCR); campo
d'applicazione delle disposizioni sull'insolvenza bancaria (art. 33 seg.
LBCR)**

- 1 Gli organi di una società, messa in fallimento dalla Commissione delle banche, sono autorizzati a contestare la decisione di fallimento a nome della società tramite ricorso di diritto amministra-

tivo. L'azionista unico o maggioritario così come l'avente economicamente diritto non sono per contro legittimanti a ricorrere, nella misura in cui hanno la possibilità di accedere al Tribunale federale attraverso la società che detengono (consid. 1.2.1).

- 2 Indizi concreti di una violazione della legge sono sufficienti per nominare un incaricato delle inchieste (consid. 3.2).
- 3 Le decisioni superprovvisoriale della Commissione delle banche non sono come tali direttamente impugnabili presso il Tribunale federale e non devono pertanto indicare le vie di ricorso possibili. Colui che è interessato dalla nomina superprovvisoriale d'un incaricato alle inchieste deve ragionevolmente sforzarsi d'ottenere una decisione impugnabile (consid. 4.3.1).
- 4 La commissione delle banche non deve, nella sua decisione, pronunciarsi su ogni argomento sollevato dalla parte ma può limitarsi ai punti pertinenti (consid. 4.3.2).
- 5 Depositi del pubblico ai sensi della legge sulle banche (consid. 5.2.2).
- 6 Le disposizioni sul risanamento e il fallimento bancario si applicano anche alle imprese che esercitano illecitamente un'attività bancaria sottoposta ad autorizzazione (consid. 5.3).

Sachverhalt

A. Die PWM AG mit Sitz in Wollerau bezweckt die Erbringung von Vermittlungs- und Provisionsgeschäften aller Art sowie von Dienstleistungen im Bereich der Finanz- und Investitionsberatung; sie organisiert zudem Ausbildungskurse, Seminare und Fortbildungen. Die Gesellschaft soll sich im Besitz von A._____ befinden, der für sie als Berater tätig ist. Ihr Verwaltungsrat setzt sich aus B._____ (Präsident), Prof. Dr. C._____ sowie D._____ (Delegierter des Verwaltungsrats) zusammen, welche je zu zweien für die Gesellschaft zeichnungsberechtigt sind.

B. Die PWM AG bot im Jahre 2003 und Anfang 2004 sogenannte «Founder»-Pakete an, welche «Life Purpose-, Outdoor- und Erlebnis-Seminare» umfassten und mit einem Partizipationsschein verbunden waren. Über diesen sollten die Erwerber am Erfolg der Firma beteiligt werden und von einem in Aussicht gestellten Börsengang profitieren können. Der Preis betrug bei einem Nominalwert von Fr. 100.– für einen nationalen «Founder», welcher für ein bestimmtes Land in einer limitierten Auflage von in der Regel 200 Stück ausgegeben wurde, Fr. 8000.–, für einen kontinentalen «Founder» Fr. 15 000.– und für einen globalen «Founder» Fr. 50 000.–.

C. Am 27. Oktober 2003 teilte das Amt für Finanzdienstleistungen des Fürstentums Liechtenstein der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) mit, dass es sich beim «Founder»-Programm der PWM AG um ein «Schneeballsystem» handeln könnte. Die EBK setzte hierauf zur Abklärung des Sachverhalts am 16. August 2004 einen Untersuchungsbeauftragten ein. Gestützt auf dessen Bericht vom 13. September 2004 stellte sie am 28. September 2004 fest, dass die PWM AG gegen das

Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumsgeldern verstossen habe (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]); gleichzeitig eröffnete sie über die PWM AG ab Mittwoch, den 29. September 2004, 08.00 Uhr, den Konkurs. Die Bankenkommission nahm an, die PWM AG sei sowohl zu Liquidations- als auch zu Fortführungswerten überschuldet und deshalb in Anwendung von Art. 33 ff. BankG (Massnahmen bei Insolvenzgefahr und Bankenkongkurs; AS 2004 2767 ff.) zu liquidieren. Sie setzte den bisherigen Untersuchungsbeauftragten als Liquidator ein und regelte verschiedene weitere konkursrechtliche Fragen (Konkursort, weitere Geschäftstätigkeit, Publikation usw.).

D. A. _____ hat am 30. September bzw. 28. Oktober 2004 gegen den Entscheid der Bankenkommission für sich und die PWM AG (in Liquidation) beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde bzw. «Berufung» eingereicht. Er beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, die EBK anzuweisen «die von ihr widerrechtlich und eigenmächtig eingezogenen horrenden und völlig unangemessenen Untersuchungskosten zurückzuerstatten» und den Konkurs zu widerrufen; zudem sei ihm und der PWM AG für den zugefügten Rufschaden Genugtuung zu leisten und festzustellen, «dass das von der EBK angewendete Verfahren in seiner Gesamtheit verfassungswidrig sei». Die Bankenkommission beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, allenfalls sie abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. A. _____ hat am 10. Januar 2005 für sich und die PWM AG (in Liquidation) an seinen Ausführungen und Anträgen festgehalten.

E. Der Abteilungspräsident hat der Beschwerde am 7. Oktober 2004 insofern aufschiebende Wirkung zuerkannt, als er die Eidgenössische Bankenkommission und den von ihr eingesetzten Konkursliquidator anhielt, ihre Handlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen bzw. die hierfür erforderlichen Verfahren zu beschränken und von Liquidations- und Verwertungshandlungen noch abzusehen; im Übrigen wies er das Gesuch ab.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung

1

1.1 In Anwendung des Bankengesetzes ergangene Aufsichtsentscheide können beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden (Art. 24 Abs. 1 BankG; unveröffentlichte E. 1 von BGE 130 II 351 ff.; Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 1). Auf die vorliegende Eingabe ist daher nicht einzutreten, soweit sie als Berufung eingereicht und darin eine Genugtuung beantragt wird: Die Berufung steht nur bei von oberen kantonalen Gerichten beurteilten Zivilrechtsstreitigkeiten offen, d. h. bei Auseinandersetzungen um Ansprüche aus dem Bundesprivatrecht (vgl. Peter Münch, in: Münch/Geiser [Hrsg.], *Prozessieren vor Bundesgericht*, 2. Aufl., Basel 1998, Rz. 4.7 und 4.18); Aufsichtsentscheide der EBK fallen nicht hierunter. Allfällige Haftungs- und Genugtuungsansprüche wären ihrerseits im Staatshaftungsverfahren geltend zu machen; sie bilden nicht Gegenstand des bankenrechtlichen Unterstellungs- oder Liquidationsverfahrens (vgl. BBl 2002 S. 8106; vgl. BGE 116 Ib 193 ff.; Urteile 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.3, und 5A.9/2000 vom 22. März 2001). Nicht weiter einzugehen ist auch auf den Antrag, die Verfassungswidrigkeit des Vorgehens der Bankenkommission festzustellen: Feststellungsbegehren

sind nur zulässig, soweit daran ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse besteht, das nicht ebenso gut mit einem rechts-gestaltenden Antrag gewahrt werden kann (BGE 126 II 300 E. 2c S. 303 mit Hinweisen). Das Aufhebungsbegehren umfasst vorliegend die mit dem Feststellungsantrag verlangte Prüfung der Verfassungsmässigkeit des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 130 II 337 E. 1.3 S. 341).

1.2

1.2.1 Die Organe einer durch die EBK in Liquidation gesetzten Gesellschaft sind befugt, die entsprechende Verfügung für sie mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzufechten (vgl. das Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.1; unveröffentlichte E. 2b/bb von BGE 126 II 71 ff.; BGE 98 Ib 269 E. 1 S. 271; EGMR-Urteil vom 21. Oktober 2003 i.S. Credit and Industrial Bank gegen Tschechien [29010/95], Rz. 48–52 und 64–73). Ein allfälliges Haftungs- oder Strafverfahren verschafft ihnen indessen kein eigenes Interesse daran, dass der bankenrechtliche Unterstellungs- und Liquidationsentscheid hiervon unabhängig geprüft wird (Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.3). Der Allein- oder Mehrheitsaktionär und der wirtschaftlich Berechtigte sind zur Beschwerde praxisgemäss nicht legitimiert, da und soweit sie über die beherrschte Gesellschaft selber an das Bundesgericht gelangen können (vgl. Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.1; unveröffentlichte E. 1 von BGE 129 II 484 ff.; BGE 127 II 323 E. 3b/cc S. 330; 125 II 65 E. 1; 116 Ib 331 E. 1c S. 335; Urteil 2A.137/1995 vom 25. September 1996, E. 1b).

1.2.2 Wie die Bankenkommission zu Recht geltend macht, ist A._____ nie für die PMW AG zeichnungsberechtigt gewesen; er kann den umstrittenen Entscheid daher nicht in deren Namen anfechten. Fraglich erscheint, ob er dies ausnahmsweise als (behaupteter) Al-

leinaktionär tun kann (vgl. das EGMR-Urteil i. S. Credit and Industrial Bank, a.a.O.): Der Verwaltungsrat der PWM AG ist gespalten; B._____ und D._____ bzw. der bisherige Firmenanwalt Prof. Dr. E._____ haben die Untersuchungsergebnisse der EBK anerkannt; A._____ hat am 12. bzw. 30. Juli 2004 seinerseits versucht, den bisherigen Verwaltungsrat über eine ausserordentliche Generalversammlung absetzen und Prof. Dr. C._____ als einziges Verwaltungsratsmitglied bezeichnen zu lassen. Die Rechtmässigkeit der entsprechenden Beschlüsse sowie der darauf gestützten Kündigung des Mandats von Prof. E._____ sind umstritten. Wie es sich damit verhält, braucht hier nicht entschieden zu werden. Da sich die angefochtene Verfügung in der Sache selber als bundesrechtskonform erweist, kann die Frage der Beschwerdelegitimation offen bleiben.

2

2.1 Die Auseinandersetzung um die Liquidation einer juristischen Person fällt als zivilrechtliche Streitigkeit in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK (SR 0.101; unveröffentlichte E. 3 von BGE 126 II 71 ff.); es ist darüber deshalb 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 durch die Bankenkommission frei geprüft werden (Art. 104 lit. a und b, Art. 105 und Art. 114 Abs. 1 letzter Halbsatz OG; BGE 116 Ib 73 E. 1b S. 78), genügt diesen Voraussetzungen, auch wenn eine Kontrolle der Angemessenheit ihres Entscheids nicht möglich ist (unpublizierte E. 3 von BGE 126 II 71 ff.; BGE 120 Ia 19 E. 4c S. 30). Der Einwand der Beschwerdeführer, das Verfahren der EBK sei verfassungswidrig, da diese in Personalunion als Untersuchungs- und richterliche Behörde gehandelt habe, verkennt, dass ihr Entscheid der Kontrolle durch das

Bundesgericht unterliegt, womit den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen Genüge getan ist (vgl. zu den verfahrensrechtlichen Aspekten und Kompetenzen der EBK und des Untersuchungsbeauftragten im Einzelnen: BGE 130 II 351 E. 3; 126 II 111 ff.).

2.2 Die Beschwerdeführer haben am 8. Dezember 2004 auf eine öffentliche Verhandlung verzichtet und sich am 10. Januar 2005 abschliessend geäussert. Von einer Anhörung der Bankenkommission im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels kann abgesehen werden (vgl. Art. 110 Abs. 4 OG), nachdem diese hinreichend Gelegenheit gehabt hat, ihren Standpunkt darzutun, und von einer zusätzlichen Stellungnahme keine neuen Elemente zu erwarten sind (vgl. das EGMR-Urteil i.S. Ziegler gegen Schweiz vom 21. Februar 2002, Rz. 36–38, veröffentlicht in VPB 66/2002 Nr. 113). Der Fall erscheint gestützt auf die vorliegenden Unterlagen spruchreif. Weitere Instruktionsmassnahmen (Zeugenhörungen, Gutachten usw.) erübrigen sich.

3

3.1 Der Eidgenössischen Bankenkommission ist die Aufsicht über das Bankenwesen zur selbständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 BankG; Fassung vom 24. März 1995). Sie trifft die zum Vollzug des Gesetzes bzw. von dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 23^{bis} Abs. 1 BankG). Erhält sie von Verstössen gegen das Gesetz oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands. Hierzu ist sie befugt, alle «notwendigen Verfügungen» zu treffen (Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG). Da die Bankenkommission allgemein über die Einhaltung der «gesetzlichen Vorschriften» zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die formell unterstellten Be-

triebe (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 bereits gegenüber Instituten (oder Personen) einsetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewilligungspflicht (noch) umstritten ist (vgl. BGE 130 II 351 E. 2.1 S. 354 mit Hinweisen).

3.2 Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden 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 verstossen hat (BGE 130 II 351 E. 2.2. S. 355; 126 II 111 E. 3a S. 115, 71 E. 6e; Urteile 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000, E. 3a, und 2A.168/1999 vom 17. Juni 1999, E. 3; Dina Balleyguier, Reichweite der Finanzmarktaufsicht – Liquidation von Marktteilnehmern, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Neuere Entwicklungen im Kapitalmarktrecht, Zürich 2000, S. 235 ff.). Für die Einsetzung eines Beobachters bzw. heute eines Untersuchungsbeauftragten (vgl. Art. 23^{quater} Abs. 1 BankG in seiner ab 1. Juli 2004 gültigen Fassung vom 3. Oktober 2003 [AS 2004 S. 2767]) ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht; es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche bestehen, 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).

4

4.1 Der Bankenkommission lagen ab Oktober 2003 verschiedene Hinweise dafür vor, dass die PWM AG einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen könnte: In ihrer Broschüre «Nationales Founder-Programm Europa» bot sie den Erwerb von Partizipationsscheinen an, obwohl sie über kein entsprechendes statutarisches Partizipationskapital verfügte. Auf ihrer Website versprach sie den Kunden «ein umfassendes Angebot moderner Investment Banking Services». Mit Schreiben vom 10. Mai 2004 teilte das Verhöramt Schwyz der EBK mit, dass die PWM AG im Rahmen ihres «Founder»-Programms erhebliche Geldbeträge aus dem Publikum entgegengenommen habe und gegen den Alleinaktionär A._____ eine Strafuntersuchung wegen des Verdachts auf Betrug, ungetreue Geschäftsbesorgung, Urkundenfälschung sowie Geldwäscherei eröffnet worden sei. Die weiteren Abklärungen im Strafverfahren – insbesondere in Bezug auf die Buchführung (zahlreiche Ungereimtheiten, Buchungen ohne Belege, fehlende interne Kontrollen usw.) – erhärteten in der Folge den Verdacht, dass in unzulässiger Weise Publikumseinlagen entgegengenommen worden sein könnten. Es bestanden damit hinreichende Indizien dafür, dass die PWM bzw. die mit ihr verbundenen Lobaye Gold AG oder die Thuringia Finanz & Treuhand AG einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sein könnten; der Sachverhalt liess sich nur durch eine Kontrolle an Ort und Stelle definitiv klären, da die PWM AG die verschiedenen seit November 2003 an sie gerichteten Anfragen jeweils nicht oder nur ausweichend beantwortet hatte.

4.2 Die Beschwerdeführer kritisieren die Wahl des Untersuchungsbeauftragten und Konkursliquidators sowie die durch diesen verursachten und von der PWM AG zu tragenden Kosten. Zu Unrecht: Wen die EBK mit der Untersuchung beauftragt bzw. als Liquidator bezeichnet, beschlägt weitgehend die Angemessenheit ihres Entscheids (Art. 104 lit. c OG; Urteil 2A.324/1993 vom 2. März 1994, E. 5; BGE 115 Ib 55 E. 2b S. 57); das Bundesgericht prüft nur eine allenfalls rechtswidrige Handhabung ihres technischen Ermessens. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der von der EBK ernannte Beauftragte nicht in der Lage gewesen wäre, die Abklärungen sachgerecht und gesetzeskonform durchzuführen. Die PWM AG hat die Kosten für dessen Bemühungen zu tragen, da sie aufgrund ihrer unvollständigen Angaben für die unklare Ausgangslage und den Missstand verantwortlich war, den die Bankenkommision auf diesem Weg beseitigen lassen musste (BGE 130 II 351 E. 4; 126 II 111 E. 4d S. 118 f.; Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 4.2; vgl. neu auch Art. 23^{quater} Abs. 4 BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003). Die von der EBK genehmigten Honoraransätze entsprechen denjenigen in vergleichbaren Fällen. Der Untersuchungsbeauftragte war gehalten, auf Ende jeden Monats Zwischenabrechnungen zu Handen der EBK und der betroffenen Gesellschaften zu erstellen, worin er die vorgenommenen Handlungen, deren Datum, die damit betrauten Personen, den für diese verrechneten Betrag sowie die Auslagen und Spesen jeweils detailliert auszuweisen hatte (vgl. das Mandat des Untersuchungsbeauftragten vom 16. August 2004, Ziff. 2); die Beschwerdeführer legen nicht dar, dass und inwiefern die Abrechnungen unzutreffend oder nicht marktüblich gewesen wären. Für eine Rückforderung der Untersuchungskosten besteht deshalb kein Raum.

4.3 Auch die weiteren Einwände der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang überzeugen nicht:

4.3.1 Die superprovisorische Verfügung der Bankenkommission vom 16. August 2004 war als solche beim Bundesgericht nicht direkt anfechtbar und musste deshalb nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden (BGE 130 II 351 E. 3.2.2 S. 357; Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 2.2.2). Die EBK gab der PWM AG unmittelbar nach Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten Gelegenheit, zu den angeordneten Massnahmen Stellung zu nehmen. Ihr Rechtsvertreter sah am 24. August 2004 davon ab, den Erlass einer anfechtbaren Verfügung zu beantragen, und ersuchte lediglich darum, der PWM AG «die Handlungsfähigkeit zur weiteren moderaten Geschäftsführung (eine Art stille Liquidationsvorbereitung)» zurückzugeben. A._____ liess sich seinerseits nicht vernehmen. Nach der Rechtsprechung muss sich, wer von der superprovisorischen Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten und den damit verbundenen Anordnungen betroffen ist, in zumutbarer Weise um den Erlass eines anfechtbaren Entscheids bemühen und seinen Willen insofern klar zum Ausdruck bringen. Dies haben die Beschwerdeführer unterlassen; die EBK war nicht gehalten, eine entsprechende Verfügung von Amtes wegen zu treffen (vgl. BGE 130 II 351 E. 3.2 S. 356 f. mit Hinweisen).

4.3.2 Der Bericht des Untersuchungsbeauftragten vom 13. September 2004 wurde sowohl dem bisherigen Rechtsvertreter der Gesellschaft, der die Resultate der Abklärungen nicht bestritt, als auch A._____ zur Stellungnahme zugestellt; dabei war die diesem gesetzte Frist von drei Tagen zwar kurz, jedoch vertretbar, nachdem er aus dem Strafverfahren über den umstrittenen Sachverhalt bereits umfassend informiert war. A._____ war in der Lage, eine detaillierte Stellungnahme von immerhin 19 Seiten abzufassen. Soweit ihm die Grundlagen für eine angemessene Wahrnehmung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht gegeben erschienen, wäre es an ihm gewesen, rechtzeitig

um eine Fristverlängerung bzw. um die ihm erforderlich erscheinende Akteneinsicht nachzusuchen. Die EBK hat sich in ihrem Entscheid vom 28. September 2004 mit seinen verschiedenen Einwänden auseinandergesetzt, diese jedoch ausdrücklich oder implizit verworfen. Dabei musste sie nicht auf jede Ausführung im Einzelnen eingehen, sondern durfte sich praxisgemäss auf die für den Entscheid wesentlichen Überlegungen beschränken (BGE 126 I 97 E. 2b S. 102 f. mit Hinweisen).

5

5.1 Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG in der Fassung vom 18. März 1994; EBK-Rundschreiben 96/4: Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes, in: Thévenoz/Zulauf, Banken- und Finanzmarktrecht 2003, 31A–15). Nicht als Einlagen gelten Gelder, (1) «die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden» (Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV) sowie (2) «Anlehensobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubiger in einem dem Artikel 1156 des Obligationenrechts entsprechenden Umfang informiert» wurden (Art. 3a Abs. 3 lit. b BankV). Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als zwanzig Publikumseinlagen hält (Art. 3a Abs. 2 BankV) oder in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die Entgegennahme von Geldern wirbt (Art. 3 Abs. 1 BankV).

5.2

5.2.1 Gemäss dem Untersuchungsbericht vom 13. September 2004 hat die PWM AG per 5. Februar 2004 etwa 1334 «Founder»-Programme verkauft (1112 nationale, 215 kontinentale und 7 globale «Founder»), für die sie insgesamt 12,471 Mio. Franken eingenommen hat. Bis zur Einstellung des Programms sollen an die 960 Anleger 1590 «Founder»-Programme gezeichnet haben. Rund 50% der durch den Verkauf eingenommenen Gelder hat die PWM AG als Provisionen an ihre Vermittler ausgeschüttet. Der Rest wurde für Aufwendungen wie Miete, Löhne, Büromöbel, Informatik, PR-Beratung und Material, Seminare, Drucksachen, Fahrzeuge sowie die Gewährung von Darlehen und für den Kauf eines an der Technologiebörse Nasdaq zugelassenen Aktienmantels («Corumel Minerals Ltd») verwendet. Zwar organisierte die PWM AG im In- und Ausland tatsächlich Seminare und umfasste ein «Founder» auch das Recht, solche zu besuchen, doch stand bei den einzelnen Geschäften – wie sich aus verschiedenen Erklärungen von Anlegern und von Mitarbeitern der PWM AG ergibt – nicht diese Möglichkeit, sondern der damit verbundene «Partizipationsschein» im Vordergrund. Das entrichtete Entgelt bildete nicht in erster Linie Gegenleistung für das Kursprogramm, sondern erfolgte zu Anlagezwecken (vgl. die Urteile 2A.218/219/1999 vom 5. Januar 2000, E. 2b/cc).

5.2.2 Die Beschwerdeführer wenden ein, dass es sich beim Partizipationsschein lediglich um eine «kostenlose Zugabe» von untergeordneter Bedeutung gehandelt habe und ausschliesslich Seminare verkauft worden seien. Es ist indessen nicht ersichtlich, warum in diesem Fall die «Founder»-Pakete auf 200 pro Land beschränkt worden sein sollten und welches Interesse die jeweiligen Käufer daran gehabt haben könnten, mehrere «Founder» zu erwerben, wie ihnen dies durch die Vermittler jeweils beliebt gemacht wurde. Die Kurse dienten – zumindest

teilweise – dazu, für die «Founder» zu werben und neue Kursteilnehmer und Verteiler in das Netz der PWM AG einzubinden. Diese hat angeboten, die Partizipationsscheine jederzeit zum ursprünglichen Kaufpreis zurückzunehmen, was ebenfalls gegen die behauptete «kostenlose Zugabe» und den Vorleistungscharakter des Entgelts als Entschädigung für die Seminare spricht. Das Management der PWM bezeichnete das umstrittene Finanzprodukt selber als «Founder-Invest-Programm», in welches «investiert» werden solle (vgl. das von F._____ als «General Manager» der PWM AG unterzeichnete Schreiben vom August 2003). Im Rahmen der Sanierung der Buchhaltung ging die vom Verwaltungsrat der PWM AG eingesetzte X._____ bei den Rückstellungen für das Jahr 2003 ihrerseits von 350 bezogenen und 2650 nicht bezogenen und für das Jahr 2004 von 450 besuchten und 4137 noch offenen Seminaren aus; auch dies weist darauf hin, dass es bei den «Foundern» nicht vorab um den Verkauf von Seminaren, sondern um Einlagen zu Anlagezwecken im Hinblick auf den in Aussicht gestellten Börsengang ging. Ein rechtsgültig begründetes Partizipationskapital bestand indessen nicht (Art. 656a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 652 Abs. 2 und 3, Art. 652a, Art. 652h Abs. 3 sowie Art. 656b OR); auch wurden die vom Obligationenrecht gebotenen Mindestinformationen für Anleihenobligationen nicht beachtet (vgl. Art. 3a Abs. 3 lit. b BankV i.V.m. Art. 1156 OR; EBK-RS 96/4 Rz. 13). Die einbezahlten Gelder haben deshalb als gewerbsmässig entgegengenommene Publikumseinlagen im Sinne des Gesetzes zu gelten.

5.3 Unter diesen Umständen war die Bankenkommission gehalten, den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen (Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG). Dabei kam letztlich nur eine Liquidation der PWM AG in Anwendung der seit dem 1. Juli 2004 geltenden Bestimmungen über das Bankensanierungs- und -konkursrecht in Frage; diese gelten auch für Unter-

nehmen, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-) Tätigkeit nachgehen (BGE 2A.399/466/2004 vom 24. März 2005, E. 4; Eva Hüpkes, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht – die Bankenkommision als Konkursbehörde, Teil 2, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 1/2003 S. 1 ff., dort S. 8): Eine nachträgliche Bewilligungserteilung bzw. eine damit verbundene Sanierung fielen ausser Betracht, da der PWM AG bzw. ihren Organen die hierfür erforderlichen sachlichen und persönlichen Voraussetzungen fehlten (Mindestkapital, interne Organisation, Gewährung einer einwandfreien Geschäftsführung usw.) und die Gesellschaft zudem deutlich überschuldet war. Gemäss dem Zwischenabschluss per 31. Mai 2004 standen zu Fortführungswerten dargestellten Aktiven von Fr. 829 385.– Passiven von Fr. 823 908.– mit einer Eigenkapitaldeckung von Fr. 5477.– gegenüber. Dabei wurden in der Bilanz aber (fälschlicherweise) noch ein Partizipationskapital von Fr. 169 750.– und ein Agio von Fr. 3 500 550.– als zusätzliches Eigenkapital ausgewiesen. Erträge bildeten die Erlöse aus dem Verkauf von «Founder»-Programmen von Fr. 4 558 323.–, die Aufwendungen betrug insgesamt Fr. 7 500 105.–, was einen Verlust von Fr. 2 941 782.– in einem Zeitraum von sieben Monaten bedeutete. Zwar wies die Revisorin darauf hin, dass unter den von ihr angenommenen Vorgaben, welche in der Folge jedoch zu korrigieren waren, noch keine Überschuldung vorliege, doch lasse die Zahl der «nach wie vor nicht abschliessend beurteilbaren Positionen keine endgültige Stellungnahme zu». Per 30. August 2004 wies die Bilanz zu Fortführungswerten ohne Umbuchung des angeblichen Eigenkapitals eine Überschuldung von Fr. 54 266.– aus; zu Liquidationswerten betrug sie Fr. 4 355 511.– (bei Aktiven von Fr. 218 697.– und Passiven von Fr. 4 574 208.–). Damit war die von der EBK gestützt auf Art. 33 BankG angeordnete Liquidation rechtens, selbst wenn für den in den Vereinigten Staaten gekauften Aktienmantel – wie die Beschwerdeführer geltend machen – allenfalls

ein höherer Erlös erzielt werden könnte als der von der Revisorin angenommene.

6

6.1 Der angefochtene Entscheid verletzt nach dem Gesagten kein Bundesrecht; die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

6.2 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend haben die unterliegenden Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (vgl. Art. 159 Abs. 2 OG).

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 28. Oktober 2004 in Sachen Revisionsstelle R betreffend die Revisionstätigkeit bei der Bank B¹

Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors (Art. 20 Abs. 4 BankG)

- 1 Anforderungen an die Revision im Bereich der Geldwäschereivorschriften (Ziff. 35 ff.), des Börsengeschäfts (Ziff. 49 ff.) und der internen Kontrolle (Ziff. 58 f.) einer Vermögensverwaltungsbank.

Diligence requise d'un réviseur sérieux et qualifié (art. 20 al. 4 LB)

- 1 Exigences pour la révision en matière de prescriptions contre le blanchiment d'argent (ch. 35 ss), de transactions boursières (ch. 49 ss) et de contrôle interne (ch. 58 s.) d'une banque de gestion de fortune.

Diligenza richiesta ad un revisore serio e qualificato (art. 20 cpv. 4 LBGR)

- 1 Esigenze poste al revisore in relazione con le norme sulla lotta al riciclaggio di denaro (cifre 35 ss), le operazioni di borsa (cifre 49 ss) et il controllo interno (cifre 58 s.) di una banca attiva nella gestione patrimoniale.

¹ Siehe EBK Bulletin 45, S. 150; voir Bulletin CFB 45, p. 150; vedi Bollettino CFB 45, pag. 150.

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die EBK führte ein Verfahren gegen die Revisionsstelle R zwecks Abklärung, ob das Mandat bei der Bank B mit der erforderlichen Sorgfalt gemäss Art. 20 Abs. 4 BankG ausgeübt worden war. Die Bank war von der Aufsichtskommission VSB wegen wiederholter und zahlreicher Verstösse gegen die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) 92 und 98 zur Bezahlung einer Vertragsstrafe verurteilt worden. Zudem war bei der Bank das Gebot der tagfertigen Erfassung von Transaktionen über einen längeren Zeitraum nicht eingehalten worden. Im Bereich Börsengeschäft wurde die Funktionentrennung zwischen Auftragerfassung des Kundenberaters, der Platzierung durch den Händler und der Abrechnung durch das Backoffice von der Bank nicht eingehalten und es wurden unberechtigte Storni durchgeführt. Die Revisionsstelle hatte nichts von alledem bemerkt bzw. beanstandet.

Aus den Erwägungen

(...)

1 Rechtliche Bestimmungen zur Revisionstätigkeit bei bewilligten Instituten

(25) Im Bereich des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) wird im Abschnitt über die Überwachung und Revision (Art. 18–22 BankG) der Kern- und Angelpunkt des Gesetzes gesehen. Insbesondere wird die Revision als das wichtigste Mittel zum Schutz der Einleger betrachtet (BGE 103 Ib 356). Entsprechend sind die

bankengesetzlichen Revisionsstellen das wichtigste Instrument und ihre Revisionsberichte die hauptsächlichste Informationsquelle der EBK (EBK-Bulletin 16 S. 23; EBK-Bulletin 32 S. 74; Rz 5 des EBK-Rundschreibens 96/3 «Revisionsbericht: Form und Inhalt»; Ziff. 6.162 des Schweizer Handbuchs für Wirtschaftsprüfung [HWP]).

(26) Banken sind gesetzlich verpflichtet, ihre Jahresrechnung einmal jährlich durch eine anerkannte Revisionsstelle prüfen zu lassen (Art. 18 BankG). Der bankengesetzlich anerkannten Revisionsstelle ist eine wichtige Rolle zugeordnet, da sie – und nicht die EBK – die unmittelbare Kontrolle des Geschäftsgebarens der Bank ausübt (BGE 103 Ib 356 m.w.H.). Die Revisionsstelle prüft, ob die Jahresrechnung der Bank nach Form und Inhalt gemäss den gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften aufgestellt ist, ob die Bestimmungen des BankG sowie der BankV beobachtet und die Voraussetzungen der Bewilligungen eingehalten worden sind (Art. 19 Abs. 1 BankG). Über ihre Prüfung verfasst die Revisionsstelle einen Bericht. Dieser hat das Ergebnis der vorgeschriebenen Ermittlungen zu enthalten und muss die allgemeine Vermögenslage der Bank klar erkennen lassen (Art. 21 Abs. 1 BankG). Prüfgegenstand und Inhalt des Berichts bestimmen sich grundsätzlich nach den Artikeln 43–47 BankV sowie nach den allgemeinen Weisungen der EBK im EBK-Rundschreiben 96/3 «Form und Inhalt».

(27) Sämtliche Pflichten hat die Revisionsstelle mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors zu erfüllen (Art. 20 Abs. 4 BankG). Der Sorgfaltsmassstab ist objektiviert und die Revisionsstelle hat nach den anerkannten Grundsätzen des Berufsstands vorzugehen, wie sie im HWP erörtert sind (WATTER, in: VOGT/WATTER [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, N 13 ad

BEHG 19; vgl. auch Rz 4 EBK-RS 96/3 betreffend Berichterstattung). Die EBK muss sich, soll die prudentielle Aufsicht voll wirksam werden, auf das pflichtmässige Verhalten der Revisionsstellen verlassen können (vgl. BGE 103 Ib 356).

(...)

3 Einhaltung der Geldwäschereivorschriften

3.1 Anforderungen an die Bank im Bereich Geldwäscherei

(31) Die Banken haben zur Verhinderung und Bekämpfung der Geldwäscherei die erforderlichen internen Weisungen zu erlassen, welche den bestehenden Vorschriften Rechnung tragen, und deren Umsetzung durch ein angemessenes Kontrollsystem und gut ausgebildete Mitarbeiter sicherzustellen.

(32) Zur Sicherstellung der sogenannten «paper trail», einer der wichtigsten Forderungen des GwG, gehört die ordnungsgemässe Erstellung von Belegen und Organisation der Dokumentenaufbewahrung, welche erlauben muss, die von den Strafverfolgungsbehörden benötigten Informationen innert kürzester Zeit bereitzustellen. Die getätigten Transaktionen und die nach GwG erforderlichen Abklärungen müssen so dokumentiert sein, dass sich ein fachkundiger Dritter mit den erstellten Belegen jederzeit ein zuverlässiges Urteil über die Transaktionen und die Geschäftsbeziehungen bilden kann. Die Bank muss in der Lage sein, mit ihrem Archivierungssystem allfälligen Auskunfts- und Beschlagnahmebegehren innert angemessener Frist nachkommen zu können.

3.2 Verhältnisse bei der Bank B

(33) Die B hatte im Zusammenhang mit den Geldwäschereivorschriften zwei Weisungen erlassen, nämlich das Reglement Nr. 1.2 vom 24. August 1999 betreffend Sorgfaltspflicht/Geldwäscherei und das Reglement Nr. 1.1 vom 20. Juni 2000 betreffend Kontoführung (Abschnitt B, Identifikation und Abschnitt C, Formalitäten). Gemäss den Feststellungen der Revisionsstelle in ihren Arbeitspapieren legte die Direktion der B grossen Wert darauf, die Mitarbeiter auf allen Stufen über Neuerungen im Bereich VSB und Geldwäscherei auf dem Laufenden zu halten. Sie stellte zudem fest, die Mitarbeiter der Bank seien sich der Tragweite dieser Regeln bewusst.

(34) Die B hatte die Vorschriften der VSB 92 und 98 wiederholt und in zahlreichen Fällen verletzt. Betroffen waren zentrale Normen, nämlich die Pflicht zur Identifikation des Vertragspartners und zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung. Die Bank erstattete deshalb Selbstanzeige bei der Aufsichtskommission VSB. Deren Untersuchungsbeauftragter stellte bei 43,5% der untersuchten Kontobeziehungen einen Verstoss gegen die VSB 92 bzw. 98 fest, wovon 8,5% schwere Fälle darstellten. Die Aufsichtskommission VSB verurteilte deshalb die B zur Bezahlung einer Vertragsstrafe.

3.3 Anforderungen an die Revisionsstelle

(35) Bei der Prüfung im Geldwäschereibereich hat sich die Revisionsstelle an den Zielen, welche sich von den bestehenden Rechtsvorschriften (insbesondere Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor GwG, SR 955.0, EBK-Rundschreiben 98/1 Geldwäscherei, VSB 98) ableiten lassen, zu orientieren. Diese betreffen

namentlich die Umsetzung der organisatorischen Massnahmen, die Identifizierung der Vertragspartei und Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, die Erfüllung besonderer Abklärungspflichten, die Dokumentationspflicht und die Pflichten bei Geldwäschereiverdacht.

(36) Die Einhaltung der Geldwäschereivorschriften ist ein Pflichtprüffeld, zu dem sich die Revisionsstelle jährlich ein Urteil bilden und Stellung nehmen muss. Generell hat der Revisor festzuhalten, ob die internen Weisungen zweckmässig sind und im Sinne der gesetzlichen Grundlagen umgesetzt werden, wie der Kenntnisstand der Bankmitarbeiter ist, wie diese ausgebildet werden und ob sie über Neuerungen auf dem Laufenden gehalten werden. Die Revisionsstelle hat zu prüfen, ob die effektiven Betriebsabläufe den theoretischen (gemäss internen Weisungen) entsprechen. Um sich ein umfassendes Bild über die internen Prozesse zu bilden, hat die Revisionsstelle zusätzlich zur Systemaufnahme anhand der internen Weisungen auch eine Verfahrensprüfung durchzuführen.

(37) Die Prüfungsarbeiten sind so zu planen und durchzuführen, dass sie eine ausreichende Grundlage für ein Prüfurteil bilden. Zur Prüfung hat die Revisionsstelle konkrete Kontrollmassnahmen durchzuführen. So ist die Einhaltung der Sorgfaltspflichten durch eine Prüfung der Vollständigkeit von Kundendossiers anhand von Stichproben durchzuführen. Die Stichprobengrösse ist in einem angemessenen Verhältnis zum Umfang der Kundenbeziehungen, der Risikolage und der Geschäftstätigkeit der Bank zu bestimmen.

(38) Die Arbeitspapiere der Revisionsstelle sind ein wichtiges Mittel um die durchgeführten Prüfungshandlungen und die daraus gezoge-

nen Schlüsse zu belegen. Die konkreten Kontrollmassnahmen der Revisionsstelle sind in ihren Arbeitspapieren zu dokumentieren.

3.4 Beurteilung der Tätigkeit der Revisionsstelle R

(...)

4 Unregelmässigkeiten im Bereich Börsengeschäft bei der B

4.1 Anforderungen im Bereich Börsengeschäft

(44) Gemäss Art. 11 BEHG trifft den Effektenhändler gegenüber seinen Kunden eine Sorgfalts- und Treuepflicht. Aus der Sorgfaltspflicht ergibt sich eine Verpflichtung zur bestmöglichen Erfüllung der Kundenaufträge in preismässiger, zeitlicher und quantitativer Hinsicht (EBK Bulletin 40, S. 24 und EBK Bulletin 41, S. 31). Diese Pflichten werden durch die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Januar 1997, Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes, ergänzt und konkretisiert. Die Verhaltensregeln für Effektenhändler schreiben vor, dass ausgeführte Effektenhandelstransaktionen dem Kunden unverzüglich zugeordnet und aufgezeichnet sowie innert marktüblicher Frist abgerechnet und entsprechend dokumentiert werden müssen (Art. 6). In der Regel soll die Bestätigung und Abrechnung tagfertig erfolgen und innert einem Bankwerktag seit der vertragsgemässen Ausführung der Transaktion an die mit dem Kunden vereinbarte Adresse versandt werden (Verhaltensregeln für Effektenhändler Art. 6 N 17). Mit der Verpflichtung zur sofortigen Allokation sollen Spekulationen und verdeckte Kursschnitte zulasten des Kunden verhindert werden. Der Ef-

Effektenhändler hat durch «*zweckdienliche organisatorische Massnahmen*» zu verhindern, dass «*Interessenkonflikte zwischen ihm und seinen Kunden oder zwischen seinen Mitarbeitern und den Kunden*» auftreten. Kunden, die ihre Effektenhandelsgeschäfte unter gleichen Umständen aufgegeben haben, sind gleich zu behandeln (Verhaltensregeln für Effektenhändler N 23 zu Art. 9).

(45) Es ist nicht zuletzt aus Gründen der Sorgfaltspflicht für die Effektenhändler unbedingt erforderlich, dass sie ihre Geschäfte umgehend, vollständig sowie – unter Berücksichtigung der vom Kunden gesetzten Limiten, Auflagen und Restriktionen – zum bestmöglichen Marktkurs abschliessen. Von einer umgehenden und vollständigen Ausführung darf nur abgewichen werden, wenn dies aufgrund der Marktsituation (Liquidität) nicht möglich ist oder wenn dies im Interesse des Kunden geschieht. Ausgeführte Effektenhandelstransaktionen sind unverzüglich zuzuordnen, aufzuzeichnen, innert marktüblicher Frist abzurechnen und entsprechend zu dokumentieren. In der Regel sollte die Bestätigung und Abrechnung einer getätigten Transaktion tagfertig erfolgen und innert einem Bankwerktag nach vertragsmässiger Ausführung der Transaktion an die mit dem Kunden vereinbarte Zustelladresse versandt werden. Um Differenzen festzustellen (Anzahl/Nominal, Valutadatum, Transaktionsdatum, Bezeichnung der Titel usw.) sind die Kundenabrechnungen mit den Abrechnungen der Gegenpartei zu vergleichen (vgl. auch HWP 6.15, S. 181; Art. 5 der Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung betreffend die Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts vom 22. Januar 1997).

4.2 Verhältnisse bei der Bank B

(46) Die B verwendete seit Sommer 1999 zwei neue Systeme, nämlich ein elektronisches Buchungssystem (e-BS) sowie ein belegloses Auftragsverarbeitungs- und Transportsystem (AVTS) zur Erfassung und internen Weiterleitung von Börsenaufträgen. Im AVTS wurden die wichtigsten Systemdaten und -zeiten gespeichert (Auftragsspeicherung, Auftragserfassung, Kursstellung, Auftragsausführung, Weiterleitung an Backoffice). Diese waren durch den Anwender nicht mutierbar. Allerdings wurden in das vom e-BS erstellte Effektenjournal nicht alle vom AVTS gespeicherten Daten übernommen. So wurde bei der B das Erfassungsdatum, ein nicht manipulierbares Systemdatum, welches automatisch registriert wird, nicht ausgedruckt, weil es sich nicht um einen gesetzlich erforderlichen Bestandteil des Effektenjournals handelte.

(47) Erhielt ein Anlageberater der B telefonisch einen Auftrag eines Kunden, musste er diesen umgehend im AVTS erfassen. Generierten die Anlageberater Aufträge nicht vom Arbeitsplatz aus, mussten diese während den Geschäftszeiten sofort telefonisch der Bank weitergeleitet werden, wo der Auftrag ordnungsgemäss von einem anderen Mitarbeiter erfasst und an den Handel weitergeleitet werden konnte. Die sofortige, tagfertige Erfassung von Aufträgen ist bei einem beleglosen System eine Grundvoraussetzung für einen sicheren Arbeitsablauf und das Funktionieren des internen Kontrollsystems. Das Systemdatum und die Systemzeit entsprechen bei unmittelbar nach Auftragserteilung vollzogener Erfassung den Anforderungen an die Erfassung der Auftragszeit im Sinne des EBK-RS 96/6.

(48) Bei der B wurden nun jedoch Effektenhandelsgeschäfte systematisch nicht tagfertig erfasst. In der Zeit vom 1. Januar 2001 bis 15. Juli 2002 wurden 31% aller 13 710 Transaktionen einen Tag und 16% der Transaktionen zwei oder mehr Tage später erfasst. Eine Begründung für die nicht-tagfertige Erfassung eines Auftrags im System war nicht dokumentiert. Als Gründe für die verspätete Erfassung von Aufträgen wurden von Mitarbeitenden der B technische Unmöglichkeit (das AVTS-Erfassungssystem sei teilweise nicht verfügbar gewesen), der Titel sei im System noch nicht erfasst gewesen, Direktaufträge an Broker, die Auftragserteilung sei nicht am Arbeitsplatz erfolgt, die grosse Arbeitsbelastung (unmittelbarer Eingang anderer Aufträge, Kundengespräche) und schliesslich die absichtliche Verzögerung, um den Verlauf zu beobachten (Schubladengeschäfte) angegeben. Da die Systemverfügbarkeit jedoch in der relevanten Zeitperiode sehr hoch war und die Auftragserfassung im AVTS auch nach dem Start der Tagesendverarbeitung möglich war, war davon auszugehen, dass die meisten Verzögerungen, insbesondere die 16% der Zwei- oder Mehr-Tage-Verzögerungen, den letzten beiden Gründen (Arbeitsbelastung und Absicht) zuzuordnen waren.

4.3 Anforderungen an die Revisionsstelle

(49) Ein risikoorientierter Revisionsansatz basiert immer auf einer vorangehenden Kenntnis der Organisation der Bank in den grundlegenden Prüfgebieten. Das Kommissions- und Dienstleistungsgeschäft stellt bei einer Bank, die im Bereich der Vermögensverwaltung aktiv ist, ein wichtiges Prüfgebiet dar. Eine grosse Risikoquelle stellt insbesondere die technisch-organisatorische Abwicklung des Kommissions- und Dienstleistungsgeschäfts dar. Der Umfang dieser Risiken ist ab-

hängig von der Zuverlässigkeit und Qualifikation der Geschäftsleitung und Mitarbeiter sowie vom Internen Kontrollsystem der Bank (HWP 6.1532).

(50) Aufgabe der Revisionsstelle ist es zu prüfen, ob der Effektenhändler seine gesetzlichen Pflichten erfüllt und die Bewilligungsvoraussetzungen sowie die internen Vorschriften einhält. Die Verhaltensregeln für Effektenhändler verpflichten diese zur Bereitstellung einer ihrer Struktur und Geschäftstätigkeit entsprechenden Kontrollorganisation, die die Vermeidung der Benachteiligungsgefahr durch Interessenkonflikte gewährleistet. Die Kontrolle kann durch eine eigentliche Compliance-Organisation, die neben dem Erlass von generellen Weisungen für die Geschäftsabwicklung und der Beratung im Einzelfall auch die Überwachung der Einhaltung der Weisungen vornimmt, oder durch andere interne Kontrollorgane (Controlling, Inspektorat, interne Revision) durchgeführt werden. Die Revisionsstelle hat zu prüfen, ob die Bank über eine ihrer Struktur und dem Umfang ihrer Geschäftstätigkeit angemessene und zweckmässige Betriebsorganisation verfügt. Dazu hat sie die Weisungen der Bank im Bereich Börsengeschäft und die Organisation des Risikomanagement Controlling (Börsentransaktionsjournal/Effektenjournal) und deren korrekte Umsetzung auf ihre Angemessenheit zu überprüfen. Das Effektenjournal ist auf seine Vollständigkeit zu prüfen. Der Revisor hat festzustellen, wer in welchem Intervall für die Abstimmung des Effektenjournals zuständig ist und wie dies dokumentiert wird. Zur Beurteilung, ob und wie die Funktionentrennung eingehalten wird, muss sich die Revisionsstelle ein Bild über die Abwicklung von Börsengeschäften bis zur Verbuchung machen.

(51) Die Prüfungsarbeiten sind so zu planen und durchzuführen, dass sie eine ausreichende Grundlage für ein Prüfurteil bilden. Zur Prüfung hat die Revisionsstelle die Prüfbereiche zu analysieren, deren Funktionsweise zu dokumentieren und vor allem konkrete Kontrollmassnahmen durchzuführen. So ist die Einhaltung der Verhaltensregeln für Effektenhändler durch eine Prüfung einzelner Kundendepots anhand von Stichproben durchzuführen. Die Stichprobengrösse ist in einem angemessenen Verhältnis zum Umfang und zur Anzahl der Kundenbeziehungen und unter Berücksichtigung der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems zu bestimmen. Die Prüfarbeiten der Revisionsstelle sind in ihren Arbeitspapieren zu dokumentieren.

4.4 Beurteilung der Tätigkeit der Revisionsstelle R

(...)

5 Interne Kontrolle

5.1 Anforderungen an die Interne Kontrolle

(56) Banken und Effektenhändler haben über eine ordnungsgemässe Geschäftsorganisation und über angemessene interne Kontrollverfahren zu verfügen (Art. 4 Abs. 2 lit. a BankG, Art. 9 Abs. 4 BankV; Art. 10 Abs. 2 lit. a BEHG, Art. 20 Abs. 1 BEHV). Wesentliche Elemente des IKS sind das Risikomanagement, die Risikokontrolle, die Compliancefunktion und die in die betrieblichen Arbeitsabläufe integrierten Kontrollaktivitäten. Es umfasst den Organisationsplan, die Einrichtungen und Geräte sowie die Gesamtheit aller aufeinander abgestimmten innerbetrieblichen Grundsätze, Verfahren und Massnahmen, die im

Unternehmen angewendet werden, um die Einhaltung der massgeblichen rechtlichen Vorschriften und der vorgeschriebenen Geschäftspolitik zu unterstützen, die Ordnungsmässigkeit und Verlässlichkeit der Rechnungslegung zu gewährleisten, den Wirkungsgrad der betrieblichen Prozesse zu sichern und zu erhöhen und das Vermögen und die Informationen zu schützen (GzA 14, 2.1; HWP 3.2). Mit einer wirksamen internen Kontrolle kann eine Bank insbesondere auch vorbeugende Massnahmen für die Vermeidung von deliktischen Handlungen ergreifen.

5.2 Verhältnisse bei der Bank B

(57) Die B war eine kleine Bank mit zwanzig Mitarbeitern und rund 1400 Kundenbeziehungen. Einschlägige Reglemente insbesondere bezüglich Überwachung und Kontrolle der Geschäftstätigkeit waren zwar vorhanden, wurden jedoch nicht eingehalten bzw. bewusst umgangen.

5.3 Anforderungen an die Revisionsstelle

(58) Der Bereich Angemessenheit der Organisation und des IKS (inkl. Informatik) ist ein Pflichtprüffeld, zu dem sich die Prüfgesellschaft jährlich ein Urteil bilden und Stellung nehmen muss. Die Revisionsstelle hat sich von der Angemessenheit und Wirksamkeit des IKS und des Risikomanagements durch entsprechende verfahrensorientierte Prüfungen zu überzeugen. Die Prüfung des IKS ist ein wichtiger Bestandteil der Rechnungsprüfung und der Aufsichtsprüfung. Aufgrund der Ergebnisse der verfahrensorientierten Prüfung des IKS bestimmt die Revisionsstelle Art und Umfang der ergebnisorientierten Prüfungen.

(59) Bei kleinen Instituten mit wenig Personal gilt es jeweils abzuwägen, was betreffend die Interne Kontrolle (Funktionentrennung, Systemkontrolle) als angemessen betrachtet werden kann. Es ist ein institutsbezogener Massstab anzuwenden, der die Eigenheiten der Bank berücksichtigt und die damit verbundenen Risiken in Kauf nimmt. Im Revisionsbericht ist bei Banken mit geringem Personalbestand ausdrücklich auf die sich zwangsläufig ergebenden Lücken in der internen Kontrolle hinzuweisen (Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Art. 18–22 N 99).

5.4 Beurteilung der Tätigkeit der Revisionsstelle R

(...)

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 28. Oktober 2004 i.S. Z

Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors (Art. 34 Abs. 1 Bst. a BEHV); Weiterverpfändung von Kundendepots bei Effekthändlern (Art. 11 Abs. 1 Bst. c BEHG)

- 1 Die EBK muss sich, soll die prudentielle Aufsicht voll wirksam werden, auf das pflichtmässige Verhalten der börsengesetzlichen Revisionsstelle verlassen können (Ziff. 62 f.).
- 2 Wird eine Revision nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors durchgeführt, ist es der EBK verwehrt, direkte Massnahmen gegen leitende Revisoren zu ergreifen. Adressat von Anordnungen ist immer die anerkannte Revisionsstelle (Ziff. 106 ff.).
- 3 Die Vorschriften zur Weiterverpfändung von Kundendepots nach Art. 17 BankG sind für Effekthändler nicht direkt anwendbar. Ein Effekthändler muss einen Kunden jedoch zumindest hinreichend informieren, wenn er ein von diesem bestelltes Faustpfand für einen höheren Betrag weiterverpfänden will, als er selbst von ihm zu fordern berechtigt ist. Er darf erst tätig werden, wenn der Kunde seine Zustimmung gegeben hat (Ziff. 86 ff.).

Diligence requise d'un réviseur sérieux et qualifié (art. 34 al. 1 let. a OBVM); sous-nantissement de dépôts de clients auprès de négociants en valeurs mobilières (art. 11 al. 1 let. c LBVM)

- 1 Pour que la surveillance prudentielle soit totalement efficace, la CFB doit pouvoir compter sur un comportement de l'organe de révision de la loi sur les bourses conforme à ses obligations (ch. 62 s.).
- 2 Si une révision n'est pas effectuée avec la diligence requise d'un réviseur sérieux et qualifié, la CFB ne peut pas prendre des mesures contre les réviseurs responsables directement. Le destinataire des instructions est toujours l'organe de révision reconnu (ch. 106 ss).
- 3 Les dispositions de l'art. 17 LB portant sur le sous-nantissement de dépôts de clients ne sont pas directement applicables aux négociants en valeurs mobilières. Un négociant en valeurs mobilières doit pourtant informer le client de manière suffisante s'il veut sous-nantir le gage qu'il a reçu de celui-ci pour un montant plus élevé que celui dont il est lui-même créancier à l'égard de ce client. Il ne peut le faire qu'une fois que le client a donné son consentement (ch. 86 ss).

Diligenza richiesta ad un revisore serio e qualificato (art. 34 cpv. 1 lit. a OBVM); nuova messa in pegno di depositi dei clienti presso un commerciante di valori mobiliari (art. 11 cpv. 1 lit. c LBVM)

- 1 Affinché la sorveglianza prudenziale sia completamente efficace, la CFB deve poter contare su un comportamento dell'organo di revisione ai sensi della legge sulle borse conforme ai suoi obblighi (cifre 62 s.).
- 2 Se una revisione non è effettuata con la diligenza richiesta ad un revisore serio e qualificato, la CFB non può prendere delle misure dirette nei confronti del revisore responsabile. Il destinatario dei provvedimenti è sempre l'organo di revisione riconosciuto (cifre 106 ss).
- 3 Le disposizioni dell'art. 17 LBCR sulla nuova messa in pegno di depositi dei clienti non sono direttamente applicabili ai commercianti di valori mobiliari. Un commerciante in valori mobiliari deve tuttavia informare il cliente in maniera sufficiente se vuole nuovamente impegnare il pegno che ha ricevuto da quest'ultimo per un importo più elevato di quello per il quale egli è creditore nei confronti del cliente. Egli può agire in questo senso solo con il consenso del cliente (cifre 86 ss).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die Z ist eine Effektenhändlerin. Ihre börsengesetzliche Revisionsstelle X informierte die Eidg. Bankenkommision (EBK) sowohl 2002 als auch 2003, dass die Z die Eigenmittelanforderungen sowie die

Anforderungen betreffend Mindestkapital bzw. die erforderliche Obergrenze für Klumpenrisiken nicht erfülle. Aufgrund mehrerer von der EBK bewilligter Kapitalerhöhungen vermochte die Z ihre finanzielle Situation temporär jeweils in Einklang mit dem Börsengesetz zu bringen. Verantwortlich für das Mandat Z war Y, Leitender Revisor bei der X.

Im Herbst 2003 führte die EBK bei der X eine Qualitätskontrolle durch. Dabei wurden betreffend die Z unter anderem folgende Problembereiche diskutiert: Verzinsung von Habensaldi auf Kundenkonti; Verstoss gegen das aktienrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr; Meldungen über Klumpenrisiken und über eigene Mittel; Organgeschäfte; Limiten für Gegenparteien; Weiterverpfändungen; Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken; Effektenjournal; nicht unterzeichnete Jahresrechnung. Dazu trat im Anschluss an eine ausserordentliche Revision der Z durch deren neue Revisionsstelle R die Problematik der Aufgabenzuteilung und Kompetenzordnung. Da die EBK den Eindruck hatte, dass ihr die X eine Vielzahl von Unzulänglichkeiten bei der Z nicht gemeldet hatte, eröffnete sie Ende 2003 aufgrund der Ergebnisse der Qualitätskontrolle ein Verfahren gegen die X, in dem auch Y Parteistellung zukam.

Zum Problembereich der Weiterverpfändungen ist anzufügen: Im Jahr 2002 verpfändeten der Z neunzehn Kunden Sicherheiten, welche – mit einer Ausnahme – von der Z im Auftrag und für Rechnung der Kunden gekauft worden waren. Die verpfändeten Sicherheiten waren jeweils in einem Depot lautend auf die Z teils bei der Clearingstelle C in London, teils bei der Bank B in Frankfurt hinterlegt. Mit der C bestand eine Clearing-Vereinbarung vom 21./22. März 2002, mit der B soll bis zum 31. Oktober 2002 eine Clearing-Vereinbarung bestanden haben. Eine

solche konnte jedoch von der Z nicht vorgelegt werden. Die Clearing-Vereinbarung mit der C sah vor, dass der C hinsichtlich der hinterlegten Sicherheiten sowohl ein Pfand- («lien») als auch ein Verrechnungsrecht («right to set-off») zusteht, sollte die Z ihren Verbindlichkeiten und Verpflichtungen gegenüber der C nicht nachkommen. In diesem Zusammenhang kam es seitens der Z mehrfach zu einer Überschreitung der Obergrenze für Klumpenrisiken von 25 % nach Massgabe von Art. 29 Abs. 1 BEHV i. V. m. Art. 21a der BankV. In ihrem Bericht über die ausserordentliche Revision hielt R fest, die Z habe einen Teil der an sie verpfändeten Wertpapiere ohne schriftliches Einverständnis der betroffenen Kunden an die C weiterverpfändet, da sie gegenüber der C als Folge der hinterlegten Cashmargen ein Klumpenrisiko aufgewiesen und dieses habe abbauen wollen. Die betroffenen Kunden hätten lediglich einer Verpfändung ihrer Wertpapiere für ihr Margenerfordernis bei der Z zugestimmt. Eine schriftliche Ermächtigung der Kunden zur Weiterverpfändung der Wertpapiere durch die Z an die C habe der R nicht vorgelegt werden können.

Aus den Erwägungen

2 Rechtliche Bestimmungen zur Revisionstätigkeit
bei Effektenhändlern

(...)

(62) Effektenhändler sind gesetzlich verpflichtet, ihre Tätigkeit einmal jährlich durch eine anerkannte Revisionsstelle prüfen zu lassen (Art. 17 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 [BEHG; SR 954.1]). Der börsengesetzlich anerkannten Revisionsstelle ist eine

wichtige Rolle zgedacht, da sie – und nicht die EBK – die unmittelbare Kontrolle des Geschäftsgebarens des Effekthändlers ausübt (vgl. betreffend Banken BGE 103 Ib 356 m.w.H.). Die Revisionsstelle prüft, ob der Effekthändler seine gesetzlichen Pflichten erfüllt und die Bewilligungsvoraussetzungen sowie die internen Vorschriften einhält (Art. 19 Abs. 1 BEHG). Über ihre Prüfung verfasst die Revisionsstelle einen Bericht und stellt ihn dem geprüften Effekthändler und der Aufsichtsbehörde zu (Art. 19 Abs. 2 BEHG). Der Bericht hat das Ergebnis der vorgeschriebenen Prüfungen zu enthalten (Art. 8 Abs. 2 der Verordnung der EBK über die Börsen und den Effekthandel vom 25. Juni 1997 [BEHV-EBK; SR 954.193]). Prüfgegenstand und Inhalt des Berichts bestimmen sich gemäss Art. 8 Abs. 1 BEHV-EBK grundsätzlich nach den Artikeln 43–47 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (BankV; SR 952.02).

(63) Sämtliche Pflichten hat die Revisionsstelle mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors zu erfüllen (Art. 34 Abs. 1 Bst. a der Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996 [BEHV; SR 954.11]). Der Sorgfaltsmassstab ist objektiviert und die Revisionsstelle hat nach den anerkannten Grundsätzen des Berufsstands vorzugehen, wie sie im Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung (HWP) erörtert sind (WATTER, in: VOGT/WATTER [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, N 13 ad BEHG 19; vgl. auch Rz. 4 des EBK-Rundschreibens 96/3 «Revisionsbericht: Form und Inhalt» betreffend Berichterstattung). Die EBK muss sich, soll die prudentielle Aufsicht voll wirksam werden, auf das pflichtmässige Verhalten der Revisionsstellen verlassen können (vgl. betreffend Banken BGE 103 Ib 356). Nur so kann sie ihrer Aufgabe gerecht werden und – insbesondere bei Beanstandungen im Sinn von Art. 19 Abs. 4 BEHG – im Einklang mit Art. 35 Abs. 3 BEHG situations- und zeitgerecht sämtliche für die

Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands und für die Beseitigung allfälliger Missstände notwendigen Massnahmen treffen. Andernfalls wird die Aufgabe der EBK erschwert, wenn nicht gar verunmöglicht.

3 Rechtliche Würdigung der Revisionstätigkeit der X bei der Z

(...)

3.6 Weiterverpfändungen/Einhaltung der Treuepflicht

(86) Gemäss Art. 44 Bst. q BankV haben die Revisionsstellen im Revisionsbericht nach erfolgter Prüfung zum Gesamtbetrag der weiterverpfändeten oder in Report gegebenen Faustpfänder und der darauf gewährten und erhaltenen Vorschüsse sowie zur Beachtung der Vorschriften von Art. 17 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) und Art. 33 BankV eindeutig Stellung zu nehmen. Nachdem die Parteien [d.h. X und Y] in den börsengesetzlichen Revisionsberichten 2001 und 2002 jeweils angegeben hatten, Art. 44 Bst. q BankV und damit die Art. 17 BankG und Art. 33 BankV seien eingehalten, vertraten die Parteien in ihrer Stellungnahme vom 12. Juli 2004 die Auffassung, Art. 17 BankG (Verpfändungsverträge) sei im Bereich des Börsengesetzes gar nicht anwendbar.

(87) Wäre dies bereits anlässlich der Redaktion der börsengesetzlichen Revisionsberichte 2001 und 2002 die Auffassung der Parteien gewesen, hätten sie dort jeweils angeben müssen, dass sie von der Nichtan-

wendbarkeit von Art. 17 BankG im Bereich des BEHG ausgingen. Dies hätten sie entsprechend mit «n/a» vermerken müssen.

(88) Dessen ungeachtet weisen die Parteien mit Recht sinngemäss darauf hin, dass es Parlament und Bundesrat im vorliegenden Zusammenhang unterlassen haben, Effekthändler – analog Banken gemäss Art. 17 Abs. 1 BankG – zu verpflichten, sich das Recht zur Weiterverpfändung durch «besondere Urkunde» einräumen zu lassen. Damit reicht für Effekthändler – anders als für die Banken (ZOBL, in: ZOBL/SCHWOB/GEIGER/WINZELER [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2002, N 21 ad BankG 17 m.w.H.; GUGGENHEIM, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986, 130) – eine Ermächtigung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder einem allgemeinen Pfandvertrag aus. Die Ungleichbehandlung von Banken und Effekthändlern durch den Gesetzgeber in Sachen Weiterverpfändung erscheint mit Blick auf den Gläubigerschutz (vgl. EBK-Bulletin 43 S. 65 f.) als nicht sachgerecht, da nicht wenige Effekthändler Lombardkredite gewähren und diesbezüglich die Risiken für Bank- und Effekthändlerkunden dieselben sind. Die Ungleichbehandlung hinsichtlich zwingender Formvorschriften muss jedoch angesichts des Legalitätsprinzips hingenommen werden (vgl. ZOBL, N 10 ad BankG 17; WATTER, in: VOGT/WATTER [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, N 16 ad BEHG 19).

(89) Eine andere Frage ist dagegen, ob ein Effekthändler als Pfandgläubiger ein Faustpfand für einen höheren Betrag weiterverpfänden oder daran für einen höheren Betrag Rechte eines Dritten begründen darf, als er selbst von seinem Pfandschuldner zu fordern berechtigt ist. Derartige Verbote sehen Art. 17 Abs. 2 BankG sowie Art. 33 Abs. 1 BankV für Banken ausdrücklich vor, um zu verhindern, dass ein Kunde mehr

bezahlen muss, als er selbst schuldet (ZOBL, N 22 und 23 ad BankG 17). Diese Bestimmungen sind für Effektenhändler nicht direkt anwendbar. Jedoch ergibt sich aus der Treuepflicht im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. c BEHG, dass ein Effektenhändler mindestens – soweit Interessenkonfliktsituationen wie die vorliegende überhaupt zulässig sind, sich aber ausnahmsweise nicht vermeiden lassen – seine Kunden über solche Situationen in geeigneter Form zu informieren hat (Art. 8 Abs. 2 der Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes vom 22. Januar 1997; vgl. zu dieser Kaskadenordnung ROTH, in: HERTIG/MEIER-SCHATZ/ROTH/ROTH/ZOBL [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, N 154 ad BEHG 11; WYSS, Verhaltensregeln für Effektenhändler, Diss. Zürich 2000, 226 ff.). Der Effektenhändler darf erst dann tätig werden, wenn der Kunde seine Zustimmung zum Tätigwerden des Effektenhändlers gegeben hat (ROTH, loc. cit.). Zumindest dieser letztgenannten Verpflichtung ist die Z nicht nachgekommen. Vielmehr gewährte sie der C in London an den weiterverpfändeten Sicherheiten ohne Wissen der Kunden sowohl ein Pfand- («lien») als auch ein Verrechnungsrecht («right to set-off»), wodurch das Risiko bestand, dass Sicherheiten eines Kunden der Z zur Deckung des Margenerfordernisses eines anderen Kunden der Z hätten herangezogen werden können.

(...)

3.11 Zusammenfassung und Würdigung der Ergebnisse

(104) Zusammengefasst ergibt sich, dass die Parteien [d.h. X und Y], insbesondere Y als Leitender Revisor und Mandatsverantwortlicher für die Revision der Geschäftstätigkeit der Z in den Jahren 2001 und 2002,

- mehrfach aufgrund fehlenden Fachwissens die Einhaltung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen durch die Z falsch beurteilten;
- mehrfach nicht im erforderlichen Umfang prüften sowie
- mehrfach nicht im erforderlichen Umfang Bericht erstatteten.

(105) Gestützt auf die Berichterstattung der R und ihre eigenen Feststellungen im Rahmen der Qualitätskontrolle musste die EBK der Z am 19. November 2003 ein Verfahren auf Entzug der Effektenhändlerbewilligung androhen. Diese drastische Massnahme drängte sich u.a. deshalb auf, weil die Parteien der EBK gegenüber die Situation bei der Z weder im Bericht über die Geschäftstätigkeit der Z für das Jahr 2001 noch in demjenigen für das Jahr 2002 korrekt bzw. nur unvollständig wiedergegeben hatten, und es so der EBK während einer längeren Zeit verwehrten, angemessene Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen. In Würdigung der diversen Fehlleistungen ist der Schluss zu ziehen, dass die X und insbesondere Y als Leitender Revisor und Mandatsverantwortlicher anlässlich der Revision bei der Z in den Jahren 2001 und 2002 nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors vorgehen.

4 Aufsichtsrechtliche Folgen der Verletzung der Sorgfaltspflichten

4.1 Rechtliche Bestimmungen

(106) Als börsengesetzliche Revisionsstelle kann u.a. nur anerkannt werden, wer eine Betriebsorganisation, welche die sachgemässe und dauernde Erfüllung der Revisionsaufträge gewährleistet, aufweist

(Art. 32 Abs. 3 Bst. b BEHV). Zudem müssen die Mitglieder der Geschäftsführung einen guten Ruf besitzen und mehrheitlich über gründliche Kenntnisse im Revisions-, Bank-, Finanz- oder Rechtswesen oder im Effektenhandelsgeschäft verfügen (Art. 32 Abs. 3 Bst. c BEHV).

(107) Die Leitenden Revisorinnen und Revisoren haben einen guten Ruf zu besitzen und sich über eine gründliche Kenntnis des Revisionsfachs und des Effektenhandelsgeschäfts auszuweisen (Art. 32 Abs. 3 Bst. d BEHV). Diese Voraussetzungen gelten auch für die Anerkennung als banken- bzw. anlagefondsgesetzliche Revisionsstelle (Art. 35 Abs. 2 Bst. a–c BankV bzw. Art. 80 Abs. 1 Bst. a–c der Anlagefondsverordnung vom 19. Oktober 1994 [AFV; SR 951.311]).

(108) Erfüllt eine Revisionsstelle die Voraussetzungen für eine Anerkennung nicht mehr oder verletzt sie ihre gesetzlichen Pflichten oder die betriebsinternen Vorschriften grob, so entzieht ihr die EBK die Anerkennung (Art. 37 Abs. 2 BankV, Art. 37 BEHV und Art. 57 Abs. 1 des Anlagefondsgesetzes vom 18. März 1994 [AFG; SR 951.31]). Die Generalklauseln von Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG, Art. 35 Abs. 3 BEHG sowie Art. 58 Abs. 1 AFG geben der EBK die Möglichkeit, auch andere Massnahmen zu treffen, d. h. die Massnahmen den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls anzupassen. Bei ihrem Entscheid kommt der EBK ein weiter Ermessensspielraum zu. Sie hat jedoch das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (EBK-Bulletin 32 S. 75 m.w.H. [betreffend Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG]).

(109) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 103 Ib 353 und 355) ist es der EBK verwehrt, direkte Massnahmen gegen Lei-

tende Revisoren zu ergreifen. Adressat von Anordnungen ist demnach immer die anerkannte Revisionsstelle.

4.2–4.4

Von der X getroffene Massnahmen: Anpassung von Arbeitspapieren und Schulung der Mitarbeiter in den Bereichen Verzinsung von Habensaldi auf Kundenkonti, Organgeschäfte, Weiterverpfändungen und Stellenbeschreibungen; Grundsatz «Null Toleranz» betreffend Einhaltung der VSB; Schärfung des Bewusstseins für die Abgrenzung Revision/Mitwirkung; Verstärkung und Formalisierung der internen Qualitätskontrolle.

Massnahmen der EBK: Rüge, Verbot, Y weiterhin als Leitenden Revisor bei einem überwachten Institut einzusetzen. Anordnung der Anpassung der Prüfprogramme und einer Qualitätskontrolle. Androhung des Entzugs der Anerkennung als banken-, börsen- und anlagefondsgesetzliche Revisionsstelle.

Decisione della Commissione federale delle banche del 23 febbraio 2005 nell'affare attività di revisione presso Sogevalor SA

Diligenza richiesta ad un revisore serio e qualificato (art. 34 cpv. 1 lett. a OBVM); osservazione delle prescrizioni legali su base consolidata (art. 14 LBVM)

- 1 La fase di pianificazione della revisione per un istituto di piccole dimensioni può essere abbreviata, evitando l'esecuzione di riunioni preparatorie e di discussione finale dei lavori di revisione, a condizione che le informazioni necessarie vengano trasmesse a tutti i partecipanti. Tuttavia, se la società sottoposta a revisione è stata oggetto di diverse problematiche l'esecuzione di una fase di pianificazione semplificata non è permessa (cifra 88).
- 2 Una concentrazione di rischi, che si è anche tramutata nella totale dipendenza del commerciante di valori mobiliari dalle prestazioni offerte a una società terza, deve allarmare il revisore ed indurlo ad effettuare un controllo sul legame di dipendenza tra queste società (cifra 102).
- 3 Organizzazione di un controllo indipendente dei lavori di revisione (independent reviewer). Se l'independent reviewer svolge anche un'attività di revisione ordinaria presso altri istituti, la qualità del suo lavoro è influenzata dalla mole di lavoro ordinario a cui egli è sottoposto (cifra 136).

Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors (Art. 34 Abs. 1 Bst. a BEHV); Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen auf konsolidierter Basis (Art. 14 BEHG)

- 1 Die Planung der Revision eines kleineren Instituts kann abgekürzt werden, indem eine Vorbesprechung und eine abschliessende Besprechung der Arbeit der Revisoren weggelassen werden, sofern alle Teilnehmenden die notwendigen Informationen erhalten. Weist die zu revidierende Gesellschaft verschiedene Probleme auf, ist ein vereinfachter Planungsprozess nicht zulässig (Ziff. 88).
- 2 Eine Konzentration von Risiken, welche einen Effektenhändler vollständig von Leistungen an eine Drittgesellschaft abhängig macht, muss die Aufmerksamkeit des Revisors erregen und ihn dazu bewegen, die Beziehungen des Effektenhändlers zu dieser Drittgesellschaft zu untersuchen (Ziff. 102).
- 3 Organisation einer unabhängigen Kontrolle der Arbeit des Revisors (independent reviewer). Ist der independent reviewer gleichzeitig als ordentlicher Revisor von anderen Instituten tätig, beeinflusst das Ausmass seiner Tätigkeit als ordentlicher Revisor die Qualität seiner Arbeit als independent reviewer (Ziff. 136).

Diligence requise d'un réviseur sérieux et qualifié (art. 34 al. 1 let. a OBVM); observation des prescriptions légales sur une base consolidée (art. 14 LBVM)

- 1 La phase de planification de la révision pour un établissement de petite taille peut être raccourcie en évitant la tenue d'une réunion préparatoire et d'une discussion finale sur le travail de révision à condition que les informations nécessaires soient transmises à tous les participants. En revanche, si la société qui fait l'objet de la révision connaît différents problèmes, l'exécution d'une phase de planification simplifiée n'est pas permise (ch. 88).
- 2 Une concentration des risques qui a pour effet de faire dépendre entièrement le négociant en valeurs mobilières des prestations qu'il offre à une société tierce doit inquiéter le réviseur et l'amener à effectuer un contrôle sur le lien de dépendance avec ladite société (ch. 102).
- 3 Organisation d'un contrôle indépendant du travail du réviseur (independent reviewer). Si l'independent reviewer exerce en même temps une activité de réviseur ordinaire auprès d'autres établissements, la qualité de son travail est influencée par la masse de travail que représente cette activité de réviseur ordinaire (ch. 136).

Introduzione

Il fallimento del commerciante di valori mobiliari Sogevalor SA (vedi Boll CFB 46, pag. 168; rapporto di gestione CFB 2004, pag. 40) è stato possibile grazie alle malversazioni effettuate dagli organi della società, ed in particolare X, Y e Z, contro i quali è stata aperta una procedura penale. I modi e i metodi utilizzati dagli organi di Sogevalor SA per accettare e gestire in modo fallace gli averi dei propri clienti non sono oggetto della presente decisione. Per stabilire se il revisore della società, per il tramite dei suoi collaboratori A, B, C, D e E, ha correttamente adempiuto ai suoi doveri di diligenza, la CFB non ha esaminato la situazione della società, così come la si conosce oggi, bensì ha utilizzato le informazioni in possesso del revisore al momento dello svolgimento della revisione 2003. Tramite questa procedura la CFB ha così inteso analizzare se, nella revisione 2003, il revisore sarebbe stato in grado di stabilire la reale situazione finanziaria in cui si trovava Sogevalor SA.

Riassunto della fattispecie

Negli anni 2002 e 2003 Sogevalor SA ha fatturato diverse prestazioni di consulenza che sono state pagate da una società americana, la Dumont Investments Inc. di New York. La Dumont Investments Inc. gestiva tre fondi di investimento, tra cui il Tissera Overseas Fund N.V, le cui quote sono state acquistate unicamente dai clienti di Sogevalor SA. Il legame tra Sogevalor SA e queste società è stato nascosto sia alla CFB sia all'ufficio di revisione.

Con decisione del 19 agosto 2004 la CFB ha constatato che Sogevalor SA aveva sistematicamente leso le disposizioni sui fondi propri, sulla

ripartizione dei rischi, sulla sorveglianza su base consolidata, sull'obbligo d'informazione e di lealtà, sull'organizzazione interna e sulla garanzia di un'attività irreprensibile. Inoltre la società non disponeva della liquidità necessaria alla continuazione delle sue attività e risultava oberata dai debiti. Per questo motivo la CFB ha ritirato a Sogevalor SA l'autorizzazione ad esercitare l'attività di commerciante di valori mobiliari e ne ha decretato il fallimento.

Nella revisione 2003 effettuata dal revisore la CFB ha riscontrato i seguenti problemi:

a Sulla pianificazione e sull'esecuzione dei lavori di revisione

Le carte per la pianificazione della revisione 2003 sono state redatte da B. Tutti i documenti per il 2003 sono delle copie dei documenti del 2002, unicamente la data della revisione è stata modificata da 31.12.2002 a 31.12.2003. In particolare il formulario «Audit Strategies Memorandum» con data del 31.12.2003 riporta ancora la persona di X (che era stato allontanato da questa posizione a seguito della procedura aperta dalla CFB) nel consiglio di amministrazione della società. Il Summary Review Memorandum (SRM) del 31.12.2003 riporta le identiche informazioni sui problemi di Sogevalor SA segnalati al 31.12.2002.

Prima di eseguire i lavori preparatori per la revisione presso Sogevalor SA non è stata effettuata dal team di revisione alcuna riunione preparatoria. Nessuno dei revisori implicati, oltre a A, era a conoscenza dei problemi avuti dalla CFB con Sogevalor per la revisione 2002.

b Sulla richiesta di allestimento di un bilancio provvisorio

Nel corso della revisione intermedia, avvenuta tra ottobre e dicembre 2003, D e C hanno richiesto a Sogevalor SA due bilanci intermedi per esaminare i processi interni di Sogevalor. Nel primo bilancio intermedio, datato 31 ottobre 2003, è visibile una perdita di CHF 1,8 mio. Il secondo bilancio intermedio, datato 10 dicembre 2004, indica una perdita di CHF 2 mio.

c Sul legame tra Sogevalor SA e Dumont Investments Inc. e sull'esistenza di controparti associate

Nel rapporto di revisione 2002 erano stati riscontrati gravi problemi di redditività di Sogevalor SA. Le perdite di esercizio erano state limitate essenzialmente grazie all'incasso, nel corso del 2003, dell'importo di circa CHF 1,4 mio a titolo di commissioni legate all'attività di consulenza effettuate nel 2001 e nel 2002. Con lettera del 29 agosto 2003 Sogevalor SA ha dichiarato di aver fornito informazioni commerciali e indirizzi di tendenze sui mercati europei ed americani alle società Dumont Investments Inc. e Dog Hill, entrambe di New York. Tra i clienti della Dumont Investments Inc. vi è anche la società Tissera Overseas Fund N.V., per la quale Sogevalor SA ha pure incassato, nel corso del 2002, l'importo di CHF 490 000 a titolo di commissione di consulenza. Con lo scritto del 29 agosto 2003 Sogevalor SA ha pure confermato l'inesistenza di qualsiasi rapporto di partecipazione tra queste società e gli azionisti di Sogevalor SA. Copia di questa lettera è stata inoltrata al revisore.

Tra gli atti permanenti del revisore è stato rinvenuto un prospetto del fondo Tissera Overseas Fund. La pagina introduttiva di questo pro-

spetto indica Dumont Investments Inc. e Sogevalor SA quali «authorized dealers in shares of the Fund». Alla pagina 11 del prospetto si legge: «[Dumont Investments Inc.] serves as the Fund's asset manager. [Dumont Investments Inc.] also acts as asset manager to other Funds. Y; X; Z. [Dumont Investment Inc.]'s team of Managers consult regularly regarding general investment policies, asset allocation parameters, and other strategic matters.»

d Sui fondi propri e sui grandi rischi

Secondo il rapporto di revisione per l'anno 2003 Sogevalor SA disponeva di fondi propri per CHF 2,018 mio. Nel rapporto viene indicato che «al 31 dicembre 2003 non ci sono grossi rischi che superano il 25% dei fondi propri (Allegato G), per cui nessuna parte dei fondi propri liberamente disponibili è utilizzata a tale scopo (anno precedente: CHF 398 000)». L'allegato G relativo ai grandi rischi si presenta come segue (in 1000 CHF):

Tabella sui grandi rischi al 31.12.2003

Grandi rischi	Data	Limite massimo	Dovere di annuncio ponderato della posta rischio	Deduzione		Posta rischio ponderata (netta)		Determinante per l'insieme delle poste a rischio
				Posizioni del gruppo	Coperti da fondi propri liberamente disponibili			
Cliente 10 900	31.12.03	10%	313			313	15,5%	313
Tissera Overseas Fund	31.12.03	–	744			744	36,9%	744
Dumont Investments	31.12.03	–	2298			2298	113%	2298
Ripporto					0			3355

Alla pagina 48 del rapporto di revisione 2003 viene riportata la seguente indicazione: *«ci sono due posizioni che superano il limite del 25% dei fondi propri: si tratta di delimitazioni e/o crediti esposti nelle posizioni «Ratei e risconti attivi» e «Altri attivi» per commissioni dovute da terzi a Sogevalor SA e per le quali la società non emette fatture, ma riceve dei bonifici dalle rispettive controparti; di conseguenza, tali importi sono stati inseriti nel formulario dei grossi rischi, ma non sono stati considerati nel calcolo dei fondi esigibili.»*

e Sul rispetto dei regolamenti interni di Sogevalor SA e sulla concessione di crediti concessi contro pegno (lombard)

Tra i documenti interni di lavoro del revisore vi sono due tabelle con la situazione dei clienti che dovrebbero detenere presso Sogevalor SA una posizione debitoria. Tra questi clienti vi era pure il fondo Tissera, che deteneva una posizione debitoria di CHF 877 827.44, coperta con titoli per USD 911 111. Il regolamento di Sogevalor SA stabilisce, all'art. 24, che «i crediti della società saranno concessi contro pegno dei beni seguenti e in costante osservanza delle percentuali qui di seguito indicate: Limite massimo: Azioni quotate di società primarie: 50% del valore di borsa (...)».

f Sugli averi dei clienti messi in pegno a favore di Sogevalor SA

Da un documento di lavoro interno redatto da D, risulta come Sogevalor SA ha messo in pegno diversi depositi di clienti presso le banche depositarie U. e L. Per quel che concerne la Banca L, al 22 luglio 2004 il credito totale ottenuto da Sogevalor SA ammontava a CHF 763 000.–.

Considerandi

(...)

2 Disposizioni legali applicabili alle attività di revisione presso istituti autorizzati

(71) Uno degli elementi principali della legge sulle banche sono le norme sulla vigilanza e la revisione (art. 18–22 LBCR). In particolare, la revisione è descritta come il processo più importante per la protezione degli investitori (DTF 103 Ib 356). In questo senso, l'ufficio di revisione bancaria è un'importante strumento di controllo ed i suoi rapporti costituiscono la fonte di informazione principale della CFB (Bollettino CFB 16, pag. 23; Bollettino CFB 32, pag. 74; Circolare CFB 96/3 «Rapporto di revisione: forma e contenuto» [circ. CFB 96/3], cifra marginale 5; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung [HWP], 6.162). Gli stessi principi vigono per i commercianti di valori mobiliari ai sensi della legge federale del 24 marzo 1995 sulle borse e il commercio di valori mobiliari (LBVM; RS 954.1; Circ. CFB 96/3, cifra marginale 1 e 5; WATTER, in VOGT/WATTER [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, N 5 ad art. 17 LBVM; Bollettino CFB 40, pag. 110 s.; HWP, 6.331).

(72) Il commerciante ha l'obbligo di fare verificare la sua attività, una volta all'anno, da un ufficio di revisione riconosciuto (art. 17 cpv. 1 e art. 18 LBVM). L'ufficio di revisione riconosciuto adempie ad un compito importante, ritenuto che egli – e non la CFB – esegue il controllo diretto delle attività del commerciante di valori mobiliari (per quel che concerne le banche si veda la DTF 103 Ib 356 e i rimandi ivi contenuti). Il revisore verifica se il commerciante ottempera ai suoi obblighi legali

nonché se adempie le condizioni dell'autorizzazione e dei regolamenti interni (art. 19 cpv. 1 LBVM). L'ufficio di revisione redige un rapporto sul risultato del controllo e lo comunica al commerciante e all'autorità di vigilanza (art. 19 cpv. 2 LBVM). Il rapporto di revisione deve contenere il risultato delle verifiche prescritte dalla legge (art. 8 cpv. 2 Ordinanza della CFB del 25 giugno 1997 sulle borse e il commercio di valori mobiliari, OBVM-CFB, RS 954.193). Per quanto riguarda gli elementi che devono essere verificati e il contenuto del rapporto di revisione, sono di principio applicabili gli articoli 43–47 dell'OBCR.

(73) Gli organi di revisione riconosciuti sono obbligati ad effettuare la revisione con la diligenza propria di un revisore serio e qualificato (art. 34 cpv. 1 lit. a dell'Ordinanza del 2 dicembre 1996 sulle borse e il commercio di valori mobiliari, OBVM, RS 954.11). La misura della diligenza richiesta è oggettiva e l'ufficio di revisione deve agire conformemente ai principi generalmente riconosciuti dalla professione, come indicati nel già citato Manuale svizzero di revisione (HWP, vedi anche WATTER, in VOGT/WATTER [Hrsg.], *Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht*, Basel 1999, N 13 ad art. 19 LBVM; vedi anche Circ. CFB 96/3, cifra 4) e nei Principi di revisione contabile (PRC) della Camera fiduciaria svizzera (ora sostituiti dai standard di revisione svizzeri, in vigore dal 1° gennaio 2005). Affinché la sorveglianza prudenziale possa essere efficace, la CFB deve essere in grado di confidare nel comportamento conforme ai propri doveri da parte del revisore (per quel che concerne le banche vedi DTF 103 Ib 356). Solo in questo modo la CFB è in grado di adempiere ai propri compiti e, se viene a conoscenza di infrazioni ai sensi dell'art. 19 cpv. 4 LBVM, prendere le misure necessarie al ripristino dell'ordine legale e alla soppressione delle irregolarità (art. 35 cpv. 3 LBVM). In caso contrario, il compito della CFB sarebbe troppo oneroso, se non addirittura impraticabile.

(74) La CFB riconosce un organo di revisione quale revisore ai sensi della legge sulle borse se, fra l'altro, la sua organizzazione garantisce lo svolgimento conforme e durevole dei suoi mandati di revisione; essa è descritta esattamente negli statuti oppure nel contratto di società o in un regolamento (art. 32 cpv. 3 lit. c OBVM). I revisori responsabili devono godere di buona reputazione e giustificare conoscenze approfondite della revisione e del commercio di valori mobiliari (art. 32 cpv. 3 lit. d OBVM). Queste condizioni vigono anche per il riconoscimento di uffici di revisione in ambito bancario e di fondi di investimento (art. 35 cpv. 2 lit. a–c OBCR risp. art. 80 cpv. 1 lit. a–c dell'ordinanza del 19 ottobre 1994 sui fondi d'investimento [OFI, RS 951.311]).

(75) Se l'organo di revisione non adempie più le condizioni del riconoscimento o se viola gravemente i suoi obblighi legali o le prescrizioni interne, la CFB gli ritira il riconoscimento (art. 37 OBVM; art. 37 cpv. 2 OBCR e art. 57 cpv. 1 della legge federale del 18 marzo 1994 sui fondi d'investimento [LFI; RS 951.31]). Le clausole generali stabilite negli art. 23^{ter} cpv. 1 LBCR; art. 35 cpv. 3 LBVM e art. 58 cpv. 1 LFI danno alla CFB la possibilità, in caso di constatazione di lesioni degli obblighi legali o delle prescrizioni interne, di prendere anche altre misure oltre al ritiro del riconoscimento. Grazie a queste disposizioni la CFB può adattare le misure da prendere in relazione con i casi riscontrati. Essa deve tuttavia rispettare il divieto dell'arbitrio e della disuguaglianza, il principio della buona fede e quello della proporzionalità (Bollettino CFB 32, pag. 75 e rinvii ivi contenuti).

(76) Conformemente alla giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 103 Ib 353, in particolare 355) la CFB non è autorizzata a prendere delle misure direttamente contro i revisori responsabili. Soggetto di tali misure è l'ufficio di revisione riconosciuto.

3 Valutazione dei lavori di revisione svolti (...) presso Sogevalor SA

3.1 Misure organizzative

3.1.1 Requisiti legali

(77) Nella legge sulle banche e sulle borse non esistono delle norme che regolano in quale modo deve essere pianificata ed eseguita la revisione presso un istituto autorizzato dalla CFB. In questo ambito si applicano le regole redatte dalle organizzazioni professionali, e in particolare, quelle contenute nei già citati HWP e PRC.

(78) Il manuale HWP prevede quattro fasi di approccio alla revisione: nella prima fase la revisione viene preparata (consid. [79]), nella seconda pianificata (consid. [80]), nella terza effettuata e, nell'ultima fase, conclusa con la redazione di un rapporto (HWP 3.22).

(79) Nella fase di preparazione della revisione vengono raccolte le informazioni necessarie (HWP 3.233). Le informazioni raccolte possono essere esterne (ad esempio informazioni sull'andamento dell'economia o articoli di giornali sulla società) e interne (ad esempio i verbali del consiglio di amministrazione o i bilanci intermedi, HWP 3.2333). Lo scambio di corrispondenza tra la società oggetto della revisione e la CFB dev'essere sicuramente considerata come un'informazione che il revisore deve obbligatoriamente raccogliere nella fase di preparazione della revisione. L'HWP osserva in particolare che la preparazione della revisione è un lavoro ripetitivo ed è dunque importante non fondarsi semplicemente sulle esperienze degli anni passati, ma prendere in considerazione tutte le modifiche intervenute nel frattempo per quel che

concerne i rischi a livello delle attività dell'impresa, della sua organizzazione e della sua situazione economica e finanziaria (HWP 3.235).

(80) Il punto di partenza della fase di pianificazione della revisione è costituito dalle informazioni raccolte nella fase di preparazione. Durante la fase di pianificazione queste informazioni sono valutate in modo critico in relazione con l'approccio alla revisione. La pianificazione della revisione deve essere adeguata alle nuove conoscenze (HWP 3.241). La fase di pianificazione è suddivisa in una pianificazione strategica, nella quale sono valutati i rischi e definiti i settori chiave della revisione, e in una pianificazione dettagliata, nella quale sono previsti i metodi e i programmi di revisione (HWP 3.242 e ss).

(81) Il lavoro di revisione produce le carte di lavoro, ovvero tutti i documenti o file informatici che un revisore riceve o allestisce per giustificare il suo lavoro. Le carte di lavoro si compongono in atti permanenti e in note annuali (HWP 3.351). La standardizzazione delle carte di lavoro (mediante formulari) può essere opportuna; da evitare è comunque un eccessivo formalismo che possa pregiudicare la revisione vera e propria (HWP 3.352, vedi anche PRC 3). In ogni caso, i risultati della revisione e le relative conclusioni, nonché eventuali problemi ed il loro chiarimento, devono essere evidenziati dettagliatamente nelle carte di lavoro (PRC 3; nota 4.1).

(...)

3.1.3 Valutazione dei riscontri della CFB

(84) Durante l'allestimento della revisione di Sogevalor SA, i doveri previsti nelle fasi di preparazione (consid. [79]) e di pianificazione

(consid. [80]) non sono stati eseguiti con la diligenza richiesta dalle circostanze.

(85) Nella fase di pianificazione il team di revisione non soltanto non ha ricercato le informazioni necessarie per lo svolgimento di una corretta revisione, ma addirittura le informazioni ottenute dalla CFB non sono state utilizzate. In particolare i legami tra Sogevalor SA e le società Dumont Investments Inc. e Tissera Overseas Fund, che erano stati oggetto di una richiesta esplicita da parte della CFB con copia al revisore, non sono stati esaminati. Questo controllo risulta particolarmente sensibile a causa degli effetti che esso avrebbe potuto avere sul calcolo dei fondi propri e della ripartizione dei rischi (consid. [97]). Già il fatto che la CFB sia dovuta intervenire per chiedere spiegazioni su questo legame rispecchia una mancanza da parte dell'ufficio di revisione, in quanto questo era un compito di sua competenza. Nella fattispecie inoltre, la risposta data dalla società non poteva liberare il revisore dal verificare la plausibilità delle informazioni consegnate. Ritenuta l'importanza di questa problematica, l'esecuzione di una revisione orientata verso il rischio (risk based approach) richiedeva una pianificazione accurata. Nella fattispecie questa mancanza risulta ancora più grave, ritenuto che il revisore deteneva nei propri locali della documentazione che comprovava l'esistenza di un legame tra Sogevalor SA e le società americane. Un ulteriore esempio della mancata preparazione della revisione risulta nella mancata informazione al team di revisione sull'allontanamento di X dal consiglio di amministrazione della società a seguito della procedura aperta dalla CFB. (...)

(86) Nella fase di pianificazione l'ufficio di revisione avrebbe dovuto valutare le informazioni raccolte e decidere i controlli da effettuare presso Sogevalor SA. Per quel che concerne la revisione Sogevalor SA

questa fase è stata omessa. Il responsabile della revisione, B, ha unicamente stampato i formulari della revisione 2002 per la revisione 2003, senza effettuare alcuna misura di pianificazione. Se questo modo di procedere può essere giustificato laddove le informazioni contenute nei formulari non hanno subito delle modifiche, il caso in esame mostra come B abbia semplicemente utilizzato i formulari dell'anno precedente senza esaminare se la situazione presso Sogevalor SA fosse stata oggetto di cambiamenti importanti, come era il caso, ritenuto che nel corso del 2003 la CFB aveva ordinato l'esecuzione di un controllo approfondito a causa delle lacune rinvenute presso la società. Questo fatto, assieme agli altri problemi riscontrati dalla CFB, avrebbe dovuto indurre B ad effettuare una pianificazione della revisione orientata verso il rischio, concentrandosi sui problemi sorti nel corso dell'anno.

(87) Come osservato dalle parti, per un istituto di piccole dimensioni la fase di pianificazione può essere abbreviata, evitando l'esecuzione di riunioni preparatorie e di discussione finale dei lavori di revisione, a condizione che le informazioni necessarie vengano trasmesse a tutti i partecipanti. Nel caso Sogevalor SA l'inchiesta condotta dalla CFB ha tuttavia dimostrato che i membri del gruppo di revisione non erano a conoscenza delle informazioni necessarie per lo svolgimento del loro lavoro. Inoltre la CFB ritiene che la situazione della società non permetteva l'esecuzione di una fase di pianificazione semplificata. I problemi posti da Sogevalor SA erano infatti diversi, gravi e straordinari e avevano dato adito ad un nutrito scambio di corrispondenza con la CFB. Se la mole del commerciante di valori mobiliari avrebbe permesso l'assenza di riunioni preparatorie e conclusive, i problemi della società le rendevano necessarie, se non indispensabili.

(88) Oltre ad aver omesso una chiara pianificazione dei lavori di revisione, non vi è stato nemmeno alcun controllo dei lavori eseguiti. Solo pochi lavori di revisione sono stati rivisti da una seconda persona. In particolare, tutti i formulari redatti da B, che contengono il maggior numero di lacune, non sono stati visti da nessuna altra persona. Contrariamente a quanto indicato dallo stesso B nel corso del suo interrogatorio, l'esecuzione di questo secondo controllo non è solo una consuetudine, ma è anche prescritto dai principi di revisione contabile, che prevedono l'esecuzione di un esame, da parte di un collaboratore di grado superiore, del lavoro svolto da ogni revisore facente parte di un gruppo di revisione e delle relative carte di lavoro (PRC 2, 4.3.3). A doveva pertanto verificare i lavori di pianificazione effettuati da B e porre il suo visto nell'apposito spazio previsto nei formulari. Omettendo questo controllo egli ha violato i principi di revisione contabile.

3.2 Sui singoli problemi riscontrati nella revisione 2003

(89) Oltre alle lacune di carattere generale constatate nei lavori di revisione 2003 presso Sogevalor SA, l'inchiesta della CFB ha permesso di stabilire diverse altre mancanze di valutazione da parte del team di revisione di Lugano.

3.2.1 Sulla richiesta di allestimento di un bilancio provvisorio

3.2.1.1 Requisiti legali

(90) La tenuta dei conti è retta, tra l'altro, dai principi del rilevamento regolare delle operazioni, della completezza del conto annuale, della chiarezza dei dati, dell'essenzialità dei dati e della prudenza (art. 24 cpv. 2 OBCR in relazione con art. 29 OBVM). Tutte le operazioni con-

cluse fino alla data del bilancio sono contabilizzate quotidianamente e valutate secondo questi principi (Direttive della CFB sulle disposizioni che regolano la redazione dei conti del 14.12.1994 [DEC], cifra marginale 2). L'esecuzione di una contabilità giornaliera risulta necessaria per permettere all'istituto assoggettato di informare senza indugio la CFB qualora le condizioni relative ai fondi propri (art. 13a e 13b cpv. 2 OBCR in relazione con art. 29 OBVM) non sono più rispettate, oppure in caso di superamento del limite massimo applicabile ai grandi rischi (art. 21a cpv. 3 OBCR in relazione con art. 29 OBVM, vedi anche consid. [104]) o di riduzione del capitale minimo (CHF 1,5 mio, art. 22 OBVM in relazione con art. 10 LBVM).

(91) Se esiste un fondato timore che la società abbia un'eccedenza di debiti, il commerciante di valori mobiliari deve avvisare il giudice del fallimento (art. 725 CO, a partire dal 1° luglio 2004 la CFB, art. 725 CO in relazione con art. 33 LBCR). In questo caso il consiglio di amministrazione ha l'obbligo di stabilire un bilancio intermedio e non può attendere l'allestimento del bilancio di fine anno (FRANÇOIS VOUILLOZ, *Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de la faillite, l'état des lieux*, art. 725 et 725a CO, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2004, pag. 313 e 315). Questo obbligo vale anche per il revisore (art. 729b CO).

3.2.1.3 Valutazione dei riscontri della CFB

(93) Dai bilanci intermedi del 31 ottobre e del 10 dicembre 2003 risulta una perdita di CHF 1,8 mio, rispettivamente CHF 2 mio a fronte di fondi propri per CHF 2,018 mio. Date queste premesse ogni ragionevole persona doveva riconoscere l'esistenza di un rischio del rispetto dell'esigenza del capitale minimo e del rispetto delle condizioni rela-

tive ai fondi propri. In questo caso, unicamente grazie ad una chiara contabilità effettuata su base giornaliera, nel pieno rispetto dei principi stabiliti dall'OBCR, sarebbe stato possibile determinare se le condizioni per l'esercizio dell'attività di commerciante di valori mobiliari erano rispettate. Per Sogevalor SA questa contabilità era assente. Come evidenziato dai revisori durante i loro interrogatori e dalle parti nelle loro osservazioni, al momento della consegna dei bilanci intermedi del 31 ottobre e del 10 dicembre 2003 i crediti vantati da Sogevalor SA nei confronti della Dumont Investments Inc. non erano ancora stati contabilizzati, e questo in lesione del principio della registrazione giornaliera stabilito dalla DEC. Tuttavia nessuno dei revisori (...) ha ritenuto necessario richiedere un bilancio provvisorio completo, al fine di assicurarsi che Sogevalor SA detenesse effettivamente delle pretese tali da compensare la perdita subita nel corso dell'esercizio 2003. Questa mancanza consiste non soltanto in una violazione delle esigenze poste dalla LBVM, ma anche dell'art. 725 CO in relazione con l'art. 729b CO, visto che al momento della consegna dei due bilanci provvisori il revisore non poteva ancora sapere se le pretese vantate da Sogevalor SA avrebbero coperto questa perdita.

(94) Questa mancanza è ancora più grave se si considera che la giustificazione data da A per la mancata deduzione dai fondi propri di Sogevalor SA dei grandi rischi causati dalla Dumont Investments Inc. (prestazioni direttamente pagate dalla società americana e non fatturate da Sogevalor SA), (...) significa che questo credito non sarebbe stato iscritto nel bilancio intermedio, e che pertanto l'indebitamento di Sogevalor SA sarebbe stato confermato. Al contrario, l'iscrizione di queste pretese nel bilancio intermedio non avrebbe più giustificato la mancata deduzione del credito Dumont Investments Inc. dai fondi propri di Sogevalor SA (...).

(95) L'allestimento del bilancio provvisorio avrebbe inoltre obbligato il revisore ad un'attenta valutazione del credito (principio di prudenza, DEC 7) e avrebbe indicato la totale dipendenza di Sogevalor SA dai versamenti effettuati da Dumont Investments Inc. e dalle società ad essa collegate e avrebbe portato ad un'ulteriore sensibilizzazione sul problema dell'esistenza di un legame tra Sogevalor SA e la stessa Dumont Investments Inc.

3.2.2 Sul legame tra Sogevalor SA e Dumont Investments Inc. e sull'esistenza di controparti associate

3.2.2.1 Requisiti legali

(96) Se il commerciante di valori mobiliari è parte integrante di un gruppo o di un conglomerato finanziario, esso deve osservare le prescrizioni applicabili ai fondi propri e alla ripartizione dei rischi su base consolidata (art. 14 LBVM). In questo caso, le condizioni per il mantenimento dell'autorizzazione ad esercitare l'attività di commerciante di valori mobiliari risultano più onerose. Nel caso in cui il commerciante non detiene alcuna partecipazione in altre società, ne dovrà essere fatta menzione espressa nel rapporto di revisione (Circ. CFB 96/3, cifra 10).

(97) Un maggiore onere nel rispetto delle condizioni per il mantenimento dell'autorizzazione sussiste anche laddove il commerciante di valori mobiliari vanta pretese nei confronti di diverse società legate tra loro. Le prescrizioni sulla ripartizione dei rischi prevedono infatti che una posta rischio non deve superare il 25 per cento dei fondi propri disponibili (art. 21a OBCR in relazione con art. 29 OBVM). Se fra due o più persone fisiche o giuridiche vi è un'interdipendenza palese tale da rendere verosimile che le difficoltà finanziarie dell'una producano dif-

ficoltà di pagamento da parte delle altre (art. 21c cpv. 1 lit. b OBCR), oppure se una di esse partecipa direttamente o indirettamente all'altra con oltre la metà dei diritti di voto nell'altra o esercita altrimenti un influsso dominante nei suoi confronti (art. 21c cpv. 1 lit. a OBCR), queste sono da considerarsi come controparti associate e, come tali, la loro posta rischio è la risultante delle singole poste rischio calcolate per ciascuna controparte (art. 21c cpv. 3 OBCR). Se il commerciante di valori mobiliari vanta delle pretese nei confronti di controparti associate, nel calcolo dei grandi rischi queste pretese verranno sommate. In questo caso vi sono maggiori possibilità di superare il limite del 25 per cento dei fondi propri disponibili.

(...)

3.2.2.3 Valutazione dei riscontri della CFB

(101) (...) vi erano diversi fatti che richiedevano un esame approfondito sul legame tra Sogevalor SA e le società americane da parte dei revisori. A partire dal 2002 infatti la società era riuscita ad ottenere i ricavi necessari per la sua sopravvivenza economica unicamente grazie alle prestazioni di consulenza offerte a Dumont Investments Inc. L'esistenza di questa concentrazione di rischi, che si è anche tramutata in una totale dipendenza di Sogevalor SA dalle prestazioni offerte alle società americane, doveva allarmare il revisore ed indurlo ad effettuare un controllo approfondito dei crediti vantati da Sogevalor SA verso queste società (Bollettino CFB 43, pag. 31 ed in particolare pag. 59; Bollettino CFB 30, pag. 39).

(102) L'importanza delle conseguenze del riconoscimento di un legame tra Sogevalor SA e le società americane (osservanza delle condizioni

per l'esercizio dell'attività di commerciante su base consolidata) o anche solo di un legame tra le sole società americane (cumulo delle poste nel calcolo sui grandi rischi, vedi consid. [108]), nonché l'assenza di una contabilità effettuata giornalmente (consid. [93]) rendevano necessario effettuare un controllo specifico di questa dipendenza. La CFB ha così richiesto una presa di posizione da parte della società, che è arrivata con la lettera del 29 agosto 2003, inoltrata in copia anche al revisore. Il fatto che Sogevalor SA avesse negato con questo scritto l'esistenza di una relazione con Dumont Investments Inc., Dog Hill e Tissera Overseas Fund, non liberava il revisore dall'indagare sulla presenza di un tale legame. La CFB infatti, al contrario dell'ufficio di revisione, non effettua delle revisioni sul posto e deve limitarsi ad un esame critico delle informazioni che ottiene dalle società assoggettate o dai suoi revisori. L'ufficio di revisione, quale lunga mano della CFB, ha invece la possibilità di richiedere ed ottenere tutta la documentazione necessaria per l'adempimento dei suoi scopi. Nella fattispecie importanti elementi in possesso dell'ufficio di revisione lasciavano dubitare dell'affermazione della società: Sogevalor SA aveva infatti indicato i depositi gestiti dalla Dumont Investments Inc. come propri depositi e le fatture per le prestazioni dovute da Dog Hill e il fondo Tissera erano state emesse e pagate dalla Dumont Investments Inc. Ma ancora più grave, l'ufficio di revisione era in possesso di un documento che mostra il legame tra Sogevalor SA e le società americane del gruppo. Il prospetto rinvenuto presso la documentazione permanente dell'ufficio di revisione indica chiaramente tale collegamento. Ritenuta la dipendenza economica mostrata da Sogevalor SA dai versamenti effettuati dal fondo Tissera e dalla società Dumont Investments Inc., l'ufficio di revisione avrebbe dovuto chiarire con precisione la solidità finanziaria di queste società. Il prospetto a disposizione era un ele-

mento importante per effettuare questo esame e doveva essere analizzato con attenzione.

(103) Il fatto che nessun membro del gruppo di revisione abbia letto il prospetto sul fondo Tissera consiste nell'ennesima lesione dei principi di revisione contabile. Le carte di lavoro permanenti, che sono predisposte anteriormente e durante l'esecuzione della prima revisione, devono infatti essere riviste e aggiornate di anno in anno (PRC 3; nota 4.2).

3.2.3 Sui fondi propri e sui grandi rischi

3.2.3.1 Requisiti legali

(104) Il commerciante di valori mobiliari deve disporre di sufficienti fondi propri (art. 12 LBVM). In particolare i fondi propri devono essere sufficienti a coprire i rischi della società. Il calcolo dei fondi propri e la ripartizione dei rischi deve essere svolto secondo le disposizioni dell'ordinanza sulle banche e le casse di risparmio (art. 29 OBVM). Ai sensi dell'art. 21a OBCR una posta rischio non deve superare il 25 per cento dei fondi propri disponibili della banca. Se viene constatata una posta rischio che supera tale limite il commerciante di valori mobiliari deve immediatamente annunciarlo all'ufficio di revisione e alla CFB (art. 21a cpv. 3 OBCR). Il limite massimo può essere superato senza annuncio immediato a condizione che il superamento sia coperto interamente mediante i fondi propri liberamente disponibili (art. 21a cpv. 5 OBCR). L'ufficio di revisione deve sorvegliare il controllo interno dei grandi rischi e ne deve valutare l'evoluzione (art. 21 cpv. 2 OBCR).

(...)

3.2.3.3 Valutazione dei riscontri della CFB

(107) Secondo il rapporto di revisione per l'anno 2003, al 31 dicembre 2003 Sogevalor SA disponeva di fondi propri pari a CHF 2,018 mio. La società poteva pertanto disporre di crediti solo fino ad un ammontare massimo di CHF 0,504 mio (art. 21a OBCR, 25 % di CHF 2,018 mio). Sia il credito Dumont Investment Inc. (CHF 2,298 mio) sia il credito Tissera Overseas Fund N.V. (CHF 0,744 mio) superavano questo limite nella misura del 113,9%, rispettivamente 36,9% (pari ad un superamento di CHF 1,794 mio e CHF 0,240 mio del limite massimo, per un totale di CHF 2,034). Questo sorpasso poteva essere ammesso unicamente se coperto dai fondi propri liberamente esigibili di Sogevalor SA (art. 21a cpv. 5 OBCR). Questa condizione tuttavia non era adempiuta da Sogevalor SA, in quanto la società disponeva di fondi propri liberamente disponibili per CHF 1,191 mio, dunque per un importo insufficiente a coprire l'eccesso di CHF 2,034 mio. Di conseguenza, se il calcolo dei grandi rischi fosse stato effettuato in modo corretto, Sogevalor SA non avrebbe rispettato le condizioni per il mantenimento dell'autorizzazione ad esercitare l'attività di commerciante di valori mobiliari.

(108) Il superamento del limite del 25% dei fondi propri esigibili sarebbe stato ancora più grave se si fossero considerate, come bisognava fare, le poste Dumont Investments Inc. e Tissera Overseas Fund come delle controparti associate ai sensi dell'art. 21c OBCR. In questo caso le due poste avrebbero dovuto essere trattate come una singola unità. Il credito vantato da Sogevalor SA sarebbe così stato di CHF 3,042 mio, pari al 150% dei fondi propri, con un superamento di CHF 2,538 mio del limite del 25% dei fondi propri esigibili, che non era coperto dai fondi propri liberamente disponibili, sempre pari a CHF 1,191 mio.

(109) Nel rapporto di revisione 2003 le posizioni Tissera e Dumont non sono state considerate quali grandi rischi poiché per esse «*la società non emette fatture, ma riceve dei bonifici dalle rispettive controparti*». Questa giustificazione, elaborata da A, non è suffragata da nessun testo legale o dottrinale ed è scorretta. Il metodo di calcolo di una posta rischio è regolato in modo esaustivo dalle norme dell'OBCR, che sono state ampiamente descritte dalla CFB nel suo Bollettino speciale sulle disposizioni in materia di ripartizione dei rischi del 1996 (Bollettino CFB 30). Una modifica della ponderazione del rischio posto da un credito è ammessa unicamente laddove questo risulti coperto da altri valori, in conformità con l'art. 12a OBCR (art. 21d OBCR in relazione con l'art. 21e OBCR, vedi anche la tabella su Bollettino CFB 30, pag. 47). In pratica A, con la sua giustificazione, ha applicato a Dumont Investments Inc. un tasso di ponderazione dello 0%, paragonando de facto la solvibilità della società americana a quella dei governi centrali e delle banche centrali dei Paesi dell'OCSE (art. 12a cpv. 1 punto 1 OBCR). Il tutto nonostante la Dumont Investments Inc. fosse sempre debitrice nei confronti di Sogevalor SA, al 31 marzo 2004, per CHF 1,343 mio. Al contrario, la decisione di non dedurre le parti superiori al 25% dei fondi propri esigibili dai fondi propri liberamente disponibili consiste in un raggiramento delle disposizioni legali, che hanno quale scopo proprio quello di evitare che in caso di mancato pagamento dei grossi crediti la sopravvivenza economica della società, e con essa gli interessi dei suoi creditori, sia messa in pericolo (FF 1970 pag. 915).

(110) Nel corso del suo interrogatorio A ha dichiarato che il credito nei confronti della Dumont non era stato valutato come un grande rischio poiché in data 27 febbraio 2004, dunque dopo la chiusura del 31 dicembre 2003, Sogevalor SA aveva ricevuto dalla società americana un pagamento di USD 1,415 mio. Avendo pagato questa somma, la società

aveva dimostrato di essere solvibile, una deduzione dai fondi propri non si rendeva pertanto necessaria. Questa affermazione è scorretta. Il fatto che Dumont abbia pagato parte del suo debito non consiste in un'eccezione al dovere di annuncio stabilito in caso di superamento del limite dei grandi rischi non coperto dai fondi propri liberamente esigibili (Bollettino CFB 43, pag. 31, e in particolare punto 3.1, pag. 54). Occorre osservare che anche B aveva, in un primo tempo, valutato le posizioni Dumont e Tissera come un grande rischio. Nel corso del suo interrogatorio egli non è tuttavia stato in grado di indicare i motivi per i quali A ha poi deciso il contrario. A suo avviso, A avrebbe dovuto chiedere l'intervento dell'independent reviewer, ma lo stesso E ha affermato che anche B avrebbe avuto tale possibilità. Inoltre per la risoluzione di questioni come questa le parti avrebbero potuto contattare Professional Practice.

(111) Nel corso dell'istruttoria svolta dalla CFB A, contrariamente a quanto esplicitamente indicato nel rapporto di revisione, ha ammesso che la posizione del Tissera Overseas Fund doveva essere dedotta dai fondi propri liberamente disponibili.

3.2.4 Sul rispetto dei regolamenti interni di Sogevalor SA e sulla concessione di crediti lombard

3.2.4.1 Requisiti legali

(112) Al fine di limitare i propri rischi, il commerciante di valori mobiliari deve provvedere ad istituire un efficace sistema di controllo interno (art. 17 e 20 OBVM). Sono definiti controlli interni tutti quei metodi, misure ed azioni messe in atto in modo da assicurare un'attività efficiente e ordinata. Il sistema di controllo interno comprende tutti i

parametri e tutti i sistemi così come l'insieme di tutte le procedure e le misure applicate in un'impresa per rispettare le disposizioni di legge, per conseguire gli obiettivi politico-aziendali, per assicurare l'attendibilità e la completezza della contabilità, per garantire una conduzione aziendale efficace e per proteggere il patrimonio (PRC 14, HWP 3.2, Bollettino CFB 43, pag. 31). Il controllo interno deve essere oggetto di verifica da parte del revisore (art. 19 LBVM e art. 44 lit. o OBCR).

(113) I commercianti di valori mobiliari sono obbligati, ai sensi delle norme sulla ripartizione dei rischi, a rilasciare dei limiti per ogni impegno preso nei confronti di controparti (art. 29 cpv. 1 OBVM in relazione con art. 21d cpv. 3 OBCR; art. 19 cpv. 3 OBVM e art. 26 OBVM). Questi limiti devono essere iscritti nei regolamenti interni della società, la cui esistenza è una condizione per l'ottenimento dell'autorizzazione ad esercitare l'attività di commerciante di valori mobiliari (art. 10 cpv. 2 lit. a LBVM), che il revisore deve verificare in modo permanente (art. 19 cpv. 1 LBVM, circolare CFB 96/3, cifra marginale 16).

3.2.4.3 Valutazione dei riscontri della CFB

(115) L'inchiesta condotta dalla CFB ha rilevato che nessuno dei membri del gruppo di revisione ha verificato il rispetto del regolamento interno di Sogevalor SA. L'unica persona che ha svolto un esame che avrebbe potuto implicare anche il controllo di questo regolamento era D. Egli tuttavia ha dichiarato di non avere mai visto questo documento fino all'interrogatorio svolto dalla CFB.

(116) Per le parti, D non doveva effettuare questo tipo di controllo, e dunque non gli può essere rimproverata una mancanza. Nonostante queste giustificazioni, si deve ribadire che il rispetto dei regolamenti

interni della società, quale condizione per il mantenimento dell'autorizzazione, è uno degli elementi soggetti a controllo da parte dell'ufficio di revisione (art. 19 LBVM). L'istruttoria eseguita dalla CFB ha tuttavia permesso di stabilire che nessun membro del gruppo di revisione ha effettuato questo controllo.

(117) Il mancato rispetto del regolamento sui limiti di crediti indica inoltre che il sistema di controllo interno instaurato da Sogevalor SA non era adeguato. La concessione di crediti superiori ai limiti indicati nei propri regolamenti prova infatti una mancata esecuzione dei controlli interni da parte di Sogevalor SA. L'inchiesta effettuata dalla CFB ha permesso di constatare diverse altre carenze nel controllo interno di Sogevalor SA, ed in particolare la carente identificazione dei legami tra la società e le controparti americane nonché la carente valutazione degli averi dei clienti depositati presso queste società. Un revisore serio e qualificato avrebbe dovuto riscontrare queste lacune e imporre un'irregolarità nel rapporto di revisione (art. 19 cpv. 4 LBVM).

3.2.5 Sugli averi dei clienti messi in pegno a favore di Sogevalor SA

3.2.5.1 Requisiti legali

(118) Conformemente all'art. 44 lit. q OBCR, nel suo rapporto l'ufficio di revisione deve prendere chiaramente posizione sull'ammontare complessivo dei pegni costituiti dai debitori e reimpiegati o dati a riporto come pure l'ammontare delle anticipazioni concesse o ottenute su questi pegni e l'osservanza dell'art. 17 LBCR e dell'art. 33 OBCR.

(119) Nonostante l'art. 44 OBCR si applichi direttamente anche ai commercianti di valori mobiliari (art. 8 OBVM-CFB), il legislatore ha

omesso l'obbligo per questi istituti, contrariamente a quanto previsto per le banche all'art. 17 LBCR, di procurarsi un atto speciale se intende riservarsi il diritto d'impegnare i valori ricevuti in pegno. Così per i commercianti, contrariamente che per le banche (ZOBL, in: ZOBL/SCHWOB/GEIGER/WINZELER [Hrsg.], *Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz*, Zürich 2002, N 21 ad art. 17 LBCR; GUGGENHEIM, *Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis*, Zürich 1986, pag. 130), risulta sufficiente una semplice autorizzazione nelle condizioni generali o un atto di pegno generale. Tuttavia, la discriminazione tra banche e commercianti di valori mobiliari fatta dal legislatore in questo ambito risulta, in relazione con la protezione dei creditori, infondata. Occorre infatti osservare che l'art. 17 LBCR è stato introdotto proprio poiché, come nel caso che qui ci occupa, i clienti di una banca, proprietari dei titoli depositati presso di essa, hanno subito un danno a seguito del loro reimpegno eseguito dall'istituto bancario (REIMANN, *Kommentar zum Bankgesetz*, Zürich 1963, N 1 ad art. 17 LBCR; *Bollettino CFB* 43, pag. 65). L'applicazione di questa norma anche ai commercianti di valori mobiliari è pertanto sicuramente necessaria. Tuttavia, almeno per quel che concerne gli obblighi di revisione, il principio della legalità non permette di imputare al revisore il mancato controllo dell'esistenza di un atto di pegno speciale ai sensi dell'art. 17 LBCR.

(120) Se il controllo dell'esistenza di un atto di pegno speciale può, anche se auspicato, essere escluso dal programma di verifica dell'ufficio di revisione, il fatto di dare in pegno ad altri valori impegnati per una somma superiore a quella di cui il commerciante era creditore verso il proprio debitore pignoratizio è una problematica che deve essere rinvenuta. Questo divieto è espressamente previsto per le banche agli art. 17 cpv. 2 LBCR e art. 33 cpv. 1 OBCR, al fine di evitare che il cliente debba pagare più di quanto dovuto (ZOBL, N 22 e 23 ad art. 17 LBCR).

Come indicato, queste disposizioni non sono direttamente applicabili a commercianti di valori mobiliari. Tuttavia, dall'obbligo di lealtà previsto dall'art. 11 cpv. 1 lit. c LBVM, deriva per il commerciante di valori mobiliari l'obbligo d'informare il suo cliente in una forma adeguata sulle situazioni in cui esiste un conflitto d'interessi che egli non può evitare, con relativa minaccia agli interessi del cliente (art. 8 cpv. 2 delle regole di condotta per commercianti di valori mobiliari applicabili all'esecuzione di transazioni su titoli dell'Associazione svizzera dei banchieri [ASB] del 22 gennaio 1997; vedi anche ROTH in: HERTIG/MEIER-SCHATZ/ROTH/ZOBL [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, N 154 ad art. 11 LBVM; WYSS, Verhaltensregeln für Effekthändler, Diss. Zürich 2000, pag. 226 e ss). In questo caso il commerciante può agire unicamente dopo che il cliente ha autorizzato la situazione venutasi a creare (ROTH, N 154 ad art. 11 LBVM).

(...)

3.2.5.3 Valutazione dei riscontri della CFB

(122) Contrariamente a quanto sostenuto dall'ufficio di revisione, D aveva correttamente rilevato l'esistenza di titoli dei clienti messi a pegno a favore di Sogevalor SA e ne aveva discusso con A, il quale ha ritenuto possibile l'impegno di averi della clientela a copertura dei crediti lombard concessi da Sogevalor SA. A non ha allora ritenuto necessario controllare se vi fosse almeno un atto di pegno generale o una clausola simile nelle condizioni generali dei contratti sottoscritti dai clienti. Egli non ha nemmeno ritenuto necessario esaminare se il credito ottenuto da Sogevalor SA superasse il valore di quelli concessi ai propri clienti da Sogevalor SA.

(123) Questo modo di procedere è contrario alle esigenze poste dalla CFB. I revisori sono infatti obbligati a controllare il rispetto delle regole dell'ASB (Circ. CFB 96/36, cifra 24) dell'adeguatezza e dell'efficacia dell'organizzazione, così come il controllo del servizio dei depositi titoli per il quale occorre esplicitamente accertare e confermare se è garantita la sicurezza dei depositi dei clienti (art. 8 cpv. 1 OBVM-CFB in relazione con art. 44 lit. p OBCR).

3.3 Attività dell'independent reviewer

3.3.1 Requisiti legali

(124) Le norme sulla revisione bancaria, applicabili anche ai commercianti di valori mobiliari, non prevedono l'obbligo dell'introduzione di una figura come quella dell'independent reviewer. Tuttavia le esigenze di controllo di qualità stabilite dai principi di revisione contabile rendono necessario l'instaurazione di questa verifica anche in ambito bancario (PRC 2, HWP 3.191). La società di revisione deve infatti garantire un'elevata qualità della revisione mediante misure interne, che devono estendersi all'insieme dell'organizzazione gerarchica e funzionale della società di revisione. Le misure di controllo possono essere delegate a singole persone (PRC 2, cifra 3). Gli obiettivi del controllo di qualità generale possono essere raggiunti con la designazione di una persona incaricata di ispezionare in modo indipendente le revisioni effettuate ed i risultati delle stesse (PRC 2, cifra 4.2.1; HWP 3.194).

(...)

3.3.3 Valutazione dei riscontri della CFB

(...)

(127) Per effettuare il suo controllo E ha ricercato diverse informazioni. Egli ha così constatato che il rating interno di Sogevalor SA era B (anche se alla CFB era stato comunicato un rating C). A ha poi mandato a E il rapporto di revisione 2003, senza tuttavia allegare né il formulario SRM, né gli allegati da B a I del rapporto. In mancanza di questi allegati, ed in particolare dell'allegato G, E non si è accorto dell'errato calcolo dei grandi rischi operato da A.

(128) La lacuna del controllo effettuato da E risulta in parte giustificata dal comportamento sia di A, che non ha fornito le informazioni necessarie per l'esecuzione dell'esame indipendente, sia della stessa società di revisione, che non ha modificato da B a C il rating di Sogevalor SA nella lista «Revisionen von Banken und Effekthändlern» consegnata ai suoi revisori. Occorre tuttavia osservare che il tempo previsto da E per l'esecuzione del controllo di independent reviewer (3 ore) non risulta adeguato con i problemi posti da Sogevalor SA nel corso del 2003. Inoltre nel rapporto consegnato a E era espressamente indicato che due posizioni superavano il limite del 25% dei fondi propri ma che non erano state considerate nel calcolo dei fondi esigibili. Benché E abbia dichiarato di non aver letto questo paragrafo per sua disattenzione, la CFB ritiene che un collaboratore più esperto nella lingua italiana avrebbe compreso la portata di questa dichiarazione e sarebbe intervenuto chiedendo spiegazioni al revisore responsabile. Nel corso del suo interrogatorio infatti E non ha dimostrato di possedere delle conoscenze della lingua italiana sufficienti per eseguire il suo compito di independent reviewer.

4 Valutazione delle attività di revisione (...) presso Sogevalor SA

(129) L'inchiesta svolta dalla CFB ha dimostrato che la revisione 2003 del commerciante di valori mobiliari Sogevalor SA non si è svolta nel rispetto delle esigenze richieste da un revisore serio e qualificato. Nonostante i problemi causati dalla società nel corso del 2003 – problemi che hanno indotto la CFB ad ordinare un controllo approfondito nei confronti di Sogevalor SA – la fase di preparazione e di pianificazione della revisione è stata svolta in maniera insufficiente (consid. [84]). Gli annunci richiesti dalla legge in caso di violazione del capitale minimo (consid. [93]), di timore di eccedenza di debiti (consid. [93]) e di superamento del limite del 25% dei fondi propri disponibili da parte di una posta rischio (consid. [108]) non sono stati effettuati. Alcune delle condizioni necessarie per il mantenimento dell'autorizzazione ad esercitare l'attività di commerciante di valori mobiliari non sono state oggetto di verifiche indispensabili (consid. [116] e [123]).

(...)

4.2 Misure da adottare nei confronti dei revisori responsabili

(133) Per poter svolgere le sue attività di sorveglianza la CFB deve poter fidarsi dell'adempimento conforme ai propri doveri da parte del revisore responsabile (DTF 103 Ib 356). Nella fattispecie, A ha gravemente leso la fiducia alla base di questo rapporto. All'ufficio di revisione è pertanto fatto divieto di impiegare A quale revisore responsabile presso banche, commercianti di valori mobiliari, borse e direzioni di fondi. Inoltre, nel caso in cui A trovasse una nuova occupazione presso un altro revisore riconosciuto dalla CFB, non potrà più essere riconosciuto quale revisore responsabile.

(134) Anche se non era il revisore responsabile, E ha pur sempre sottoscritto il rapporto di revisione 2003 nonostante le sue carenze. Inoltre egli non ha adempito al suo dovere di independent reviewer. Per questi motivi, con la presente decisione E viene formalmente ammonito per aver eseguito in modo troppo superficiale il suo controllo di qualità. Egli viene inoltre avvertito che in caso di una sua futura omissione la CFB riterrà anche per lui lesa la fiducia necessaria per lo svolgimento delle relazioni con questa autorità.

5 Valutazione dell'organizzazione e responsabilità dell'ufficio di revisione nello svolgimento delle revisioni di istituti autorizzati

5.1 Organizzazione

(...)

(136) Come sopra descritto, la funzione dell'independent reviewer è attualmente occupata da un revisore accreditato dalla CFB che, oltre al suo usuale lavoro di revisione, ha il compito di rileggere in modo critico il lavoro svolto dai suoi colleghi. Le attività d'independent reviewer risultano pertanto secondarie rispetto alle normali attività di revisione e, di conseguenza, sono svolte in modo subordinato. La qualità del lavoro d'independent reviewer è inoltre influenzata dalla mole di lavoro ordinario a cui il revisore è sottoposto. Nel caso in cui il tempo a disposizione risulta limitato, la CFB ritiene che, con l'organizzazione attuale, il compito di independent reviewer venga sacrificato a scapito delle ordinarie attività di revisione.

(...)

6 Costi

(142) La CFB preleva, per le decisioni prese in applicazione della legge sulle banche, degli emolumenti calcolati in applicazione degli art. 11 e 12 dell'Ordinanza del 2 dicembre 1996 sulla riscossione di tasse e emolumenti da parte della Commissione federale delle banche (Oem-CFB, RS 611.014). Ai sensi dell'art. 12 cpv. 1 lit. b Oem-CFB, la CFB può riscuotere presso gli uffici di revisione emolumenti fino a CHF 30 000.-. Tuttavia, al cpv. 3 l'art. 12 Oem-CFB stabilisce che nelle procedure particolarmente complesse possono essere riscossi emolumenti di decisione che superano gli importi di cui al capoverso 1. Il calcolo di tali emolumenti è retto dall'articolo 14. Il presente caso rientra sicuramente nella nozione di procedure complesse stabilito da questa norma. Non soltanto la mole dell'incarto, ma anche e soprattutto la complessità della materia ha richiesto l'impegno di diversi specialisti presso il Segretariato della CFB. Questo dispendio giustifica il conteggio degli emolumenti secondo il tempo impiegato. Ai sensi dell'art. 14 cpv. 1 Oem-CFB, la tariffa oraria per gli emolumenti secondo il tempo impiegato ammonta a 100–400 franchi, a seconda della funzione rivestita dal personale incaricato del disbrigo.

(...)

**Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 30. Juni 2004
i. S. Allfinanz Zentrum AG in Liq.**

Qualifikation als Anlagefonds (Art. 2 Abs. 1 AFG); Ernennung eines Sachwalters (Art. 60 Abs. 1 AFG)

- 1 Kann eine Firma die einzelnen Guthaben der Anleger unter Hinweis auf die konkrete Verwendung und den genauen Bestand ihrer Vermögen zu keiner Zeit effektiv individualisieren, ist vom Vorhandensein des Elementes der kollektiven Kapitalanlage auszugehen (E. 2d).
- 2 Nach Art. 60 Abs. 1 AFG ernennt die Aufsichtsbehörde für die geschäftsunfähige Fondsleitung oder Depotbank einen Sachwalter. Sie veröffentlicht die Ernennung in den Publikationsorganen des Anlagefonds (E. 5a).

Qualification en tant que fonds de placement (art. 2 al. 1 LFP); nomination d'un gérant (art. 60 al. 1 LFP)

- 1 Lorsqu'un établissement n'est à aucun moment en mesure d'individualiser de manière effective les avoirs particuliers des investisseurs en fonction de leur utilisation concrète et du montant exact de leur patrimoine, il faut supposer l'existence d'éléments constitutifs d'un placement collectif de capitaux (consid. 2d).
- 2 Selon l'art. 60 al. 1 LFP, l'autorité de surveillance nomme un gérant en lieu et place de la direction ou de la banque dépositaire qui n'a plus l'autorisation d'exercer son activité. Elle publie cette

nomination dans les organes de publication du fonds de placement (consid. 5a).

Definizione di fondo d'investimento (art. 2 cpv. 1 LFI); nomina di un gerente (art. 60 cpv. 1 LFI)

- 1 Qualora un istituto non sia in grado, in alcun momento, di individualizzare i singoli averi degli investitori in funzione dell'uso effettivo e dell'ammontare preciso del loro patrimonio, si deve supporre l'esistenza dell'elemento dell'investimento collettivo (consid. 2d).
- 2 Ai sensi dell'art. 60 cpv. 1 LFI l'autorità di vigilanza nomina un gerente al posto della direzione o della banca depositaria incapaci d'agire. Essa ne pubblica la nomina negli organi di pubblicazione del fondo di investimento (consid. 5a).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Gegenstand der Geschäftstätigkeit der Allfinanz Zentrum AG in Liquidation (Allfinanz) war die Verwaltung von Kundenvermögen. Die Allfinanz schloss mit einer Vielzahl von Kunden sog. «Verwaltungsaufträge» ab. Gemäss selbigen beauftragte der jeweilige Kunde die Erstgenannte damit, bei ihr eine Handelslinie in USD lautend auf seinen Namen zu eröffnen und gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwalten. Die Devisenkunden zahlten die zu verwaltenden Beträge auf ein Sammelkonto der Allfinanz ein. Das ursprünglich bei B geführte Konto wurde durch ein solches bei der X abgelöst; die Konto-

beziehung zur X bzw. die darüber getätigten Devisengeschäfte wurden dann nach und nach zur Y verlagert. Nach einigen Jahren Geschäftstätigkeit wurde über die Allfinanz der Konkurs eröffnet. Das Konkursverfahren wurde mangels Aktiven eingestellt und die Gesellschaft im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Satz 2 HRegV gelöscht. Knapp zwei Jahre später gelangten ehemalige Kunden der Allfinanz an die Bankenkommision und beantragten die Einsetzung eines Sachwalters im Sinne von Art. 60 AFG. Im Verlaufe des Verfahrens wurde die Allfinanz zwecks Liquidation wieder ins Handelsregister eingetragen. Das diesbezügliche Begehren stellte eine Gläubigerin der Allfinanz, welche geltend machte, dass im Konkurs derselben Aktiven unberücksichtigt geblieben seien.

Erwägungen (Auszug)

1 Auf das Verfahren vor der Eidg. Bankenkommision findet das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) Anwendung (Art. 1 Abs. 2 lit. d VwVG; vgl. Art. 62 Abs. 1 AFG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss die Aufsichtsbehörde auf die Eingabe eines Anlegers dann eintreten, wenn damit der Erlass einer in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Verfügung beantragt wird und der Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG an der verlangten Massnahme hat (vgl. BGE 120 Ib 351 E. 3a, S. 355). Da diese beiden Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind, ist auf die Eingabe der Gesuchsteller einzutreten.

2 a) Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (AFG; SR 951.31) ist der Anlagefonds ein Vermögen, das aufgrund öffentlicher Werbung von den Anlegern zur gemein-

schaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und von der Fondsleitung in der Regel nach dem Grundsatz der Risikoverteilung für Rechnung der Anleger verwaltet wird. Diesem Gesetz sind Vermögen unterstellt, die aufgrund eines Kollektivanlagevertrages verwaltet werden. Vermögen, die in anderer Form, insbesondere in gesellschaftsrechtlicher, verwaltet werden, unterstehen diesem Gesetz nicht (Art. 3 Abs. 1 und 2 AFG).

Die Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 AFG enthält die folgenden vier Begriffselemente:

- Vermögen (aus den Art. 3 Abs. 4, 4 und 16 AFG sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung [vgl. BGE 110 II 86] folgt, dass es sich dabei um ein Sondervermögen handelt);
- Fremdverwaltung;
- gemeinschaftliche Kapitalanlage;
- öffentliche Werbung.

Weist die von der Allfinanz für die auf Rechnung der Anleger betriebene Vermögensverwaltung die vier vorgenannten Merkmale auf, so qualifiziert das verwaltete Vermögen als Anlagefonds und untersteht mithin dem Anlagefondsgesetz.

b) Der Anlagefonds ist eine Gesamtheit von Vermögenswerten, die von der Fondsleitung für Rechnung der Anleger wie fiduziarisches Eigentum verwaltet werden, vom eigenen Vermögen der Fondsleitung aber zu trennen sind und deshalb eine als Sondervermögen bezeichnete Einheit bilden (vgl. BGE 110 II 86).

Die Allfinanz verwaltete die von den Anlegern einbezahlten Gelder auf deren Rechnung. Dazu unterhielt sie sowohl bei der X als auch bei der Y auf ihren eigenen Namen lautende Stammkonti (...), welche aus diversen Subkonti bestanden. Für die Kundengelder wurde bei beiden Instituten jeweils ein spezielles Subkonto (...) eingerichtet. Gemäss (...) K. und A., der die Buchhaltung der Allfinanz auf Auftragsbasis erledigte, führte die Letztgenannte eine von der Finanzbuchhaltung getrennte Buchhaltung für die Devisenkunden (...), was die Revisionsgesellschaft Z (...) bestätigt hat (...). Vom Vorliegen eines Sondervermögens ist demnach auszugehen.

c) Die Fondsleitung verwaltet einen Anlagefonds, wenn sie selbständig über die Anlagen entscheiden kann (Art. 1 AFV). Selbiger zeichnet sich demnach dadurch aus, dass das Vermögen nicht von den Anlegern selbst, sondern von einem Dritten, der Fondsleitung, verwaltet wird (vgl. BGE 107 Ib 365). Der Anleger verfügt über keinerlei Mitwirkungs- bzw. Mitbestimmungsrechte (vgl. BGE 110 II 89, 107 Ib 366). Der vorstehend erwähnte Dritte muss nicht zwingend mit der Fondsleitung identisch sein, sieht doch Art. 11 Abs. 2 AFG ausdrücklich vor, dass die Letztgenannte u. a. die Anlageentscheide delegieren kann, soweit dies im Interesse einer sachgerechten Verwaltung liegt.

Die Anleger, welche mit der Allfinanz einen Verwaltungsvertrag abgeschlossen, erteilten dieser im Rahmen desselben eine umfassende Vollmacht über ihre jeweilige Handelslinie, verbunden mit dem Recht, Erstere zu substituieren. Die Allfinanz war berechtigt, diese Vollmacht in eigenem Namen sowie nach eigenem Ermessen, jedoch auf Rechnung und Gefahr des Kunden auszuüben (...). Daran ändert auch die Delegation der Anlageentscheide an T. von der Y nichts. Entscheidend ist einzig und allein, dass eine Mitwirkung seitens der Anleger weder

vertraglich vorgesehen war noch eine solche effektiv stattfand. Auf das Vorhandensein des Elementes der Fremdverwaltung ist somit zu schliessen. (...)

d) Eine kollektive Kapitalanlage im Sinne von Art. 2 Abs. 1 AFG liegt vor, wenn die Mittel des Fonds von einer grossen Zahl von Geldgebern zu gleichen Bedingungen aufgebracht werden und die Fondsleitung die Anlagebedürfnisse der Geber mit den ihr anvertrauten Vermögenswerten in gleicher Weise befriedigt (vgl. BGE 110 II 86). Des weiteren hält das Bundesgericht in BGE 116 Ib 73 fest, dass jedenfalls dann eine solche gegeben sei, wenn die Fondsleitung nicht in der Lage ist, die einzelnen Guthaben der Anleger unter Hinweis auf die konkrete Verwendung und den genauen Bestand ihrer Vermögen zu individualisieren, sondern sich auf eine allgemeine Auskunft beschränken muss.

Die bei der X sowie der Y liegenden Gelder der Devisenkunden betrachtete die Allfinanz gemäss (...) K. als eine Einheit und verteilte die bei den Geschäften anfallenden Gewinne und Verluste auf sämtliche Devisenkunden (...).

Laut (...) S. (...), K. (...) sowie A. (...) widerspiegeln die den Anlegern zugestellten Kontoauszüge in keiner Weise die effektiv vorgenommenen Devisenhandelsgeschäfte, sondern es stimmte lediglich das Monatstotal der entsprechenden Geschäfte mit dem ausgewiesenen Kundentotal überein. Als Referenzgrösse für die Verteilung der Gewinne und Verluste auf die einzelnen Anleger wurde immer deren jeweilige Handelslinie und nicht das effektiv vorhandene Kapital genommen. Die Revisionsgesellschaft Z hält (...) fest (...), dass die Devisenkunden jeweils im Verhältnis ihrer Einzahlungen am Erfolg bzw. Misserfolg der Devisenhandelsaktivitäten der Allfinanz teilnah-

men und Letztere monatlich mit Ersteren abrechnete. Eine tägliche individuelle Abrechnung und Verbuchung der für den einzelnen Kunden vorgenommenen Transaktionen fand nicht statt. Da die Allfinanz demzufolge zu keiner Zeit effektiv in der Lage war, die einzelnen Guthaben der Anleger unter Hinweis auf die konkrete Verwendung und den genauen Bestand ihrer Vermögen zu individualisieren, ist auch vom Vorhandensein des Elementes der kollektiven Kapitalanlage auszugehen. In diesem Zusammenhang bleibt anzufügen, dass es grundsätzlich nur bei Devisenkassageschäften möglich ist, die einzelnen Guthaben der Anleger unter Hinweis auf die konkrete Verwendung und den genauen Bestand ihrer Vermögen auf Tagesbasis zu individualisieren, solches aber bei Devisentermingeschäften in der Regel aufgrund der speziellen Natur derselben ausgeschlossen ist, da – zumindest bei Retailkunden – die einzelnen zu investierenden Beträge zu klein und der damit verbundene Aufwand zu gross wäre. (...)

e) Als öffentlich gilt ohne Rücksicht auf die Form jede Werbung, die sich nicht bloss an einen eng umschriebenen Kreis von Personen richtet. Die bestehende Kundschaft eines Unternehmens gilt nicht zum vornherein als eng umschriebener Personenkreis (Art. 2 Abs. 2 AFG).

Gemäss Botschaft zum revidierten Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 14. Dezember 1992 (S. 45) kann sicher stets davon ausgegangen werden, dass bei Werbung, die sich an einen Personenkreis von weniger als zwanzig Personen richtet, keine öffentliche Werbung vorliegt. Bei einem grösseren Personenkreis können zusätzliche Kriterien dafür sprechen, dass es sich nicht um öffentliche Werbung handelt. Das Rundschreiben «Öffentliche Werbung im Sinne der Anlagefondsgesetzgebung» der Eidg. Bankenkommision vom 28. Mai 2003 (EBK-RS 03/1 «Öffentliche Werbung/Anlagefonds»), dessen Zweck u.a. in

der Konkretisierung des Begriffes der «öffentlichen Werbung» besteht, nimmt diesen Gedanken auf und führt weitergehende Präzisierungen an (vgl. RZ 9 ff.): «Unter Vorbehalt der unter RZ 12 ff. aufgelisteten Ausnahmen sprengt jede Art von Werbung in der Schweiz oder von der Schweiz aus für einen Anlagefonds den eng umschriebenen Personenkreis und gilt daher als öffentlich im Sinne dieses Rundschreibens, wenn sie sich während eines Geschäftsjahres an mehr als 20 Personen richtet. Dabei ist es nicht entscheidend, ob diese Personen gleichzeitig oder gestaffelt angesprochen werden und ob die Werbung Erfolg hatte. Öffentliche Werbung i. S. von Art. 2 Abs. 2 AFG liegt nicht vor, wenn eine qualifizierte Beziehung zum Werbenden vorliegt oder wenn es sich beim Anleger um einen institutionellen Anleger mit professioneller Tresorerie im Sinne von Art. 2 Abs. 2 AFV handelt (vgl. RZ 12 ff.).» An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die dargestellte Praxis bereits vor Inkrafttreten des besagten Rundschreibens galt.

Laut (...) S. waren u. a. er selbst und auch D. für die Kundenakquisition bei der Allfinanz zuständig (...). Zudem schloss die Letztgenannte mit diversen Drittpersonen Verträge ab, welche die Vermittlung von Allfinanz-Produkten und Kapitalanlagen insbesondere im Devisenhandel zum Gegenstand hatten (sog. «Vermittlerverträge»). Allein die Anzahl der Gesuchsteller, welche die Eidg. Bankenkommission um Ernennung eines Sachwalters ersuchen, beträgt ein Vielfaches der Zahl 20. Das Element der öffentlichen Werbung liegt im vorliegenden Fall zweifelsohne vor.

f) Da dem Gesagten zufolge Fall sämtliche Begriffselemente als gegeben angenommen werden können, ist davon auszugehen, dass es sich bei dem von der Allfinanz für Rechnung der Anleger verwalteten Vermögen um einen Anlagefonds i. S. von Art. 2 Abs. 1 AFG handelt.

3 Indem die Allfinanz mit Sitz und Hauptverwaltung in Zürich und damit in der Schweiz den Anlagefonds für Rechnung der Anleger selbstständig und in eigenem Namen verwaltete bzw. die Anlageentscheide an T von der Y delegierte, handelte sie als Fondsleitung gemäss Art. 9 ff. AFG. Da selbige zum Zwecke der Liquidation wieder ins Handelsregister eingetragen wurde, ist ihr der guten Ordnung halber jegliche Tätigkeit als Fondsleitung zu untersagen.

4 Stellt die Aufsichtsbehörde Verletzungen des Gesetzes, des Fondsreglementes oder Missstände fest, so erlässt sie die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes notwendigen Verfügungen. Sie kann der Fondsleitung eines unbewilligten Anlagefonds vorschreiben, den Fonds in eine den Vorschriften dieses Gesetzes entsprechende Form umzuwandeln, oder sie kann dessen Auflösung verfügen (Art. 58 Abs. 1 und 2 AFG).

Die Allfinanz hat einen Anlagefonds ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebildet. Weder war sie selbst im Besitze der erforderlichen Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit einer Fondsleitung (Art. 10 AFG) noch wurde das Fondsreglement von der Aufsichtsbehörde genehmigt (Art. 7 AFG).

Die Umwandlung des unbewilligten Anlagefonds in eine den Vorschriften des Anlagefondsgesetzes entsprechende Form ist ausgeschlossen, denn er weicht von selbigen nicht nur in einzelnen Punkten ab, sondern entspricht diesen vollumfänglich nicht. Daher bleibt lediglich, die Auflösung des Anlagefonds zu verfügen; dies umso mehr, als die Allfinanz im Handelsregister im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Satz 2 HRegV von Amtes wegen gelöscht wurde, nachdem (...) der Konkurs über selbige eröffnet und (...) mangels Aktiven eingestellt worden war bzw. sie

ausschliesslich zwecks Liquidation (...) erneut eingetragen wurde, d. h. selbige nicht nur geschäftsunfähig, sondern faktisch inexistent ist.

5 a) Nach Art. 60 Abs. 1 AFG ernennt die Aufsichtsbehörde für die geschäftsunfähige Fondsleitung oder Depotbank einen Sachwalter. Sie veröffentlicht die Ernennung in den Publikationsorganen des Anlagefonds.

Da die Fondsleitung vorliegend – wie vorstehend unter Ziff. 4 dargelegt – geschäftsunfähig ist, hat die Ernennung eines Sachwalters zu erfolgen. Da der Anlagefonds über keine Publikationsorgane verfügt, sind das Schweizerische Handelsamtsblatt (SHAB) sowie die Neue Zürcher Zeitung (NZZ) als solche zu bezeichnen.

Dem Sachwalter obliegen die in Art. 84 AFV angeführten Aufgaben, d. h. er hat u. a. den Bestand und Umfang des Fondsvermögens per Datum der Konkureröffnung über die Allfinanz (...) festzustellen, den Anlagefonds zu liquidieren, alle Rechtsansprüche der Anleger geltend zu machen, die Tatbestände zu ermitteln, die allenfalls eine Haftung der Fondsleitung, der Depotbank oder anderer Personen gegenüber den Anlegern begründen, und die Anleger sowie die Aufsichtsbehörde über seine Feststellungen zu unterrichten.

b) Die Revisionsgesellschaft Z ist für die Übernahme des Sachwaltermandates hinreichend qualifiziert und bietet Gewähr dafür, dass selbiges mit der erforderlichen Unabhängigkeit, Sorgfalt und Fachkenntnis ausgeübt wird. Sie ist deshalb als Sachwalter einzusetzen.

(...)

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 28. Oktober 2004 i. S. Bank X

Handel mit nichtkotierten Effekten (Kursschnitte/Verstösse gegen Art. 11 BEHG)

- 1 Kursschnitte stellen grobe Verletzungen der Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 11 BEHG dar und verstossen gegen das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG. Diese Regeln gelten auch für den professionellen Handel mit nichtkotierten Effekten (Ziff. 69 ff.).
- 2 Im Verhältnis Effekthändler – Endkunde ist in der Regel ein Kommissionsverhältnis anzunehmen. Von einem Kaufverhältnis zwischen einem Effekthändler und einem Endkunden kann nur ausgegangen werden, wenn Elemente der Vertragsentstehung dies besonders deutlich machen (Ziff. 74, 79 ff., 89 f.).
- 3 Ein Kaufverhältnis ist üblicherweise bei Effektenhandelsgeschäften unter Effekthändlern zu vermuten, da sich diese untereinander als Gegenparteien suchen und betrachten und namentlich keine Dienstleistung voneinander erwarten (Ziff. 102 f.).
- 4 Market Maker kann nur sein, wer jederzeit oder auf Anfrage verbindliche Kauf- und Verkaufsofferten für und aus dem Eigenbestand stellt und auch ein Kursrisiko übernimmt (Ziff. 78).

- 5 Der Effekthändler hat gemäss Art. 15 Abs. 1 BEHG i.V.m. Art. 1 BEHV-EBK die eingegangenen Aufträge und die von ihm getätigten Geschäfte mit allen Angaben in einem Journal aufzuzeichnen. Falls erforderlich, muss der Ablauf einzelner Börsenaufträge von der Auftragserteilung bis zur Ausführung lückenlos nachgebildet werden können (Ziff. 104 ff.).

Négoce de valeurs mobilières non cotées (cours coupés/violation de l'art. 11 LBVM)

- 1 La pratique des cours coupés constitue une violation grave des devoirs d'information et de loyauté de l'art. 11 LBVM et viole l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable selon les art. 3 al. 2 let. c LB et 10 al. 2 let. d LBVM. Ces règles sont pleinement applicables au négoce professionnel de valeurs mobilières non cotées (ch. 69 ss).
- 2 Les rapports entre négociants en valeurs mobilières et clients sont présumés être régis par les règles sur le contrat de commission. Les règles du contrat de vente entre un négociant et un client final ne sont applicables qu'en présence d'indices explicites de la conclusion d'un tel contrat (ch. 74, 79 ss, 89 s.).
- 3 Les rapports entre négociants traitant des transactions en valeurs mobilières entre eux sont normalement régis par les règles du contrat de vente étant donné qu'ils agissent comme contreparties et n'attendent pas de prestations de service particulières (ch. 102 s.).

- 4 Ne peut être teneur de marché que celui qui place pour son propre compte de manière continue ou sporadique des offres fermes en prenant un risque de cours (ch. 78).
- 5 Les négociants en valeurs mobilières ont l'obligation, selon l'art. 15 al. 1 LBVM, de tenir un journal relatif aux ordres reçus et aux transactions effectuées. Si nécessaire, chaque ordre de bourse doit pouvoir être intégralement retracé depuis sa réception jusqu'à son exécution (ch. 104 ss).

Commercio di valori mobiliari non quotati (tagli di corso/violazione dell'art. 11 LBVM)

- 1 La prassi dei tagli di corso costituisce una violazione grave degli obblighi di informazione e di lealtà dell'art. 11 LBVM e lede l'esigenza della garanzia di un'attività irreprensibile secondo l'art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR e 10 cpv. 2 lett. d LBVM. Queste norme sono applicabili anche al commercio professionale di valori mobiliari non quotati (cifre 69 ss).
- 2 I rapporti fra i commercianti di valori mobiliari e i clienti sono presunti essere regolati dalle norme sul contratto di commissione. Le norme del contratto di vendita tra un commerciante e un cliente finale sono applicabili solo in presenza d'indizi espliciti sulla conclusione di un tale contratto (cifre 74, 79 ss, 89 s.).
- 3 I rapporti fra commercianti, che effettuano delle transazioni di valori mobiliari tra loro, sono normalmente retti dalle regole del contratto di vendita, ritenuto che agiscono come controparti e

non si attendono delle prestazioni di servizio particolari (cifre 102 s.).

- 4 Può essere un market maker unicamente colui che piazza per proprio conto in maniera continua o sporadica delle offerte chiuse assumendosi un rischio di corso (cifra 78).
- 5 I commercianti di valori mobiliari hanno l'obbligo, secondo l'articolo 15 cpv. 1 LBVM, di tenere un giornale relativo agli ordini e alle transazioni effettuate. Se necessario, ogni ordine di borsa deve poter essere integralmente rintracciato dalla sua ricezione fino alla sua esecuzione (cifre 104 ss).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung)

1 Handelstätigkeit der Bank X in 10 Inhaberaktien Z

Die Bank X wurde am 13. M 2001 von Kunde O hinsichtlich des Kaufs von mehreren Inhaberaktien Z kontaktiert. Die Bank X hatte an diesem Tag keine Inhaberaktien Z im Eigenbestand. Im Wissen, dass Kunde B Inhaberaktien Z verkaufen wollte, trat Händler S im Anschluss an das Telefongespräch mit Kunde O mit Kunde B in Verbindung. Nachdem Kunde B bereit war, 10 Inhaberaktien Z zu verkaufen, verhandelte Händler S mit Kunde B über den Preis. Letzterer war einverstanden, zu einem Preis von CHF y000.– pro Stück zu verkaufen. Anschliessend rief Händler S Kunde O zurück und übermittelte ihm ein Angebot von CHF y700.– pro Stück. Dieses Angebot nahm Kunde O ohne weitere Diskussion an. Unmittelbar nach der Zusage von Kunde O wurde Kunde B der Verkauf zu einem Preis von CHF y000.– pro Stück durch Händler S

bestätigt. Da Kunde O nicht Kunde der Bank X war, sei ihm, so die Stellungnahme der Bank X, zusätzlich eine Courtage von CHF y91.– belastet worden. Kunde B sei demgegenüber sporadisch Kunde im Handel mit nichtkotierten Effekten gewesen. Mit bestehenden Kunden würden solche Abschlüsse in der Regel auf Nettobasis abgerechnet, d.h. dem Kunden B wurde keine Courtage belastet.

Die Bank X nahm ferner zur Frage Stellung, ob es sich ihrer Meinung nach bei diesen beiden Geschäften um Kaufverträge gehandelt habe. Dabei führte die Bank X aus, dass Käufe und Verkäufe von ausserbörslichen Titeln jeweils über das Nostrokontto der Bank abgewickelt würden. Die Bank X würde gegenüber dem Käufer wie auch gegenüber dem Verkäufer für die Erfüllung des Vertrages einstehen. Die Bank X sei Vertragspartner und schliesse mit Käufer sowie Verkäufer einen Kaufvertrag ab. Der Hinweis auf der Börsenabrechnung «Ihr Kauf vom 13. M 2001: ausserbörslich» weise auch klar darauf hin. Weiter antwortete die Bank X, dass das Geschäft mit den 10 Inhaberaktien Z problemlos habe abgewickelt werden können. Daher sei für die Bank X kein spezielles Kursrisiko entstanden. Wenn eine Bank als Market Maker Geld- und Briefkurse stelle, sei öffentlich bekannt, dass bei einem Geschäftsabschluss ein Kursgewinn erzielt werde. Der Kursgewinn rechtfertige sich damit, dass der Market Maker Effekten auf den eigenen Bestand kaufe und daraus wieder verkaufe. Hier gehe er in den meisten Fällen auch ein Kursrisiko ein. Für die Inhaberaktie Z habe die Bank X öffentlich Geld- und Briefkurse gestellt und sei demnach Market Maker gewesen. Die Aktien seien von Kunde B in den Nostrobestand gekauft worden und an Kunde O wieder verkauft worden. Aufgrund der Tatsache, dass die gehandelten Titel jedoch nicht in einem Depot bei der Bank X deponiert gewesen seien (die Titel seien erst nach Abschluss des Geschäftes der Bank X eingeliefert worden), hätten die

Geschäfte ein nicht zu unterschätzendes Abwicklungs- und Bonitätsrisiko für die Bank X beinhaltet. Nachdem auch der Gegenwert der Transaktion nicht auf einem Konto bei der Bank X verfügbar gewesen sei (der Gegenwert sei nach Abschluss des Geschäftes überwiesen worden), sei die Bank X ein zusätzliches Risiko eingegangen.

Weiter teilte die Bank X mit, dass sie, ex post betrachtet, feststelle, dass die Berechnung einer «Courtage» beim Geschäft Kunde O, nachdem bereits ein Kursgewinn erzielt worden sei, ungerechtfertigt erfolgt sei. Zudem hätte die Bank X festgestellt, dass mit «Courtage» ein falscher Ausdruck verwendet worden sei. Vielmehr müsste von Abwicklungskosten, Gebühren oder etwas Ähnlichem gesprochen werden. Die Bank X legte ferner dar, dass die von der EBK im Schreiben vom 7. März 2002 zitierten Kommentare u. a. von Professor Nobel (Schweizerisches Finanzmarktrecht) und Urs Roth (Kommentar zum BEHG) den Handel mit kotierten Effekten an der SWX Swiss Exchange betreffen würden und nicht ohne Weiteres für den ausserbörslichen Handel angewendet werden könnten.

Die EBK erteilte in der Folge der Revisionsstelle der Bank X den Auftrag, sämtliche Transaktionen in nichtkotierten Effekten, welche die Bank X in 11 ausgesuchten Valoren im Zeitraum 01.01.2001 bis 31.12.2001 über ihr Nostrokonto tätigte, anhand eines Fragenkatalogs näher auf Kursschnitte hin zu untersuchen. Die Revisionsstelle stellte unter anderem fest, dass bei 55 Transaktionen sowohl höhere Preise vom Käufer verlangt worden seien, als der jeweilige Durchschnittskurs der gekauften Titel im Nostrobestand betragen habe, sowie auch eine Courtage abgerechnet worden sei. Bei 199 Transaktionen seien dem Käufer höhere Preise verrechnet worden als bezahlt worden seien. In 41 Fällen habe die Bank X Tagesgeschäfte vorgenommen.

Aufgrund der umfangreichen Datenmenge beschränkte die EBK die weiteren Ermittlungen auf eine Auswahl besonders auffälliger Transaktionen. Auszugsweise werden als Beispiele nachstehend zwei Transaktionen dargestellt, welche innerhalb von wenigen Minuten zustande kamen.

Transaktionen in Effekten XY:

Abschluss- datum Jahr 200j	Verkäufer	Käufer	Anzahl	Kurs	Betrag	Abschl.- zeit	N- Best.	Ansprech- person
tt.mm.	Kunde S	Nostro	405	y50	yy 750	15.15	420	Händler G
tt.mm.	Nostro	Kunde W	420	y55	yy 100	15.20	0	Händler G

Zu diesen Transaktionen im Titel XY befragt, gab Händler G zu Protokoll, dass Kunde W in der Regel alle verfügbaren Stücke kaufe. Kunde W sei jeweils telefonisch erreichbar. Händler G habe ihn wohl kontaktiert und ihm 420 Stück vielleicht zu CHF y60.– angeboten. Kunde W sei dann wahrscheinlich bereit gewesen, CHF y55.– zu bezahlen und der Abschluss sei mit ihm zustande gekommen. Im vorliegenden Fall habe er vom verkaufswilligen Kunden S 405 Stück auf Nostro gekauft und anschliessend den anderen Kunden W kontaktiert, ob er ein Interesse an dieser Position hätte. Falls Kunde W nicht eingestiegen wäre, hätte er die 420 Stück auf Nostro gehabt und einen anderen Käufer suchen müssen.

2 Journalführungspflichten gemäss Art. 15 BEHG i.V.m. Art. 1
BEHV-EBK / Vermittlertätigkeit

Auf entsprechende Nachfrage hin teilte die Bank X der EBK mit, dass die Auftragszeit des Kunden sowie die Abschlusszeit im Handel mit nichtkotierten Effekten in der Regel identisch sei. Bei allen Abschlüssen, welche Händler G tätigte, sei kein Zeitstempel auf der Börsenfiche vorhanden. Er gebe die Aufträge jeweils sofort und direkt am Terminal ins EDV-System ein. Händler S habe meistens die Auftrags-/Abschlusszeit mit dem Zeitstempel auf den Händlerfichen erfasst.

Händler G wurde anlässlich seiner Einvernahme unter anderem zu den verschiedenen Transaktionen befragt, bei welchen die Bank X zeitgleiche bzw. praktisch zeitgleiche Auftragszeitpunkte im Journal festgehalten hatte. Er gab diesbezüglich zu Protokoll: *«Weil ich den Auftrag sofort beim Eingang im PC erfasse, ist die Zeit dort erfasst. Es gibt sehr wenige limitierte Aufträge (Auftragsbuch); die meisten werden sofort ausgeführt. Im Jahr 200j haben wir die limitierten Aufträge der Kunden diesen bestätigt, jedoch nicht erfasst. Ich nehme an, dass die Zeit auf der Erfassungsmaske wohl nicht dem Zeitpunkt der Erteilung des Auftrages entspricht. Man könnte das eventuell aufgrund der Kopie des limitierten Auftrages prüfen. Dies wären rote Briefkopien vom limitierten Kauf- oder Verkaufsauftrag.»*

Nach Rücksprache mit den an der Einvernahme anwesenden Herren B und Z wurde vereinbart, dass die Bank X die bestehenden Kopien der obgenannten Auftragsbestätigungen (rote Briefkopien) betreffend die aufgeführten Transaktionen der EBK zustellen würde.

Die Bank X informierte alsdann wie folgt: *«Leider sind in unserer Ablage keine Kopien vorhanden. Gemäss Aussagen von Händler G war bis ca. Ende Jahr 2001 die Praxis so, dass ein limitierter Auftrag dem Kunden schriftlich bestätigt und eine Kopie davon in einem Ordner bis zur allfälligen Ausführung bzw. Verfall aufbewahrt wurde. Danach wurde diese Kopie vernichtet.»* Auf Nachfrage zum Vermerk «Bereits Aufträge vorhanden», der auf Börsenauftragserfassungen der Bank notiert ist, erläuterte die Bank X den Erfassungsprozess von limitierten Aufträgen. Zudem informierte sie, dass im EDV-System der Bank betreffend die Abfragen «Börsenaufträge pro Valor» und «Börsenaufträge pro Depot» nicht mehr auf einen Stichtag im Jahr 200j zugegriffen werden könne. Weiter seien die Bestätigungskopien der limitierten Aufträge (rote Briefkopien) erst nach der Besprechung mit der Revisionsstelle vom 30.11.2001 aufbewahrt worden. Das Effektenjournal Börse verfüge aber über alle notwendigen Eintragungen: *«Diese Liste enthält sämtliche Transaktionen eines Börsengeschäfts von der Auftragserfassung bis zur Abrechnung. Somit ist das ganze Leben eines Börsengeschäftes auf einen Blick ersichtlich. Der Auftrag erscheint jeden Tag auf der Liste, bis er entweder abgerechnet, gelöscht oder abgelaufen ist.»*

Die EBK qualifizierte das Vorgehen der Bank X in 6 von 22 untersuchten Transaktionen als Kursschnitte. Diese beurteilte sie als schwerwiegende Verstösse gegen die Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 11 BEHG und gegen das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG. Die EBK stellte im Weiteren fest, dass die Bank X im Jahre 200j die Journalführungspflichten gemäss Art. 15 BEHG i.V.m. Art. 1 BEHV-EBK wiederholt grob verletzte. Es ergab sich ferner, dass die Bank X aufgrund ungenügender interner Reglemente und Weisungen im Handel mit nichtkотиerten Effekten und unklarer Verantwortlichkeiten für das

vorliegende Verfahren die Organisationspflichten im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG in grober Weise verletzte. Weiter verfügte die EBK, dass das Verhalten der Organe X, Y und Z mit den Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht vereinbar gewesen war. Diese Organe hatten ihren Rücktritt von den eingenommenen Positionen angekündigt oder waren bereits zurückgetreten, womit sich weitergehende Massnahmen erübrigten. Die Händler G und S sind ebenfalls nicht mehr bei der Bank X tätig.

Aus den Erwägungen

(...)

(69) Die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit als Bank oder als Effekthändler gemäss Art. 3 BankG bzw. Art. 10 BEHG wird einem Unternehmen als juristischer Person erteilt. Bewilligungsträgerin ist mit anderen Worten das Unternehmen und es hat als solches die Bewilligungsvoraussetzungen zu erfüllen. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG gehört unter anderen zu den Voraussetzungen zur Bewilligung der Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Bank, dass *«die mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten»*. Gleiches gilt gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG auch für die Tätigkeit als Effekthändler. Beide Bestimmungen, kurz als *«Gewährsartikel»* bezeichnet, haben mithin den gleichen Gehalt (vgl. zur Gewähr insgesamt: Aellen L. Marcel, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Bern, 1990).

(70) Die Bewilligungsvoraussetzungen sind dauernd einzuhalten. Damit verlangt die Prüfung, ob die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erfüllt ist bzw. erfüllt bleibt, eine prospektive Beurteilung. Es ist mit anderen Worten festzustellen, ob aufgrund in der Vergangenheit liegender Vorkommnisse die Voraussetzungen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in der Gegenwart noch erfüllt sind und welche diesbezüglichen Prognosen für die Zukunft gemacht werden können.

(71) Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen müssen fachlich kompetent sein und müssen sich im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d. h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und des internen Regelwerkes der Bank bzw. des Effektenhändlers zu verstehen. Mit anderen Worten ist mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren, wenn das Geschäftsgebaren gegen einschlägige Rechtsnormen, internes Regelwerk, Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden, bzw. gegen die Sorgfaltspflichten diesen gegenüber, verstößt. Im Sinne eines Berufsrechts obliegen daher Banken und Effektenhändlern Rechtspflichten, die berufsspezifisch sind und nicht in materiellgesetzlichen Bestimmungen festgelegt sind. Banken und Effektenhändler bzw. ihre mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen müssen sich ferner auch so verhalten, dass sie die Bank bzw. den Effektenhändler nicht kompromittieren, d. h. ihr Ansehen und das ihnen vom Publikum entgegengebrachte Vertrauen nicht schädigen.

(72) Aus diesen Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftstätigkeit ergibt sich unter anderem, dass eine Bank oder ein Effektenhändler den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu beachten hat. Angesichts des Vertrauens, das Banken und Effektenhändler als wichtige Grundlage für ihre Tätigkeit beanspruchen, kommt diesem Grundsatz ein sehr hoher Stellenwert zu. Banken und Effektenhändler haben mit anderen Worten diesbezüglich hohen Ansprüchen zu genügen. Dies bedeutet namentlich, dass Interessenkonflikte so zu lösen sind, dass Kunden und Dritten daraus keine Nachteile erwachsen (vgl. auch Art. 11 BEHG und Art. 8 der Verhaltensregeln für Effektenhändler der SBVg vom 22.1.1997). Im Zusammenhang mit Effektenhandelsgeschäften gelten neben der Treuepflicht auch die durch Art. 11 BEHG geforderten strengen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Effektenhändler und insbesondere das Verbot von Kurschnitten.

(73) Bei Art. 11 BEHG handelt es sich nach herrschender Lehrmeinung um eine sogenannte Doppelnorm, d.h. eine Norm, die gleichzeitig öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Bestimmungen beinhaltet (vgl. z.B. Nobel Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2004, § 10 S. 762; Zulauf Urs, ZSR 1994 II, S. 387). Insofern dupliziert Art. 11 BEHG nicht einfach die privatrechtliche Ordnung, sondern greift mitunter in diese ein. Dies gilt vor allem beim Kauf (Festpreisgeschäft) bzw. den kaufrechtlichen Regeln gemäss Art. 184 ff. OR, da bei diesen Sorgfalts- (z.B. Aufklärungspflichten) und Treuepflichten weitgehend fehlen. Im Bereich des Kommissionsrechts stimmen die privatrechtlichen Pflichten und die Vorgaben von Art. 11 BEHG, abgesehen von den Informationspflichten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG, weitgehend überein (vgl. Roth Urs, im Kommentar zum Bundesgesetz über

die Börsen und den Effektenhandel, Hrsg.: Hertig u. a., Zürich 2000, N 28 f. zu Art. 11 BEHG).

(74) Kursschnitte sind Gewinne des Effektenhändlers, die er ohne Marktrisiko auf Kosten der Kunden realisiert; der Effektenhändler verrechnet bei der Ausführung von Effektenkommissionsgeschäften in vorwerfbarer Weise andere als die effektiv erzielten Kurse (vgl. Nobel Peter, Zur Problematik des sogenannten Kursschnittes beim Wertpapierhandel, in: Festschrift für Hans Giger, Bern, 1989, S. 533). Das Problem des Kursschnittes begrenzt sich auf das Kommissionsrecht; es stellt sich nicht im Bereich der echten Kaufverträge (Festpreisgeschäfte) – hier handeln die Parteien für ihre jeweiligen eigenen Interessen als rechtlich und wirtschaftlich selbsteintretende Partner. Im Wertschriftengeschäft mit Kunden ist das Auftrags- bzw. Kommissionsverhältnis jedoch der eindeutig häufigste Fall. Bei Börsengeschäften ist grundsätzlich immer von einem solchen auszugehen. Die Institution der Börse beruht gerade auf der Konzeption, dass die Kunden nicht selbst, sondern ihre professionellen Vertreter aktiv werden (vgl. Gehrig Bruno, Der Kursschnitt im Wertpapierhandel, S. 56 ff. in Gehrig Bruno/Schwander Ivo, Banken und Bankrecht im Wandel, Zürich 1993). Analog ist die Lage auch im Handel mit nichtkotierten Effekten zu beurteilen. Die Kunden (insbesondere die Endkunden) suchen hier über den Intermediären Bank X den Zugang zum nichtkotierten Markt und sind deshalb in aller Regel mit der Bank in einem Kommissionsverhältnis. Zwar ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass die Bank X in diesem Bereich auch Festpreisgeschäfte tätigt, aber gerade bei Geschäften mit Endkunden sind diesfalls besondere Anforderungen an die Klarheit der Vertragsentstehung zu stellen (vgl. nachfolgend Rz 80).

9 Handelstätigkeit der Bank X hinsichtlich 10 Inhaberaktien Z

(75) Aus dem geschilderten Ablauf der Transaktionen vom 13. M 2001 geht hervor, dass die Bank X bei der Abwicklung der Transaktionen von beiden Aufträgen Kenntnis hatte. Die Bank X führte das Geschäft mit Kunde B erst mit dem Wissen einer verbindlichen Kaufofferte von Kunde O durch. Die Bank X hatte damit bei den genannten Transaktionen kein Kurs- und Marktrisiko. Dies wurde von der Bank X im Schreiben vom 15. Oktober 2002 auch eingeräumt.

(76) Aus dem Schreiben vom 15. Oktober 2002 ist ersichtlich, dass die Bank X (wie auch die Revisionsstelle gemäss Bericht vom 20. Dezember 2001) bei der Transaktion im Fall von Kunde O von einem Kaufgeschäft (Festpreisgeschäft) ausging. Die Bank X stützte ihre damalige Haltung namentlich darauf, dass sie vorliegend Market Maker sei, und dass die von der EBK im Schreiben vom 7. März 2002 zitierten Kommentare (u. a. von Professor Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, und Urs Roth, Kommentar zum BEHG) den Handel mit kotierten Effekten an der SWX Swiss Exchange betreffen würden und nicht ohne Weiteres für den ausserbörslichen Handel angewendet werden könnten.

(77) Zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 11 BEHG auf die Tätigkeit der Bank X im Handel mit nichtkotierten Effekten ist Folgendes festzuhalten: Art. 2 Bst. a BEHG definiert Effekten als *«vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) und Derivate.»* Diese Definition trifft für die von der Bank X im Bereich des nichtkotierten Effektenhandels gehandelten Beteiligungspapiere vollständig zu. Eine Kotierung, beispielsweise an der SWX Swiss Exchange, ist mit anderen

Worten für die Qualifikation als Effekte nicht erforderlich. Die professionelle Tätigkeit mit solchen Effekten – entsprechend den Händlerkategorien von Art. 3 BEHV – ist somit eine bewilligungspflichtige Tätigkeit und es gelten hierbei in allen Fällen im Verhältnis zu den Kunden die Verhaltensregeln von Art. 11 BEHG.

(78) Bezüglich der Annahme der Bank X, es sei eine Market Making-Tätigkeit vorgelegen, ist Folgendes zu bemerken: Bereits im Schreiben vom 7. März 2002 wurde von der EBK darauf hingewiesen, dass falls der Effekthändler als Market Maker Geld- und Briefkurse für die betreffende Effekte stellt, dies zwingend mit Kauf- und Verkaufsofferten für das Nostro erfolgen muss, damit Handelsgewinne aus Kursdifferenzen zulässig sind. Im Schreiben vom 2. Oktober 2002 verwies die EBK auf Art. 3 Abs. 4 BEHV: *«Market Maker sind Effekthändler, die gewerbsmäßig für eigene Rechnung kurzfristig mit Effekten handeln und öffentlich dauernd oder auf Anfrage Kurse für einzelne Effekten stellen.»* Market Making ist daher das Stellen – jederzeit oder lediglich auf Anfrage – von verbindlichen Kaufs- und Verkaufskursen für einzelne Effekten, ohne dass die Market Maker im Voraus wissen, ob ihre Handelspartner kaufen oder verkaufen wollen. Die gestellten Kaufs- und Verkaufskurse stellen zwingend verbindliche Offerten des Market Makers (für sein Nostro) gegenüber dem Markt oder dem Anfragenden dar. Beim Market Making handelt es sich insofern per definitionem um ein Risikogeschäft. Es kann sich in seltenen Fällen (vor allem im elektronischen «order-driven» Markt) ergeben, dass ein Market Maker gleichzeitig einem Kunden den Geld- und einem anderen den Briefkurs abrechnet. Der Anschein von Risikolosigkeit (vgl. Kommentar zu Art. 12 «Verbot von Kursschnitten» der Verhaltensregeln für Effekthändler der SBVg) ergibt sich dabei nur aus der zufälligen Gleichzeitigkeit zweier Geschäfte. Weiter ist die durch die Bank X im Schreiben vom 15. Oktober

2002 vertretene Ansicht, dass die Bank X durch das alleinige Stellen von Geld- und Briefkursen aus dem Bestand von Kunden Market Maker sei, nicht korrekt. Ein Effektenhändler kann nur als Market Maker qualifiziert werden, wenn dieser auf dem Nostrobestand ein Kursrisiko eingeht bzw. für sein Nostro verbindliche Kaufs- und Verkaufskurse für einzelne Effekten stellt. Genau dies war bei der Bank X vorliegend nicht der Fall.

(79) Ungeachtet der Frage des Market Makings ist es möglich, dass ein Effektenhändler mit einem Endkunden als Gegenpartei ein Kaufgeschäft bzw. ein Festpreisgeschäft abspricht. Davon ist aber nicht leichthin auszugehen, im Gegenteil: Im Verhältnis Effektenhändler – Endkunde ist in der Regel sowie auch im Zweifelsfalle davon auszugehen, dass ein Kommissionsverhältnis vorliegt. Es entspricht gerade der Definition und dem Zweck des Effektenhändlers (genauer des Kundenhändlers), dass dieser gewerbsmässig im eigenen Namen für Rechnung von Kunden mit Effekten handelt. Der Kunde richtet sich an den Effektenhändler für die Inanspruchnahme genau dieser Dienstleistung und schuldet dafür ein Entgelt (Kommission/Courtage). Dies gilt auch, wenn der Effektenhändler im Sinne von Art. 436 OR selbst eintritt. Allerdings ist ein Selbsteintritt nur dann möglich, wenn kein gegenläufiger Kundenauftrag vorliegt, was in casu gerade nicht der Fall war. Vorliegend befand sich die Bank X bereits nach dem ersten Telefongespräch mit Kunde O in einem Kommissionsverhältnis: Ist die Vertragsentstehung dergestalt, dass von einem Kunden ein Interesse (auch ohne Angabe von Preis und Anzahl) zum Kauf einer bestimmten Effekte gegenüber dem Effektenhändler bekundet wird bzw. der Auftrag zu Abklärungen hinsichtlich der Erhältlichkeit einer Effekte gegeben wird, wie vorliegend der Fall, findet Kommissionsrecht Anwendung. Im zweiten Telefongespräch erteilte Kunde O der Bank X sodann den

konkreten Auftrag, 10 Inhaberaktien Z zu einem Preis von CHF 700.–/Stück zu kaufen. Der Verkauf von Kunde B ist ebenfalls als Kommissionsgeschäft zu taxieren.

(80) Von einem Kaufverhältnis zwischen einem Effektenhändler und einem Endkunden (nicht Effektenhändler) kann hingegen nur ausgegangen werden, wenn Elemente der Vertragsentstehung – die in der Regel über die normalen Absprachen hinsichtlich des Preises und der Menge hinausgehen werden – dies besonders deutlich machen. Für den Kunden muss dabei jederzeit offenkundig sein, dass der Effektenhändler eine im eigenen Interesse handelnde Gegenpartei ist und demnach gerade keine Dienstleistung für den Kunden erbringen soll (vgl. hierzu Gehrig Bruno a. a. O.). Für alle anderen Fälle, d. h. für das übliche Verhältnis Effektenhändler – Kunde (nicht Gegenpartei) gelten, wie erwähnt, die Regeln des Kommissionsrechts und diejenigen von Art. 11 BEHG.

(81) Gemäss Art. 11 BEHG hat der Effektenhändler gegenüber seinen Kunden eine Informations-, Sorgfalts- und Treuepflicht. Für den Abschluss, welchen die Bank X zwischen dem Kunden O und dem Kunden B herbeiführte bzw. vermittelte, gilt somit:

(82) Gefordert ist, dass die Bank X ihren Kunden offen legt, ob sie vorliegend in eigenem Interesse (für ihr Nostro) auftritt, oder ob sie für andere Kunden vermittelt. Die Bank X kann nicht selber bei Kunden Geschäfte initiieren und dabei als eine vermeintlich im eigenen Interesse handelnde Gegenpartei auftreten, wenn sie in Wirklichkeit lediglich zwischen diesen vermittelt. Wenn aufgrund der Umstände für die Kunden der Auftritt des Effektenhändlers als Vermittler offensichtlich ist, bleibt mithin ein Selbsteintritt nach Art. 436 OR ausgeschlossen.

Die Kunden sind sodann – vorausgesetzt die Preisvorstellungen der Kunden stehen einander ausführbar gegenüber – im Abschluss gleich zu behandeln. Der Abschluss ist zum Mittelkurs durchzuführen; bei einer solchen Vermittlung von Kundenaufträgen trägt der Effekthändler im Ausmass der Kompensation kein Kursrisiko. Dies bedeutet, dass dem Effekthändler neben der Kommission keine Geld/Brief-Differenz zusteht und dem Kunden kein anderer als der erzielte Kurs verrechnet werden darf. In casu betrug der Gesamtwert des Abschlusses bei Anrechnung des Mittelkurses CHF 500.–. Der Zuschlag für Kunde O sowie auch für Kunde B belief sich somit auf CHF 23,80.– oder 4,76%. Kunde O wurde darüber hinaus eine Courtage von CHF 45,50.– oder 0,9% verrechnet. Es steht somit fest, dass die Bank X im vorliegenden Fall widerrechtliche Kursschnitte vereinnahmte.

(83) Folgender Fall, der als Ausnahme gelten kann, ist ergänzend anzufügen: Wenn von einem Kunden explizit gewünscht wird, ein Festpreisgeschäft abzuschliessen und er dabei den Effekthändler ausdrücklich und ausschliesslich als Gegenpartei ansieht und keine Dienstleistung von diesem erwartet oder will, muss der Effekthändler den bereits bestehenden Kundenauftrag auf der Gegenseite nicht offen legen, auch wenn dieser einen vorteilhafteren Preis aufweisen würde. Ein Grund für ein solches von einem Kunden angestrebtes Festpreisgeschäft kann eine benötigte dringende Ausführung zu einem beschlossenen Preis sein. Diesfalls wird der Effekthändler eindeutig in seiner Eigenschaft als Gegenpartei angegangen, und es wird keine Dienstleistung des Intermediärs erwartet. Zwingend ist indessen, dass der Effekthändler den beim Festpreisgeschäft erzielten Preis dem Kunden mit bereits bestehendem Kommissionsauftrag im Sinne des Anspruchs auf Ausführung zum besten Preis weitergibt.

10 Handelsgebaren der Bank X im Handel mit nichtkотиerten Effekten

(...)

10.1.2 Transaktionen in Effekten der XY

(89) Aufgrund der geringen Anzahl Transaktionen in Effekten der XY bei der Bank X für das gesamte Jahr 2001 (insgesamt yy) sowie der kurzen zeitlichen Abfolge der Auftragseingänge bzw. -ausführungen besteht auch hier der starke Verdacht, dass der Bank X die beiden Aufträge bekannt waren und somit zu keiner Zeit eine Risikolage für die Bank bestand. Immerhin liegen hier aber fünf Minuten zwischen den beiden Geschäften, sodass zumindest eine geringe Möglichkeit bleibt, dass der zweite Auftrag unmittelbar nach der Erteilung/Ausführung des ersten erfolgte und dann sogleich auch noch ausgeführt wurde. Aufgrund der ungenügenden Journalführung der Bank X (vgl. Ziff. 12) konnte dies letztlich nicht eindeutig geklärt werden. Die Frage kann jedoch offen bleiben, denn selbst wenn sich der Sachverhalt so zugezogen hat, wie ihn Händler G rekonstruiert, ist die Bank X ihren Pflichten als Kommissionär gegenüber dem Verkaufs- sowie anschließend ebenfalls gegenüber dem Kaufkommittenten nicht nachgekommen. Als Kommissionär hat der Effekthändler die Handelsgeschäfte seiner Kunden zum bestmöglichen Marktkurs abzuschliessen. In einem ersten Schritt musste die Bank X für den Verkaufskommittenten sicherstellen, dass dieser seinen Verkauf zum bestmöglichen Marktpreis durchführen kann. Im vorliegenden Fall wusste die Bank X, dass der erwähnte Kunde W in der Regel alle verfügbaren Titel kauft. In einer solchen Konstellation muss der Effekthändler den bestmöglichen Kurs für den Verkäufer eruieren (vgl. hierzu unsere Ausführungen unter Ziff. 9). Findet sich ein Kaufkommittent, der einen besseren Preis

als das Eigenhandelskonto des Effektenhändlers bietet (echter Selbsteintritt), ist der Verkäufer mit dem Käufer zusammenzuführen. Besteht eine gegeneinander ausführbare Geld/Brief-Differenz zwischen den Preisangaben des Verkaufs- und Kaufkommittenten, sind die beiden Kundenaufträge zum Mittelkurs durchzuführen. Auch hier gilt: Der Effektenhändler trägt im Ausmass der Kompensation kein Kursrisiko; deshalb steht ihm, zusätzlich zur Kommission, die Geld/Brief-Differenz nicht zu. Dem Verkäufer wurde eine Courtage von CHF y80.50 verrechnet, was einem Wert von 0,46% (normale Courtage für diesen Bruttowert 0,92%) entspricht. Dem Verkäufer wurde keine Courtage belastet. Der Aufpreis zwischen Kauf und Verkauf beträgt in casu 3,33%.

(90) Vorliegend hätten der Verkaufs- sowie der Kaufkommittent einen besseren als den mit der Bank X abgeschlossenen Preis erzielen können. Die Bank X hat sorgfaltspflichts- und treuepflichtswidrig nicht versucht, für ihre Kunden den bestmöglichen Abschluss zu suchen bzw. zu erzielen; sie hat stattdessen ihre eigenen Interessen über diejenigen der Kunden gestellt, indem sie in Kenntnis der Tatsache, dass Kunde W in der Regel alle Titel zu übernehmen bereit ist, die Position von Kunde S zuerst auf ihr Nostro kaufte, um sie fünf Minuten später gewinnbringend an Kunde W weiterzuverkaufen. Es liegt somit eine Verletzung von Art. 11 BEHG vor.

11 Interbankgeschäfte

(102) Bei Effektenhandelsgeschäften unter Effektenhändlern ist im Hinblick auf die Frage des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses (Kaufverhältnis/Auftragsverhältnis) in der Regel davon auszugehen, dass sich diese untereinander als Gegenparteien suchen und betrach-

ten und namentlich keine Dienstleistung voneinander erwarten. Dies gilt vor allem im OTC-Handel und im Handel zwischen Börsenmitgliedern. Es handelt sich um Marktteilnehmer, die gleichermaßen als Effekthändler bewilligt sind, die über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen und die den Effektenhandel selbst betreiben können und somit typischerweise eben gerade nicht darauf angewiesen sind, ihre Transaktionen über einen Intermediär ausführen zu müssen. Im Zweifelsfalle, und namentlich wenn die Effekthändler lediglich die normalen Kriterien hinsichtlich des Preises und der Menge absprechen, ist somit von einem Kaufverhältnis auszugehen. In diesen Fällen darf und soll jede Partei ihr eigenes Interesse verfolgen und es bestehen namentlich keine besonderen Verpflichtungen aus einem Kommissionsverhältnis. Möglich sind aber durchaus andere Konstellationen: Muss ein Nicht-Börsenmitglied und Effekthändler seine Transaktionen über ein Börsenmitglied ausführen lassen, so ist üblicherweise von einem Auftragsverhältnis auszugehen. Von der dargelegten Betrachtung ist ebenfalls abzusehen, wenn der eine Effekthändler sich offenkundig als Kunde betrachtet bzw. eine Dienstleistung vom anderen erwartet. In der vorliegenden Angelegenheit ist beispielsweise an einen Effekthändler zu denken, welcher der Bank X einen interessewahrenden Auftrag für den Kauf bzw. Verkauf einer Effekte erteilt. Denkbar ist auch, dass ein Effekthändler der Bank X den Auftrag gibt, eine bestimmte Effekte für diesen aktiv am Markt zu suchen. Diese Konstellationen sind hinsichtlich des Marktes mit nichtkотиerten Effekten durchaus denkbar. Diesfalls steht die Bank X in einem Kommissionsverhältnis und die entsprechenden Verpflichtungen, insbesondere die Pflicht zur bestmöglichen Ausführung, sind vollständig anwendbar.

(103) Dies gilt entsprechend auch für die Anwendbarkeit von Art. 11 BEHG. Die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Verhaltensregeln von Effektenhändlern gegenüber ihren Kunden gehen in jedem Fall *mindestens* so weit wie die Verpflichtungen, die aus dem zugrundeliegenden privatrechtlichen Vertragsverhältnis entstehen. Insofern wäre Art. 11 BEHG auch vollumfänglich anwendbar für all diejenigen Fälle, bei welchen zwischen Effektenhändlern ein Auftrags- bzw. Kundenverhältnis besteht. Hierzu ist allerdings Folgendes einschränkend zu bemerken: Die von der EBK anerkannten geltenden Verhaltensregeln für Effektenhändler der SBVg vom 22.1.1997 schliessen in der Präambel die Anwendbarkeit der Verhaltensregeln gemäss Art. 11 BEHG unter Effektenhändlern generell aus. Die Frage, für welche spezifischen Fälle Art. 11 BEHG anwendbar ist oder nicht, ist demzufolge anlässlich der nächsten Revision der Richtlinie der SBVg neu zu regeln.

12 Journalführungspflichten gemäss Art. 15 BEHG i.V.m. Art. 1 BEHV-EBK / Vermittlertätigkeit

(104) Gemäss Art. 15 Abs. 1 BEHG i.V.m. Art. 1 BEHV-EBK hat der Effektenhändler die eingegangenen Aufträge und die von ihm getätigten Geschäfte mit allen Angaben in einem Journal aufzuzeichnen. Die lückenlose Nachvollziehbarkeit der abgewickelten Effektenhandels-transaktionen ist ein wichtiges Element des Anlegerschutzes. Es ermöglicht namentlich den Revisionsstellen und der EBK, die Tätigkeiten im Handelsbereich und die Gewährleistung des Schutzes der Kundeninteressen zu prüfen. Das Journal stellt ferner eine zentrale Informationsgrundlage bei der Verfolgung von Gesetzesverletzungen gemäss Art. 6 BEHG bzw. von Börsendelikten gemäss Strafgesetzbuch dar. «*Die Zeiterfassung, d. h. Datum und Zeit eines Auftragseingangs sowie der Aus-*

führung, sind dabei die wesentlichsten Informationen für die Nachvollziehbarkeit und damit wichtige Elemente des Journals» (EBK-JB 1997, S. 100). Falls erforderlich, muss der Ablauf einzelner Börsenaufträge von der Auftragserteilung bis zur Ausführung nachgebildet werden können. Die Einzelheiten der Journalführung werden in Art. 1 BEHV-EBK und insbesondere im EBK-Rundschreiben 96/6 «Effektenjournal» geregelt.

(105) Somit müssen das Datum und die Zeit des Auftragseinganges beim Effektenhändler festgehalten werden (beispielsweise mittels Fichen) und jederzeit gemäss den Grundsätzen in Rz 8/9 des EBK-RS 96/6 «Effektenjournal» belegbar sein.

(106) Im Handel mit nichtkотиerten Effekten der Bank X konnten vielfach die abgewickelten Effektenhandelstransaktionen aufgrund von fehlenden oder unzutreffenden Angaben bzw. Eingaben zum effektiven Zeitpunkt (Datum und Zeit) des Auftragseinganges und ebenfalls zum genauen Zeitpunkt des Abschlusses nicht nachvollzogen werden.

(107) Die Erklärungen der Bank X zum Thema Journalführung hinterlassen kein gutes Bild. Bei der Einvernahme von Händler G bestanden Unsicherheiten, ob und inwiefern limitierte Aufträge erfasst wurden und ob schriftliche Dokumentationen (rote Briefkopien) vorhanden seien. Wie sich schliesslich herausstellte, wurden im relevanten Zeitraum, d.h. bis November 2001, bei limitierten Aufträgen in der Regel weder die Auftragszeiten erfasst noch die Bestätigungskopien für die Kunden aufbewahrt. Ebenfalls wurden bei den unter Ziff. 10 festgestellten Kursschnitten die Auftragszeiten nicht bzw. nicht zum richtigen Zeitpunkt erfasst. Die Bank X führte hierzu aus (Schreiben vom 23. Juli 2003), dass die Auftragszeit des Kunden sowie die Abschlusszeit des Handels im Bereich der nichtkотиerten Effekten in der Regel

identisch sei. Diese Erfassung reflektiert nicht die tatsächlichen Gegebenheiten. Wenn die Bank X für Kunden am Markt Effekten oder Gegenparteien für den Verkauf von Effekten sucht, wie bei den aufgeführten Fällen geschehen, dann sind die entsprechenden Aufträge und insbesondere der Zeitpunkt des Auftragsesinganges gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. b BEHV-EBK journalmässig zu erfassen. In jedem Fall fällt die Zeit des ursprünglichen Auftrages und der Ausführung bei diesen Geschäften auseinander, auch wenn in sehr kurzer Zeit ein Abschluss herbeigeführt werden kann.

(108) Aufgrund der Tatsache, dass die Bank X die Auftragszeiten im Handel mit nichtkотиerten Effekten in der Regel nicht auswies, und im Wissen um die von Händler G gemachte Aussage (*«In einem solchen Fall probiere ich einen Abnehmer zu suchen und mit dem Verkäufer einen Nettoabschluss zu erreichen, um die Position mit einem Handelsgewinn in der Folge weiterzuverkaufen. Es kann aber auch sein, dass ich mir sage, doch der Titel ist gut, den nehme ich auf das Nostro.»*) ist zu vermuten, dass bei korrekter Journalführung der Bank X eine erhebliche Anzahl weiterer Kursschnitte hätte festgestellt werden können. Diese Beurteilung stützt sich zusätzlich auf die Aussage von Händler S an der Geschäftsleitungssitzung vom 28. Januar 2002, an welcher er gemäss Protokoll betreffend den Fall Kunde O – Kunde B klar zu bedenken gab: *«Wenn solche Kursschnitte inskünftig nicht mehr gestattet sind, ist der <Handel mit nichtkотиerten Effekten> nicht mehr rentabel.»*

(109) Es ist somit festzuhalten, dass die Bank X die Journalführungspflichten gemäss Art. 15 BEHG i.V.m. Art. 1 BEHV-EBK bis November 2001 wiederholt grob verletzte, indem sie im Bereich mit nichtkотиerten Effekten die bei ihr eingegangenen Aufträge und insbesondere den genauen Zeitpunkt des Auftragsesinganges nicht journalmässig erfasste.

Dadurch wurden die behördlichen Ermittlungen der EBK i.S. Kurschnitt hinsichtlich der Transaktionen im Jahr 2001 erheblich beeinträchtigt.

(110) Der genaue Auftragszeitpunkt bei allen Aufträgen wird erst seit einer Intervention der Revisionsstelle im November 2001 erfasst und es werden Bestätigungskopien aufbewahrt. Seither müssen sämtliche Aufträge erfasst werden, auch wenn sie nicht zu einer Ausführung gelangen. Die von der Revisionsstelle angeregten Massnahmen sind positiv zu bewerten. Zur Verminderung von Unklarheiten in der Nachvollziehbarkeit von Börsentransaktionen und um die Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich Journalführung sicherzustellen, muss die Bank X in den Fällen, wo sie eine Vermittlerfunktion ausübt, zwingend für beide Abschlüsse (Kauf und Verkauf) die gleiche Abschlusszeit aufführen.

13 *Erwägungen zu den Mandatsverträgen zwischen der Bank X und Organ X*

(...)

14 und 15 *Erwägungen zu den Gewährsträgern, zur Gewähr der Bank und zu den angeordneten Massnahmen*

(...)

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 24. November 2004 i. S. Händler A

Marktmissbräuchliches Verhalten im Effektenhandel; Verletzung von Art. 11 BEHG

- 1 Mitarbeiter von Effektenhändlern dürfen vertrauliche Informationen über Kunden- oder Nostrotransaktionen nicht missbrauchen, um vorgängig Eigengeschäfte bzw. Mitarbeitergeschäfte zu tätigen (Ziff. 10).
- 2 Das «Vorlaufen» (Front Running) und verwandte Strategien wie das «Mitlaufen» (Parallel Running) oder «Anhängen» (d.h. das Zwischenschieben von Eigentransaktionen zwischen einzelne Tranchen von Kundenaufträgen, die nicht in einem Mal ausgeführt werden) sind als Verstoss gegen die Verhaltensregeln des Effektenhändlers von Art. 11 BEHG zu qualifizieren (Ziff. 10 ff.).
- 3 Gemäss Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG kann die Aufsichtsbehörde verantwortlichen Mitarbeitern eines Effektenhändlers, die das BEHG, die Ausführungsvorschriften oder die betriebsinternen Vorschriften grob verletzen, den Effektenhandel dauernd oder vorübergehend verbieten (Ziff. 16 ff.).

Comportement abusif dans le négoce de valeurs mobilières; violation de l'art. 11 LBVM

- 1 Les collaborateurs des négociants en valeurs mobilières ne doivent pas utiliser abusivement les informations confidentielles

relatives à des ordres de clients pour passer des transactions pour le compte du négociant ou pour leur propre compte (ch. 10).

- 2 Le «Front Running» ou les stratégies similaires comme le «Parallel Running» ou le fait de glisser des ordres pour son compte propre entre les ordres des clients qui ne sont pas réalisés en une seule fois, sont des violations des règles de conduite pour les négociants en valeurs mobilières de l'art. 11 LBVM (ch. 10 ss).
- 3 Conformément à l'art. 35 al. 3 let. b LBVM, l'autorité de surveillance peut interdire, provisoirement ou pour une durée indéterminée, de pratiquer le commerce des valeurs mobilières aux collaborateurs responsables d'un négociant qui ont gravement violé la LBVM, les dispositions d'exécution ou les prescriptions internes de l'entreprise (ch. 16 ss).

Comportamento abusivo nel commercio di valori mobiliari; violazione dell'art. 11 LBVM

- 1 I collaboratori dei commercianti di valori mobiliari non devono utilizzare abusivamente le informazioni confidenziali relative a degli ordini di clienti per effettuare delle transazioni per conto del commerciante o per proprio conto (cifra 10).
- 2 Il «Front running» o le strategie simili come il «Parallel running» o il fatto di inserire degli ordini per proprio conto tra una serie di transazioni a favore di clienti, che non vengono effettuate in un unico blocco, lede le regole di comportamento per i commercianti di valori mobiliari dell'art. 11 LBVM (cifre 10 ss).

- 3 Ai sensi dell'art. 35 cpv. 3 lett. c LBVM, l'autorità di sorveglianza può vietare provvisoriamente o per una durata indeterminata l'esercizio del commercio di valori mobiliari ai collaboratori responsabili di un commerciante che hanno violato gravemente la LBVM, le sue disposizioni di esecuzione o le prescrizioni interne dell'impresa (cifre 16 ss).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

A arbeitete als Kunden- und Nostrohändler der Bank X. Als deren Händler hatte er Einblick in sämtliche Auftragsbücher der an der SWX Swiss Exchange und virt-x gehandelten Effekten.

A eröffnete am 11. M 2003 eine Konto- und Depotverbindung bei der Bank Z. Die über diese Bankverbindung abgewickelten Transaktionen erfolgten – von wenigen Ausnahmen abgesehen – jeweils so, dass A sowohl auf der Käufer- wie auch auf der Verkäuferseite involviert war, wobei er sein Verhalten für sein privates Konto jeweils mit seiner Handelstätigkeit für das Nostro oder für Kunden der Bank X abstimme. Insgesamt konnten über einen Zeitraum von siebeneinhalb Monaten nach Eröffnung der Konto- und Depotverbindung bei der Bank Z 93 solcher Geschäfte festgestellt werden. A erzielte durch dieses Verhalten einen Gesamtgewinn für sich privat von CHF 73 789.20.

Im Folgenden werden drei Transaktionen bzw. Transaktionsgruppen detailliert dargestellt, die beispielhaft sind für das Vorgehen von A:

- a) Inhaberaktien Q: Am 15. M 2004 um 16:47:33 Uhr kaufte A über sein Konto bei der Bank Z (nachfolgend: für eigene Rechnung)

92 Inhaberaktien Q zu einem Kurs von CHF 809.82. Um 17:19:46 Uhr kaufte A für das Nostro der Bank X (nachfolgend: für Nostro) 10 Inhaberaktien Q zu einem Kurs von CHF 820.–. In der Schlussauktion kaufte A für Nostro 102 Inhaberaktien Q zu einem Kurs von CHF 840.–, darunter auch seine zuvor für eigene Rechnung erworbenen 92 Inhaberaktien Q. Dabei realisierte A einen Transaktionsgewinn von CHF 2168.35.

- b) Inhaberaktien R: Am 24. M 2004 um 14:11:41 Uhr kaufte A für eigene Rechnung 772 Inhaberaktien R zu einem Kurs von CHF 8.75. Ab 16:33:45 Uhr bis 16:54:42 Uhr kaufte A für Nostro insgesamt 1445 Inhaberaktien R und bewegte dadurch den Aktienkurs von CHF 8.75 auf CHF 10.45. Mit der zweitletzten Transaktion um 16:39:29 Uhr kaufte A für Nostro seine um 14:11:41 Uhr für eigene Rechnung erworbenen Inhaberaktien R zu einem Kurs von CHF 10.–. Dabei realisierte A für eigene Rechnung einen Transaktionsgewinn von CHF 916.40.
- c) Namenaktien P: Am 7. M 2004 um 15:46:36 Uhr begann A für Kunden Namenaktien P zu kaufen. Insgesamt wurden an diesem Tag 2069 Namenaktien P für Kunden gekauft. Nach 15:47:06 Uhr unterbrach A die Kundenkäufe, um seinerseits für eigene Rechnung um 16:45:21 Uhr 200 Namenaktien P zu einem Kurs von CHF 115.25 zu kaufen. Ab 16:55:47 Uhr setzte A die Kundenkäufe fort und bewegte damit den Aktienkurs bis um 17:13:17 Uhr auf CHF 116.50. Um 17:13:18 verkaufte A 200 Namenaktien P für eigene Rechnung zu einem Kurs von CHF 117.50, wobei er selbst (d.h. für die Bank) als Gegenpartei 81 Namenaktien P für Kunden kaufte. A realisierte damit einen Transaktionsgewinn für eigene Rechnung von CHF 293.95.

Einige Tage später, am 10. M 2004 um 09:16:10 Uhr begann ein Händler der Bank X für Kunden Namenaktien P zu kaufen. Später übernahm A die Abwicklung dieser Kundentransaktionen. Insgesamt wurden an diesem Tag 7431 Namenaktien P für Kunden gekauft, davon bis um 13:46:33 Uhr 772 Stück. Um 14:04:45 Uhr erwarb A für eigene Rechnung 500 Namenaktien P zu einem Kurs von CHF 115.-; um 14:25:57 kaufte er für eigene Rechnung 100 Namenaktien P zu einem Kurs von CHF 115.50. Ab 14:28:58 Uhr wurden die Kundenkäufe durch A weitergeführt. Von diesem Zeitpunkt an bis zum Handelsschluss trat nur noch die Bank X als Käuferin von Namenaktien P auf; um 14:52:37 Uhr erwarb A für Kunden die von ihm zuvor für eigene Rechnung gekauften 600 Namenaktien P zu einem Kurs von CHF 116.75. A realisierte dadurch für sich selbst einen Transaktionsgewinn von CHF 533.70.

Nach Feststellung des Handelsgabarens von A machte die EBK dieses der Bank X bekannt und lud sie zur Stellungnahme ein. In ihrem Antwortschreiben teilte die Bank X mit, dass A durch sein Verhalten gegen bankinterne Regelwerke verstossen habe (Verbot von Umgehungsgeschäften; Verstoss gegen die Haltedauer-Regelung; Verbot, Mitarbeiteraufträge gegen ein Nostro-Konto abzuwickeln; Verstoss gegen die Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts, Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Januar 1997; Verstoss gegen den absoluten Vorrang des Auftrags als Kundenhändler). Aufgrund dieser Verstösse sei A fristlos entlassen worden.

In der Folge eröffnete die EBK gegen A ein Verfahren wegen marktmissbräuchlichen Händlerverhaltens. In seiner Stellungnahme zu den

Vorwürfen der EBK beantragte der Rechtsvertreter von A, auf die Aussprechung einer aufsichtsrechtlichen Massnahme zu verzichten. Er führte im Wesentlichen aus, dass sein Klient Wert auf die Feststellung lege, durch sein Verhalten keine Dritten geschädigt zu haben. Die Transaktionen, die dieser als Händler der Bank X vorgenommen habe, seien vielfach nach Rücksprache mit seinem Sales Team erfolgt. A habe zwar gegen die bankinterne Regelung der Haltefristen verstossen, ein Front bzw. Parallel Running liege jedoch nicht vor. A sei zudem durch die fristlose Entlassung der Bank X ausserordentlich hart bestraft worden. Die bisherige Stellensuche habe gezeigt, dass es A schwerfallen werde, jemals wieder eine Stelle bei einer Bank zu finden. Die Ausfällung einer aufsichtsrechtlichen Massnahme erscheine unter diesen Umständen als unverhältnismässig.

Die EBK befand, dass A seine Position ausgenutzt hat, um sich in systematischer Weise durch marktmissbräuchliches Verhalten zu bereichern. Dieses Verhalten qualifizierte die EBK als besonders schwerwiegende Verletzung von Art. 11 BEHG und suspendierte A für dreissig Monate von der Tätigkeit im Effektenhandel.

Aus den Erwägungen

(...)

(10) Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (BEHG; SR 954.1) hat der Effekthändler gegenüber seinen Kunden eine Treuepflicht, wonach er insbesondere sicherzustellen hat, dass allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligen. Art. 11 der Verhaltensregeln für

Effekthändler bei der Durchführung des Effekthandelsgeschäftes, Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Januar 1997, statuiert in diesem Zusammenhang ein ausdrückliches Verbot des Front Running: Danach dürfen der Effekthändler und seine Mitarbeiter vertrauliche Informationen nicht missbrauchen, um vorgängig Eigengeschäfte bzw. Mitarbeitergeschäfte zu tätigen. Unter das Verbot des Front Running fallen neben dem eigentlichen Vorlaufen verwandte Strategien wie das Mitlaufen (Parallel Running) oder Anhängen, d.h. das Zwischenschieben von Eigentransaktionen zwischen einzelne Tranchen von Kundenaufträgen, die nicht in einem Mal ausgeführt werden (vgl. Urs P. Roth, in: Gérard Hertig u.a. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effekthandel, Zürich 2000, Art. 11 Rz. 171). Front Running und damit verwandte Strategien sind somit als Verstoss gegen die Verhaltensregeln des Effekthändlers gemäss Art. 11 BEHG zu qualifizieren, sowie als grober Missstand i.S.v. Art. 6 Abs. 2 BEHG.

(...)

(12) Die vorstehend beschriebenen Transaktionen (...) sind ohne weiteres als Front Running bzw. damit verwandte Strategien zu qualifizieren. Entgegen den Vorbringen des Rechtsvertreters von A ist dabei unerheblich, (...) dass die Transaktionen, die für das Nostro bzw. Kunden der Bank X ausgeführt wurden, gemäss den Weisungen erfolgten. Massgeblich ist, dass A sein Wissen um diese Transaktionen in treu- und rechtswidriger Weise ausnützte, um sich selber als Gegenpartei zu begünstigen.

(13) Erschwerend ist in diesem Zusammenhang die Tatsache zu werten, dass A sein missbräuchliches Handelsverhalten in systematischer

Weise betrieben hatte: A begann umgehend nach der Eröffnung der Konto- und Depotverbindung bei der Bank Z (...) mit dem Front Running; weiter handelt es sich hier nicht um eine einzelne Transaktion, sondern um insgesamt 93 solcher Geschäfte, die in einem Zeitraum von siebeneinhalb Monaten festgestellt werden konnten.

(14) Die Tatsache, dass A einzelne seiner Front-Running-Transaktionen mit Verlust abschliessen musste, ändert nichts an deren Qualifizierung als verpöntes Marktverhalten. Ebenso wenig ist eine Schädigung Dritter notwendig, damit solche Geschäfte unter das Verbot des Front Running fallen. Dennoch ist in diesem Zusammenhang klar festzuhalten, dass entgegen den Vorbringen des Rechtsvertreters A mit seinem Tun sowohl seinen Arbeitgeber wie auch dessen Kunden geschädigt hat. Eine exakte Bezifferung des Verlusts im Nachhinein ist schwierig, da aufgrund der laufenden Marktbewegungen ein aleatorisches Element mitspielt, und namentlich nicht mit Gewissheit gesagt werden kann, wie sich der Markt verhalten hätte, wenn A nicht eingegriffen hätte. Bei der Praktizierung von Front Running wird mitunter zugleich das Gebot der bestmöglichen Ausführung gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b BEHG verletzt, z.B. weil Kurse zur Optimierung des Front-Running-Gewinns in die Höhe getrieben werden, oder weil die Ausführung einer Kundentransaktion nicht zum bestmöglichen Zeitpunkt erfolgt (vgl. Rolf H. Weber, Börsenrecht, Zürich 2001, Art. 11 Rz. 21 ff.). Dies trifft weitgehend auch in den (...) beschriebenen Fällen zu, womit A auch eine Verletzung der bestmöglichen Ausführung anzulasten ist.

(15) Schliesslich ist festzuhalten, dass A mit seinem Verhalten seine arbeitsrechtliche Treuepflicht (...) verletzt sowie in verschiedener Hinsicht gegen bankinterne Regelwerke verstossen hat (...). Entsprechend wurde A von der Bank X (...) fristlos entlassen.

(16) Erhält die EBK von Verletzungen des Börsengesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, so hat sie gemäss Art. 35 Abs. 3 BEHG die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen zu erlassen. Insbesondere kann die EBK gestützt auf Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG Personen, die als verantwortliche Mitarbeiter eines Effektenhändlers den Effektenhandel betreiben, vorübergehend oder dauernd die Tätigkeit im Effektenhandel verbieten.

(17) A war (...) bei der Bank X als Kunden- und Nostrohändler angestellt, und er hat in dieser Eigenschaft den Effektenhandel im Sinne von Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG betrieben.

(18) A hat seine Position ausgenutzt, um sich in systematischer Weise durch marktmissbräuchliches Verhalten zu bereichern. Dieses Verhalten ist als besonders schwerwiegende Verletzung von Art. 11 BEHG zu qualifizieren; ein Verbot der Tätigkeit im Effektenhandel erscheint als aufsichtsrechtliche Massnahme angezeigt.

(19) Der Rechtsvertreter von A bestreitet die Verhältnismässigkeit von aufsichtsrechtlichen Massnahmen aufgrund des Stellenverlusts sowie der bisher erfolglosen Arbeitssuche seines Klienten im Bankgeschäft. (...) Die allfälligen faktischen Schwierigkeiten bei der Arbeitssuche ändern nichts an der Tatsache, dass A zum jetzigen Zeitpunkt grundsätzlich jederzeit wieder eine Stelle im Effektenhandel einnehmen könnte. Würde auf eine Suspendierung verzichtet, so bestünde diesfalls kein Grund für A, sich nicht erneut durch Betreiben von Front Running zu bereichern und dadurch Kunden und/oder einen neuen Arbeitgeber zu schädigen. Unbesehen der gegenwärtigen Stellensituation von A ist diesem für eine angemessene Zeitdauer die Tätigkeit im Effektenhan-

del zu verbieten. Im Übrigen wird dem Betroffenen durch das Verbot der Tätigkeit im Effektenhandel nicht die Tätigkeit im Finanzdienstleistungssektor an sich untersagt, sondern eben nur im Handel mit Effekten, d. h. eine von Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG erfasste Tätigkeit.

(20) Angesichts der dargestellten Verletzung von Art. 11 BEHG ist es angemessen und verhältnismässig, A gestützt auf Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG ein auf 30 Monate befristetes Verbot der Tätigkeit im Effektenhandel zu auferlegen.

(...)

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 27. April 2005 i. S. Bank X sowie Portfolio Manager Q und Händler R

Marktmissbräuchliches Verhalten im Effektenhandel; Verletzung von Art. 11 BEHG

- 1 Der Abschluss eines Effktengeschäfts für Kunden im Rahmen einer Doppelvertretung und ohne marktpreisbezogene Anhaltspunkte verstösst gegen die Pflicht zur bestmöglichen Erfüllung gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b BEHG sowie gegen die Pflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c BEHG, die Benachteiligung eines Anlegers gegenüber anderen Kunden zu vermeiden (Ziff. 19 ff.).
- 2 Ein Portfolio Manager, der für von ihm betreute Vermögen Anlageentscheide trifft, übt eine Tätigkeit im Effektenhandel im Sinne von Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG aus, weshalb bei fehlbarem Verhalten ein Ausübungsverbot für diese Tätigkeit verhängt werden kann (Ziff. 26 ff.).

Comportement abusif dans le négoce de valeurs mobilières; violation de l'art. 11 LBVM

- 1 La double représentation dans le cadre d'une transaction sur titres sans valeur de marché à laquelle se référer viole le devoir de diligence de l'art. 11 al. 1 let. b LBVM ainsi que le devoir de loyauté de l'art. 11 al. 1 let. c LBVM qui prohibe le fait de privilégier certains clients par rapport à d'autres (ch. 19 ss).

- 2 Un gérant, qui prend des décisions d'investissement pour les avoirs dont il a la charge, exerce une activité de négoce de valeurs mobilières au sens de l'art. 35 al. 3 let. b LBVM. Une interdiction de pratiquer ce négoce peut être prononcée en cas de violation de la loi (ch. 26 ss).

Comportamento abusivo nel commercio di valori mobiliari; violazione dell'art. 11 LBVM

- 1 La doppia rappresentanza nell'ambito di una transazione su titoli senza valore di mercato quale riferimento lede il dovere di diligenza previsto all'art. 11 cpv. 1 lett. b LBVM così come pure il dovere di lealtà dell'art. 11 cpv. 1 lett. c LBVM, che proibisce il fatto di privilegiare alcuni clienti in rapporto ad altri (cifre 19 ss).
- 2 Un Portfolio Manager che prende delle decisioni di investimento per gli averi da lui gestiti esercita un'attività di commercio di valori mobiliari ai sensi dell'art. 35 cpv. 3 lett. b LBVM. Un divieto di praticare questo commercio può essere pronunciato in caso di violazione della legge (cifre 26 ss).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Q ist Head of Equity der Bank X, wo er als Senior Portfolio Manager für Schweizer und europäische Aktien sowie als Aktienanalyst für europäische Pharmaaktien tätig ist. Q ist Mitglied der Direktion (nicht auf Stufe Geschäftsleitung) der Bank X. R ist lizenzierter Händler an der

SWX Swiss Exchange und leitet den Handel der Bank X. R ist ebenfalls Direktionsmitglied (nicht auf Stufe Geschäftsleitung) der Bank X.

Am 7. M 2004 gab das Biotechnologie-Unternehmen T bekannt, dass es die laufende Studie zur Wirksamkeit des Medikaments S einstellen werde. Gemäss einer Meldung der Nachrichtenagentur Reuters vom selben Tag hatten Beobachter noch vor dieser Ankündigung die Befürchtung geäussert, dass eine Einstellung dieser Studie den Kurs der T-Aktie um bis zu 30% drücken würde.

Am folgenden Tag, 8. M 2004, meldete Reuters vor Beginn des Börsenhandels, dass die UBS die Empfehlung für die T-Aktie von «buy» auf «reduce» zurückgestuft und das Kursziel von CHF x60.– auf CHF x15.– gesenkt habe. Weiter meldete Reuters wenig später, dass Lehman Brothers die Empfehlung für die T-Aktie von «overweight» auf «equalweight» zurückgenommen sowie Vontobel die T-Aktie von «sector outperform» auf «sector perform» zurückgestuft habe.

Der Kurs der T-Aktie notierte an diesem Morgen vorbörslich bei einem Referenzpreis von CHF x70.–. In der Folge fiel der Referenzpreis bis auf CHF x05.–, um schliesslich vor Eröffnung des Handels bei CHF x91.– zu notieren. Erster bezahlter Kurs bei Handelsbeginn der T-Aktie war CHF x03.–, dies nachdem der Titel bei Handelsschluss am vorgehenden Freitag noch bei CHF x53.– notiert hatte. Dies entsprach einem Kurseinbruch von 32,7%.

Am selben Tag meldete die Bank X der SWX Swiss Exchange die Durchführung einer vorbörslichen Transaktion über xx 500 T-Aktien zu CHF x32.– je Aktie mittels «Reported Trade» als Kundengeschäft. Bei einem Volumen von xx 500 Titeln beträgt die Differenz zwischen dem

bezahlten Stückpreis von CHF x32.– zum ersten börslichen Kurs des Tages von CHF x03.– insgesamt CHF xxx 500.–.

Die EBK untersuchte den Handel in T-Aktien im Vorfeld dieses Kurseinbruchs und erbat von der Bank X Auskünfte zur vorbörslichen Transaktion über xx500 T-Aktien. In ihrer Antwort teilte die Bank X mit, dass es sich beim Käufer um den Fonds A handle. Verkäufer waren die Kundin B (x600 T-Aktien) sowie der Fonds C (x900 T-Aktien); die Erteilung der entsprechenden Transaktionsaufträge sei bei allen drei Parteien durch den verantwortlichen Portfolio Manager bzw. Kundenberater Q erfolgt. Die Abwicklung der Transaktion hatte R besorgt. Die Bank führte zudem aus, dass die Durchführung von Cross Trades zwischen Kundenkonti ausserhalb der Börsenzeiten nicht mit ihrer Geschäftspraxis vereinbar sei, da bei Fehlen eines aktuellen Börsenkurses sich die Preisfestsetzung – wie das konkrete Beispiel zeige – zulasten der involvierten Kunden auswirken könne. Die Compliance-Abteilung sei deshalb beauftragt worden, eine besondere Weisung für Cross Trades auszuarbeiten. Ferner bestehe die Absicht, den Fonds A so zu stellen, als ob der Kauf über xx500 T-Aktien nicht vorgenommen worden wäre. Ein entsprechender Beschluss der Geschäftsführung, den Fonds A für den aus der Transaktion erlittenen Nachteil zu entschädigen, wurde der EBK in der Folge übermittelt.

Dem Antwortschreiben der Bank X war ein von Q und R unterzeichnetes Memorandum beigelegt. Darin wurde der Entscheid zur vorbörslichen Transaktion über xx500 T-Aktien wie folgt begründet: Die schlechten Nachrichten des Unternehmens T am Sonntag vor der Transaktionsdurchführung hätten erwarten lassen, dass der Aktienpreis an der Börse stark fallen und in nächster Zeit eine höhere Volatilität aufweisen werde. Deshalb habe sich Q entschieden, aus den

Depots der Kundin B sowie des Fonds C T-Aktien zu verkaufen und im dynamischeren Depot des Fonds A zu investieren. Da vor Börsenbeginn keine verlässlichen Indikatoren für den zu erwartenden Kurs der T-Aktie vorgelegen hätten, habe Q den R kontaktiert. Die Festsetzung des Preises sei in gemeinsamer Diskussion erfolgt. Dabei hätten sich Q und R auf zwei Analysten-Reports (Credit Suisse und Kepler Equities) gestützt und der «erwarteten Nervosität an der Börse» Rechnung getragen; es sei der Mittelwert der vorgenannten beiden Analystenreports von CHF x40.– und CHF x52.–, somit CHF x46.–, als Massstab genommen worden, um mit einem zehnzehnten Abschlag einen Kurs zu schätzen. Nach ihrer Einschätzung sei bei einem Preis von CHF x32.– je Aktie das «Up- und Downside-Potential fair verteilt» gewesen.

Nach Abschluss der Ermittlungen wurden die Bank X sowie Q und R eingeladen, im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs zum erhobenen Sachverhalt Stellung zu nehmen.

In ihrer Stellungnahme führte die Bank X aus, das Vorgehen von Q und R sei mit der Geschäftspraxis des Instituts nicht vereinbar. Die damit verbundenen Regelverletzungen würden als schwer erachtet. Es liege jedoch kein vorsätzlicher Regelverstoss vor, da es sich bei der Verfehlung um einen Einzelfall handle und das Verhalten der betroffenen Mitarbeiter bis anhin zu keinerlei Beanstandungen Anlass gegeben habe. Die Geschäftsleitung selbst habe umgehend Korrekturmassnahmen eingeleitet: Vorläufiges Verbot der Durchführung von Cross Trades ohne vorherige schriftliche Zustimmung eines Mitglieds der Geschäftsleitung; Ausarbeitung einer neuen Weisung zur Durchführung von Cross Trades; Schulung der betroffenen Mitarbeiter in der Anwendung der neuen Weisung; Nachteilsausgleich zugunsten des Fonds A;

Prüfung organisatorischer Verbesserungen des Portfolio Managements im Fondsbereich; zeitnahe Information des Audit Committees des Verwaltungsrates sowie des internen Inspektorats. Weiter führte die Bank X aus, dass die Vornahme der Transaktion weder für Q noch für R bonusrelevant gewesen sei. Auf Nachfrage hin ergänzte die Bank X, dass das gesamte Vermögen des Fonds A per 31. M 2004 CHF xx2,2 Mio. betragen habe, wohingegen die Vermögen der Kundin B und des Fonds C im gleichen Zeitpunkt mit CHF x3,5 Mio. bzw. CHF x6,5 Mio. zu beziffern seien. Die Bank X teilte zudem mit, dass Q und R ein scharfer formeller Verweis erteilt worden sei, sowie dass man deren Boni für das Geschäftsjahr 2004 um die Hälfte gekürzt habe. Von der Anordnung weiterer Massnahmen durch die EBK sei unter diesen Umständen abgesehen.

Q hielt in seiner Stellungnahme einleitend fest, dass sein Handeln «nur in einem totalen Black-out passieren konnte». Als Beweggrund für die Transaktion gab Q an, dass es sich beim Käufer um einen globalen Aktienfonds handle, der für risikofähigere Anleger bestimmt sei, wohingegen die Verkäufer nur Anlagen in Schweizer Franken (Kundin B) bzw. europäischen Währungen halten würden (Fonds C). Mit Blick auf die erhöhte Volatilität der T-Aktie habe es deshalb Sinn gemacht, die Positionen in diesem Titel auf das dynamischere Mandat zu konzentrieren. Q machte weiter geltend, er und R seien der festen Überzeugung gewesen, dass der Kurs noch am selben Tag CHF x32.– erreichen werde. Sie hätten sich zudem bei der Preisfestsetzung neben den bereits in ihrem Memorandum genannten Analystenreports auf weitere Informationen gestützt. Dabei verwies er konkret auf die nachfolgenden tagesaktuellen Meldungen: Goldman Sachs veröffentlichte kurz nach Mitternacht ein Kursziel von CHF x34.– je Aktie bzw. von CHF x46.– unter Berücksichtigung der Barmittel; dabei warnte Gold-

man Sachs allerdings ausdrücklich vor einer Kursnachgabe als unmittelbare Folge der Einstellung der Studie zum Medikament S. Weiter meldete Reuters in den frühen Morgenstunden, dass Lehman Brothers das Kursziel von CHF x68.– auf CHF x39.– senke. Die Deutsche Bank gab kurz darauf bekannt, dass sie ihre Empfehlung von «buy» auf «hold» zurückstufte, jedoch das Kursziel von CHF x40.– beibehalte. Weiter führte Q an, dass der vorbörsliche Referenzpreis zur Bestimmung eines fairen Preises vorliegend nicht massgeblich gewesen sei; nach Bekanntgabe einer «negativen kursrelevanten Tatsache» lasse erfahrungsgemäss der Überhang an Verkaufswilligen die Bestimmung eines massgeblichen oder auch nur indikativ massgeblichen Kurses nicht zu. Abschliessend bemerkte Q, dass er zu jeder Zeit habe fair sein und alle Parteien habe fair behandeln wollen. Er habe sich viel zu sehr darauf konzentriert, einen fairen Preis festzulegen, so dass die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Handel abzuschliessen sei, wie ausgeblendet wurde. Er ersuche um Verständnis für eine einmalige Fehlleistung in einer ausserordentlichen Situation.

R machte in seiner Stellungnahme einleitend geltend, Q habe ihn, als er am besagten Montagmorgen die Bank betrat, im Vorbeigehen auf die T-Aktie angesprochen und ihm mitgeteilt, dass er nachher zu ihm kommen werde. Einige Minuten später sei Q in den Handelsraum gekommen und habe ihm erklärt, er habe Bedarf, einen Trade zu machen. Hierauf hätten sie sich intensiv mit dem Thema Preis befasst. Weiter folgt die Stellungnahme von R im Wesentlichen den Vorbringen von Q. Abschliessend machte R geltend, dass er sich bei der Durchführung der Transaktion zu sehr darauf konzentriert habe, den Preis festzulegen, den Abschluss richtig abzuwickeln sowie korrekt zu rapportieren; dabei habe er es unterlassen, Rückfragen zu stellen bzw. einen vorbörslichen Trade abzulehnen.

Die EBK suspendierte Q für zwei Monate, R für einen Monat von der Tätigkeit im Effektenhandel. Aufgrund der von der Bank X bereits selbst eingeleiteten Massnahmen wurde von der Verfügung prudentieller Massnahmen gegen das Institut abgesehen.

Aus den Erwägungen

(19) Art. 11 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (BEHG; SR 954.1) statuiert, dass Kundenaufträge bestmöglich zu erfüllen sind («Best Execution»). Art. 5 der Verhaltensregeln für Effekthändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts, Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Januar 1997 (Verhaltensregeln für Effekthändler) verlangt diesbezüglich auch eine bestmögliche Erfüllung in preismässiger Hinsicht und präzisiert, dass Effektenhandelsgeschäfte grundsätzlich zum bestmöglichen Marktkurs auszuführen sind. Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c BEHG hat ein Effekthändler zudem sicherzustellen, dass allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligen. Art. 9 der Verhaltensregeln für Effekthändler hält hierzu ausdrücklich fest, dass Kunden fair und gleich zu behandeln sind.

(20) Bei der Durchführung der vorbörslichen Transaktion über xx 500 T-Aktien (...) erfolgte die Auftragserteilung sowohl auf Käufer- wie auch Verkäuferseite durch Q. Es liegt somit ein Fall der Doppelvertretung vor. Für den sorgfältigen Vertreter ist nach Treu und Glauben erkennbar, dass ein solches Geschäft im Allgemeinen den Interessen des Vertretenen widerspricht (vgl. Rolf Watter, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Obligationenrecht I, Basel 2003, Art. 33

Rz. 19). Wegen der Gefahr der Interessenkollision ist Doppelvertretung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig; eine gültige Vollmacht mag jedoch im Einzelfall vorliegen, so bei Bestehen einer entsprechenden besonderen Ermächtigung des Vertretenen oder wenn eine Benachteiligung des Vertretenen nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist (vgl. BGE 127 III 333 f.; 126 III 363). Dies ist namentlich der Fall, wenn ein Kaufgeschäft zu einem klar definierten Markt- oder Börsenkurs ausgeführt wird (vgl. BGE 93 II 481; 57 II 560; 39 II 566; Rolf Watter, a. a. O., Art. 33 Rz. 19).

(21) Zum Zeitpunkt der Transaktion (...) lag kein aktueller Börsenkurs vor. Den vorbörslichen Referenzpreis erachteten Q und R als nicht aussagekräftig, da bei Vorliegen einer negativen kursrelevanten Tatsache wie vorliegend ein Überhang an Verkaufswilligen keine Rückschlüsse auf den Eröffnungskurs zulasse. Weiter haben beide eingestandenermassen erwartet, dass der Kurs der T-Aktie infolge dieser Meldung (...) fallen und nachfolgend eine höhere Volatilität aufweisen werde. Q und R ging es nach eigener Darstellung darum, aufgrund einer Schätzung, basierend auf den Kurszielen zweier Analystenberichte sowie der «erwarteten Nervosität an der Börse,» einen Mittelwert zu fixieren, der das «Up- und Downside-Potential fair» verteilte. Ein solches Handeln, ohne marktpreisbezogene Anhaltspunkte oder das Einverständnis der betroffenen Kunden, ist mit der Pflicht zur bestmöglichen Auftragserfüllung nicht zu vereinbaren. Dass unter den gegebenen Umständen mit höchster Wahrscheinlichkeit die Preisfixierung zum Nachteil einer Kundenseite ausfallen musste, war zu erwarten.

(22) Soweit auf Analysteneinschätzungen und darin enthaltene Kursziele verwiesen wird, ist festzuhalten, dass es sich dabei um Prognosen zum Preis der T-Aktie handelt, d. h. der Preis, der in einem bestimmten

Zeitraum erreicht werden soll. Sie sind somit kein taugliches Mittel, um den aktuellen Börsenkurs einzuschätzen. An der Sache vorbei zielt im Übrigen das Vorbringen, man sei der festen Überzeugung gewesen, der Kurs werde noch am selben Tag CHF x32.– je Aktie erreichen. Dass zwei erfahrene Bankfachleute nicht bedacht haben, dass ein Käufer kein Interesse daran haben kann, bereits den Preis zu bezahlen, auf den der Kurs eines Titels vermutlich erst steigen wird, ist schwer nachvollziehbar. Unbeachtlich ist schliesslich, dass es sich laut Q beim Fonds A um das im Vergleich zu den Verkäufern «dynamischere Mandat» gehandelt haben soll. Auch gegenüber einem risikoorientierten Anleger besteht die Pflicht, für ihn Effektengeschäfte zu den bestmöglichen Konditionen abzuschliessen und zu vermeiden, dass er gegenüber anderen Kunden benachteiligt wird.

(23) Wie Q und R angesichts des offensichtlichen und von ihnen selbst erwarteten Kurseinbruchs (...) immer noch von einer fairen Behandlung der Kunden ausgehen und das Konfliktpotential nicht erkennen konnten, ist nicht nachvollziehbar. Unter den gegebenen Umständen war es augenscheinlich, dass die Käuferschaft bei vorbörslicher Durchführung der Transaktion mit hoher Wahrscheinlichkeit T-Aktien nicht zum bestmöglichen Preis erwerben und somit gegenüber den Verkäufern benachteiligt würde. (...) Von einer «ausserordentlichen Situation», in der sie sich befunden hätten, kann ferner keine Rede sein, war es doch Q selbst, der offensichtlich unbedingt vor Handelseröffnung einen Abschluss herbeiführen wollte.

(24) Q und R hätten vorliegend mit der Transaktionsabwicklung zuwarten müssen, bis der Markt (...) auf die Bekanntgabe der Einstellung der S-Studie reagieren konnte. Stattdessen wurde das Geschäft gerade noch vor Handelseröffnung abgewickelt, ohne dass eine sachliche

Dringlichkeit oder sonstige Rechtfertigung dafür bestanden hatte. Das Verhalten von Q und R in dieser Angelegenheit ist als grobe Verletzung von Art. 11 Abs. 1 Bst. b und c BEHG zu qualifizieren.

(25) Mit Verweis auf ihr sonstiges Wohlverhalten wird geltend gemacht, dass Q und R nicht vorsätzlich gehandelt hätten. Q fällte vorliegend den Anlageentscheid und beschloss, die Transaktion vorbörslich durchzuführen. Angesichts des Fehlens sachlicher Gründe für die vorbörsliche Durchführung des Cross Trade liegt der Schluss nahe, dass Q beabsichtigt hat, durch den Transfer von T-Aktien aus den Verkäufervermögen in das um ein Mehrfaches grössere Depot der Käuferseite die Folgen des Kurssturzes zugunsten der Verkäufer zu mindern. Ein solches Verhalten wäre als vorsätzliche Verletzung der Verhaltensregeln gemäss Art. 11 BEHG zu qualifizieren. Sieht man davon ab, Q eine solche Motivation für sein Handeln zu unterstellen, und folgt ihm darin, dass sein Handeln auf einen «Black-out» zurückzuführen ist, so handelt es sich immer noch um ein höchst fahrlässiges Übergehen grundsätzlicher Verhaltenspflichten im Effektenhandel. R stand Q auf dessen Anfrage hin bei der Preisfestsetzung beratend zur Seite und führte die Transaktion schliesslich aus. Ihm ist vorzuwerfen, dass er in der vorliegenden Situation die Gefahr der Kundenbenachteiligung und der drohenden Verletzung des «Best Execution»-Prinzips hätte erkennen und hierauf hätte reagieren müssen.

(26) Erhält die EBK von Verletzungen des Börsengesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, so hat sie gemäss Art. 35 Abs. 3 BEHG die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen zu erlassen. Insbesondere kann die EBK gestützt auf Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG Personen, die als verantwortliche Mitarbeiter eines Effektenhändlers den

Effektenhandel betreiben, vorübergehend oder dauernd die Tätigkeit im Effektenhandel verbieten.

(27) Q ist Head of Equity und Senior Portfolio Manager der Bank X. Als solcher trifft er Anlageentscheide für die von ihm betreuten Vermögen und Kunden. Er ist somit ein Mitarbeiter i.S.v. Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG, der für die Bank X in eigener Verantwortung und Zuständigkeit den Effektenhandel betreibt. Ebenso übt R als verantwortlicher Leiter des Handels und als Händler der Bank X den Effektenhandel i.S.v. Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG aus. Die Anordnung einer Suspendierung vom Handel erscheint aufgrund der klaren Verletzung von Art. 11 BEHG als angebrachte und verhältnismässige Massnahme, um der Durchsetzung der Verhaltenspflichten von Art. 11 BEHG gegenüber Q und R Nachdruck zu verschaffen.

(28) Bei der Bemessung der Suspendierung ist in Rechnung zu stellen, dass Q und R bei der Bank X leitende Funktionen innehaben und beide über langjährige Erfahrung im Effektenhandel verfügen. Die von der Bank eingeleiteten Massnahmen zur Verhinderung der Benachteiligung von Kunden bei der Durchführung von Cross Trades sind der Bank selbst anzurechnen; dasselbe gilt für die Vornahme des Nachteilsausgleichs gegenüber dem Fonds A. Q und R können hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die gegenüber ihnen selbst ergriffenen Massnahmen (Bonus-Kürzung um 50%; Erteilung eines formellen scharfen Verweises) sind jedoch zu berücksichtigen. Weiter zu berücksichtigen sind die Erstmaligkeit des Verstosses sowie der bisher einwandfreie Leumund von Q und R. Diese Umstände sprechen dafür, das Mass der Suspendierung tief anzusetzen. Dabei ist den unterschiedlichen Rollen von Q und R Rechnung zu tragen. Angesichts der dargestellten Verletzung von Art. 11 BEHG und unter Berücksichtigung der individuellen

Schwere des Verstosses ist es angemessen und verhältnismässig, gestützt auf Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG, Q für zwei Monate sowie R für einen Monat von der Tätigkeit im Effektenhandel zu suspendieren.

(...)

**Arrêt du Tribunal fédéral du 19 janvier 2005 dans la cause
A. SA et B. SA (2A.484/2004)¹**

Entraide administrative internationale; art. 6 CEDH; publicité de la sanction; renseignements requis par l'autorité étrangère

- 1 L'entraide administrative internationale ne saurait être refusée pour le simple motif que l'autorité requérante a la compétence de prononcer elle-même des sanctions pécuniaires (mesures administratives), quand bien même celles-ci pourraient avoir un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH (consid. 1.2).
- 2 L'art. 6 CEDH n'est pas applicable à la procédure d'entraide administrative (consid. 1.2).
- 3 La publicité de la sanction pécuniaire prise à l'issue d'une procédure administrative contradictoire est normalement admissible (consid. 1.2).
- 4 La question de savoir si les renseignements requis sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure de surveillance étrangère est en principe laissée à l'appréciation de l'autorité requérante (consid. 1.4).

¹ Le registre et le résumé des faits ont été établis par la rédaction du bulletin CFB.

Internationale Amtshilfe; Art. 6 EMRK; Veröffentlichung der Sanktion; von der ausländischen Behörde einverlangte Auskünfte

- 1 Die internationale Amtshilfe wird nicht verweigert, nur weil die ausländische Behörde selbst Bussen verhängen kann (Verwaltungsanktionen). Dies gilt sogar, falls diese Bussen im Sinne von Art. 6 EMRK strafrechtlicher Natur sein könnten (E. 1.2).
- 2 Art. 6 EMRK findet auf das Verfahren der Amtshilfe keine Anwendung (E. 1.2).
- 3 Die Publikation einer Sanktion, welche nach durchgeführtem kontradiktorischem Verwaltungsverfahren verhängt wurde, ist amtshilferechtlich grundsätzlich zulässig (E. 1.2).
- 4 Die Beurteilung, ob die ersuchten Auskünfte für das ausländische Aufsichtsverfahren notwendig oder bloss nützlich sind, bleibt der ersuchenden Behörde anheim gestellt (E. 1.4).

Assistenza amministrativa internazionale; art. 6 CEDU; pubblicità della sanzione; informazioni richieste dall'autorità straniera

- 1 L'assistenza amministrativa internazionale non può essere rifiutata per il semplice motivo che l'autorità richiedente è competente per pronunciare lei stessa delle sanzioni pecuniarie (provvedimenti amministrativi), anche se potrebbero avere un carattere penale ai sensi dell'art. 6 CEDU (consid. 1.2).

- 2 L'art. 6 CEDU non è applicabile alla procedura d'assistenza amministrativa (consid. 1.2).
- 3 La pubblicità delle sanzioni pecuniarie prese alla conclusione di una procedura amministrativa in contraddittorio è generalmente ammessa (consid. 1.2).
- 4 La questione di sapere se le informazioni richieste sono necessarie o semplicemente utili alla procedura di sorveglianza straniera è di principio lasciata all'apprezzamento dell'autorità richiedente (consid. 1.4).

Résumé des faits

Le 20 août 2003, l'autorité espagnole de surveillance des marchés, soit la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) a sollicité l'assistance administrative de la Commission fédérale des banques (CFB) afin de déterminer si la législation espagnole relative à la communication de participations importantes dans deux sociétés cotées à la bourse espagnole, soit A. SA et B. SA, avait été respectée. La CNMV a sollicité l'assistance administrative de la CFB afin d'obtenir des informations sur l'identité des personnes pour le compte desquelles les actions A. SA et B. SA avaient été acquises, ainsi que le détail des transactions effectuées s'il devait s'avérer qu'un membre du conseil d'administration de A. SA ou B. SA (dont la liste des membres avait été jointe à la requête espagnole) en avait acheté.

La banque Z. SA a informé la CFB que Y, membre du conseil d'administration des deux sociétés précitées, ainsi que son époux X étaient titu-

lares d'un compte sur lequel étaient déposées 294 512 actions de A. SA (environ 16% du capital-actions) qui avaient été acquises entre 1996 et 2001 et 161 318 actions de B. SA (environ 7% du capital-actions), qui avaient été achetées durant l'année 1997.

Le 28 juin 2004, la chambre d'entraide internationale de la CFB a décidé d'accorder l'entraide administrative internationale à la CNMV et de lui transmettre les informations reçues, en rappelant que celles-ci ne devaient être utilisées qu'à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières et qu'en application de l'art. 38 al. 2 let. c LBVM, la transmission de ces informations à des autorités tierces, y compris pénales, ne pouvaient se faire qu'avec son assentiment préalable.

Agissant par la voie du recours de droit administratif, Y et son époux X ont demandé au Tribunal fédéral d'annuler la décision de la CFB du 28 juin 2004. Le recours a été rejeté.

Extrait des considérants

1

1.1 Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de constater que la CNMV était l'autorité de surveillance espagnole des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative pouvait être accordée (arrêt 2A.213/1998 du 29 octobre 1998, consid. 6 et 7, publié in: Bulletin CFB 37/1999 p. 21 ss; arrêt 2A.231/1999 du 26 novembre 1999, consid. 3; arrêt 2A.538/2001 du 14 décembre 2001).

1.2 L'entraide administrative internationale ne saurait être refusée ici pour le simple motif que l'autorité requérante a la compétence – contrairement à la Commission fédérale – de prononcer elle-même des sanctions pécuniaires (mesures administratives), quand bien même celles-ci pourraient avoir un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH; cela ne remet pas en cause la nature de la CNMV, qui demeure l'autorité de surveillance des marchés financiers (arrêt 2A.24/2003 du 31 juillet 2003, consid. 3; ATF 129 II 484 consid. 3.5 p. 493). Il incombe à l'Etat requérant de faire en sorte que les garanties de procédure découlant de l'art. 6 CEDH soient respectées. Cette disposition conventionnelle n'est du reste pas applicable à la procédure d'entraide administrative (arrêt 2A.234/2000 du 25 avril 2001, consid. 2b, publié in: Bulletin CFB 42/2002 p. 61 ss). En outre, si la publicité de l'enquête administrative est incompatible avec le principe de la confidentialité et du principe dit du «long bras» consacrés par l'art. 38 LBVM (sous réserve du cas prévu aux ATF 128 II 407 ss), la publicité de la sanction pécuniaire prise à l'issue d'une procédure administrative contradictoire est en revanche normalement admissible. Cela est du reste conforme aux exigences posées par le droit communautaire (ATF 129 II 484 consid. 3.2 et 3.4 p. 491 ss).

1.3 Par ailleurs, le Tribunal fédéral a déjà reconnu que les déclarations de «best efforts» faites par le Président de la CNMV le 5 septembre 1997 constituaient des garanties suffisantes pour assurer effectivement, de la part de l'autorité étrangère, le respect du principe de la spécialité et du principe dit du «long bras» (arrêt précité 2A.231/1999 du 26 novembre 1999, consid. 3). Certes, la législation espagnole sur la surveillance des marchés financiers a entre-temps été révisée sur divers points. Mais il n'existe aucun indice concret et sérieux que l'autorité requérante ne puisse plus effectivement respecter ses engagements

en raison de sa législation interne, respectivement de ses modifications législatives intervenues dans l'intervalle (cf. ATF 127 II 142 consid. 6b p. 147 s.; 126 II 409 consid. 4b/bb p. 413, 126 consid. 6b/bb p. 139). Jusqu'à preuve du contraire, il n'y a donc aucun motif de mettre en doute les déclarations de «best efforts» faites en 1997 par le Président de la CNMV dont la bonne foi est présumée (cf. ATF 128 II 407 consid. 4.3.1 p. 414). D'autant que, dans sa requête d'entraide du 20 août 2003, la CNMV a expressément réitéré ses engagements. A cela s'ajoute que, dans une affaire relativement récente, la CNMV a expressément requis auprès de la Commission fédérale l'autorisation de retransmettre à une autorité pénale étrangère des informations qu'elle avait reçues dans le cadre d'une entraide administrative internationale, conformément aux engagements pris de respecter l'art. 38 LVBM (arrêt 2A.538/2001 du 14 décembre 2001).

1.4 La Commission fédérale n'a pas à examiner si les recourants ont effectivement enfreint leurs obligations de déclarer leurs participations à des sociétés cotées en bourse (violation qui est aussi réprimée pénalement par le droit suisse [cf. art. 41 LBVM; arrêt 2A.134/2001 du 9 novembre 2001, consid. 5]). La question de savoir si les renseignements requis demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure de surveillance étrangère est en principe laissée à l'appréciation de l'autorité requérante. Une telle question relève de la procédure de surveillance étrangère (cf. ATF 126 II 409 consid. 5b, 126 consid. 6a/bb). La Commission fédérale ne peut pas anticiper sur le résultat d'une telle procédure (ATF 127 II 142 consid. 6a/bb). A cet égard, il suffit de constater que la demande d'entraide administrative (...) est fondée sur un soupçon initial concret que les recourants ne sont pas en mesure de contredire de manière manifeste et claire (cf. ATF 127 II 323 consid. 6b/aa p. 323 s.).

(...)

2

Vu ce qui précède, le recours 2A.484/2004 doit être rejeté selon la procédure simplifiée de l'art. 36a OJ.

(...)

E B K C F B